Bruno Salles Pereira Ribeiro

ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO PENAL SECUNDÁRIO: Investigação sobre a proposta de divisão do direito penal, à luz da dogmática e da política criminal

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Orientador: Professor Titular Miguel Reale Júnior

FACULDADE DE DIREITO - USP
São Paulo - 2013

ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO PENAL SECUNDÁRIO: Investigação sobre a proposta de divisão do direito penal, à luz da dogmática e da política criminal

Dissertação sob orientação do Professor Titular Miguel Reale Júnior, do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

FACULDADE DE DIREITO - USP
São Paulo – 2013

FOLHA DE APROVAÇÃO

Bruno Salles Pereira Ribeiro

ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO PENAL SECUNDÁRIO: Investigação sobre a proposta de divisão do direito penal, à luz da dogmática e da política criminal

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito para obtenção do título de Mestre

Área de concentração: Direito penal

Aprovada em: _____

Banca Examinadora

Prof. (a) Dr. (a)_____

Instituição: _____

Prof. (a) Dr. (a)_____

Instituição: _____

Prof. (a) Dr. (a)_____

Instituição: _____

Ao meu pai, por me ensinar a beleza e o encantamento da física, e a minha mãe, por não me deixar esquecer a metafísica.

Aos meus verdadeiros amigos, aqueles que acreditaram e acreditam em mim, mesmo quando minha fé se vai.

À Irlanda!

Agradecimentos

Primeiramente gostaria de agradecer à velha e sempre nova Academia; ao Largo de São Francisco, que nos permite observar que o direito se reflete na vida, e às arcadas que apoiaram minhas costas cansadas e de onde pude ver o céu entre as pedras. De lá a todos os amigos docentes e discentes, que sempre veicularam sinais de apoio quando a missão parecia intransponível. Agradecimentos especiais devem ser feitos aos Professores e Mestres que me orientaram nessa árdua caminhada. Faço-o, em primeiro lugar, em nome do Professor Miguel Reale Júnior, que, acima de tudo, sabe nos abrir os olhos. Aos Professores Sérgio Salomão Shecaira, com quem aprendi a beleza e complexidade do simples; Vicente Greco Filho, cuja erudição é uma inspiração contínua, e Renato de Mello Jorge Silveira, que sempre esteve à disposição para o auxílio e discussão de ideias. Também a Janaina Conceição Paschoal, Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Helena Regina Lobo da Costa e Alamiro Velludo Salvador Netto, que, em pequenos ou grandes diálogos, mostraram-me caminhos novos na minha jornada.

Em segundo lugar, indispensável meu agradecimento ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, que, sempre de portas abertas, foi de fundamental importância para o desenvolvimento do presente trabalho, não apenas por sua moderna biblioteca, mas também pelos valiosos diálogos e aprendizados colhidos em seus corredores. Também, aos amigos sinceros dali verto meus agradecimentos, e o faço em nome de Alberto Silva Franco, cuja humildade, tão monumental como seu conhecimento, nos faz acreditar que um mundo melhor é possível, de Marta Saad, que me abriu as portas para participar de tão lindo projeto, e de Rafael Lira, que sempre esteve ao meu lado e jamais deixou de atender com simpatia aos meus sempre urgentes pedidos de auxílio.

Também devo agradecer à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, onde pude colher conhecimentos imprescindíveis para o presente trabalho, e o faço em nome da sempre atenciosa Professora Cláudia Cruz Santos.

Não poderia deixar aqui de agradecer em especial a João Daniel Rassi, quem primeiro segurou minha mão quando engatinhava assustado pelas veredas da academia, e a Fábio de Souza Aranha Cascione, pela compreensão, pelo apoio e pela inspiradora confiança.

Agradeço a todos os amigos e integrantes da comunidade mítica do Indião, já que é certo que esse trabalho emerge em razão dela e apesar dela. Em especial a todos os

amigos que, em diálogos e conversas, muitas vezes no adiantado das horas, me fizeram pensar, refletir, analisar, ponderar e seguir. Faço aqui em nome de João Gomide de Paula, Marcelo Golfetti Pacheco, Diego Cosbiau Trevisan, dos irmãos Daniel Amaral Carnaúba e Fernando Amaral Carnaúba, Leon Domingues Esteves e Daniel de Menezes Pereira. Ainda, um agradecimento especial deve ser feito nas pessoas de Guilherme Suguimori Santos, Adriano Scalzaretto e Jorge Garcia Nery, que estiveram mais perto de mim nessa jornada.

Muitas outras pessoas me auxiliaram nessa jornada. Agradeço a elas em nome de Ayrton Freire Júnior, o mestre dos mestres, Ana Carolina Carlos de Oliveira, Danilo Cymrot, José Carlos Callegari Guilherme Setoguti, Marcelo de Almeida Ruivo, Vinicius Chalub Kruger Fadanelli, Guilherme Bertollini, Flávio Tudisco, Marcelo Adolfi, Manuel Simplício Teixeira e às queridas Marcela Venturini Diorio, Beatriz Pinto Moscoso e Mariana Valente.

Agradeço à minha família, aos meus pais, meus irmãos e minha tia, que sempre compreenderam a ausência decorrente do presente trabalho, mas nunca hesitaram em me apoiar.

Agradeço a Deus.

Resumo

RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. *Análise Crítica do Direito Penal Secundário: Investigação sobre a proposta de divisão do direito penal, à luz da dogmática e da política criminal*. São Paulo, 2013. Dissertação. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

O presente trabalho tem por objetivo a análise da proposta de divisão do sistema jurídico-penal, com a criação de um direito penal secundário de características próprias, marcado pela não recorrência à pena privativa de liberdade e pelo estabelecimento de critérios materiais de seleção de condutas ilícitas. Para atingir mencionado desiderato foi feita uma análise das principais teorias que levaram ao direito penal secundário, a saber, direito penal de polícia, direito penal administrativo e direito penal de ordem. Também foi feito um estudo da evolução do tratamento do tema nos ordenamentos jurídicos alemão, português, espanhol e brasileiro, com enfoque nos critérios de alocação dos ilícitos entre os âmbitos de intervenção punitiva. Por fim, foram analisadas construções semelhantes às do direito penal secundário, procurando apontar suas semelhanças e diferenças. Após as conclusões sobre a construção teórica do direito penal secundário, pudemos nos direcionar para a proposição de uma remodelagem sistêmica dos mecanismos de intervenção punitiva do Estado, propondo, ao final, a partir da premissa central da necessidade de adoção de um direito punitivo geral, critérios materiais de alocação dos ilícitos entre os sistemas de intervenção punitiva do Estado, com base na estrutura da categoria da dignidade penal.

Palavras-Chave: Direito Penal. Direito Penal Secundário. Direito Penal Administrativo. Direito Administrativo Sancionador. Direito de Ordenação Social. Sistema de Intervenção Punitiva. Direito Punitivo Geral. Dignidade Penal.

Abstract

RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. *Secondary Criminal Law Analysis: Research on the propose of criminal law split in light of dogmatic and criminal policy.*

The purpose of this paper is to analyze the proposal to divide criminal legal system, with the creation of a secondary criminal law system with particular traits, characterized by the absence of recourse to imprisonment and the establishment of material criteria for the selection of misconducts. In order to reach its main purpose, analysis of the main theories leading to secondary criminal law, namely the police criminal law, the administrative criminal law and the order criminal law, was conducted. In addition, a study on the evolution of the treatment of the subject at the German, Portuguese, Spanish, and Brazilian legal systems was performed, focusing on the criteria for the allocation of the misconducts among the spheres of punitive intervention. Lastly, similar constructions to the secondary criminal law were analyzed, in order to highlight their similarities and differences. Following the conclusions on the theoretical structuring of secondary criminal law, a systemic reshaping of punitive intervention mechanism was proposed, in a manner that, at last, considering the central premise of the need to adopt a general punitive law, the establishment of material criteria for sorting the misconducts among the punitive intervention systems, relying on the criminal legitimacy category.

Keywords: Criminal Law. Secondary Criminal Law. Administrative Criminal Law. Sanctioning Administrative Law. Social Order Law. Punitive Intervention System. Punitive General Law. Criminal legitimacy.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS 5

RESUMO 7

ABSTRACT 8

INTRODUÇÃO 13

CAPÍTULO 1. O DIREITO PENAL SECUNDÁRIO DE JORGE DE FIGUEIREDO DIAS 21

1.1. APRESENTAÇÃO 21
1.2. CONTEÚDO MATERIAL 22
1.2.1. CARACTERIZAÇÃO INICIAL 23
1.2.1.1. Algumas linhas sobre a expansão do direito penal no início do século XX 26
1.2.2. DIREITO DE ORDENAÇÃO SOCIAL COMO LIMITE NEGATIVO DO DIREITO PENAL SECUNDÁRIO 31
1.2.3. DEFINIÇÃO POSITIVA 34
1.3. DIREITO PENAL SECUNDÁRIO NA TEORIA DO DELITO 40
1.4. CONSIDERAÇÕES FINAIS 44

CAPÍTULO 2. EVOLUÇÃO DA TEORIA DO DIREITO PENAL DE POLÍCIA, ADMINISTRATIVO E DE ORDEM NO DIREITO COMPARADO 47

2.1. CONSTRUÇÕES TEÓRICAS 48
2.2. DIREITO PENAL DE POLÍCIA 52
2.2.1. INTRODUÇÃO 52
2.2.2. TEORIAS DO DIREITO PENAL DE POLÍCIA 54
2.2.3. CONCLUSÃO 66
2.3. EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL ADMINISTRATIVO E DE ORDENAÇÃO SOCIAL 67
2.3.1. INTRODUÇÃO 67
2.3.2. A TEORIA DO DIREITO PENAL ADMINISTRATIVO DE JAMES GOLDSCHMIDT 72
2.3.3. A CONTRIBUIÇÃO DE ERIK WOLF 83
2.3.4. AS CRÍTICAS À TEORIA DO DIREITO PENAL ADMINISTRATIVO 85
2.3.5. CONCLUSÃO 89
2.4. AS TEORIAS DO DIREITO PENAL DE ORDEM 90
2.5. O DIREITO PENAL ADMINISTRATIVO E DE ORDEM NA ALEMANHA 92
2.5.1. O PODER DE ORDEM DOS ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA 92
2.5.2. O SISTEMA ORDENACIONAL ALEMÃO E A CONTRIBUIÇÃO DE EBERHARDT SCHMIDT 94
2.6. O SISTEMA DE MERA ORDENAÇÃO SOCIAL PORTUGUÊS 101
2.6.1. PRECEDENTES 101
2.6.2. EDUARDO CORREIA E O NASCIMENTO DO DIREITO DE ORDENAÇÃO SOCIAL EM PORTUGAL 104
2.6.3. POSITIVAÇÃO DO DIREITO DE ORDENAÇÃO SOCIAL EM PORTUGAL 108

2.7. O direito administrativo sancionador espanhol **112**
2.7.1. Evolução 112
2.7.2. A construção da ideia de um poder sancionador unitário 114
2.7.3. Aplicação dos princípios gerais de direito penal ao direito administrativo sancionador 119
2.7.4. Breve conclusão 122

CAPÍTULO 3. EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL DE POLÍCIA, CONTRAVENCIONAL E ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO BRASIL **124**

3.1. Introdução **124**
3.2. O direito penal de polícia no Brasil Império **126**
3.3. A transição para o direito contravencional qualitativo da República Velha **132**
3.4. O regime impresso a partir de 1940: a definitiva adoção do modelo quantitativo **137**
3.5. O agravante da Lei nº 9.099/95 **143**
3.6. O paralelo crescimento do assistemático direito administrativo sancionador no Brasil **144**
3.6.1. Poder de Polícia e Direito Administrativo Ordenador 146
3.6.2. Surgimento e construção teórica do direito administrativo sancionador 150
3.6.3. A sanção administrativa 153
3.6.4. Fundamentos da infração e do ilícito administrativo 159
3.7. Síntese da (des)organização jurídica brasileira **163**

CAPÍTULO 4. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OUTROS MODELOS ALTERNATIVOS **166**

4.1. Introdução **166**
4.2. O direito penal de velocidades de Silva Sánchez 166
4.3. O direito de intervenção de Winfried Hassemer 174
4.4. O direito administrativo penal de Miguel Reale Júnior 178

CAPÍTULO 5. A ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO PENAL SECUNDÁRIO **182**

CAPÍTULO 6. NOSSA PROPOSTA: REMODELAGEM SISTÊMICA E ALOCAÇÃO DOS ILÍCITOS. O DIREITO PUNITIVO GERAL **188**

6.1. Objetivos **188**
6.2. Necessária remodelagem sistêmica: criação de um sistema reitor punitivo geral **188**
6.2.1. Direito penal e direito administrativo: ramos do direito público 188
6.2.2. Unidade do *ius puniendi* do Estado 190
6.2.3. Necessidade da construção de um sistema punitivo geral 194
6.3. Alocação dos ilícitos no direito punitivo geral **201**
6.3.1. Autonomia do ilícito criminal 201
6.3.2. Negação a critérios estritamente de política criminal 203
6.3.3. A pouca relevância do dogma da identidade ontológica dos ilícitos 210
6.3.4. Insuficiência da distinção teleológica 218

6.3.5. IMPROPRIEDADE DO CRITÉRIO QUANTITATIVO 221
6.4. POSSIBILIDADE E NECESSIDADE DE CRITÉRIOS MATERIAIS QUALITATIVOS 223
6.4.1. CONTEÚDO MATERIAL DO ILÍCITO CRIMINAL 225
6.4.2. DIGNIDADE PENAL COMO CATEGORIA DE CHAVE ALOCAÇÃO DE ILÍCITOS 230
6.4.3. VINCULAÇÃO DA PROPOSIÇÃO AO ÂMBITO LEGISLATIVO 239

CONCLUSÃO 242

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 247

"Imagination is more important than knowledge. For knowledge is limited, whereas imagination embraces the entire world, stimulating progress, giving birth to evolution. It is, strictly speaking, a real factor in scientific research".

(Albert Einstein, *Cosmic Religion: With Other Opinions and Aphorisms*)

"Numa visão mais simplista, a teoria é apenas um modelo do universo, ou uma parte restrita de seu todo; um conjunto de regras que referem quantidades do modelo de observações que possamos fazer. Ela existe apenas em nosso raciocínio e não apresenta qualquer outra realidade (seja lá o isto signifique). Uma teoria é considerada boa quando satisfaz dois requisitos: descrever com precisão uma grande categoria de observações, com base num modelo que contenha apenas poucos elementos arbitrários; e fazer previsões definidas quanto aos resultados das futuras observações".

(Stephen W. Hawking, *Uma breve história do tempo*)

Introdução

Todas as palavras e considerações abaixo grafadas se direcionam a um fundamental questionamento. Um questionamento simples cuja resposta, como se percebe pela quantidade de páginas necessárias para obtê-la, está longe de ser simples. Esse questionamento, que já me surgia na adiantada época em que cursava a graduação em direito na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, materializa-se na seguinte pergunta: o que *deve* e o que não deve ser direito penal?

O tempo, a experiência e, acima de tudo, a aventura acadêmica me fizeram perceber que essa pergunta tinha de ser reformulada, devendo me perguntar o que *pode* e o que não pode ser direito penal, momento em que percebi que o que eu procurava, fundamentalmente, era algo que se chamava legitimidade penal. Mas então olhei para as leis penais.

E olhando as leis penais, vi que todos os tipos penais incriminadores cominam sempre um tipo de pena: a pena privativa de liberdade. E, assim, entendi que o que eu buscava era a razão jurídica que permitia que o Estado encarcerasse alguém. Mas eu sempre desconfiei das palavras. E creio que os signos sempre podem revelar seu significante e seu significado. Se eu estou procurando a legitimidade do encarceramento, porque esse sistema se chama direito penal? Não deveria estar procurando a legitimidade da pena?

Foi então que li a teoria do direito penal secundário de Jorge de Figueiredo Dias. E o que mais me chamou a atenção ali, em um primeiro momento, foi a da proposição de um direito penal sem privação da liberdade. Mas, mais do que isso, vi ali alguém que se esforçava por traçar linhas divisórias entre os sistemas de intervenção punitiva do Estado, expressão essa que me pareceu adequada para conglobar os três direitos do qual o autor tratava: o direito penal, o direito penal secundário e o direito de ordenação social.

Em um primeiro momento fiquei irritadíssimo com aquela teoria. Eu já achava que nosso sistema jurídico já possuía "muito" direito penal. Fosse no âmbito profissional, fosse na academia, a sinalização da expansão do direito penal era alarmante. Mas aquele autor português vinha a público propor a criação de mais um direito penal a partir da divisão do direito penal original. Confesso que aquilo me tirou o sono. E confesso que isso só aconteceu porque não pude entender desde logo o que a brilhante mente de Figueiredo Dias havia percebido, nem tampouco o que dela se originava como proposição.

O cotidiano da advocacia criminal me mostrava todos os dias que as garantias clássicas do direito penal que haviam sido a mim ensinadas na academia eram cada vez mais ignoradas e alijadas sem remorso pelos operadores do direito, principalmente na seara do direito econômico, área precípua de atuação do direito penal secundário. A responsabilidade pessoal e subjetiva era praticamente ignorada nos crimes societários. Os tipos penais mostravam-se cada vez mais complexos e com remissão a normas infralegais voláteis e complicadas, mas mal se falava em erro de proibição. Via que todo desastre precisava de um culpado. A sociedade de risco trocava o desastre pela culpa. Cada vez mais se alijava o direito de defesa e os princípios processuais, embora estivessem mais conservados do que os de direito material, também ruíam.

Entretanto Figueiredo Dias propunha que fosse criado um novo direito penal para tratar desses casos, com menos garantias (ou outras garantias, hoje melhor compreendo) do que as do direito penal clássico. Em minha cabeça, vi em sua proposição uma tentativa de piorar aquilo que já estava ruim. Fiquei assustado! E de tão assustado, resolvi estudar aquele "monstro" a fundo.

Ao mesmo tempo, já me interessava a matéria do direito administrativo sancionador, que poderia ser uma alternativa ao direito penal. Mas meus professores sempre chamavam a atenção para inexistência de diferenças substanciais entre algumas condutas criminalizadas que também eram punidas pelo direito administrativo. O exercício da advocacia criminal só reforçou esse ponto de vista, que acabei incorporando às minhas convicções.

Mas, por outro lado, havia algo que continuamente me incomodava. "Não é possível", eu pensava. Não é possível que o direito penal seja a mesma coisa que o direito administrativo sancionador. Se eram, por que os dois? Mas eu sabia que não eram. Eu sabia que o direito penal deveria ser a *ultima ratio* de intervenção do Estado. Então algo deveria estar errado.

Eu achava isso não só em razão do dogma da *ultima ratio*. Do ponto de vista lógico aquilo não fazia sentido. Não fazia muito sentido utilizar dois instrumentos para apenas a mesma conduta. Essa realidade que eu experimentava diariamente na defesa de acusados de crimes ambientais, contra a administração pública, contra o sistema financeiro nacional, contra a ordem econômica, etc. não fazia sentido do ponto de vista sistêmico.

Por que penalizar duas vezes uma conduta se se poderia obter o resultado pretendido apenando-se apenas uma vez? A única razão que eu via era a de que o Estado

era mal e estava "contra" o particular. Mas o Estado não pode ser mal. O Estado é um ente institucionalizado, uma construção social e jurídica, porém artificial. Logo, o Estado não pode ser bom ou mal. O que não quer dizer, contudo, que ele não possa fazer o mal. Pelo contrário, a própria sanção punitiva é um mal, por princípio. Mas o Estado, como qualquer construção artificial, pode ser programado de maneira incorreta e fazer mais mal do que devia ou do que necessário.

Isso me levaria de volta ao estudo da obra de Figueiredo Dias. Vi que aquele autor teve a coragem de procurar uma distinção material entre os diferentes âmbitos de intervenção do Estado, embora ainda visse em seu direito penal secundário um perigo. Inspirado em sua coragem, pensei que poderia achar as fronteiras entre o direito penal e o direito administrativo sancionador. Um sonho, contudo, que durou pouco. Com o desenvolvimento de meus estudos acabei me deparando com autores comparando a missão a qual me propunha à tarefa de Sísifo. Vi autores mencionando os rios de tinta que se formariam pelos escritos que foram produzidos nessa missão ainda no século XIX.

Percebi que grandes autores já haviam se debruçado com afinco sobre o tema e não haviam chegado a uma solução viável. Franz von Liszt, Birnbaum, Goldschmidt, Max Ernst Mayer, Erik Wolf, Tobias Barreto, todos autores de incomensurável relevo para a construção da doutrina do direito penal, já se haviam detido sobre o tema e não haviam extraído uma solução eficaz para o problema. Ainda mais desoladora foi a descoberta de autores admiráveis que simplesmente desistiram dessa busca, como Nelson Hungria no Brasil.

Percebi nesse momento que, ao contrário do que eu supunha no começo da jornada, minha busca não era nova. A busca das fronteiras entre o direito penal e o direito administrativo não era um sintoma da chamada pós-modernidade, sociedade de risco ou sociedade líquida. Pelo contrário, era uma busca que permeava a história das ideias penais e subsistia desde a iluminação do direito penal e era tida por uma série de doutrinadores como a "mais árdua tarefa do direito penal".

Confesso que ali me acovardei. Decidi que aquela missão não era para mim. Decidi que iria escrever apenas sobre o direito penal secundário de maneira analítica e crítica. Buscaria os fundamentos etiológicos da teoria de Figueiredo Dias, faria o estudo comparado do ordenamento jurídico português, que é a base do direito penal secundário de Figueiredo Dias, com outros ordenamentos jurídicos, entre os quais, naturalmente, o Brasil. Mostraria suas qualidades e defeitos – à época já conseguia enxergar algumas qualidades.

Mas então algo mudou tudo. Em uma reunião com o Professor Miguel Reale Júnior, quando eu lhe contava sobre o desenvolvimento do trabalho já com a empolgação de quem acabara de enxergar um mundo novo, fui interpelado por uma pergunta fundamental: mas qual é a sua solução? Tentei argumentar que meu trabalho era apenas uma dissertação de mestrado, mas fui duramente repreendido. O professor me exigia uma resposta cuja pergunta eu havia abandonado.

E foi isso então que me encorajou novamente a procurar o que deveria e o que não deveria fazer parte do direito penal. E mais. O que deveria e o que não deveria fazer parte do direito penal secundário. A invocação do Professor me fez olhar para tudo aquilo que já estava escrito, me fez olhar para o caminho que já havia sido percorrido e então percebi que a resposta já estava toda ali. De certa forma, no caminho trilhado eu já tinha colhido os elementos para montar minha própria convicção. E assim o fiz. Deixei minha posição contemplativa. Caminhei até o pé da montanha e comecei a empurrar a pedra.

***

Essa pequena história permite entender a estrutura do presente trabalho e porque de haver, de certa forma, duas conclusões: uma sobre o direito penal secundário e outra sobre o trabalho inteiro como um todo. Mas antes que se chegue lá, é preciso que se diga como esse caminho foi feito.

O primeiro capítulo do trabalho se dedica a um estudo analítico da teoria do direito penal secundário de Jorge de Figueiredo Dias. Ali, apenas repetimos as pegadas do Professor de Coimbra, retomando seus ensinamentos sobre a evolução da estrutura do Estado e dos movimentos socioeconômicos que moldaram as feições do direito penal contemporâneo. Pudemos compreender como a estrutura do direito de ordenação social, qualitativamente distinto do direito penal, moldaria uma das fronteiras negativas do direito penal secundário, que, afinal, teria sua definição positiva delineada por meio dos traços da teoria do direito penal administrativo, aperfeiçoada e adaptada à atual realidade jurídica. Ainda, de forma breve, fizemos alguns apontamentos a respeito das proposições de Figueiredo Dias sobre os contornos dogmáticos do direito penal secundário na teoria do delito, ainda que tal análise tenha se mostrado alheia ao objeto do presente trabalho. Também nos debruçamos sobre algumas proposições finais, de cariz estrutural e de facilitação de veiculação no mundo jurídico da nova concepção doutrinária proposta.

O segundo capítulo se dedicou à análise etiológica do direito penal secundário, à busca do arcabouço doutrinário que o suporta e da evolução das teorias que o formam. Em outras palavras, buscamos entender como se chegou ao direito penal secundário, o que fizemos por meio de uma análise histórica das teorias do direito penal de polícia, do direito penal administrativo e do direito penal de ordem. Essa análise seguiu um estrito critério cronológico, quanto à evolução e de relevância, quanto à exaustão do tratamento dos temas.

Ainda no segundo capítulo, fizemos uma análise da incorporação dessas ideias nos ordenamentos jurídicos alemão, português e espanhol. A análise do direito de ordem alemão, em primeiro lugar, se deve a sua grande importância e influência nas posteriores construções jurídicas que procuraram se nortear por critérios qualitativos de distinção entre os ilícitos penal e administrativo. Entre eles, está o ordenamento jurídico português que também adotou, embora mais tardiamente e com substanciais diferenças, um direito de ordenação social qualitativamente distinto do direito penal. Por fim, vimos como indispensável a análise das concepções doutrinárias desenvolvidas na Espanha e incorporadas ao seu ordenamento jurídico. E isso porque mencionadas concepções exercem uma influência determinante no ordenamento jurídico nacional e gradativamente dão contorno particular ao regime administrativo sancionador praticado no Brasil.

No capítulo terceiro fizemos uma análise histórica da evolução da interação entre o direito penal e o direito administrativo no Brasil. Partimos no período imperial, onde encontramos nos crimes policiais o direito penal de polícia que se praticou em nossas terras, encontrando espantosas semelhanças com o atual regime dos crimes de menor potencial ofensivo. Na passagem para a República Velha, fomos surpreendidos com a adoção legal de um critério qualitativo de distinção entre crimes e contravenções penais que, contudo, não impediu que se fortalecesse, lateralmente, um direito administrativo sancionador. Chegamos ao Código Penal de 1940, onde se sedimentou a ideia nutrida pela doutrina de que não existiriam diferenças substanciais entre os ilícitos penal, contravencional e administrativo, restando, tal distinção, relegada apenas ao grau de ofensividade da infração. Por fim, identificamos no regime impresso pela Lei nº 9.099/95 a consagração da distinção meramente quantitativa dos ilícitos, agora divididos em *de menor* ou *de maior* potencial ofensivo.

Também nesse capítulo analisamos a evolução das concepções doutrinárias que moldam a estrutura do direito administrativo no Brasil. Vimos como sua fundamentação

transitou entre o poder polícia até o *ius puniendi* estatal, já concebido de maneira unitária por influência da doutrina espanhola. Ainda, analisamos os componentes da sanção administrativa, com o fito de compará-la à sanção penal e dali poder extrair suas identidades e diferenças.

No capítulo quarto, analisamos algumas proposições semelhantes ao direito penal secundário. Fundamentalmente, todas as proposições analisadas têm em comum a busca por um novo sistema de intervenção punitiva que possa dividir com o direito penal clássico as tarefas de organização e pacificação social. Assim, analisamos o direito de intervenção vislumbrado por Winfried Hassemer, o direito penal de segunda velocidade de Jesús Maria Silva Sanchez e o direito administrativo penal de Miguel Reale Júnior.

Percorrido todo esse caminho, pudemos traçar uma primeira conclusão do trabalho e elaborar a crítica do direito penal secundário, apontando suas vantagens e defeitos, bem como identificando a possibilidade de sua adoção da realidade jurídica brasileira. Mas conforme a invocação de Miguel Reale Júnior, não bastaria a crítica dos sistemas; deveria haver também a solução.

Essa solução compõe o sexto capítulo do presente trabalho. Nele propomos uma remodelagem sistêmica da expressão jurídica do direito de punir do Estado, com a construção doutrinária e positiva de um direito punitivo geral. Para revelar tal necessidade, demonstramos como o direito penal e o direito administrativo fazem parte de um mesmo ramo do direito, qual seja, do direito público, e como os dois se afiguram como expressão de um unitário direito de punir do Estado. Ainda procuramos demonstrar que, muitos dos princípios cristalizados no direito penal, na verdade, afiguram-se como princípios afeitos aos condicionamentos do direito de punir do Estado, independentemente da forma escolhida para fazê-lo. Por fim, mostramos que a adoção de um sistema reitor evitaria um dos principais problemas apontados no direito penal secundário, qual seja, a possibilidade de perda de garantias materiais inerentes ao direito penal.

Feita esse primeira proposição, pudemos finalmente nos direcionar para a tarefa de alocação dos ilícitos nos sistemas expressivos desse direito punitivo geral. Em primeiro lugar, demonstramos que o ilícito criminal é sim distinto dos demais ilícitos jurídicos, sendo ungido por uma autonomia própria. Disso decorreria sua particular conformação material que o diferenciaria dos demais ilícitos do ordenamento jurídico.

Logo, não nos parecia correto afirmar que a punição de uma conduta por meio de um ou outro sistema de intervenção punitiva fosse uma escolha discricionária do poder

legislativo, sob pena de se relegar a objetivada distinção a um âmbito meramente formal. Bem assim, demonstramos que a política criminal deve, necessariamente, ser vinculada à dogmática jurídico-penal, de modo que sua expressão não viole os cânones constitucionais e não cause deformações nos sistemas de intervenção punitiva do Estado.

A seguir, procuramos derrubar o mito de que a identidade ontológica entre os ilícitos penal e administrativo não permitiriam a construção de critérios materiais de distinção dos sistemas de intervenção punitiva. E isso porque a transição do ontologismo para o normativismo permitiria uma série de novas possibilidades de distinção que partiriam do próprio ordenamento jurídico e da ordem axiológica que dele emana, não dependendo apenas da conformação da infração no plano fenomênico.

Pudemos demonstrar que critérios meramente qualitativos não se afigurariam satisfatórios à distinção entre os âmbitos de intervenção punitiva, já que estes estariam intimamente presos às concepções ontológicas da infração penal.

Analisamos a possibilidade da adoção de critérios teleológicos de distinção entre as infrações e concluímos pela sua insuficiência para a delimitação dos âmbitos de influência dos sistemas de intervenção punitiva, já que, nesse plano, o teleológico, as sanções penal e administrativa não possuíam significativas diferenças. Ainda assim, reconhecemos a utilidade suplementar do critério teleológico para diferenciação dos ilícitos.

Por fim, mostramos que é possível a adoção de critérios qualitativos de distinção do ilícito, desde que não se prenda a uma concepção meramente ontológica da infração. Essa distinção qualitativa permitiria a observação do conteúdo material do ilícito criminal em um plano jurídico-axiológico que o diferenciaria dos outros âmbitos de intervenção punitiva do Estado.

A chave mestra para essa diferenciação pode, por fim, ser encontrada no conceito de dignidade penal desenvolvido pela doutrina alemã e que deveria ser incorporado ao ordenamento jurídico como forma de seleção, segundo critérios materiais, dos ilícitos particulares de cada um dos sistemas de intervenção punitiva. A dignidade penal operaria de forma a equalizar as consequências jurídicas aos comportamentos segundo suas características axiológicas e segundo o âmbito de atuação social, o que se pode fazer por meio da estrutura jurídica do princípio de proporcionalidade.

Por fim, propusemos o estabelecimento de um marco dogmático de orientação e vinculação legislativa, que permita, de forma eficaz, a vinculação da política criminal, ou,

melhor dizendo, da política de intervenção punitiva do Estado, aos critérios dogmáticos de alocação dos ilícitos, nos molde do quanto proposto.

Capítulo 1. O direito penal secundário de Jorge de Figueiredo Dias

1.1. Apresentação

Figueiredo Dias cunha o conceito de Direito Penal Secundário em dissertação intitulada "Um contributo para a reforma do direito penal econômico. Para uma dogmática do direito penal secundário social português", publicada em 1982 em livro em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Cavaleiro de Ferreira, posteriormente republicada, em 1983, na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*,[1] em 1998, na obra *Direito penal econômico europeu*: textos doutrinários,[2] em 2000, na coleção *Temas de direito penal econômico*[3] e, em 2006, no livro *Direito penal secundário*: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões.[4].

Em essência, sua teoria se debruça sobre o conjunto de normas penais que coíbem condutas que afrontam regras da administração, de suas funções e de sua organização. Normas que se ligarão essencialmente à promoção e conservação dos direitos sociais e da organização econômica e política do estado, e que possuem, portanto, nítida relação com a atividade administrativa do Estado.

Figueiredo Dias reconhece que "o legislador foi-se deixando seduzir pela ideia, perniciosa, mas difícil de evitar, de pôr o aparato das sanções criminais ao serviço dos mais diversos fins da política social".[5] A afirmação do autor é sintomática e permite uma aproximação inicial do tema, principalmente no que concerne ao âmbito de inserção do subsistema do direito penal no sistema social. O sistema jurídico penal passou a ser observado como um instrumento poderoso de controle social, o que alavancou a criação de uma nova gama de normas penais, ungidas de especificidades próprias quanto a seus conteúdos materiais, quanto a suas estruturas típicas e, principalmente, quanto a sua legitimidade (ou falta dela) jurídico-social.[6]

As recorrentes especificidades dos campos de atuação da norma penal vão ensejar severas dificuldades – e até mesmo impossibilidade – de adaptação aos princípios vigentes

[1] *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 116.º (1983-1984).
[2] *Direito penal econômico europeu*: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
[3] Coord. Roberto Podval. São Paulo: Ed. RT, 2000.
[4] Coord. Fábio Roberto D'Ávila e Paulo Vinícius Sporleder Souza. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
[5] DIAS, Jorge de Figueiredo. Um contributo para a reforma do direito penal econômico. Para uma dogmática do direito penal secundário social português. In: *Direito penal secundário*: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. Coord. Fábio Roberto d´Ávila, Paulo Vinícius Spordeler de Souza. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 16.
[6] Esclareça-se que estas especificidades não se esgotam nos pontos acima destacados e vão alcançar muitas outras áreas não apenas da dogmática jurídico-penal, mas das ciências penais como um todo.

no direito penal clássico. Na dificuldade de adaptação, na abundância de particularidades dessas normas de direito penal é que o autor passa a enxergar a possibilidade de se haver sido criado um ramo autônomo dentro do sistema do direito penal. O esforço de Figueiredo Dias acerca do direito penal secundário é o de identificar elementos que possam esclarecer se isso gerou um novo sistema jurídico, se esse sistema faz parte ou não do sistema jurídico-penal, bem como se existem elementos que possam identificar sua origem, seus limites e sua abrangência.

A análise, contudo, cinge-se única e exclusivamente ao seu aspecto dogmático jurídico-penal, malgrado saliente o autor que em tal nível de abordagem já se tem, implicitamente, o condicionamento da discussão aos caminhos da política criminal, plano no qual se destacarão o processo de descriminalização legal e social de condutas[7] e a reforma global do direito penal, concebida como a necessidade de revisão do sistema jurídico-penal formal, inclusive no que tange à análise das legislações penais extravagantes.[8]

Ainda no âmbito político-criminal, o autor destaca a especificidade da matéria sob o enfoque da análise da necessidade da criação de medidas individualizadas no âmbito de sua abrangência, seja no nível legislativo, seja no nível organizatório. Em síntese, levanta a questão de como se formular as normas de direito penal secundário e de como se deveria operacionalizar sua aplicação.[9]

O foco de seu trabalho se atém, conforme esboçado, prioritariamente à busca da essência do âmbito do direito penal secundário no âmbito dogmático. Ultrapassada essa fase da investigação, o autor volta à análise da estrutura, sentido e função do tipo penal do direito penal secundário, dada a aptidão que esse exame, segundo sua concepção, possuiria para iluminar a análise, enriquecendo-a com "pontos de vista englobantes ou perspectivas centralizadoras", entregando-se, ao final, a uma projeção das consequências e de certas cautelas a serem tomadas no caso da incorporação de sua teoria ao direito positivo.

1.2. Conteúdo material

[7] Que encontrará, segundo o autor e com nossa concordância, campo amplo de atuação no Direito Penal Secundário.

[8] Aqui, o autor se refere à necessidade ou não de se manter a legislação penal secundária em apartado do Código Penal, ou se deveria ser toda legislação penal compilada em um único diploma ou, ainda, a procura pela resposta dos motivos pelos quais as legislações vêm apartadas: se por um motivo casuístico e oportunista ou se por uma necessidade sistêmica que imprescinda do tratamento, inclusive topograficamente, diferenciado das normas penais.

[9] Nesse ponto, o autor destaca sua discordância com as correntes que propugnam por uma diferenciação somente a nível organizatório (DIAS, Jorge de Figueiredo. Um contributo para a reforma do direito penal econômico. Para uma dogmática do direito penal secundário social português, cit., p. 25, nota 36).

1.2.1. Caracterização inicial

Figueiredo Dias sintetiza que "de um ponto de vista jurídico-formal, direito penal secundário é o conjunto de normas de natureza punitiva que constituem objeto de legislação extravagante e contém, na sua generalidade, o sancionamento de ordenações de carácter administrativo".[10]

Na formulação, é possível identificar que as distinções entre o direito penal secundário e o direito penal clássico irão habitar vários níveis de investigação. O primeiro, identificado pela sua localização em legislações extravagantes, é o nível de organização do sistema dogmático-penal, o que, enquanto uma realidade constatável empiricamente na maioria das legislações contemporâneas, mormente nos países ibero-americanos, nos dá uma razoável medida de quais as normas com que estaremos lidando quando nos referimos ao direito penal secundário.[11]

Segundo Faria Costa, uma diferenciação formal entre o direito penal comum e o direito penal secundário tem um simultâneo benefício e prejuízo que são próprios de qualquer distinção meramente formal: a segurança da delimitação dos âmbitos de origem e a possibilidade de esterilidade dos pontos de indissociação segundo critérios materiais.[12]

---

[10] Um contributo para a reforma do direito penal econômico. Para uma dogmática do direito penal secundário social português, cit., p. 27.

[11] Assim também no Brasil, observamos a maioria das legislações penais de caráter administrativo difundidas em lei autônomas, que tratam especificamente de determinados aspectos de infração penal, ou em leis de caráter administrativo e regulador, que, entre suas normas programáticas, prescrevem condutas criminosas. No primeiro grupo, enumera-se a Lei nº 1.521/51, que trata dos crimes contra a economia popular, a Lei de Sonegação Fiscal (4.729/65), a Lei dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (7.492/86), a Lei dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo (8.137/90), a Lei dos crimes contra a ordem econômica específica do sistema de estoque de combustíveis (8.245/91), a Lei dos Crimes de Tortura (Lei nº 9.455/97), a lei dos crimes de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98). No segundo grupo, enumeramos os crimes do Código Brasileiro de Telecomunicações previstos nos arts. 52 a 71 da Lei nº 4.117/62, os crimes e contravenções da Lei de Incorporações Imobiliárias, encetados nos arts. 65 e 66 da Lei nº 4.591/64, os crimes cometidos por instituições financeiras, previstos no art. 34 da Lei nº 4.595/64, os crimes dos arts. 284 a 354 do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65), os artigos suspensa Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), os crimes contra o mercado de capitais dos art. 27-C a 27-D da Lei nº 6.385/76, os crimes de desobediência às regras administrativas de zoneamento urbano previstos nos arts. 50 a 52 da Lei nº 6.766/79, os crimes previstos nos arts. 63 a 74 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), a contravenção penal do art. 43 da Lei de Locações de Imóveis Urbanos (Lei nº 8.245/91), os crimes dos arts. 89 a 98 da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), os crimes previstos nos arts. 15 a 18 da Lei de Planejamento Familiar (Lei nº 9.263/96), os crimes contra a propriedade imaterial dos arts. 183 a 195 da Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96), os crimes dos art. 14 a 20 da Lei de Transplantes (Lei nº 9.434/97), os crimes do art. 183 da Lei de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), os crimes do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97), , o crime de quebra de sigilo bancário do art. 10 da Lei Complementar nº 105/2001, os crimes de ligados ao porte, uso e comercialização de armas (Lei nº 10.826/2003) e os crimes falimentares dos arts. 168 a 178 da Lei nº 11.101/2005. Destacamos por último a Lei nº 9.605/98, que, invertendo a ordem das disposições assentada no princípio da fragmentariedade, dispõe sobre os crimes ambientais e ao final enumera algumas infrações administrativas.

[12] COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 30.

Com efeito, todo critério formal só pode ser funcional quando estiver sustentando "autênticos e verdadeiros critérios materiais de distinção",[13] pois, os critérios formais não apresentam em si distinções suficientes para a adequação exata de origem e destino da incriminação e não oferecem referenciais que permitam a análise crítica da incriminação. De resto, só um critério formal de distinção entre o direito penal clássico e o direito penal secundário levaria a um arbítrio classificatório, de que muitas vezes lança mão o legislador quando utiliza leis esparsas para incriminação de condutas.

Além disso, o critério de identificação em legislações extravagantes é de todo falho. Reconhecemos que ele pode até servir de referencial de aproximação ao espaço de intervenção do direito penal secundário, o que não importa dizer que toda a legislação incriminadora que se situa fora do corpo do Código Penal esteja a tratar de direito penal secundário. Existem normas extravagantes que, não necessariamente, representam interesses administrativos, mas tutelam, acima de tudo, bens jurídicos individualizados, como é o caso de certos tipos incriminadores da lei de transplantes de órgãos.[14]

Portanto, o que nos interessa na investigação científica é a discussão que se traça no nível do objeto material de proteção da norma jurídico-penal, objeto esse que, ao mesmo tempo em que é protegido pela norma, também a legitima. Essa abordagem, para além da possível legitimação do sistema, é de onde se poderá extrair a ancoragem da proposição de Figueiredo Dias de uma divisão autônoma do direito penal, que guardará características essenciais do objeto de proteção inerentes ao direito administrativo, mas que, ainda assim, manterá sua judicialidade, enquanto ramo autônomo integrante do direito penal "de justiça".

O que de fato se busca na análise é mais do que uma mera definição formal do direito penal secundário, é a identificação de seu específico conteúdo material, sua essência que, enquanto mutável e suscetível ao tempo e ao espaço em que se insere, teria engendrado a diferenciação do próprio sistema penal, de modo a cindi-lo e a originar um novo sistema jurídico-penal.

Destarte, a análise do objeto jurídico de proteção da norma não pode ser desenvolvida sem a compreensão dessas duas variáveis que o amoldam, qual seja, o espaço

[13] Idem, ibidem.
[14] Lei nº 9.434/97, arts. 14 a 20.

social e o momento histórico em que se elaboram e em que se aplicam as normas jurídico-penais secundárias.[15]

A partir dessa perspectiva, a essência do direito penal secundário pode ser encontrada na essência do direito penal administrativo, afirmando, inclusive, que, encontrada a essência do último, nítida restará a do primeiro,[16] pois, em sua concepção, existe uma identidade de objeto de ambas as categorias de intervenção jurídica.

Já em uma perspectiva histórica, o autor vem de observar o remoto tratamento indistinto entre o direito penal de justiça e o direito penal de polícia. Esse último âmbito de atuação representa aplicação do poder de polícia derivado de normas jurídicas,[17] mas, principalmente, e com notável força no Estado absolutista, da força coativa do Estado, que se desenvolvia desatada do princípio da legalidade até final do século XVIII. Já o direito penal de justiça se fundamentava em regras ordenacionais do próprio corpo do direito penal, originadas das Ordenações do Reino e, portanto, com um fundamento legal.

O direito penal de polícia foi um instrumento estatal que se desenvolveu amplamente com a eclosão do Estado de Polícia iluminista e estende seu manto de proteção e ordenação sobre variados e amplos interesses da sociedade.[18] Nesse momento inicial, não se identificava qualquer ligação direta do direito penal de polícia com normas do ordenamento jurídico, havendo apenas o exercício de um poder natural ao Estado, inerente ao contrato social, que deveria ser utilizado para a manutenção da ordem social.

Somente após a Revolução Francesa é que o substrato material desse direito de ordenação é reconduzido à defesa da ordem pública e da paz social e, remota e preventivamente, da garantia dos direitos subjetivos individuais,[19] e, ainda mais importante, passa a estar vinculado ao ordenamento jurídico, devendo, finalmente, respeito

---

[15] Nesse sentido, Faria Costa leciona que o crime é um comportamento histórico, inerente ao modo-de-ser humano e, como tal, só pode ser entendido dentro da história da sociedade "de sorte que o crime e a pena não sejam meras circunstâncias evanescentes, nem realidades efêmeras e passageiras. Diante de tais constatações é que apenas "dentro do tempo histórico, e não buscados em qualquer *epoché* ou em qualquer outro 'tempo' que temos que perceber o crime e a pena" (COSTA, José de Faria. Op. cit., p. 16).

[16] DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário, cit., p. 27.

[17] A distinção essencial entre o direito penal de justiça e o direito penal de polícia será encontrada na definição das competências para apreciação das infrações e aplicação da sanção. Com efeito, antes da racionalização do direito penal a polícia tinha genuína competência penal, que seguia trâmites diferentes de aplicação que não contavam com a solenidade e rigorosidade do rito judicial. Mesmo por isso, as penas aplicadas pelos órgãos policiais eram de menos intensidade do que as penas aplicadas judicialmente. Os componentes dos dois âmbitos do direito penal e as tentativas de distinção de seus espaços de abrangência serão analisados no próximo capítulo.

[18] DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO. Para uma dogmática do direito penal secundário, cit., p. 14. Mas não é só. Veremos como esse direito penal de polícia, já travestido pelas formulações do direito penal de ordem, foi amplamente usado durante o governo nacional socialista na Alemanha, na primeira metade do século XX.

[19] No Brasil, sobre isso, veja-se a ideia de utilidade pública impressa na Carta Constitucional do Império de 1824, no item 2.

ao princípio da legalidade[20] – havendo como referencial de legitimação as normas jurídico-penais. O direito penal policial não se desenvolveu, contudo, com a criação de um corpo de normas próprias e não chegou a obter uma sistematização como proposto por diversos autores alemães no final do século XIX.

A partir do desenvolvimento e busca de racionalização do direito penal, o espaço ocupado pelo direito penal de polícia acabou sendo ocupado pelo direito penal administrativo e pelo direito penal de ordem, os quais, por fim, acabaram englobando dois grupos de normas de cunho administrativo: as de natureza penal, que em sua razão de existir guardam interesses da administração, e as de natureza administrativa, que se valem de sanções para o asseguramento das necessidades planejadas pelo Estado.

Bem assim, o direito penal de polícia vem a ser naturalmente incorporado ao direito penal administrativo com o surgimento das ideias clássicas iluministas e a imposição ao Estado do respeito ao princípio da legalidade, que irá lhe minar seu poder coator irrestrito. Entretanto, ainda constituído do poder outorgado pelo contrato social, o Estado continua a desenvolver seu papel de controlador social, mas agora, indispensavelmente, vinculado às normas jurídicas postas, havendo daí, portanto, a incorporação ou transformação do direito penal de polícia ao direito penal administrativo.

A estrutura da construção teórica de Figueiredo Dias deixa evidente a imprescindibilidade do conhecimento da evolução do direito penal ao longo da história, o que faz necessária uma análise das próprias conjunturas sociais da época e sua influência na estrutura do direito, para que se possa entender e analisar criticamente sua proposta de readequação do sistema jurídico-penal. Abaixo, portanto, traçaremos algumas linhas de como as novas pautas do Estado, principalmente no campo econômico,[21] influenciaram o conteúdo material nas normas de direito penal.

1.2.1.1. Algumas linhas sobre a expansão do direito penal no início do século XX

A eclosão do direito penal econômico no final do século XX não pode ser entendida sem a percepção de que o uso do sistema penal para regulamentação econômica e política da sociedade não é algo que surgiu repentinamente nesse momento, mas é fruto

[20] DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário, cit., p. 15.

[21] Como forma de desambiguação, indicamos que no próximo tópico utilizaremos ora a expressão direito penal econômico, ora a expressão direito penal administrativo ou secundário. Sobre isso, deve-se pontuar que o direito penal econômico pode ser notado como uma parte da influência do direito penal secundário. Assim como o direito econômico desenvolve-se como um segmento específico do direito administrativo, o direito penal econômico pode ser inserido como uma parte integrante do direito penal administrativo e, por consequência lógica, do direito penal secundário.

de uma evolução longínqua e constante, que vai encontrar reflexo nos mais rudimentares sistemas penais.

Com efeito, o uso do direito penal como ferramenta de imposição de medidas econômicas e administrativas do Estado não deve ser identificado, de forma alguma, como um fenômeno recente. Destarte, em Roma, a especulação e outras condutas de impacto na economia da *civitas* já eram castigadas penalmente,[22] o que demonstra a preocupação estatal em se controlar a saúde econômica da sociedade.

Durante a Idade Média, a aplicação de penas para o descumprimento de regras econômicas mostrou-se prática habitual, sendo que tal fenômeno pode ser percebido com clareza na história do Brasil colonial, com a aplicação de sanções penais para a comercialização ilegal de madeira, do ouro e outras riquezas da terra. A exportação de bens da colônia para nações não autorizadas pela colônia era também sancionada penalmente, o que denuncia o uso claro do direito penal para a manutenção do monopólio da corte – portanto, uma medida penal de fins econômico-administrativos.

É equívoco, portanto, acreditar que o direito penal administrativo, entendido como o empenho do sistema jurídico-penal para a perseguição de fins da pauta programática e reguladora do Estado, como um fenômeno de recente surgimento.[23] Essa compreensão é determinante para o entendimento do "ressurgimento" do direito penal administrativo enquanto sistema racionalizadoe para o entendimento da sua nova estrutura e para possibilidade de sua crítica, seja inserida da dogmática penal, seja inserida no campo da política criminal.

Ainda que não sendo o direito penal econômico um fenômeno novo dos ordenamentos jurídico-penais, há razões contundentes para Figueiredo Dias, assim como para a maioria dos autores que se debruçam sobre a temática,[24] pontuar o seu surgimento

[22] TIEDMANN. Klaus. *Derecho penal económico. Introducción y parte general*. Peru: Ed. Grijley, 2009, p. 77-78. "Un breve resumen sobre la evolución histórica del Derecho penal económico debe basarse en el reconocimiento de que ya en la antigüedad todos los Estados, especialmente en tiempos de crisis, pero también para la protección de abusos de poder económico en el acontecer económico normal, sancionaban penalmente las intervenciones estatales en el ('libre') desarollo económico". Ainda, em DIAS, Jorge de Figueiredo; COSTA ANDRADE, Manuel da problemática geral das infrações contra a economia nacional. In: *Temas de direito penal econômico*. Coord. Roberto Podval. São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 70, destaca-se a imposição de sanções a alta de preços e ilícitos de importação pela *Lex Julia de annona* que vigorou do império de Cesar ao de Justiniano.

[23] Com essa exata noção DIAS, Jorge de Figueiredo; COSTA ANDRADE, Manuel da problemática geral das infrações contra a economia nacional, cit., p. 70, em trecho em que se destaca: "Não que anteriormente se desconhecessem casos de autêntico direito penal econômico. A punição – por vezes drástica – do açambarcamento, da especulação, da venda de bens essenciais deteriorados, da violação das normas sobre exportação de certos bens, é fenômeno que se localiza em todas as épocas da História".

[24] Enumere-se TIEDMANN. Klaus. *Derecho penal económico*. *Introducción y parte general*. Lima: Ed. Grijley, 2009, p. 77 e seguintes; CAVERO, Percy Garcia. *Derecho penal económico*. Lima: Ed. Grijley,

no período entre-guerras do começo do século XX. Em primeiro lugar, por que é aquele o período que marca a derrocada do ideal liberalista do Estado, ilustrado pela necessidade da intervenção estatal após a crise de 1929, o que tornou necessário se reconhecer que, mesmo nas atividades exclusivamente privadas, a intervenção Estatal se faria necessária para controle e a regulação de situações macroeconômicas que poderiam colocar em perigo a própria estrutura do Estado e de seus cidadãos.

Em segundo lugar, ainda que se vá influenciar e se fundir com o primeiro motivo, experimenta-se nesse período o surgimento do Estado social, que tem como maior expoente a República de Weimar na Alemanha, inaugurada pela Constituição do Império Alemão de 1919.[25] O declínio do Estado liberal e o surgimento do Estado social nessa época são fenômenos que, embora tenham correspondência, não podem ser tidos como acontecimentos com correspondência direta e automática. Isso quer dizer que o abandono ao liberalismo não é, necessariamente, sucedido pela adoção do Estado social,[26] tal a razão de elencarmos os fenômenos como motivos autônomos para a eleição do início do século XX como período de surgimento do direito penal econômico.[27] Entretanto, os dois

---

2007, p. 8- 19, esmiuçadamente em evolução nos Estados Unidos e Alemanha; RIGHI, Esteban. *Los delitos económicos*. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 2000, p. 17-35; DIAS, Jorge de Figueiredo; COSTA ANDRADE, Manuel da. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. In: *Temas de direito penal econômico*. Coord. Roberto Podval. São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 69; MASIERO, Claudia Moura. *Direito penal econômico*: aplicabilidade dos procedimentos investigatórios previstos na Lei. 9.034/95. Porto Alegre: Ed. Nuria Fabris, 2010, p. 17; BALDAN, Édson Luís. *Fundamentos do direito eenal econômico*. Curitiba: Ed. Juruá, 2005, p. 40; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 20.

[25] Reconhecemos aqui que a sintetização e concentração do fenômeno do Estado Social na Constituição de Weimar é equívoca, em razão da imprecisão cronológica do surgimento positivo das constituições sociais, que é marcado pela Constituição Mexicana de 1917. Além disso, em 1918 surge a primeira Constituição Soviética que elenca uma série de direitos sociais. Ocorre que, para uma simplificação e ilustração do tema, concentramos o enfoque na Constituição de Weimar, que representou a harmonização dos direitos sociais aos direitos individuais, em reflexo ao pacto social realizado entre burguesia e demais forças sociopolíticas de uma Alemanha fragilizada pela derrota da 1ª Guerra Mundial. Sobre o tema, DIMOULIS, Dimitri;, *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 28-31.

[26] E isso porque o fato do Estado deixar sua posição inerte, de mero reator e não ator, não quer dizer que o Estado tenha adotado definitivamente o viés Social. Pelo contrário, a intervenção e regulação do Estado pode continuar a se cingir à aspectos pontuais da economia, permitindo a liberdade de mercado, como é a proposta do chamado Neoliberalismo, surgido ainda na primeira metade do Século XX e que ganhou força na metade final do Século. Sobre o neoliberalismo, Percy Garcia Cavero assenta que "tras la segunda guerra mundial tuvo lugar un cierto retorno a postulados de origen liberal, pero no en sentido de un ultraliberalismo con una economía sin dirección estatal. Se estimó necesaria la intervención del Estado para, en primer lugar, impedidr los abusos en el terreno económico por parte de particulares, pero tambiém, y fundamentalmente, para fomentar una justa distribuición de la riqueza" (CAVERO, Percy Garcia. Lima: Ed. Grijley, 2007, p. 11).

[27] É importante ressaltar nesse sentido que a bifurcação das orientações econômicas acontecidas no começo do século XX, se por um lado conduziram a regimes econômicos diametralmente opostos – capitalismo x socialismo – por outro, demandaram do Estado um mesmo tipo de comportamento, ainda que para objetivos divergentes. Figueiredo Dias e Costa Andrade (Problemática geral das infrações contra a economia nacional, cit., p. 73) notam que o fenômeno interventor do Estado surge igualmente nos dois polos de orientação econômica. Em suas palavras, "esse confronto revela desde logo a diferença que existe entre a unidade conceptual e sistemática que solda o Direito Penal Econômico de cada Estado Socialista em face do dualismo

fenômenos guardam em si uma característica de suma importância e determinante para o presente estudo: o colossal aumento da intervenção do Estado no âmbito da economia e da sociedade e, para tanto, fazendo uso do sistema jurídico-penal,[28] fenômeno denominado dirigismo estatal.[29]

Mas se a intervenção do Estado por meio do Direito Penal é apontada com frequência em momentos anteriores a esse, o que há de novo e de significativo no período a justificar sua pontuação como momento de emancipação do direito penal econômico? Entendemos que, fundamentalmente, o momento marca o primeiro movimento de intervenção jurídico-penal na economia e nas relações sociais, após a iluminação do direito penal, ou seja, após o surgimento do direito penal racionalizado. [30]

É a primeira vez em que o Estado, massiva e sistematicamente, toma o direito penal como arma, como instrumento de dominação e persuasão inclinado ao desenvolvimento de seu projeto, após a racionalização do direito penal e da criação de construções dogmáticas decisivas na sua história, que inspiram o estudo, a construção, a aplicação e, principalmente, a delimitação do direito penal, até os dias de hoje.[31] Logo, temos aqui mais do que uma simples intervenção potestativa do Estado, como haveria de

---

inescapável em que se estrutura o Direito Penal Econômico dos países capitalistas. É que enquanto os países socialistas são (...) o produto de uma ideia, os sistemas capitalistas são o resultado de uma sucessão incompleta de formas de capitalismos" e afinal arrematam: "Daí que o Direito Penal Econômico se componha de dois ramos de peso desigual e variável: dum lado, normas que visam dirigir o curso da economia num determinado sentido, querido pelo Estado; de outro, normas em que o Estado, pelo contrário, se preocupa em restabelecer o livre curso dos processos econômicos".

[28] Em correspondência com o pensamento, COSTA ANDRADE, João da. O erro sobre a proibição e a problemática da legitimação do direito penal econômico. In: *Temas de direito penal econômico*. Coord. José de Faria Costa. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 15 e s.

[29] É importante perceber aqui que há uma radical mudança da relação Estado-indivíduo que é o que, justamente, irá permitir essa expansão do direito penal no começo do século XX. Antes, o Estado era visto com o ente institucionalizado ao qual se delegava, por meio do contrato social, a proteção dos direitos inatos dos indivíduos contra o arbítrio de outros indivíduos. Mas não só dos outros indivíduos, como também do próprio Estado. Essa proteção que se concedia ao indivíduo era identificada com a ideia de justiça. Em outras palavras, o direito era identificado com a defesa de valores individuais e tão somente isso. Esse pensamento foi recorrente nas obras de Kant, que não identificava a possibilidade de intervenção do Estado por meio do ordenamento jurídico, se estivesse animado com esse fim. No começo do século XX, há uma alteração dessa relação do indivíduo com Estado, de modo que o Estado passa a ser, ao lado de garantidor de direitos, promotor de tarefas e agendas ligadas ao bem-estar. O mais importante de se ver é que cai assim a oposição entre indivíduo e Estado, para haver uma relação de colaboração, marcante na primacial obra de Goldschmidt.

[30] Pontue-se aqui a crítica que Schünemann tece à proposição acerca da continuidade do direito penal econômico da fase da ilustração até a atualidade. Segundo o autor, embora existissem normas nesse sentido, serviam mais para assegurar a construção burocrática do Estado, do que para assegurar o bem comum. Em suas palavras, "los ordenamientos imperiales de policía, estaban más bien dirigidos a construir el Estado de autoridades burocráticas que a asegurar por medio del Derecho Penal el bien común" (SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n. 1, v. 49, p. 187-217, 1996).

[31] Esse crescimento do Brasil iria culminar em uma expansão numérica de normas penais voltadas à economia e ao convívio social. Com mais dedicação ao tema voltaremos nos itens 3.3. e 3.4. do presente trabalho.

ocorrer nos Estados absolutistas, mas sim, a criação de sistemas interventivos que se muniam do poder sancionatório do direito penal para o atingimento de seus objetivos.

O legislador penal, após a revolução clássica do direito penal e principalmente após a passagem do Estado de direito formal para o Estado de direito material, tem agora que se preocupar com a justificação e a legitimação dos tipos penais criados. Já se difunde e ganha força nos ordenamentos a teoria do bem jurídico penal, que, ainda que possa ser criticada, traz consigo o inédito potencial crítico às incriminações. Em outras palavras, a criação de um tipo penal de intervenção econômica não pode mais surgir da vontade autônoma do Estado, devendo se justificar pela proteção de bens jurídico-penais.

Assim quando Figueiredo Dias assinala as eclosões das Guerras Mundiais e da derrocada do ideal liberalista como fenômenos decisivos para a alteração da estrutura do Estado, ao passo que dele se passa a demandar posturas proativas e interventivas, nada mais está a fazer, do que descrever uma situação recorrente na história do Ocidente. As crises e as guerras são fenômenos que sempre cobraram esse tipo de postura do Estado, sendo certo não ser isso uma particularidade do início do século XX. Ocorre que agora esse movimento do Estado está vinculado às novas exigências surgidas durante o movimento iluminista e adotadas pela razão do Estado; está vinculado, em essência, a um conceito material, e não meramente formal, de crime.[32]

Disso decorre a transição final do direito penal policial que vai ser sucedido pelo direito penal administrativo, direito contraordenacional, contravencional e pelo direito administrativo sancionador, conforme o lugar e período. De fato, aquelas normas que antes promanavam apenas da vontade do legislador, agora dependem de uma análise de cabimento e devem atender a requisitos de incriminação, consubstanciados substancialmente, em nossa visão, ao atendimento da inexorável necessidade da proteção aos bens jurídicos, sem a qual não é cabível e aceitável a tutela penal.

Há de se notar, portanto, que há uma coincidência cronológica entre o surgimento dos ideais clássicos do direito penal e o ideal liberalista da economia e do Estado. Não por outro motivo, os ideais clássicos do direito penal centram-se na liberdade individual e

[32] Miguel Reale (REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1960, p. 333) assim assenta esse novo dever do Estado: "são muitos os limites do poder do Estado: intrínsecos uns, quando inerentes à própria natureza do poder ou à natureza da pessoa jurídica estatal; de ordem material outros, quando se referem ao próprio conteúdo da norma em relação com outros ordenamentos jurídicos originários; de ordem formal, se atinentes às modalidades das manifestações; e podem ainda esses limites se referir à eficácia do poder em virtude do espaço e das pessoas".

autonomia do indivíduo, sendo a função do Estado a repressão das condutas que causem distúrbios ao exercício desses direitos.[33]

Em síntese, a transição do direito penal policial iluminista para o direito penal administrativo e econômico pode ser explicada como o resultado da conjugação de três fatores, os quais se enumeram (i) no campo político-econômico, o surgimento da necessidade da intervenção estatal na economia e nas relações sociais; (ii) no campo dogmático-jurídico, a racionalização dos sistemas jurídicos inspirado nos ideais iluministas e (iii) finalmente, na dimensão político-jurídica, a passagem do Estado de direito formal para o Estado de direito material, que se desenvolve a partir da primeira metade do século XX.

Portanto, as grandes guerras mundiais, o fim da utopia liberalista radical e o crescente prestígio do princípio da legalidade seriam os fatores que, a partir do começo do século XX, praticamente fundiriam parte desse direito penal administrativo ao direito penal de justiça, circunstância que se protrai no tempo e alcança a atualidade. E isso, porque a ingerência do Estado nos interesses e agires particulares tornaram-se aceitáveis e desejáveis, recebendo, a partir de então, uma tutela também penal.

1.2.2. Direito de ordenação social como limite negativo do direito penal secundário

A fusão do direito penal de justiça ao direito administrativo penal ensejaria, em Portugal, a partir a primeira metade do século XX, um movimento encabeçado pelo Professor da Faculdade de Direito de Coimbra e Ministro da Justiça de Portugal, Eduardo Correia, para a criação dos ilícitos de mera ordenação social, setorização do direito que surge como resultado residual de uma parte do direito penal administrativo que não seria comportada pela instância jurídico-penal. É nesse sentido que Figueiredo Dias rechaça a

[33] Algumas das observações de Hassemer (HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del derecho penal moderno. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLV, fascículo I, jan./abr. 1992) sobre o que chama direito penal moderno podem ser debitadas a esse período. Com efeito, o autor conclui que o direito penal clássico esteve sempre ligado à proteção e ao respeito do contrato social, de onde se extrai a ideia de que só pode se ter fato materialmente típico quando da observação de uma lesão a uma liberdade assegurada no contrato social. Os limites de renúncia à liberdade são absolutamente precisos e impenetráveis, de onde emergem os fundamentos para a proibição da analogia em matéria penal, bem como o clamor pelo princípio da taxatividade. Contudo, a modernidade haveria consumado essa tradição clássica e assim rompido com ela, uma vez que as necessidades do direito penal clássico, consubstanciadas no conflito entre Estado e cidadão que marcaram a época da ilustração, agora não mais seriam preponderantes nas relações sociais. Em sentido contrário, Silva Sanchez vem acentuar que esse "bom e velho" direito penal liberal jamais existiu e que apenas as ideias teóricas se concentraram nesse período, ao passo que a intervenção administrativa e econômica do Estado por meio do direito penal torna essas concepções "acrônicas" e ilusórias (SILVA SÁNCHEZ. Jesús María. *La expansión del derecho penal*. Madrid: Editora Edisofer, 2011, p. 165 e s.).

tese de que as contraordenações seriam as sucessoras diretas do direito penal administrativo, como propugna boa parte da doutrina penalista portuguesa.[34]

Embora não se ignore a existência de alguma comunidade de escopos entre as disciplinas – pontue-se a antecipação da lesão a bens jurídico-penais – suas essências possuem domínios dogmáticos diferentes. O direito das contraordenações não poderia inserir-se no âmbito das sanções penais, que se caracterizam pela retribuição e desaprovação moral de uma conduta delituosa. O direito de ordenação é marcado, segundo o autor, pela aplicação de sanções meramente ordenativas, não penais.[35] Logo, entende o autor que subjaz uma diferença qualitativa entre os ilícitos de ordem e os ilícitos criminais, repousante, como iremos analisar à frente, no desvalor ético das condutas incriminadas.

Ancorando-se nesse pressuposto, afirma que o direito de ordenação social não sucedeu a um extinto direito penal administrativo, mas, sim, tornou-se o *limite negativo* de um direito penal administrativo que evolui a partir da segunda metade do século XX e que "surge hoje renovado sob a face do direito penal secundário". [36]

Em síntese, o que se percebe é que até o primeiro quarto do século XX o direito contraordenacional encontrava-se fundido ao direito penal administrativo (ainda não judicializado), embora de qualquer forma já estivessem delineadas características próprias que lhe permitiriam uma autonomia material, embora ainda não o fosse formalmente.

É no processo de judicialização e de incorporação do direito penal administrativo, no âmbito de competência do direito penal, que o direito ordenacional vem agora encontrar sua autonomia também formal. Assim, as condutas contraordenacionais restariam barradas pela membrana circundante ao sistema jurídico-penal, cujo resíduo se agruparia em torno de um novo sistema.

Calcando-se na premissa de que o direito ordenacional encontra hoje ampla autonomia em relação ao direito penal administrativo, o autor passa a buscar na essência desses âmbitos de tutela normativa os elementos que haveriam guiado o direito ordenacional a seu caminho autônomo, pois de fato, em se considerando o direito penal secundário a nova face do direito penal administrativo, alcançando-se os elementos que o separam do direito ordenacional, ao menos uma das fronteiras desse divisado sistema

[34] Com efeito, o autor destaca que muito do que se considerava direito penal administrativo no começo do século XX, hoje é englobado pelo direito de ordenação social. Ocorre que esse direito, entretanto, segundo o autor, teria origem autônoma, sendo "fruto de preocupações e finalidades diferentes" (Para uma dogmática do direito penal secundário, cit., p. 30).

[35] Embora haja consenso na doutrina portuguesa de que o direito de ordenação social integra o direito penal e partilha de seu regime jurídico em certa medida.

[36] Para uma dogmática do direito penal secundário, cit., p. 30.

autônomo já poderia ser vislumbrada. Portanto, o que se vai buscar são os fatores inerentes às condutas contraordenacionais que não permitiram sua incorporação ao direito penal, bem como, quais elementos proporcionaram a reaglutinação dessas condutas em torno de um novo subsistema jurídico.

Recorrendo à teoria de Eberhardt Schmidt[37] como ponto de partida, busca-se a concepção de que as contraordenações gozariam de ampla autonomia em relação ao direito penal, essencialmente porque a infração ordenacional seria eticamente estéril. Ao contrário da infração penal, a infração ordenacional não se valeria de um objeto de proteção eticamente relevante e se destinaria à antecipação de infrações penais. Desse esvaziamento ético das condutas, é de onde emergiria a necessidade de se retirá-las do âmbito de proteção penal. Tais infrações não seriam, portanto, suscetíveis à aplicação de uma pena, mas sim de sanções ordenacionais, tais quais as multas ordenacionais e as coimas.[38]

Nessa direção, segundo Schmidt, da ausência de uma reprovabilidade eticamente relevante às infrações ordenacionais é que surgia a necessidade de sua emancipação em relação ao direito penal. Essa menor reprovabilidade ética não poderia continuar a receber o mesmo tratamento despendido às infrações axiologicamente desvalidas. Àquelas, bastariam sanções de menor gravame, como advertências e medidas sociais; a estas restaria a necessidade da cominação de uma pena em retribuição, cuja ameaça desincentivaria a propagação da conduta.

Ainda é de se considerar que muitas das condutas eticamente irrelevantes no Estado liberal, que vigora no final do século XIX e início do século XX, iriam ganhar novos contornos e importância fundamental na pauta do Estado social e interventor que surge e se desenvolve já a partir da primeira metade do século XX.[39] Isso quer dizer que, se algum dia essas condutas realmente foram eticamente vazias, a superação do Estado liberal pelo Estado social atribui uma relevância axiológica que não pode mais ser ignorada.

Mas ainda que se reconheça a existência de uma reprovabilidade ética, tanto sob a égide do direito penal administrativo quanto no âmbito de intervenção do direito ordenacional, essa reprovabilidade não se comporta da mesma maneira em cada uma das esferas de proteção jurídica, e é precisamente nessa diferença de comportamento que

[37] SCHMIDT, Eberhart. Probleme der Wirtschaftsstrafrecht..., apud DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário, cit., nota 48.

[38] Um panorama mais aprofundado sobre a teoria de Eberhart Schmidt encontra-se no item 2.5.2, do presente trabalho.

[39] Nesse sentido, Figueiredo Dias ressalta que "as tarefas da *Daseinvorsorge* não foram assumidas pelos Estados contemporâneos sem a correspondente "eticização" de uma boa parte das providências destinadas a melhorar a condição social dos homens" (Para uma dogmática do direito penal secundário, cit., p. 31).

Figueiredo Dias vai buscar a primeira linha fronteiriça do âmbito do direito penal secundário.[40]

Nenhuma norma pode ser completamente dissociada de um conteúdo histórico e cultural, portanto, valorativo e ético, essencialmente as normas que apliquem sanções e imponham proibições aos cidadãos, de modo que uma conduta ilícita é por si só desvalorada eticamente. Haverá, entretanto, uma diferença entre uma conduta eticamente reprovável e uma conduta eticamente indiferente, mas que produz um resultado ilícito.

Ambas as condutas gerarão um resultado ilícito, que, como tal, será carregado de reprovabilidade ética. Assim, se por um lado o ilícito sempre será (ao menos juridicamente) eticamente relevante, o mesmo não se dirá das condutas que geraram o resultado ilícito, que sem qualquer óbice podem se exibir axiologicamente neutras. A delimitação material da infração penal administrativa e da infração ordenacional repousaria, precisamente, na relevância ética das condutas que compõe a infração.

Desde esse ponto de vista, concebe o autor que no direito penal administrativo, na medida em que se pretende inserir no âmbito de proteção penal, imprescindivelmente, deverá existir a reprovabilidade tanto do ilícito (resultado jurídico que se busca evitar pela norma) quanto da conduta da qual originou-se esse resultado (que é o que permite a legítima aplicação de uma pena).

Já no âmbito ordenacional, ainda que se perceba também um resultado jurídico eticamente desvalorado (como são, juridicamente, as condutas legalmente sancionadas), a conduta que lhe dá causa pode ser irrelevante, sem qualquer necessidade de que possua alguma reprovabilidade ética e, portanto, podendo ser axiologicamente neutra. Desse modo, permite-se afirmar que a conduta que é reprovada no âmbito ordenacional, sem a proibição legal do ordenamento, é uma conduta eticamente aceitável. Estaria aí, portanto, a diferença material entre o ilícito de ordenação e o ilícito penal.

Entretanto, para que se possa lograr êxito na busca pelos elementos essenciais do direito penal administrativo, de modo que, por meio deles se possa construir a base de uma teoria que propugne sua autonomia, é preciso que se encontrem as definições positivas desses elementos. Portanto, se o direito penal administrativo não é direito contraordenacional, então o que ele é?

1.2.3. Definição positiva

[40] Não redunda destacar novamente que é na busca da essência do direito penal administrativo que Figueiredo Dias pretende encontrar a essência do direito penal secundário.

Inicialmente, é preciso consignar que Figueiredo Dias entende que o direito penal secundário situa-se na mesma ordem jurídica do direito penal judicial, compondo a esfera jurídica legitimadora do exercício do *ius puniendi* pelo Estado.[41] Assim, identifica-se nas duas esferas de intervenção punitiva a aplicação de penas, em que pese a natureza diferente que irão dar contornos próprios a cada uma dessas esferas de atuação penal.

Dogmaticamente essa identidade ainda é pouco reconhecida, fruto do apego à superada dicotomia entre as ordens jurídica e administrativa. Nessa última ordem de intervenção estatal, é onde se situava o antigo direito penal policial, que seria sucedido, no final do século XIX, conforme assentado, no direito penal administrativo que o incorporaria. A imposição do princípio da legalidade ao Estado nesse período conduziu a ordem administrativa à ordem jurídica, pois agora também se vincularia as normas de direito material. Assim, embora já apareça superada a separação absoluta entre as ordens jurídicas e administrativas, as marcas que essa concepção imprime ainda hoje no ordenamento jurídico serão determinantes para a compreensão do estado da controvérsia.

Pois é assentando-se nessa dicotomia que surge a concepção clássica de um direito penal como âmbito de proteção de bens jurídicos penais relevantes e indispensáveis à coesão da malha social e de natureza eminentemente sancionatória, em oposição a um direito administrativo, cuja proteção recairia sobre bens administrativos, e cuja ilicitude repousaria na desobediência às normas programáticas impostas pela Administração Pública com vista à realização dos fins do Estado. [42]

Essa resposta, já não será satisfatória segundo Figueiredo Dias e não se coaduna com as concepções acerca do direito penal e do direito administrativo, que surgiriam alguns anos mais tarde. Entre elas a que se esculpiu nas obras de James Goldschmidt da virada do século XIX para o século XX. Com efeito, o autor alemão é quem vai quebrar o paradigma acerca de uma oposição entre indivíduo e comunidade existente nas correntes penais iluministas, para identificar uma dupla acepção do ser humano: uma enquanto indivíduo *quale tale* e outra enquanto cidadão. Desse segundo papel desempenhado pelo ser humano surgiriam novos direitos e, principalmente, novos deveres, tais quais o da

[41] Com detalhes sobre o conceito, REALE JÚNIOR, Miguel. Ilícito administrativo e o jus puniendi geral. In. *Direito penal contemporâneo*. Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: Editora RT, 2007, p. 93-99.

[42] Assim, BINDING, K. Die Normem... Apud DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário, cit., p. 38.

manutenção da administração pública em prol do bem comum, resultando, consequentemente, a necessidade de preservação da própria ordem jurídica.[43]

Essa necessidade seria elevada, dessa forma, a um bem, um *bem administrativo*, o qual, porém, enquanto dirigido ao bem comum, não se referiria diretamente à proteção de um direito individual. Ainda assim, esses bens administrativos destinavam-se, de qualquer forma, à proteção antecipada de bens jurídicos individuais, de modo que, após a reconciliação entre as ordens administrativa e jurídica, a esses bens jurídicos individuais restou a rotulação de bens jurídicos primários, enquanto aos bens jurídicos administrativos atribuiu-se a designação de bens jurídicos secundários.

Avançando até 1930, Figueiredo Dias encontra em Erik Wolf[44] a superação das dicotomias entre bens jurídicos ou administrativos, primários ou secundários, ao demonstrar que:[45]

> à justiça cabe a conservação e estabilização da personalidade jurídica, enquanto à administração exige a activação desse ser pessoal, não se bastando com a mera manutenção da pessoa dentro dos limites do direito, mas requerendo que ela se torne um cidadão activo para a administração, que se comporte de forma positiva no espaço social administrativo[46].

E assim, baseando-se em tais premissas é que o Figueiredo Dias propugna pela existência de um dano social no delito administrativo "cuja violação não pressupõe a violação de interesses individuais".[47] Mais do que um o estado regular de não infração às normas estatais, Wolf compreendia que do cidadão se poderia e deveria cobrar uma postura proativa, que se dirigisse aos objetivos sociais traçados pelo Estado. E justamente à administração pública caberia a exigência e o controle dessa pro-atividade do indivíduo.

É digno de nota que Wolf não abandona, portanto, a construção de Goldschimidt acerca da dupla função exercida pelo homem, mas sim a completa: enquanto indivíduo deve evitar as condutas reprovadas pelo ordenamento, ao passo que enquanto cidadão deve cumprir suas obrigações sociais, fiscalizadas pela administração.

Já no que tange ao objeto da violação pela conduta reprovada, Wolf vai se afastar de Goldschimidt, concebendo que a infração administrativa não gera um dano material individual à administração, mas sim dano social, caracterizado por uma "materialidade transnaturalística e transpessoal". Assim, afastando-se da ideia de um bem imaterial

[43] Detalhes sobre o pensamento de Goldschmidt estarão no item 2.3.2 do presente trabalho.
[44] WOLF, Erik. *Die stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem*. Tübingen, 1930.
[45] Sobre a teoria de Erik Wolf, ver item 2.3.3, do presente excurso.
[46] DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário, cit., p. 39.
[47] Idem, ibidem.

(administrativo), procura-se demonstrar que esse bem é apenas pulverizado e afeta não a administração enquanto ente jurídico, mas sim a toda a coletividade.

Essa ideia, assenta Figueiredo Dias, vai ser retomada por Klaus Tiedmann,[48] quando apresenta o autor alemão a concepção de que o bem jurídico haveria adquirido uma nova feição, a social, caracterizada pelo abandono da exclusiva proteção a direitos e garantias individuais, passando a abarcar também alguns bens jurídicos que se revestem de uma característica de supraindividualidade.[49]

Essa nova concepção alçada por Tiedmann viria a se amoldar, com efeito, à moderna teoria da divisão de poderes, segundo a qual a missão de promoção do bem-estar vai suplantar as atribuições do Poder Executivo, para tornar-se tarefa concorrente também do Poder Legislativo e, consequentemente, do Judiciário. Esse fenômeno pode ser notado nas constituições modernas, as quais, por meio de seu texto normativo, procuram assegurar os direitos sociais, direitos esses que, mais do que tarefa da agenda do Poder Executivo, entrará também na pauta das atividades próprias do legislador, em normas infraconstitucionais[50].

De qualquer forma, nota-se que Figueiredo Dias não deixa escapar a concepção de um direito penal – aqui incluso também o direito penal administrativo e, por conseguinte, o secundário – como um ordenamento a serviço exclusivo da defesa de bens jurídicos "considerados como interesses socialmente relevantes, cuja defesa é condição indispensável do livre desenvolvimento do homem".[51] Nesse ponto, exibe o autor sua filiação à teoria constitucionalista do bem jurídico,[52] ressaltando que seu processo de eleição dependerá tanto menos do sistema social em si quanto "da ordem axiológica jurídico-constitucional".

---

[48] TIEDMANN, Klaus. Op. cit., p. 73. "En un sentido dogmático-penal se aprecia hoy en día la peculiaridad de los delitos económicos y del Derecho penal económico, principalmente, en la protección de bienes jurídicos supraindividuales (sociales o colectivos, intereses de la comunidad)".

[49] Pontuemos inicialmente que essa concepção de bem jurídico coletivo é rechaçada em absoluto pelos integrantes da chamada Escola de Frankfurt, encabeçados por Winfried Hassemer, que milita por uma concepção monista-pessoal no bem jurídico. Teremos oportunidade de voltar ao assunto no momento oportuno.

[50] Poder-se-ia falar aqui nos direitos de primeira, segunda e terceira geração como trata do assunto grande parte da doutrina brasileira. Entretanto, concordando com Dimoulis e Martins (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. RT, 2009. P. 31), preferimos não utilizarmos a nomenclatura em face dos equívocos lógicos (as gerações se superam, enquanto os direitos individuais, sociais e difusos coabitam) e cronológicos (não há a definição consequente exata como faz parecer a caracterização sequencial).

[51] DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário, cit., p. 44-45.

[52] Sobre a inspiração constitucional do bem jurídico o próprio Figueiredo Dias (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral. 1. ed. brasileira. São Paulo: Ed. RT, 2007, t. I, p. 117) e Luiz Regis Prado (PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constitucional*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. RT, 2009).

Desse modo, buscando-se os bens jurídicos relevantes nos valores expressos pelas cartas constitucionais, descritas pelo autor como "espaços de consenso comunitário", não restariam os "bens jurídicos do Direito Penal Administrativo vagos e abstratos", pois, a ordem constitucional é quem lhes garantiria a "medida indispensável de especialização e concretização". Derivando ainda de sua concepção constitucional do bem jurídico é que Figueiredo Dias vai traçar uma correlação entre os valores constitucionais impressos nas cartas constitucionais e os valores corporificados e garantidores do "livre desenvolvimento da personalidade do homem, correlação essa que, em suas palavras, será de "mútua referência", que se operacionalizaria por meio de uma "analogia material".

Desde esse ponto de vista, o autor, analisando o conteúdo material dos dispositivos constitucionais, vai observar a importância da coexistência entre o direito de liberdade e de outros direitos e garantias cujos objetos, na mesma ordem hierárquica, dirigir-se-ão à proteção da pessoa e do indivíduo, mas também à proteção de direitos sociais e da organização econômica. E isso porque ao primeiro grupo de direitos prevaleceria a proteção pela esfera de atuação do direito penal de justiça ou clássico, ao passo que às infrações aos direitos componentes do segundo grupo se insurgiria o direito penal secundário.

Malgrado a categorização exposta, Figueiredo Dias ressalta que a estrita divisão entre direitos individuais e direitos sociais só existirá em um Estado de Direito formal, mas restará prejudicada em uma visão axiológico-material dos mandamentos constitucionais e legais que compõem o ordenamento jurídico, visão essa que inspira o Estado de Direito material.[53] Precisamente nesse Estado de Direito material, concebido pelo autor como estrutura jurídica onde a ordem axiológica expressa na Constituição deve iluminar o conteúdo material dos bens jurídicos, é onde os dois grupos de direito demonstrariam uma autonomia relativa, que necessariamente, em face da relação de mútua referência, será transposta à categoria dos bens jurídicos.

Essa autonomia relativa decorreria, por sua vez, justamente da dupla maneira de realização do homem observada por Goldschimidt, que exigiria atuações particulares e diferentes do Estado, devendo na primeira acepção, a da realização do homem enquanto indivíduo, proteger sua esfera de direito por meio de sua própria autolimitação, enquanto na segunda modalidade de realização, a da realização enquanto membro da sociedade,

[53] Sobre o Estado de direito material e sobre as críticas ao Estado de direito formal, com a contribuição da teoria de Heller, Miguel Reale (REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1960, p. 309-361).

exercer sua "tarefa positiva de promover a satisfação dos interesses decorrentes dos princípios e objetivos de conformação comunitária".[54]

Nessa linha de ideias é que o autor entende ser possível afirmar a vinculação do direito penal de justiça à proteção de bens jurídicos de caráter individual (direitos, liberdades e garantias), de bens jurídicos protegidos pelo direito penal administrativo e de bens jurídicos ligados à realização de valores sociais e à organização econômica, fundamentando a aposição desses valores secundários aos conteúdos materiais dos bens jurídicos penais e, ainda, arrematando que precisamente em face dessa relativa autonomia dos grupos de direitos tomadas em uma visão unitária e global da ordem axiológica constitucional é que se permitiria sustentar a integração do direito penal secundário ao direito penal, ao mesmo tempo em que não se se abriria mão de sua autonomia.

Assim o fazendo, o autor consegue manter o pressuposto fundamental da teoria de Goldschmidt, segundo o qual haveria uma dupla caracterização do indivíduo segundo o espaço em que age, sem que se prenda, com isso, à dicotomia entre Administração e Justiça. Essa superada dicotomia, no Estado de direito material, ganharia contudo novos contornos, respectivamente, entre os bens jurídicos de referenciais individuais e supraindividuais, garantindo assim a possibilidade de adoção das categorias visualizadas por Goldschmidt, superando-se, nesse diapasão, as principais críticas formuladas em relação a sua estrutura, conforme veremos com maior detalhamento no item 2.3.4. do presente trabalho.

Sintetizando suas conclusões, o direito das contraordenações seria caracterizado pela neutralidade axiológica das condutas consideradas infracionais pelo sistema jurídico-ordenacional. Já o direito penal administrativo seria erigido em condutas portadoras de relevância ético-social, assim, portanto, integrando a égide do sistema jurídico-penal. Contudo, irá se diferenciar do direito penal comum, ao passo que sua relevância ético-social opera de maneira particular, calcada na ordem dos direitos voltados à realização dos valores sociais e da organização econômica, garantias essas que, em geral positivadas nas cartas constitucionais, destinar-se-iam à realização do homem enquanto ser social.

Fica nítida, dessa forma, a adesão de Figueiredo Dias à ideia de que não existe qualquer óbice na utilização do direito penal para a promoção de direitos sociais e organização econômica e administrativa da sociedade, por considerá-los axiologicamente relevantes e por entender que a previsão constitucional desses direitos e institutos, diante

[54] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral, cit., t. I, p. 48.

da ótica referencial da ordem legal dos bens jurídicos à ordem constitucional unitária dos valores fundamentais, fundamentaria o que se convencionou chamar de dignidade penal das incriminações secundárias.

Elevando esses valores à categoria dos bens jurídicos, evita-se a quebra sistêmica do direito penal, que continua a se assentar e na exclusiva proteção de bens jurídicos, independente da categoria em que se enquadrarão esses bens jurídicos. Essas categorias, por seu turno, serão as responsáveis pela diferenciação interna do sistema penal, em um direito penal primário e em um direito penal secundário.

1.3. Direito penal secundário na teoria do delito[55]

Desenvolvido o arcabouço de fundamentação acerca da judicialidade, bem como da relativa autonomia do direito penal secundário, Figueiredo Dias, calcando-se na teoria do ilícito penal, procura identificar algumas particularidades do direito penal secundário em relação ao direito penal primário, partindo da análise da função e sentido do tipo penal, que, a saber, será categorizado em três posições estruturais, quais sejam, a de tipo de garantia, tipo de ilícito e tipo de culpa.

Por tipo de garantia, refere-se o autor ao "conjunto de elementos incriminadores (...) cuja definição legal se impõe para exigência jurídico-constitucional de legalidade"[56]. A acepção vai se ligar intimamente ao princípio da legalidade, princípio que, a despeito de ser alvo de tentativas de flexibilização no contexto de sua aplicação ao direito penal econômico, continua indispensável em sua plenitude em um Estado de Direito. Uma vez fixada a indispensabilidade do princípio, Figueiredo Dias vai buscar respostas acerca de sua aplicabilidade ao direito penal secundário.

Com efeito, a exigência da determinabilidade dos tipos penais, entendida na concepção de Klaus Tiedemann, como a existência de um mínimo de cognoscibilidade e dirigibilidade objetiva, encontrará severos óbices em sua transposição ao direito penal secundário, essencialmente pela recorrência, nesse âmbito, a conceitos técnicos que se reconduzem e se referem a outros "complexos totais de valores ou de fins a prosseguir".[57]

[55] É preciso esclarecer que o foco do presente trabalho não abrange as consequências da definição material no âmbito da teoria do delito. A análise aqui feita tem apenas o objetivo de mostrar por inteiro o pensamento de Figueiredo Dias e extrair alguns conceitos que poderão ser importantes na análise da configuração ontológica das infrações administrativas e penais.
[56] DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO. *Direito penal*: parte geral, cit., t. I, p. 51.
[58] Idem, ibidem, p. 52.

Nas palavras do autor, isso vem gerando um "inadmissível (e inconstitucional) encurtamento de um direito fundamental", o qual não pode ser justificado pela existência de sanções de menor severidade nessa esfera de atuação.

Além dessa inexorável assessoriedade a outras esferas do ordenamento jurídico, que vai permear as normas de direito penal secundário com conceitos vagos, imprecisos em si mesmos e dotados de uma tecnicidade específica por muitas vezes não alcançada pelo destinatário das normas, destaca o autor o particular problema da abundância de normas penais em branco no âmbito de atuação jurídico-penal secundário.

Esses são os fatores que, segundo o autor, estariam reconduzindo o princípio da tipicidade a uma concepção estritamente formal. Isso quer dizer que, de acordo com sua concepção, a tipicidade se encontraria escorada na regularidade do processo legislativo e da autoridade das normas e atos extra-penais que completam as normas incriminadoras. Ainda assim, entende o autor que essa concepção formal, além de indispensável, seria suficiente por si mesmo no âmbito do direito penal secundário.

Quanto ao tipo de ilícito, tomado pelo autor como o "conjunto de elementos que conformam a realização de um ilícito e o concretizam"[58], depreende-se uma atenção específica das normas de direito penal secundário, que operarão tanto no nível da finalidade do agente, como no nível do fato.

No nível do agente, as especificidades aparecerão pela estrutura dos tipos-de-ilícito como "delitos de dever, na sua subespécie de delitos específicos", dever esse que, para além do dever inerente a qualquer norma (de se abster da prática de uma conduta proibida), vai exigir novos deveres específicos de atuação, anteriores e exteriores à norma penal.

Além disso, marcante será o aparecimento de delitos que exigem uma relação especial do autor, relação essa que, segundo Figueiredo Dias, transpõe-se ao tipo penal, justamente, para encontrar a responsabilidade do agente em suas diferentes facetas sociais, deveres "do seu específico estatuto social", como, por exemplo, sua atuação enquanto empresário, agente financeiros, médico, geneticista, contribuinte, etc.

No nível jurídico-factual, atinge-se o já tantas vezes discutido problema dos crimes de perigo abstrato, que, visando a proteção de bens jurídicos supra-individuais, deslocam-se da estrutura de apenamento à sua efetiva infração, para procurar atribuir-lhes

[58] Idem, ibidem, p. 51.

uma proteção antecipada, justamente pela incriminação de uma conduta que, mediatamente, tem o potencial de lhe causar um dano.

Contudo, chama atenção o autor para o fato de que esse tipo de incriminação poderia representar "um inadmissível alargamento da punibilidade, uma violação material (e inconstitucional) ao princípio da culpa e, sobretudo, uma descoloração axiológica das condutas proibidas", que se reconduziriam, ou deveriam se reconduzir, portanto, ao âmbito do direito contra-ordenacional.

Malgrado a existências dessas possibilidades e de sua percepção na realidade jurídico-penal contemporânea, entende Figueiredo Dias que os delitos de perigo abstrato são dogmaticamente aceitáveis, desde que, imprescindivelmente, guardem reverência à exigência da determinabilidade do tipo penal e que não se observe em sua estrutura qualquer presunção de culpabilidade[59].

No âmbito do direito penal secundário, segundo o autor português, as incriminações de perigo abstrato poderiam ser substituídas por "delitos de desobediência às entidades administrativas".[60] Esses delitos trariam a vantagem de ter como objeto de proteção bens individuais, que entendemos se referir o autor à administração pública", ainda que mediatamente se prostrem à proteção de bens jurídicos sociais. Segundo o autor, seria essa a melhor solução para os problemas carreados pelas incriminações de perigo abstrato.

Ainda que por hora não devamos adentrar com acuidade na discussão acerca da solução alçada pelo autor, devemos pontuar que o cambiamento de incriminações estruturadas em delitos de perigo abstrato por incriminações estruturadas em delitos de meras desobediências em nada contribui no grau de aplicação de princípios como o da ofensividade e da culpabilidade. Ao contrário, a proposta do autor só vem a corroborar o esfacelamento do conteúdo material dos bens jurídicos, de modo que se aportaria à administração pública, enquanto bem jurídico, o condão de legitimar a incriminação de qualquer conduta, desde que por ela desvalorada.

Avançando na análise dogmática do direito penal secundário, Figueiredo Dias, sucintamente, vem a tocar a matéria dos delitos culposos, da tentativa e dos tipos justificadores, não logrando haver, contudo, diferenças ou especificidades na aplicação em

[59] Contudo, admite o autor que, segundo a técnica legislativa observada na atualidade, dificilmente se consegue atender a essas exigências de cunho dogmático-principiológico, de onde exsurge a necessidade de se reconduzir essas condutas ao nível normativo ordenacional.
[60] DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO. *Direito penal*: parte geral, cit., t. I, p. 57.

relação ao direito penal primário. O mesmo, entretanto, não se poderá dizer a respeito do princípio da individualidade da responsabilidade penal e dos sistemas de imputação

Trata-se aqui da premente discussão acerca da possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, que vai ganhar contornos de extrema relevância no direito ibero-americano pela sua negação, seja pela consideração da impossibilidade de ação do ente coletivo nos termos da teoria finalista da ação, seja pela incapacidade de constatação de culpabilidade da pessoa jurídica.

Nesse ponto, Figueiredo Dias revela seu posicionamento concernente à inexistência de quaisquer óbices à responsabilização criminal do ente coletivo, o que, somada à "alta conveniência" e "imperiosa necessidade", em sede político-criminal, torna esse meio de incriminação não apenas possível, como desejável no âmbito delimitado de atuação do direito penal secundário.

Destarte, segundo o autor, aos entes coletivos, enquanto "obras da liberdade" ou "realizações do ser livre", poder-se-ia, sem maiores problemas, imprimir responsabilização por suas ações, ações, que nos parecem, segundo concepção do autor, se dirigiriam a um determinado fim por obra desse fundamento de liberdade apontado em suas considerações. Seria esse mesmo fundamento de liberdade quem também permitiria se imputar à pessoa jurídica uma ação culpável.

Nessa linha de pensamento, Figueiredo Dias reitera que, se no campo dogmático não se apresentam obstáculos intransponíveis à incriminação do ente coletivo, no direito positivo, a incriminação da pessoa jurídica é expressamente prevista pelo direito português, sendo, portanto, tema impassível de discussão.

No ordenamento jurídico brasileiro, tal qual no português, observamos a previsão constitucional[61] e legal[62] da incriminação das pessoas jurídicas, o que, contudo, nem de longe extirpa o espaço de discussão acerca da possibilidade e viabilidade desse tipo de incriminação, ponto que será retomado oportunamente.

Reforçando sua adesão à tese, Figueiredo Dias considera a responsabilização da pessoa jurídica imprescindível em um cenário onde a maioria dos delitos são cometidos no âmbito da atividade empresarial, mormente quando em se considerando que a mera responsabilização individual ensejaria situações de impossibilidade de recondução do nexo etiológico a uma pessoa natural, o que de resto, deixaria impune a conduta ofensiva ao bem jurídico, o que, em sua concepção, o deixaria desprotegido.

[61] Art. 225, § 3º, da Constituição Federal.
[62] Art. 3º da Lei nº 9.605/98.

Quanto a incapacidade dos entes coletivos de sofrer sanções penais clássicas (penas privativa de liberdade e medidas de seguranças), entende o autor que o contorno do problema se daria pela utilização tantas outras sanções que surtiriam um efeito análogo ao dessas sanções, adaptáveis e adequadas a retribuição e à prevenção geral do delito.

Feitas tais considerações sobre os tipos-de-garantia e sobre os tipos-de-ilícito, passa Figueiredo Dias a abordar a estrutura dos tipos-de-culpa no direito penal secundário, concebidos pelo autor como "conjunto de elementos caracterizadores do conteúdo típico da culpa (e, portanto, da atitude pessoal do agente actualizada no facto) de uma certa forma de crime".[63]

Inicialmente, considera sobre o tema o fato de que por muito tempo se sustentou a indiferença entre os delitos culposos e dolosos no direito administrativo, ausência essa que excluiria o elemento subjetivo da ação infracional, o qual é necessariamente preenchido por uma carga axiológica, de modo que, somente condutas neutras poderiam ser abrangidas nesse âmbito normativo. Entretanto, conquanto se tenha reafirmado o conteúdo ético do ilícito administrativo penal, essas considerações se limitarão portanto ao nível normativo contra-ordenacional.

Figueiredo Dias ainda toma algumas poucas linhas na discussão concernente a consciência de ilicitude no tipo-de-culpa, considerando, sobre esse aspecto que, para além da filiação à teoria da culpa ou teoria do dolo, a reafirmação de posicionamento de uma teoria incindida, segundo a qual haveria uma solução unificada para os tipos de culpa e para os tipos de dolo.

Finalmente, sobre o tema dos tipos-de-culpa, Figueiredo Dias aborda a proposta da criação de tipos gerais de culpa (crimen culpae) em oposição às tradicionais previsões de incriminação culposa de delitos erigidos sobre a forma de tipos dolosos, asseverando tão somente que tais veem-se de resto abandonadas atualmente.

Entretanto, deixa consignado a crescente de novas formulações de mesma inspiração, como a incriminação da negligência grosseira, que permeiam a doutrina e o direito positivo. Essas teorias, contudo, segundo a posição de Figueiredo Dias, estariam eivadas de graves defeitos, principalmente no que tange a sua amoldação às normas de processo penal, como, por exemplo, a possibilidade de manipulação e flexibilização de princípio de prova penal.

1.4. Considerações Finais

[63] DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO. *Direito penal*: parte geral, cit., t. I, p. 51.

No capítulo que sintetiza o pensamento esposado em sua construção, Figueiredo Dias, retoma alguns pontos importantes da formulação autônoma no direito penal secundário, projetando ainda, algumas necessidades que adviriam da adoção positiva da teoria.

Bem assim, esclarece que o direito penal secundário, sem dúvida, situa-se em um âmbito anteriormente ocupado pelo direito penal administrativo, que se coloca em uma posição intermediária entre o direito penal clássico e o direito de ordenação social.

Portanto, ainda que faça parte e integre a ordem jurídica do direito penal, o direito penal secundário gozará de relativa autonomia dentro do âmbito do *ius puniendi*, de modo que a criação de uma parte geral, referida pelo autor como uma "lei-quadro", para sua aplicação será necessidade premente,

Destarte, teria essa lei a missão de clarificar a aplicação, os limites e as características do direito penal secundário e, na mesma marcha, seja ela instrumento que "imponha limites implícitos à futura atividade legislativa penal extravagante" que concirna ao direito penal secundário, com vistas à contensão da "inflação incriminatória", e, ainda, que exerça a importante tarefa de balizar essas normas avulsas à luz da constituição vigente.

Da mesma forma, entende o autor que as normas de direito penal secundário deveriam manter-se fora dos Códigos Penais, esses que deverão continuar a se restringir a cominação dos crimes que se situam no âmbito do direito penal clássico. As normas de direito penal secundário deverão, desse modo, manter-se topograficamente em legislação extravagante, onde se poderá condensar, não apenas as incriminações, como também conceitos específicos necessários à compreensão de elementos normativos dos tipos penais.

Essa pulverização da legislação penal secundária reafirma a necessidade de uma lei-quadro, lei essa que enquanto norma especial em relação à parte geral do Código Penal, deverá estabelecer com segurança e solidez, tal qual o faz a parte geral, os princípios específicos do âmbito de atuação penal secundária.

Será importante que a clara delimitação do âmbito material dessa lei-quadro, de modo que se amolde às legislações já existentes, sem que com isso se perca de vista as necessidades e condições dogmáticas, imprescindíveis à incriminações futuras. Além disso, deverá essa lei nomear explicitamente quais tipificações em vigor a ela deverão respeito e quais tipificações posteriores farão parte das aras do direito penal secundário, sugerindo

inclusive uma nomeação particular para cada âmbito de intervenção: seriam os “crimes” as incriminações do direito penal clássico, enquanto as incriminações de direito penal secundário seriam referidas como “delitos”.

No caso de existir uma parte especial que acompanhe essa lei-quadro, relembrando ser preferível que não exista, sua ordenação deverá seguir a ordem dos direito sociais conforme vêm elencados na Constituição. Os tipos deverão seguir o princípio da determinabilidade dos tipos penais, ainda que se conservem conceitos normativos e indeterminados, as normas penais em branco e as formulas genéricas valorativas.

Conforme já se havia exposto, os tipos penais de perigo abstrato deverão, quando possível, serem reconduzidos às formulações típicas de perigo concreto ou abstrato-concreto e, quando encarada essa impossibilidade, substituídos por delitos de mera desobediência às normas administrativas.

Por derradeiro, entende o autor que essa lei deverá apresentar princípios concernentes à responsabilização da pessoa jurídica, principalmente no que tange às sanções que serão aplicadas em decorrência da infração à norma, a especialidade do procedimento adotado na persecução penal, a relação da responsabilidade da pessoa jurídica com a responsabilidade dos agentes individuais componentes de sua estrutura, bem como da responsabilidade dos entes coletivos público.

Capítulo 2. Evolução da teoria do direito penal de polícia, administrativo e de ordem no direito comparado

Para que possamos orientar uma análise crítica da teoria do direito penal secundário esposada por Figueiredo Dias, deveremos, indeclinavelmente, percorrer os caminhos que foram traçados pelas teorias que fundamentam seu contributo, quais sejam, a do direito penal de polícia, do direito penal administrativo e do direito penal de ordem, sendo que, nesse último ponto, teremos a oportunidade de analisar as experiências alemã e portuguesa e seus respectivos direitos contraordenacionais.

Da mesma forma, procuraremos traçar breves linhas sobre o desenvolvimento dogmático do direito administrativo sancionador na Espanha, com o objetivo de extrair as principais construções doutrinárias, que poderão nos auxiliar no trabalho de análise crítica da construção teórica de Jorge Figueiredo Dias.

Nos primeiros tópicos, analisaremos de maneira global aos teorias e o desenvolvimento legal do direito penal de polícia, do direito penal administrativo e do direito penal de ordem. Essa primeira análise não será dedicada a qualquer ordenamento jurídico em específico e apenas procurará retirar conceitos comuns e fundamentais desses sistemas de intervenção punitiva e teorias jurídicas.

A seguir, faremos uma explanação pelos ordenamentos jurídicos de Alemanha, Portugal e Espanha, com o objetivo de extrair os principais institutos dogmáticos e construções positivas ligadas à delimitação do âmbito material dos ilícitos penal e administrativo.

Isso nos permitirá ver, de forma ampla, como os ordenamentos jurídicos e as doutrinas especializadas trataram o tema da interação dos interesses administrativos na pauta do direito penal e quais mecanismos foram criados para essa busca, muitas vezes chamada de sem sentido, entre as fronteiras do direito penal e do direito administrativo. Somente após essa análise criteriosa é que estaremos aptos a concluir sobre a teoria de Figueiredo Dias, bem como sobre as soluções teóricas e práticas ventiladas na doutrina e nos ordenamentos jurídicos.

Antes de entrarmos propriamente em nossa análise, faz-se necessário que pontuemos as razões pela qual se optou pela análise dos ordenamentos jurídicos de Alemanha, Portugal e Espanha.

A escolha da análise da teoria e do ordenamento jurídico português parece ser a mais óbvia. E isso porque toda a construção teórica de Figueiredo Dias acerca de um direito penal secundário se pauta na realidade jurídica de Portugal e depende da exata compreensão de como aquele ordenamento vem manejando as áreas de influência do direito penal na construção e defesa de interesses administrativos. Assim, sem que se debruçasse sobre o direito de ordenação social instituído em Portugal, não estaríamos habilitados a entender com perfeição os traços desenhados por Jorge Figueiredo Dias.

A análise da teoria e do ordenamento jurídico alemão é imprescindível, contudo, para entender a evolução do pensamento e do ordenamento jurídico penal português. Com efeito, toda a construção do direito de ordenação social português tem seu arcabouço teórico na doutrina alemã e, mesmo a erigição do sistema legal das ordenações sociais guarda notável inspiração no sistema alemão.

Além disso, na Alemanha foi onde se concebeu a teoria do direito penal administrativo, que, ao fim e ao passo, será utilizada como estrutura formal para a organização do direito penal secundário, agora sob o manto do regime jurídico judicial e absorvendo nesse âmbito as pautas de um Estado social que se afasta das ideias liberais do século XIX.

Por fim, a análise, ainda que perfunctória do desenvolvimento teórico e prático do direito administrativo espanhol, é imprescindível para que possamos entender as origens do nosso próprio direito administrativo sancionador. Com efeito, verdadeiros dogmas científicos foram gestados e concebidos naquele país e, sem dúvida, no que tange ao direito administrativo sancionador, o direito espanhol é o que exerceu e exerce maior influência no ordenamento jurídico nacional.

2.1. Construções teóricas

Do ponto de vista histórico, até a os fins do século XIX, não houve efetiva diferenciação material entre direito penal de polícia e direito penal judicial. Tampouco se notou nos ordenamentos jurídicos uma dicotomia entre injusto administrativo e injusto penal.

Na realidade, a existência de uma diferenciação entre o direito penal de polícia e o direito penal judicial se dava tão somente pelo órgão a quem era submetido à apreciação da infração. No caso do direito penal comum, eram submetidos aos Tribunais e Câmaras Judiciais, a quem cabia a jurisdição. No caso do direito penal de polícia, a apreciação era atribuída aos órgãos administrativos de polícia, que além de apreciarem o caso do qual

tomavam ciência, também aplicavam a sanção pertinente. Havia, portanto, uma diferença de competência para a apuração e punição das infrações.[64]

Foi no campo doutrinário que se passou a buscar uma diferenciação racional entre os ilícitos policiais e o injusto penal, procurando-se para esse fim uma definição conceitual de delito e de infração policial. A partir de tais definições, poderia a doutrina, enfim, identificar no catálogo de infrações previstas pelo Estado, quais delas se enquadrariam na definição de crimes e quais se alocariam entre os injustos policiais.

O conceito de "polícia" gradativamente foi se alterando, para agora encontrar a significação, no campo teórico, de atividade de prevenção de perigos, sendo que, em tal significação, com influência dos conceitos jusnaturalistas que se desenvolviam na ilustração, foi colocado em baixo do sistema que se desenvolveu e se chamou direito penal de polícia, que encontrava fundamentos e ideias diretrizes distintas do sistema do direito penal judicial.

O surgimento ou emancipação dos conceitos de justiça e administração, do antes elemento englobante Estado, foi um dos fatores determinantes para o surgimento das teorias do direito penal administrativo ou de polícia. Durante a Idade Média, não se fazia distinção entre administração e justiça, uma vez que ambas faziam parte do poder subjetivo do Estado e se materializavam como o exercício da soberania.[65] É apenas com a transição para o Estado Moderno que justiça e administração começam a ganhar caracteres próprios e caminhos autônomos, pois o próprio Estado ainda tentava se manter fora do alcance da

[64] Se quisermos retroceder ainda mais na origem do direito penal de polícia, chegaremos à origem do conceito moderno de polícia, gestado e desenvolvido durante o Estado absolutista, que tinha como sentido a designação dos atos do príncipe destinados à busca do bem-estar. Esse poder de polícia ou atividade de polícia – que sequer poderíamos chamar de um verdadeiro direito – era discricionário ao soberano e utilizado para a administração de seus interesses. Esse poder administrativo fazia par com o poder de legislar. Mas aqui é preciso cuidado. O poder de legislar era utilizado para a regulação da atividade dos súditos e não do Estado. Não se observou em um primeiro momento, portanto, a existência de uma legislação de polícia, uma vez que ainda não se prestigiava o princípio da legalidade, que só ganharia força no campo doutrinário depois da obra clássica de Beccaria e seria incorporada aos ordenamentos jurídicos no período pós-revolucionário. Esse poder de polícia, no entanto, não desapareceria completamente, mas passaria a integrar o ordenamento jurídico, por meio do direito penal policial, contrapondo-se, assim e desde então, o crime ao delito de polícia. Para referências nesse sentido, VILELA, Alexandra Maria dos Santos Esteves. *O direito de mera ordenação social*: entre a ideia de "recorrência" e a de "erosão" do direito penal clássico. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2010, p. 3-12; e MATTES, Heinz. *Problemas de derecho penal administrativo. Historia y derecho comparado*. Trad. José Maria Rodriguez Devesa. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979, p. 140 e s.

[65] Mattes assim expõe: "En la Edad Media no hubo en el fondo una administracción estatal en sentido moderno, Toda la actividad del poder del Estado consistia en el ejercicio de derechos (derechos de soberanía) que correspondían al Estado (o al titular de la soberanía) frente al sujeto de derechos; consistia en el reconocimiento, establecimiento o realización de derechos y deberes, maneteniéndose por lo tanto dentro del orden jurídico existente. La actividad del Estado recibió su cuño bajo la forma de la administración de justicia" (MATTES, Heinz. Op. cit., p. 140). No mesmo sentido, VILELA, Alexandra Maria dos Santos Esteves. Op. cit., p. 22-25.

ordem jurídica tradicional, que só deveria se debruçar sobre os súditos e não sobre o soberano.[66]

Além disso, Mattes enumera dois outros fatores importantes para a evolução e desenvolvimento do direito penal de polícia no começo do século XIX: a individualização dos sujeitos de direito e a institucionalização da titularidade da soberania do Estado. O ordenamento jurídico passa então a se referenciar no indivíduo, de modo que "todos los asuntos de la comunidade jurídica se convierten en asuntos de Estado".[67] Com efeito, as primeiras teorias nesse sentido se suportaram na existência de um direito natural individual, cuja ofensa era objeto dos crimes, o que, por exclusão, colocava os delitos policiais como meras desobediências.

Entretanto, no Estado Moderno, os assuntos relativos ao próprio Estado não poderiam ser levados à apreciação da justiça, pois o estado absoluto e não poderia sofrer influência de outra instância de poder. Dessa forma, só eram apreciados nas instâncias judiciais assuntos de interesses privados, que tivessem relação apenas com indivíduos. Assuntos que representassem interesses maiores, interesses que suplantassem os interesses individuais, passaram a concernir à administração.

Nessa relação justiça-privado e administração-coletivo "descansa en último término la delimitación de asuntos jurídicos (Justicia) y administrativos (Policía)".[68] Efetivamente, a teoria do direito penal administrativo depende fortemente da separação entre administração e direito, razão pela qual dependeu, para seu desenvolvimento teórico, da evolução histórico-científica das instituições estatais. Ainda, foi por essa mesma razão que, atualmente, a teoria já não tem mais a força e prestígio que gozara no passado, justamente porque, segundo a doutrina atual, não existe mais a divisão entre administração e direito.

Na verdade, salienta Mattes, a problemática envolvendo direito penal administrativo não é antiga e tem suas origens a partir de James Goldschmidt, que vai alterar a abordagem que até então se dava ao problema.[69] Com efeito, a divisão entre o direito penal de justiça e o direito penal de polícia nunca encontrou critérios científicos de

[66] MATTES, Heinz. Op. cit., p. 140.
[67] Idem, ibidem, p. 141.
[68] Idem, ibidem.
[69] Idem, ibidem, p. 143. No mesmo sentido, Eduardo Correia (*Direito criminal*. Coimbra: Editora Almedina, 2010, v. I, p. 20-21), quando assevera que, longe de se tratar de um problema moderno, a teoria do direito penal administrativo tem no passado suas raízes, encontrada na virada dos séculos XIX e XX, cujo divisor de águas foi a obra de James Goldschmidt.

divisão,[70] mas tão apenas de competência e atribuição de órgãos para apreciação dos fatos, julgamento das causas e aplicação das sanções.

Por outro lado, quando Goldschmidt publica sua obra, na virada do século XIX para o século XX, todos os fatores necessários ao desenvolvimento da teoria do direito penal de polícia já estão maduros: o indivíduo está colocado inequivocamente como centro referencial do ordenamento jurídico, os papéis dentro do Estado estão delimitados, já está madura a concepção da divisão de poderes e como, consequência, contrasta a diferença entre administração e justiça. Além disso Alexandra Vilela ainda enumera a derrocada da fundamentação do crime na ofensa de direitos subjetivos individuais e a colocação da teoria do bem jurídico no centro da doutrina penalista como um dos motivos para o ocaso da teoria do direito penal de polícia,[71] que abriria o espaço propício para uma nova fundamentação, que seria construída por meio do direito penal administrativo.

Nesse momento histórico o direito penal já está iluminado pelos cânones do direito penal moderno, onde gradativamente perde força a influência jusnaturalista.[72] Com a queda do Estado Policial e o surgimento do "Estado Popular administrativo", intensifica-se ainda mais a diferenciação entre administração e direito, com influências notáveis para o direito penal administrativo, que agora tem de ser recolocado no âmbito do direito administrativo, separando-se de vez do direito penal.

Ao mesmo tempo em que se escoava a divisão entre direito e administração, surgia uma nova tendência de eticização do direito penal, que, ao final, seria a origem das teorias das infrações de ordem. Os preceitos penais deveriam ser reservados aos comportamentos eivados de desvalores éticos sensíveis, enquanto as infrações de ordem não necessariamente guardariam um desvalor axiológico de suas condutas (malgrado mantenham o desvalor ético no âmbito jurídico, como salienta Figueiredo Dias).

[70] Não se quer dizer com isso que foi Goldschmidt que pela primeira vez se debruçou sobre o assunto. Como poderemos observar, vários autores, desde Feuerbach, procuraram identificar as diferenças existentes entre o direito penal de justiça e o direito penal de polícia, oferecendo variadas formas de distinção que, entretanto, partiam de um método indutivo com base nas legislações postas e não ofereciam referenciais críticos para identificação dos campos de atuação de cada um dos âmbitos de intervenção estatal. Goldschmidt é quem pela primeira vez procura, dedutivamente, respostas para o fracionamento dos âmbitos de intervenção punitiva, observando uma diferença nos objetivos teleológicos do Estado.

[71] VILELA, Alexandra Maria dos Santos Esteves. Op. cit., p. 25-28.

[72] Com efeito, "La teoría del derecho penal administrativo fundada por Goldschmidt modifica después el planteamiento inicial. El pensamento jusnaturalista había perdido ahora para el derecho penal su eficacia histórica; el planteamiento del problema brota ahora del tránsito del Estado policial liberal tardio al moderno Estado Popular administrativo. La oposición entre orden jurídico y administración surgió com esto en toda su agudeza y condiciono la exigencia de que el derecho penal administrativo se separasse radicalmente del derecho penal y se remitiera al Derecho administrativo" (MATTES, Heinz. Op. cit., p. 143).

Finalmente, em desenvolvimento posterior, mas de crescimento paralelo, advindo das gradativas necessidades de intervenção do Estado nos domínios econômicos e das necessidades carreadas pelas guerras da primeira metade do século XX, o que ganharia reflexo também no campo jurídico penal, surgiria a subdisciplina do direito penal econômico judicial e de ordem, até hoje, intimamente ligada aos domínios do direito penal e também do direito administrativo. Mattes recorda que todas as teorias acima citadas e que abaixo serão descritas (direito penal de polícia, direito penal administrativo e direito penal de ordem) partem de um mesmo princípio, qual seja, o individualismo surgido a partir do século XIX e têm por objetivo resolver a questão de quais seriam os critérios de colocação dos injustos em cada âmbito de intervenção estatal. Critérios esses que serão qualitativos, quantitativos e mistos, segundo cada uma das concepções que serão analisadas oportunamente.

2.2. Direito penal de polícia

2.2.1. Introdução

O direito penal de polícia, ou, melhor dizendo, a aplicação do poder penal de polícia enquanto sistema repressivo foi uma característica dos Estados absolutistas que se iniciou no século XVIII e se desenvolveu *pari passu* ao desenvolvimento dos "movimentos filosófico-culturais do jusracionalismo e do iluminismo".[73]

Com efeito, o Estado absoluto foi marcado pela característica do intervencionismo e da centralização do poder decisório, para o que se assentou em uma grande rede de componentes administrativos que lhe permitia intervir nos mais variados ramos de atividade civil e alcançar a administração de interesses do Estado (*raisons d´État*). Nesse sentido, os órgãos de polícia, que além de presarem pela administração pública exerciam uma série de atividades administrativas de outras espécies, se tornaram importantes meios de difusão do poder do Estado.

A esses órgãos era delegado poder penal para lidar com determinadas situações que não precisariam ser submetidas a órgãos judiciais de controle. Assim o poder penal de polícia lhe ungia da competência para a apreciação de pequenas infrações e para a aplicação da sanção correspondente que, em geral, era de menor gravidade com as sanções aplicadas por meio das instâncias judiciais. Assim, fracionava-se o direito penal em um direito penal de justiça, mais severo e de rito mais solene, aplicado pelos tribunais, e o

[73] ANDRADE, Manuel da Costa. Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã). In. *Direito penal económico e europeu*. Coimbra: Instituto de Direito Penal Económico e Europeu. 1998, v. I.

direito penal de polícia, de penas mais leves, com ritos céleres conduzidos pelas próprias autoridades administrativas da burocracia estatal.

As teorias do direito penal de polícia nasceram com o objetivo de buscar explicações racionais para a seleção de condutas e de suas definições jurídicas enquanto crimes ou enquanto infrações policiais. Vale notar que as infrações policiais sempre foram uma realidade e, até então, eram vistas como parte do poder soberano do monarca.

Entretanto, com os avanços iluministas, com o fortalecimento da teoria da divisão de poderes e com as crescentes aspirações liberalistas, tornavam-se necessárias respostas para as perguntas que se faziam sobre a natureza, a origem e a extensão do poder de punir da administração pública.[74]

As primeiras teorias que se desenvolveram sobre o tema foram inspiradas no direito natural, corrente de pensamento ainda forte entre os séculos XVIII e XIX, mas que se veria lentamente enfraquecida já no final do século XIX. Segundo essa concepção, o crime, nessa acepção, era visto como uma infração ao direito natural inato ao indivíduo, seja ele o particular, a coletividade ou o Estado. Era a infração daqueles direitos que são assegurados ao indivíduo por sua própria natureza e que são cristalizados pelo contrato social.[75]

Caberia ao Estado, segundo a ótica contratualista, prevenir a ocorrência dessas lesões aos seus direitos próprios – como forma de preservar sua existência – e aos direitos do particular. Essa atividade preventiva é o que se chamava de atividade polícia do Estado, com o fim precípuo de prevenir, mediatamente, lesões e perigos aos diretos individuais e preservar a bem geral da sociedade civil.

Bem assim, os crimes genuínos e incontestes eram caracterizados pela criação culpável de efetiva lesão ou da colocação concreta em perigo do direito subjetivo de um indivíduo. A infração policial por seu turno poderia ser diagnosticada como a realização de uma situação que mediatamente pudesse colocar em perigo o bom funcionamento da sociedade e a preservação dos direitos autônomos dos indivíduos.

---

[74] Alexandra Vilela pontua a contribuição das teorias jusnaturalistas para fundamentação do direito penal de polícia, enumerando os contributos de Hobbes, que fundamentaria o pacto de sujeição dos indivíduos ao estado para evitar a invencível luta de todos contra todos e de Cristian Wolff, que colocaria o Estado como devedor da exigência de felicidade dos súditos, mas credor da obrigação de obediência. VILELA, Alexandra Maria dos Santos Esteves. Op. cit., p. 16.

[75] Aqui, novamente, à a percepção da contribuição das teorias jusnaturalistas na construção da doutrina penal da época. Revela-se aqui, implicitamente, a novel alocação do homem como centro do ordenamento jurídico, de onde surgiriam direitos naturais subjetivos, "imprescritíveis e inalienáveis" que representavam "verdadeiro limite à intervenção estatal", demarcando o espaço onde "não compete à administração intervir", em princípio. VILELA, Alexandra Maria dos Santos Esteves. Op. cit., p. 17.

Entendemos, portanto, que, em uma visão global da situação jurídica do século XIX, não é vedado traçar uma ligação direta entre os conceitos de crime com dano e concreto perigo, e entre os conceitos de delito policial com perigo abstrato, ou ainda com a mera desobediência.[76]

2.2.2. Teorias do Direito Penal de Polícia

Feuerbach, no início do século XIX, entendia que o delito criminal era precisamente uma infração aos direitos subjetivos individuais,[77] sejam eles do Estado ou do indivíduo, assim descrita em leis penais próprias que compunham os Códigos Penais.[78] Já os delitos seriam entendidos como "ações que não seriam em si antijurídicas, mas permitiriam ao Estado, mediatamente, realizar seus fins".[79] Ainda a esse conceito, o autor adicionaria ao delito de polícia a característica da relatividade das condutas combatidas no âmbito policial de acordo com o espaço e o tempo em que se inseririam e, com mais importância, a indiferença ética das contravenções de polícia.[80]

---

[76] Nesse sentido, o próprio James Goldschmidt escreve que "las construcciones jurídico penales del así llamado 'ilícito policial', como 'puesta en peligro abstrata de bienes jurídicos' o como 'simple desobediencia' del así llamado 'puro delito formal', no se han acercado ni un passo más en la solución de la cuestión" (GOLDSCHMIDT, James. Concepto y cometido del derecho penal administrativo. In: *Derecho, derecho penal y proceso,* cit., p. 292).

[77] Costa Andrade salienta a influência do pensamento kantiano na construção de Feuerbach, que colocava o Estado como guardião das liberdades individuais o qual jamais poderia se utilizar da instrumentalização utilitarista do homem para a consecução dos seus fins. Com efeito, não cabia no pensamento kantiano impor uma pena a um cidadão com qualquer outro fim que não fosse garantir a liberdade dos outros indivíduos. Nesse sentido, Costa Andrade expõe que "FEUERBACH procura traçar uma distinção qualitativa entre o ilícito criminal e policial com base numa construção racional do Direito e do Estado. Parte, para tanto, da autonomia do Direito face à Moral e do princípio kantiano de que o Estado tem apenas a finalidade assegurar o livre exercício da liberdade de cada um sem prejuízo à liberdade dos outros. 'A finalidade do Estado – proclama FEUERBACH – é a defesa da liberdade e não a promoção da cultura ou da moralidade'" (ANDRADE, Manuel da Costa. Contributo para o conceito de contraordenação (a experiência alemã), cit., p. 83).

[78] Em suas palavras, "crimen es, en el más amplio sentido, una injuria contenida en una ley penal, o una acción contraria al derecho del outro conminada en una ley penal" (FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Giessen: Ed. Hamurabi. 1801, p. 55).

[79] Nesse sentido, Feuerbach assenta a distinção entre os crimes que ofendem direitos individuais e delitos que apenas revelam uma desobediência à ordem do Estado. Em suas palavras "Estos derechos, asegurados por las leyes penales, dan base al concepto de *crimen en sentido estricto*, que conforme la diferente medida de las penas vinculadas al mismo y a classe de jurisdicción que de allí se deriva, pueden subdividirse en infracciones criminales y civiles. En la medida en que el Estado está justificado para procurar en forma mediata su objejetivo valendo-se de leyes de policía y prohibiendo de este modo acciones que en sí no son antijurídicas, habrá derechos especiales del Estado a exigir la imisión de estas acciones particularmente prohibidas, que originalmente fueron para los súbditos juridicamente posibles. *Cuando el derecho a la obediencia del Estado está protegido con pena frente a una leye de policía determinada, surge el concepto de delito, es decir, de contravención de policía*" (FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. Op. cit., p. 56).

[80] Nesse sentido, MATTES destaca que "los códigos penales de policía (siempre y en todas partes diferentes) continen la mayoría de las veces acciones que no son contrarias a derecho ni inmorales (moral y juridicamente indiferentes), que son en y por sí lícitas, inculpables y no danosas, en ocasiones, incluso, loables, y que constituyen en sus prescripciones inventos de la policía reinante pro tempore; los preceptos del

Há de se destacar que, quando fala das infrações de polícia nesses últimos aspectos, Feuerbach procura muito mais descrever algumas infrações de polícia, que enumera exemplificativamente, do que dali extrair um conceito fundamental das contravenções de polícia. E isso porque, entre as próprias infrações enumeradas, elencam-se algumas de cunho estritamente moral, como as ligadas à sexualidade e à religião.[81]

Com efeito, no Projeto do Código Penal da Baviera de 1813, cuja elaboração fora confiada a Feuerbach, o autor dedicou uma seção especial às contravenções de polícia que definiu como "acções ou omissões que em si e por si não lesam direito do Estado ou de um súbdito mas que são impostas ou proibidas sob a cominação de uma pena por causa do perigo para a segurança e a ordem jurídica".[82] Entretanto, além das infrações dessa característica, a legislação da Baviera permitia que delitos de pouca expressão pudessem ser apreciados e resolvidos na instância policial, como pequenas lesões e furtos que não ultrapassassem determinada quantia. Ainda, importa destacar que é de Feuerbach a concepção de que a instância policial jamais poderia administrar penas de prisão, as quais deveriam se circunscrever ao âmbito legal do direito penal e serem aplicadas, exclusivamente, por autoridades judiciais.

Malgrado não tenha oferecido uma teoria definitiva que pudesse estabelecer um critério material de diferenciação entre o injusto penal e a infração policial, Feuerbach foi o primeiro autor a formular uma diferenciação qualitativa clara entre os delitos penais e as meras infrações policiais.

Após a descrição inicial de Feuerbach, diversos autores se debruçaram sobre o tema na Alemanha no século XIX, em cuja doutrina pode-se perceber uma nítida oscilação entre a defesa da existência de diferenças materiais entre os ilícitos policiais e penais e a militância pela igualdade fundamental dos ilícitos, que de resto só iriam guardar diferenças formais, quais sejam, o tipo de sanção aplicada e o seu procedimento de aplicação (judicial ou administrativo).

---

genuino derecho criminal, en cambio, rigen en todo lugar y todo tempo, su contenido es tan viejo como el Estado mismo" (op. cit., p. 146-147). No mesmo sentido VILELA, Alexandra Maria dos Santos Esteves. Op. cit., p. 20.

[81] "Algunos, incluso serían execrados por la opinión pública mas fuertemente que ciertos delitos, lo que, sin embargo, no cambia su naturaleza jurídica. El legislador, no obstante, los equipara al delito (como, por ejemplo, la lascívia contranatura, pederastia, bestialidade, incesto), remitiendo a la policía solo algunas imoralidades comunes como prostituición, celetinaje simples, concubinato, etc." (FEUERBACH. *Polizeistrafrechtzgebung*, p. 353. Apud MATTES, Heinz. Op. cit., p. 147, nota 18).

[82] ANDRADE, Manuel da Costa. Contributo para o conceito de contraordenação (a experiência alemã), cit., p. 84.

Nesse último grupo está Malblank que, negando Feuerbach, prega a inexistência de qualquer diferença conceitual entre crime e a contravenção de polícia, defendendo identidade de todas as ações puníveis, as quais poderiam ser definidas, segundo sua acepção, como "influjos danosos que tienen sobre el bien del Estado".[83] Já os delitos de polícia não lesariam por si uma pessoa especificamente, mas sim os bons costumes, a comodidade e segurança pública e o bem coletivo, representando, de modo distante, a possibilidade de um influxo prejudicial à coletividade.

Ainda assim, embora os considerando como delitos menos graves, Malblank defendia a natureza penal também das infrações de cunho meramente policial. Pela definição de Quistorp, os delitos seriam infrações a direitos subjetivos individuais, enquanto os delitos de polícia seriam meras infrações dirigidas contra certas organizações do Estado. A infração policial representaria uma desorganização da sociedade civil e por isso deveria ser coibida. Segundo a concepção do autor, no entanto, não existiria à época uma delimitação geral positiva sobre o que seriam injustos de caráter penal e estariam inseridos apenas nos ordenamentos de polícia.[84]

Na obra de Von Globig e Huster são marcantes os traços de influência do pensamento contratualista. Segundo a concepção dos autores, haveria uma grande diferença entre os delitos genuínos e os meros ilícitos de polícia. Estes teriam como objeto a proteção dos bons costumes, bem como, e essencialmente, a proteção e manutenção das condições acidentais da sociedade civil, representando instrumento de proteção mediata do Estado criado pelo contrato social e da segurança dos direitos e do patrimônio do indivíduo.

Representava, acima de tudo, um meio apto de prevenção da realização de danos ao Estado criado pelo contrato social, esse sim o verdadeiro crime, que afetavam diretamente a segurança da sociedade civil. Os delitos genuínos eram marcados pela invasão dos direitos naturais inatos aos indivíduos e, por isso, eram uniformes quanto à incriminação entre todos os povos. Bem assim, era clara a concepção dos autores de que a função precípua das infrações de polícia seria a de evitar que crimes fossem cometidos. Sua função, portanto, antes de apenar, seria a de corrigir o comportamento do cidadão, para que não se desviasse a ponto de se tornar delituoso.

Ainda que se defendesse a radical diferença entre os tipos de ilícitos, não se observou uma precisa separação material entre a infração de polícia e o delito criminal, os

[83] MATTES, Heinz. Op. cit., p. 150.
[84] Idem, ibidem, p. 151.

quais ainda acreditava-se fazer parte de uma mesma classe de injusto, divididos apenas segundo o critério de sua magnitude, de seu grau de ofensa aos direitos inatos ou manifestos pelo contrato social.[85]

Nessa mesma linha, Stübel vem afirmar que a jurisdição criminal seria parte da soberania de polícia, que por sua vez representaria um "direito de soberania para manter a segurança dentro do Estado, mediante institutos penais frente àquelas lesões de direito chamadas delito".[86]

Os crimes designariam as ações que prejudicam a segurança do fim geral da sociedade, existindo uma lesão imediata à manutenção da segurança dos direitos naturais do indivíduo, tanto dos cidadãos como também do próprio Estado.

Também Grolmann procurou extrair teoria que derivasse da teoria do contrato social. Para ele os delitos de polícia não possuiriam nenhuma lesão punível aos direitos inatos sacramentados ou adquiridos, por meio do contrato social, pelo indivíduo, pela coletividade enquanto sociedade civil constituída ou pelo próprio Estado, mas que eram ameaçados com penas policiais, pois se tornavam convenientes ao desenvolvimento do Estado.[87]

Ainda do período, temos a formulação de Henke, na qual se rechaça a diferenciação material entre os delitos e infrações de polícia, apenas acreditando na existência de delitos maiores e delitos menores. Os crimes nesse sentido seriam apenas aqueles circunscritos nos diplomas legais, nas leis penais, sendo absolutamente certo que a polícia não poderia gozar de jurisdição penal, devendo intervir apenas nos âmbitos em que a lei penal não pudesse alcançar.[88]

Com efeito, embora permeadas de pequenas diferenças, principalmente quanto à existência ou não de diferenças na natureza das infrações penais e policiais, até então, todas as teorias se apoiavam nas mesmas bases e extraíam suas conclusões de acordo com as modulações de infrações aos direitos naturais dos indivíduos. Daí que Mattes vai chamar a atenção para a grande importância para tais teorias do avanço histórico do individualismo e da percepção do Estado enquanto instituição.

Da mesma forma, inevitavelmente, o ocaso da influência do direito natural no direito penal faria com que todas essas teorias gradativamente perdessem seus principais fundamentos. Por outro lado, do avanço do liberalismo emergiria o crescente e cada vez

[85] MATTES, Heinz. Op. cit., p. 151-152.
[86] Tradução livre de SUBEL, *Criminalverfahren*. Apud MATTES, Heinz. Op. cit., p. 152.
[87] MATTES, Heinz. Op. cit., p. 153.
[88] Idem, ibidem, p. 154.

mais arraigado questionamento do poder de intervenção estatal, principalmente no âmbito administrativo.

Buscava-se cada vez mais a diminuição da influência e da intervenção do Estado nas esferas individuais e, consequentemente, de seu poder sancionador. Da mesma forma, questionou-se o recorrente artifício utilizado na doutrina de definir o crime pela lesão aos direitos fundamentais e reservando os perigos dos ilícitos policiais às situações de mero perigo.

Alguns autores passaram a questionar esse postulado, afirmando que, mesmo as colocações em perigo deveriam, também, ser objeto de proteção por meio do direito penal judicial. Entre eles, Birnbaum, que com sua conhecida teoria do crime como infração a um bem jurídico repudiava a diferenciação dos delitos e das infrações penais com base no dano ou perigo, "contribuindo fortemente para abalar a teoria do direito penal de polícia, pois, graças a esse conceito parte-se para construção unitária da infração penal, deixando-se assim de fora, inexoravelmente, aqueloutro ilícito".[89]

Segundo sua famosa concepção o crime se materializaria pela ação voluntária que causasse tanto a lesão como a colocação em perigo de um bem garantido a todos pelo poder do Estado. Como se vê, há uma nítida intenção nas postulações de aumentar o âmbito de atuação da justiça em detrimento do âmbito administrativo sancionador, caracterizado pelo âmbito de atuação policial.

Nesse sentido, é interessante a construção estabelecida por Von Mohl, para o qual, além das esferas de atuação concernentes ao direito penal e à atividade policial, deveria ser concebida uma terceira meta de atuação estatal. Segundo sua concepção, dever-se-ia distinguir entre a ideia de justiça reparadora, onde estariam incluídos os âmbitos cível e criminal; uma justiça preventiva, em cujo bojo seriam encontrados os mecanismos de defesa internos do ordenamento jurídico, ou seja, um âmbito de influência jurídica dedicada à prevenção de infrações às próprias cominações legais; e a atividade policial, que deveria dedicar-se a prevenções de infrações externas, de ataques efetivos, no plano das ações humanas e naturais, de agressões aos direitos dos indivíduos.[90] Na síntese de seu

[89] VILELA, Alexandra Maria dos Santos Esteves. Op. cit., p. 23.

[90] Escreve MATTES (Op. cit., p. 157) que "la policía tenía que desviar de los ciudadanos el peligro proveniente del predominio de condiciones externas, pero las perturbaciones del derecho que podían surgir de la voluntad ilícita de otros hombres, correspondian, en cambio, a la administración de justicia. La policía tenía que intervenir principalmente contra fenómenos de la naturaleza, pero también contra acciones humanas: 'a saber, si éstas, sin ser 'ilícitas', lesionan intereses de los ciudadanos, entonces la administración de justicia no puede impedirlas, y sólo se pregunta luego si existe uno de los casos en los que deben ser sacrificados los derechos de uno en provecho del otro por la policía. Por el contraria, cuando surge un daño

pensamento, a justiça preventiva seria a polícia dos direitos e seria acionada sempre que uma ação tivesse um potencial lesivo a futuros direitos individuais. Era uma antecipação da tutela penal, semelhante ao que hoje entendemos como crimes de perigo concreto e abstrato. Por sua vez, a polícia deveria dedicar-se à prevenção de fatos concretos que pudessem colocar em perigo esses direitos. Nessa linha, distinguia entre lesões de direito, que deveriam ser objeto das incriminações do Código Penal, ações que só ameaçavam direitos, âmbito de influência da justiça preventiva e perturbações e prejuízos de interesses do indivíduo ou da coletividade, que deveriam ser perseguidos pela atividade policial.

De qualquer forma, não se observou no período nenhuma teoria que conseguisse englobar de uma maneira razoavelmente satisfatória a legislação em vigor, por meio das abstrações calcadas no individualismo e no direito natural. Contrastadas as legislações em vigor na Alemanha com as construções teóricas elaboradas, via-se que era impossível ter uma regra comum, que conseguisse alcançar todas as contravenções de polícia, sejam elas de cunho meramente moral, sejam elas antecipações de futuras perturbações cujas condutas, em si, de nada ofendiam a moral social.

Não obstante, ainda alguns esforços se sucederam no sentido de se estabelecer uma teoria do direito penal de polícia, embora gradativamente se procurasse afastar do conceito de direito subjetivo, para procurar formulações que estivessem mais adequadas às novas perspectivas objetivistas do direito, que passavam a prosperar na época. Foi clara a influência hegeliana para algumas dessas teorias, enveredando seus conceitos para construções teóricas desenvolvidas pelo próprio Hegel sobre as infrações penais e as infrações de polícia.

Segundo o autor, a justiça penal policial se debruçaria sobre as contingências, as ações privadas não permeadas de antijuricidade *per se*, mas que, ao sair do poder de ingerência de seus agentes, estariam carregadas de um potencial lesivo a terceiros. Já o delito, surgiria como a coação exercida com violência pelo sujeito livre, que causasse em seu fim uma lesão a liberdade em sentido concreto de outro sujeito livre, representando uma lesão de direito enquanto direito.

Dessa formulação, passa-se a buscar classificações projetadas segundo a efetiva realização do injusto e a mera potencialidade de uma infração. Veja-se que, ainda que de modo sutil, a variação traz importante mudança de panorama. Passa-se a tratar não mais da

---

por la transgresión de una esfera jurídica, será para la totalidad de la sociedad civil, sea para el individuo, puede y debe ayudar la administración de justicia, y si el daño no hace más que amenazar el futuro, la administración de justicia preventiva'".

criação de um perigo, de uma situação de provável risco, mas sim de uma potencialidade lesiva contida nas condutas que deveriam ser coibidas no âmbito policial.

Essa contraposição entre injusto real e injusto possível aparece no desenvolvimento da teoria de Kostlin sobre o direito penal policial. Em sua concepção, o crime deveria corresponder a uma infração que efetivamente realizasse uma infração a um direito objetivamente concebido. A atividade de polícia deveria dedicar-se à persecução de comportamentos que pudessem representar um dano em potencial, ainda que em concreto não se percebesse a proximidade desse dano. Já aqui, o autor vai esboçar a concepção que futuramente seria retomada para fundamentar as últimas teorias do direito penal de polícia: a de que ambos os tipos de infração representam uma infração à lei, mas que, tão somente o delito conterá em si uma infração ao objeto de proteção efetivo da norma.[91]

Com essa noção, o autor vai considerar que a polícia deveria zelar pelo bem-estar social, "elevando-o à categoria jurídica de assunto público". A atividade policial teria a missão de "despertar, dirigir, apoiar e vigiar a espontaneidade" da pessoa livre para o seu cuidado com o bem-estar, conciliando sua liberdade individual com o interesse coletivo.

Portanto, deveria ocupar-se a polícia também dos cuidados para que os exercícios das liberdades individuais não representassem óbices à própria liberdade dos indivíduos, assegurando o bem-estar coletivo, também negativamente das perturbações externas que pudessem causar lesões efetivas. Em outras palavras, teria a polícia a dupla missão de desenvolver o bem coletivo por meio da imposição de comportamentos aos cidadãos, assim como proteger esse bem coletivo existente de infrações. Seria a atividade policial, portanto, efetiva atividade de polícia de fatos, mas também de direitos, pois viabilizaria o desenvolvimento dos direitos comuns e dos outros indivíduos. Por isso, entendia que a polícia poderia englobar também um papel proativo de prevenção, não sendo necessário, para tanto, recorrer-se a conceitos como o de justiça preventiva, delineado por Von Mohl.

Contudo, era de seu entendimento que ainda não se havia chegado a uma formulação teórica apta a oferecer uma satisfatória diferenciação teórica e prática entre as infrações penais e as infrações policiais. E dentro dessa linha, não via óbices ao fato de que genuínos delitos que afetassem diretamente direitos e liberdades alheias, mas que ainda assim representassem inexpressiva lesão, fossem colocados à atribuição policial, como, por exemplo, furtos de pequena importância.

[91] MATTES, Heinz. Op. cit., p. 161-163.

Kostlin, segundo ensina Mattes, é um dos primeiros autores que procura romper com o individualismo, procurando identificar o dano como uma infração a um direito objetivo, representado como uma unidade de vontade geral na qual se englobava a vontade do particular, em contraposição à então vigente concepção de direito como a soma dos direitos subjetivos individuais. Dessa forma, o ilícito ocorreria, justamente, quando a esfera individual de vontade não coincidisse com a vontade coletiva materializada. Entretanto, assevera Mattes, isso não significava um rompimento absoluto com o individualismo, pois o direito subjetivo, segundo a concepção de Kostlin, restava exponenciado na camada de proteção residente no direito objetivo.[92] O mais notável de sua contribuição, no entanto, foi perceber que, estando o direito subjetivo e objetivo entre os objetos de proteção das infrações, existiria uma dupla existência do homem, enquanto sujeito social e enquanto indivíduo, o que mais tarde seria observado também por Goldschmidt para fundamentar sua teoria do direito penal administrativo.

Ainda no esforço de superação do individualismo, Luden procurou dividir os delitos segundo a razão pela qual são definidos como delitos. Para esse autor, haveria duas razões fundamentais para uma incriminação, a saber, uma correspondente lei que assim o defina e a existência de uma infração a um direito subjetivo. Assim existiriam delitos que só representariam uma infração à lei, assim chamados pelo autor de delitos de lei. Esses delitos guardariam legitimidade de incriminação, pois estariam afetando objetivamente o direito, ainda que não houvesse uma lesão específica. Por outro lado, existiriam delitos que, para além de infringirem a lei, também culminariam na infração de um direito subjetivo individual, os quais serão chamados pelo autor como delitos de direito. Os delitos de lei seriam meras desobediências a ordenações impostas pelo Estado com objetivo de preservação do bem comum, por isso deveriam também receber proteção do Estado, por meio do direito penal. É importante pontuar, nesse sentido, que o autor não identificava uma relação direita dos delitos de direito com as infrações penais e dos delitos de lei com as infrações de polícia, já que se observavam na legislação do tempo diversos delitos criminais que representavam, entretanto, meras desobediências.[93]

Até o fim do século XIX, a doutrina manteve a tradição da classificação dos delitos segundo critérios de lesão de direito ou colocação em perigo do direito e injusto real e injusto possível. Nesse período, contudo, era clara a perda de força da teoria do

[92] Mattes (op. cit., p. 162) desenvolve assim o raciocínio acima colocado: "sin embargo, el derecho objetivo no siempre está ligado al subjetivo; éste se halla antes que aquél y, en certo modo, és ampliado por él; llega a él solo a través del derecho subjetivo (no obstante, en último término, primario)".
[93] MATTES, Heinz. Op. cit., p. 163-164.

direito penal de polícia, sendo negada em absoluto a propriedade da distinção teórica entre os delitos e as infrações policiais, bem como, apontavam-se as faltas de critérios razoáveis que correspondessem às divisões contidas nas legislações. Por outro lado, cada vez mais se notava a iniciativa de se insurgir contra o poder penal da administração exercido por meio de sua polícia.

Paulatinamente, passou-se a exigir que, mesmo os casos de menor importância tivessem de ser decididos de maneira justa e adequada, o que não se conseguiria extrair das resoluções policiais que, como se destacou, não gozavam da necessária imparcialidade para a apreciação de infrações penais, não possuíam um aparato técnico especializado para apreciação de questões jurídicas e, acima de tudo, estavam sob o comando geral da administração do Estado e sujeitavam-se às suas influências políticas. Propunha-se dessa forma a criação de procedimentos genuinamente judiciais para a apreciação dos delitos de polícia, que não estivessem presos aos ritos solenes de aplicação da sanção penal, inspirados por maior celeridade e eficiência.

Já inspirado pela teoria do bem jurídico penal, Biding, a quem se pode creditar grande parte de sua criação, propôs-se a negar a natureza penal da legislação penal de polícia. Segundo o autor, todo o delito seria caracterizado por uma desobediência à norma legal. Entretanto, ao lado dessa desobediência à norma, observar-se-ia a parte a um ataque a um objeto jurídico de proteção, o bem jurídico, na concepção do autor.[94]

Naturalmente, contudo, nem todos os ilícitos definidos pelo Estado possuíam um bem jurídico a ser protegido pela norma. Alguns ilícitos somente se prestavam à organização Estatal e sua realização não representava uma infração imediata a um objeto jurídico de proteção. Seria nessa classe de ilícitos, entendidos como meras desobediências a comandos estatais, onde se incluíam os ilícitos policiais. Sobre esse aspecto da teoria de Binding, Alexandra Vilela acrescenta que:

> A partir daqui, distingue entre "delitos qualificados com dois objetos de ataque (violação da proibição de lesão ou colocação em perigo; crime de lesão ou colocação em perigo) e 'delitos simples com um único' objeto de ataque (simples desobediência). Estes segundos correspondem às contravenções ou aos delitos complementares e destinam-se a punir os perigos abstractos de bens tutelados pelo direito criminal".[95]

A partir dessa concepção, os ilícitos policiais passariam a ser vistos como meras desobediências a comandos estatais destinados à manutenção do bem-estar social e,

[94] VILELA, Alexandra Maria dos Santos Esteves. Op. cit., p. 24.
[95] VILELA, Alexandra Maria dos Santos Esteves. Op. cit., p. 24. No mesmo sentido. ANDRADE, Manuel da Costa. Contributo para o conceito de contraordenação (a experiência alemã), cit.

adotando-se gradativamente a teoria do bem jurídico, os crimes seriam aquelas ações culpáveis que refletissem um ataque ou uma colocação em perigo de um bem jurídico protegido.

De certa forma, é em Max Ernst Mayer que se observará o encerramento definitivo da época do direito penal de polícia baseado na ideia de direito subjetivo individual iniciado com Feuerbach no começo do século.[96] O autor tentou expressamente se distanciar da teoria do direito natural em sua construção que iria fugir da tradição até então apresentada em se buscar a classificação dos ilícitos segundo critérios ontológicos. Ainda assim, sua construção se ancorava em dados pré-estatais, assim como a base do direito natural e por isso não obteve êxito em sua busca declarada por tal distanciamento.

Mantinha-se em sua teoria a base individualista e a concordância de que a contravenção de polícia se postava como um ilícito apenas enquanto infração da lei. Por outro lado e fundamentalmente alterou sua matriz conceitual doutrinária, negando a possibilidade de resolução do problema da definição dos ilícitos penais e policiais por meio de critérios ontológicos, buscando, para tanto, critérios axiológicos, que caracterizariam os ilícitos segundo a contraposição às normas de cultura ou segundo a indiferença cultural aos delitos. Com efeito, a construção de sua classificação do direito penal de polícia baseou-se em sua própria teoria das normas de cultura, segundo a qual o direito seria resultado de um fenômeno cultural e não de um produto natural da sociedade.[97]

Todo direito seria, em sua concepção, precedido de normas de cultura, sendo desenhado nas bases de conceitos culturais normativos e pré-jurídicos, cujas linhas serão selecionadas pelo legislador para estampar as figuras normativas do ordenamento jurídico. Seria, portanto, esse conteúdo pré-jurídico cultural o conteúdo material das normas jurídicas incriminadoras.

Alguns mandados e proibições pré-jurídicos como a proteção à vida, à saúde e o patrimônio estariam moldados anteriormente à sociedade constituída e mantida pelo Estado, estando a necessidade de sua proteção moldada pelas regras de cultura da

[96] Nesse sentido, VILELA, Alexandra Maria dos Santos Esteves. Op. cit., p. 28.

[97] Segundo Mattes (Op. cit., p. 170), "M. E. Mayer concibió el problema desde su teoría de las normas de cultura. Según ella, el derecho, como también el injusto, es un produto cultural, no un produto natural. A todo orden jurídico estatal precede un complejo prejurídico de normas de cultura, que sólo por el reconocimiento estatal que se realiza en la legislación penal se convierten en normas jurídicas. El Estado seleciona de las normas de cultura preexistentes aquellas que quiere reconcere y proteger juridicamente, y 'forma' com ellas, como 'material', las normas jurídicas. Tales normas de cultura, como los mandatos y proibiciones para proteger la vida, la salud, la integridade corporal, el patrimônio y el honor del prójimo, existen antes del Estado, como en absoluto antes de toda sociedade organizada y, con ello, antes que todo ordenamiento jurídico".

sociedade organizada. Seriam as normas desenhadas em cima desses valores aquelas que poderiam suportar o conteúdo penal, pois estariam permeadas pela defesa de valores pré-jurídicos.

Por outro lado, existiria outro grupo de normas que, apesar de não possuírem esse conteúdo valorativo-cultural prévio, serviriam para manter a ordem e a organização da estrutura social e do Estado, de modo que, por sua defesa aos mecanismos que defenderiam, por fim, os valores culturais, deveriam da mesma forma ser defendidos pelo Estado. São normas de organização que não protegem qualquer valor cultural, mas sim a própria administração. Seriam normas igualmente legítimas em razão de protegerem o Estado enquanto protetor dos interesses coletivos, embora não protegessem normas culturais diretamente. Esse grupo de normas, no campo sancionador, seria ocupado, precisamente, pelas infrações de cunho administrativo, materializadas no ordenamento como infrações policiais.

Vê-se, portanto, que a construção teórica de Mayer, apesar de alterar pressupostos de fundamentação, continua a carregar seu viés individualista, substituindo a infração do direito natural pela infração aos valores culturais pré-estatais. No fim do século XIX, na Alemanha, com a edição da 1ª Ordenança do Reich, é criado um processo penal unificado para todos os delitos, sejam eles penais, sejam eles policiais. O procedimento das contravenções policiais seguiria o mesmo rito que era utilizado para a investigação e persecução dos delitos comuns.

Mattes observa sobre isso que o procedimento solene e detalhado utilizado para persecução dos delitos não se adequava, contudo, aos delitos menores de cariz policial, gerando manifestações nesse sentido na doutrina do período. A partir de então, embora crescesse a oposição às teorias do direito penal de polícia, clamava-se, da mesma forma, por uma divisão entre delitos leves e delitos graves.

Quem, nesse sentido, se colocou em aberta oposição ao direito penal de polícia foi Reinhard Frank, que sustentou que as infrações de polícia deveriam ser consideradas genuínos delitos, integrados ao sistema do direito penal, se não ao direito administrativo, pelo viés regulatório de tais normas. O autor rechaçou a ideia de que as infrações de polícia representassem mera desobediência aos comandos estatais, pois, assim sendo, tais normas não seriam legítimas.[98]

[98] MATTES, Heinz. Op. cit., p. 173.

O Estado não poderia, simplesmente, exigir, por meio de sanção, a obediência do seu cidadão, sob pena de se macularem os caracteres próprios do Estado de direito. O Poder Público só poderia exigir comportamentos e ameaçar seus cidadãos com sanções quando se verificasse uma legítima infração à ordem ou ao direito, que deveria materializar-se por mais que uma mera infração à lei.

Da mesma forma o autor rechaçou a ideia de que os delitos de polícia representassem uma singela colocação em perigo de um direito ou a materialização de um injusto valorativamente indiferente. Segundo o autor, as contravenções policiais não teriam qualquer diferença fundamental em relação aos delitos comuns, mas formaria, diante de sua especificidade, um grupo particular de delitos, assim como seriam os delitos contra a vida, os delitos contra a honra, etc. O interesse guardado por esse grupo especial de infrações seria a promoção do bem geral e a boa ordem da comunidade, os quais estariam no mesmo nível dos demais interesses guardados pelo Estado.

Não se poderia, portanto, tecer qualquer distinção significativa entre os delitos de polícia e as demais ações puníveis pelo direito penal. Daí pode-se perceber a ruptura definitiva do autor com a teoria do direito penal de polícia, o que não significa, entretanto, apesar de seus esforços por caracterizar o viés administrativo das condutas sancionadas nesse grupo de infrações, que seria um defensor pioneiro da teoria do direito penal administrativo, que, de resto, só foi de fato, fundada com o trabalho de James Goldschmidt.

Não obstante tais considerações, há de se pontuar, por oportuno, que, seguindo as tendências da época, Frank entendia que, apesar de não haver uma diferença material entre os ilícitos, deveria haver uma distinção entre os delitos leves e os delitos graves, diferença essa que deveria residir, justamente, nas penas aplicadas para cada tipo de infração.

As contravenções, infrações menos graves, deveriam ser apenadas, precipuamente, com multas que, em casos específicos, poderiam ser convertidas ou substituídas por outras medidas constritivas de caráter patrimonial. Na aplicação dessas penas, dever-se-ia obedecer a um rito mais célere e eficiente, onde princípios indeclináveis de direito penal pudesse sem flexibilizados. Aos delitos mais graves, seria cominada a sanção da privação da liberdade, respeitando-se todos os postulados até então erigidos pela doutrina penalista e o rito solene de seu processo penal. Já seguindo a tendência da legislação, o autor nega em absoluto a possibilidade de um exercício de justiça penal pela administração, a quem não caberia em nenhuma hipótese a atividade judicante, nem

mesmo para as infrações de menor gravidade. Mesmo essas deveriam ser apreciadas por órgãos e instâncias do judiciário, mas jamais pela administração pública.

2.2.3. Conclusão

Na síntese de todo o apresentado, podemos concluir que a teoria do direito penal de polícia teve seus alicerces calcados no individualismo e cresceu sustentada na ideia de lesão a direitos subjetivos individuais, em contraposição à mera colocação em perigo desses direitos individuais, cuja titularidade poderia ser do cidadão assim como do próprio Estado. Com a evolução da teoria, passa-se a conceber distinção entre a infração de polícia e a infração penal por meio da análise da efetiva lesão ou da potencialidade de lesão de um objeto jurídico protegido, seguindo a tendência da teoria do bem jurídico penal.

Também pertence ao período as construções teóricas da infração policial ligada à mera desobediência aos preceitos legais cominados pelo Estado. Gradativamente fortaleceu-se a noção de infração meramente formal, que representava o mero descumprimento de preceitos legais, para se reforçar a concepção de infrações materiais, ligando à efetiva infração a um conteúdo especial de proteção, enxergado ora no direito natural, ora em normas de cultura, ora no bem jurídico-penal. Também remonta ao período a busca pela transição da matriz ontológica da teoria para uma matriz valorativa, classificando-se os ilícitos policiais e penais segundo o grau de desvaloração social do resultado da infração.

Já no fim do século XIX, a doutrina se mobilizava, entretanto, para que os delitos de polícia, malgrado sua classificação, fossem definitivamente tratados no âmbito judicial em face das patentes inconveniências do tratamento de infrações no âmbito policial. Essa pauta se integrava ainda com força à necessidade de uma definitiva separação dos poderes do Estado, cuja administração não poderia ter em sua mão poderes para julgar infrações e aplicar sanções, já que não gozaria da isenção necessária, da capacidade técnica adequada e por que permitiria um alargado leque de poder ao poder executivo.

Ao final do período, por conta das alterações legislativas, viu-se que, mesmo atendidos os anseios doutrinários da judicialização da persecução de ambos os tipos de infração, os entraves práticos de uma classificação de efeitos apenas sistêmicos, mas não materiais e, principalmente, processuais, faziam ressurgir a necessidade de uma classificação adequada com a imposição de consequências jurídicas correspondentes a cada tipo de ilícito.

Por esse motivo, já que o direito penal era sinônimo do direito penal judicial, alguns autores, entre os quais podemos enumerar Von Frank,[99] militavam pela inclusão do direito penal de polícia no âmbito do direito penal e não do direito administrativo, já que os interesses sociais de bem-estar e preservação da comunidade não estariam em patamar inferior aos direitos individuais como a vida, a liberdade e o patrimônio.

Por outro lado, gradativamente a doutrina penal passou a adotar um critério unitário de fundamentação do sistema jurídico, encontrado na proteção de bens jurídicos, que não necessariamente seriam de caráter individual, já sendo admitido, desde Binding, a existência de bens jurídicos de características supraindividuais.

O fato é que durante o período do direito penal de polícia, nenhuma das construções teóricas conseguiu encontrar fundamentos englobantes para divisão das infrações entre infrações penais e policiais, o que se devia ao fato de se procurar explicar por meio de construções lógico-científicas, realidades legislativas desenvolvidas sem critérios lógicos de criação em outra realidade social e como outro modelo de Estado. No entanto, pode-se perceber que, muitas das discussões atuais sobre o modelo do crime, sobre a infração aos conteúdos materiais, a reprovabilidade dos resultados já estavam contidas nos debates teóricos do século XIX na Alemanha.

Em verdade, apesar na influência de algumas construções teóricas do período, a fundamentação do poder sancionatório da administração no direito penal de polícia seria abandonada ainda na primeira década do século XX, paralelamente ao surgimento de uma nova corrente de pensamento, a do direito penal administrativo, que seria iniciada pela obra *Das Verwaltungstrafrecht* de James Goldschmidt.

2.3. Evolução do direito penal administrativo e de ordenação social

2.3.1. Introdução

Na virada do século XIX para o século XX, as transformações sociais e ideológicas vão minar qualquer sustentáculo do direito penal de polícia. Nesse período, observa-se a gradativa alteração do estado de polícia liberal para o estado administrativo que iria perdurar no início do século XX, com um fortalecimento das pautas estatais ligadas à preservação do convívio social.

De mero resguardador das liberdades individuais, o Estado passa a ser responsável pela manutenção do harmônico convívio social, permitindo a vida em sociedade aos seus

[99] VILELA, Alexandra Maria dos Santos Esteves. Op. cit., p. 27.

cidadãos, o que se deveu em grande parte ao aumento da população, principalmente nos espaços urbanos, impulsionados pelo industrialismo que em menor ou maior intensidade se apresentava nas sociedades.

Crescia a preocupação, nesse sentido, com a necessidade de medidas que preservassem a coexistência dos indivíduos dentro do espaço social, sem que as esferas individuais de direitos entrassem em choque. Além disso, condições para a vida em sociedade e para o bom desenvolvimento humano passaram gradativamente a se inserir na pauta do Estado.

Naturalmente, esse espaço de convívio humano vai começar a ser de interesse também do ordenamento jurídico, que precisará incluir em sua pauta direitos ligados à coletividade e obrigações aos seus indivíduos que correspondam ao bom funcionamento da administração. Fundamentalmente, a função jurídica do Estado vai transitar da proteção dos direitos dos indivíduos e de seus próprios, para cuidar do bem-estar coletivo, que deveria ser engendrado por meio da ação da administração pública.

A sociedade cada vez mais urbanizada torna-se cada vez mais dependente dos espaços públicos para seu desenvolvimento. O comércio e indústria dependem de que as ruas estejam transitáveis, de que os portos sejam capazes de receber carregamentos de outras localidades, que as comunicações não sejam interrompidas, entre outras medidas de infraestrutura que só poderiam ser proporcionadas pelo Estado.

Além disso, o espaço de liberdade humana acaba, cada vez mais, influindo nos espaços de liberdade alheios, embora não diretamente, mas sim por influência do espaço social, sendo precisamente aí onde o Estado deveria agir para que não se desestabilizasse a malha social. A tarefa de preservação da convivência humana se torna dessa forma, entre outras, uma pauta do Estado, que deve, portanto, mais do que assegurar a inocorrência de perigos à liberdade individual, mas também cuidar do bem-estar da sociedade.[100]

Essa nova preocupação estatal influenciará diretamente nos modos de colocação dos deveres dos indivíduos, que até então se circunscreviam à não interferência dos direitos alheios, não havendo ainda a precisa noção de que, para que se atingisse um grau satisfatório de eficiência, a administração deveria se socorrer da atividade dos indivíduos

[100] Sobre isso, é lapidar a lição de Costa Andrade quando afirma que "A intervenção do Estado deixou de apelar às transcendentes *raisons d´État*, passando a responder às reivindicações da própria sociedade e a legitimar-se nelas. O homem, recorda FOSTHOFF, 'vive não só no Estado mas também do Estado'. A assunção da *Daseinvorsoge* pelo Estado constitui, assim, o fundamento e a legitimação de áreas cada vez maiores da actuação conformadora e, por isso mesmo, potencialmente repressiva do Estado" (COSTA ANDRADE, Manuel da. Contributo para o conceito de contraordenação (a experiência alemã), cit., p. 77).

para seu apoio, o que faria por meio da imposição de deveres positivos de atuação no espaço social.

Naturalmente, um direito que se norteava pela exclusiva proteção do indivíduo, não veria necessidade de intervir nessa seara de atividades, situação que perdurou durante todo o século XIX. A partir do início do século XX, o Estado passou a incorporar suas novas atribuições de manutenção do bem coletivo, como meio mediato de proteção das liberdades individuais e, entendeu-se que existiria um espaço de atuação social onde o indivíduo não poderia gozar na liberdade plena que gozava em sua esfera individual, mas, sim, deveria colaborar ativamente com o Estado no desenvolvimento de suas novas tarefas.

Esse espaço social deveria ser preenchido pela atuação da administração, regulando a atividade humana. Isso se deveu, também, e com grande importância, a um acelerado desenvolvimento da doutrina administrativista, que passou a ver a polícia não como mera salvaguardadora dos direitos individuais de influxos externos, mas também como um dos órgãos do poder público responsável pela fundação, manutenção e fomento do bem coletivo.

Assim como todo o Estado, a polícia não era mais só mero agente de repressão às infrações aos direitos do indivíduo e do Estado, mas também forma de organização administrativa com preocupações ligadas ao espaço social, antes de ocupação livre e agora permeado de necessidades que gerariam obrigações ao Estado e aos cidadãos.

Esmorece-se, dessa forma, a concepção dual entre indivíduo e sociedade, para integrar o indivíduo à sociedade e encará-lo como sujeito necessário a seu desenvolvimento, sem prejuízo da manutenção de seus direitos individuais que, de toda forma, deveriam ser respeitados e assegurados pelo Estado. Será precisamente nesse espaço de intervenção do Estado e nessa inclusão do indivíduo como sujeito atuante e necessário para a preservação da sociedade organizada que surgirá a teoria do direito penal administrativo, fundamentada principalmente nas obras de James Goldschmidt, iniciadas na virada do século XIX e desenvolvidas no início do século XX.

Foi o autor quem, precisamente, incorporou à teoria do direito penal (e a do direito administrativo) a dupla concepção do indivíduo, enquanto portador de direitos ligados a sua essência de cidadão do Estado e também enquanto agente social e que, integrante desse espaço, além de direitos também teria deveres conexos à manutenção do bem-estar da sociedade. Isso é sintetizado com clareza por Mattes quando escreve que:

> Goldschmidt vió ahora la escisión dentro del hombre singular, que de una parte era individuo y de otra ser comunitario (personalidade de membro). Fiel a su concepción, anclada en el liberalismo, enpujó al individuo, como lo esencial, a un primer plano, mientras que el reconocimiento de la presonalidad de membro en el fondo no significa sino una concesión forzada a la convicencia una vez dada en asociaciones organizadas, y con ello a la socialización del individuo unida a ella. Este echo no puede modificar en nada, sin embargo, la genuina esencia del ser humano. Ella radica unicamente en su ser como individuo.[101]

Por outro lado, a concepção de justiça abarcando também as necessidades da coletividade e do espaço social não apareceu automaticamente na doutrina. Ainda havia uma noção fracionada entre direito e administração, noção essa que permeou e fundamentou toda a construção teórica do direito penal administrativo de Goldschmidt.

Seguindo a tradição individualista, a Justiça, materializada pela ideia de *constituição* nos trabalhos de Goldschmidt, seria a organização estatal responsável pelo resguardo dos direitos dos indivíduos. O espaço social de intervenção, precisamente onde se deveria agir para que se mantivessem as condições de coexistência e fossem engendrados mecanismos que permitissem o desenvolvimento, era foco de interesse da *administração.*[102]

Haveria então, segundo a concepção da época, espaços de intervenção precisos que caberiam à Justiça e à Administração, servindo o raciocínio de base, para se fundamentar, posteriormente, a inclusão do direito penal judicial no espaço daquela e do direito penal administrativo nessa.[103] Nesse sentido, Costa Andrade expõe de maneira sintética que:

---

[101] MATTES, Heinz. Op. cit., p. 178.

[102] Sobre o tema vale citar trecho da obra de Mattes (MATTES, Heins. Op. cit., p. 181). Embora esteja tratando de autor precedente a ideia dos deveres sociais do ser individual, consegue elucidar didaticamente a concepção do Estado administrador, como responsável pela viabilização dos espaços comuns, para cujo desencargo deverá utilizar-se dos órgãos policiais. Cite-se: "Lorenzo Von Stein acentuó luego un ulterior momento com arreglo al cual debe distinguirse la actividad de la Administración de la administración de justicia: 'La verdadeira Administración es la atividade del Estado que acomete a la voluntad del mismo las condiciones reales de la vida... El principio rector para todo este ámbito del drecho es... la utilidade... La movibilidad libre es el principio vital del auténtico derecho administrativo'. En lo demás Von Stein intentó fundamentar la índole peculiar de la 'pena administrativa', así como el poder penal policial en la esencia de la Administración. En él es objeto de la solicitude de la Administración el espacio vital social; el individuo no tiene aqui ningún deber jurídico. Por ello la policía se hace cargo de 'la lucha contra los peligros de la vida personal actuando por sí misma' y realiza con esto 'para todos y cada uno la seguridade como un principio general y principal de todo desarollo'. El derecho penal de policía sirve para imponer los preceptos de policía. En cuantos estos regulan 'una condición auténtica del desarrollo conjunto', 'el incumplimiento de la misma por parte del individuo es un delito contra la colectividade, la cual es, sin embargo, la primera condición de nuevo para el bienestar individual'".

[103] Sobre o conceito de constituição e administração em Goldschmidt, vale ressaltar que o autor concebia que a primeira estaria ligada aos valores de justiça, enquanto a segunda se revelava pela busca do bem-estar e do bom desenvolvimento comunitário. Constituição e administração eram campos que não se intercediam, estando precisamente delimitados seus campos de atuação teleologicamente, pelo objeto de atuação de cada

> GOLDSCHMIDT parte uma contraposição radical entre Direito (ou Justiça, Ordem Jurídica) por um lado, e Administração, por outro, correspondentes, de resto, à dupla dimensão do homem como indivíduo e como membro da comunidade. Nuclear em toda sua construção é o contraste entre *poder-querer* (Wolendürfen) e *bem-estar* (Wohlfahrt). O primeiro designa as esferas de liberdade e os interesses juridicamente reconhecidos ao indivíduo como portador da vontade; o segundo, pelo contrário, os objetivos de progresso. Ao primeiro corresponde a *Constituição*, a expressão da vontade colectiva historicamente definida, que tutela e limita as esferas de liberdade; ao segundo a *Administração*.[104]

O pensamento de Otto Mayer, cuja disciplina de estudo é voltada ao direito público, foi de fundamental importância para a futura teoria do direito penal administrativo de Goldschmidt, pois vai imprimir o arcabouço doutrinário utilizado para o desenvolvimento de seu trabalho, especialmente no que tange à delimitação do espaço social e da aposição de papéis especiais ao indivíduo enquanto membro da coletividade.[105, 106]

Segundo sua concepção, existiria um espaço vital na sociedade indispensável à convivência humana, que se identificava, precisamente, com o objeto da atividade de administrar do Poder Público. Nesse espaço vital comunitário e para sua própria manutenção, aos indivíduos seriam impostas determinadas obrigações, que limitariam suas esferas de liberdade, pois estariam agindo enquanto membros de uma coletividade na qual não apenas se formavam, mas também se inseriam.

Em face da natureza dessas obrigações estarem ligadas à manutenção do espaço vital de convivência, cuja proteção recai à Administração, esses deveres não poderiam

---

um dos corpos normativos. Alexandra Vilela descreve sobre isso que: "De acordo com a ideia goldschmidtiana, revelava-se necessário criar, ou recriar – sem contudo quebrar a unidade do direito criminal – um sistema repressivo próprio para a relação estabelecida entre os cidadãos e a administração. Assim, GOLSCHMIDT, partindo dos conceitos de Direito, Justiça ou Ordem Jurídica, estabelece com a Administração uma ideia de oposição: o primeiro grupo de conceitos liga-se essencialmente ao indivíduo, aos seis direitos e aos seis bens individuais; o segundo ao homem enquanto membro da sociedade. Contrapõe igualmente o poder-querer (*Wollendürfen*) ao bem-estar (*Wohlahrt*), correspondendo o primeiro à Constituição – aqui entendida enquanto ordem jurídica – e o segundo à Administração, à *Regierung*. Deste modo, enquanto ideia que preside à Constituição – apresentada como poder-querer – , é a defesa da esfera de liberdade e dos interesses juridicamente reconhecidos ao indivíduo, como portador da vontade, a ideia subjacente à administração é a prossecução do progresso, prosseguindo por isso mesmo o bem-estar (*Wohlahrt*). Só no plano da Constituição – enquanto expressão da vontade colectiva historicamente situada –, e no da Ordem Jurídica, é que o homem é autênctico sujeito de direitos" (VILELA, Alexandra Maria dos Santos Esteves. Op. cit., p. 30-31).

[104] ANDRADE, Manuel da Costa. Contributo para o conceito de contraordenação (a experiência alemã), cit., p. 87.

[105] Para referências sobre o pensamento do autor, MATTES, Heinz. Op. cit., p. 178-184.

[106] Goldschmidt entendia que a busca por uma resposta à pergunta que havia deixado os juristas desesperados (Köstlin) não poderia ser encontrada por meio do estudo apartada da dogmática penal ou da dogmática administrativista. Segundo o autor, era preciso caminhar pelos campos fundamentais de ambas as ciências, para perceber a delimitação de suas fronteiras e, mais do que isso, para perceber que ocupavam um mesmo espaço determinado que seria precisamente o ocupado pelo direito penal administrativo (GOLDSCHMIDT, James. Concepto y cometido del derecho penal administrativo, cit., p. 293).

pertencer, portanto, à esfera de proteção jurídica, mas, sim, ao espectro de proteção da administração. Portanto, esse nível de atividade do indivíduo não seria perturbador – e portanto não afeito ao – do ordenamento jurídico, mas sim da Administração.

Esses deveres impostos aos indivíduos enquanto entes integrantes da coletividade social,[107] visando a manutenção da ordem social, materializariam, nessa linha de ideias, a proteção de bens de polícia e não de bens jurídicos, cuja proteção deveria ser procurada no âmbito jurídico das liberdades individuais.[108] Por isso, entendia ainda o autor que esses bens de polícia e seu cuidado deveriam ser objeto de vigilância da polícia enquanto braço da administração dedicada à defesa e manutenção da ordem na comunidade social.

2.3.2. A teoria do direito penal administrativo de James Goldschmidt

É fundando-se nessas concepções já engendradas por Otto Mayer que James Goldschmidt vai elaborar sua teoria do direito penal administrativo,[109] partindo da concepção de que todo homem goza de uma dupla esfera de personalidade, uma relativa aos seus interesses e direitos, onde tem ampla liberdade que encontrará limites apenas nas liberdades individuais alheias, e outra relativa a sua integração com a sociedade, onde possui obrigações pertinentes à evitação de perigos e também à promoção do bem-estar, espaço esse onde agiria como verdadeiro auxiliar da administração.

Nessa esfera social da pessoa ocorre a delegação de atividades inerentes à própria administração que já não é capaz, por si própria, de se desincumbir de suas obrigações concernentes à viabilização do espaço social, tendo de se socorrer, para tanto, de posturas proativas dos indivíduos (pessoas membros), os quais já não terão a liberdade absoluta de ação e, sintomaticamente, também de omissão.

Naturalmente, essas tarefas delegadas à pessoa membro da sociedade não despertam tanto o desenvolvimento social direto, quanto traduzem a execução de tarefas da

[107] A quem Goldschmidt se referia como pessoas-membro.

[108] Vê-se, portanto, que Otto Mayer mantém uma concepção individualista do bem jurídico penal, que deve se enquadrar na proteção das liberdades individuais. Como já pudemos mencionar anteriormente, em que pese haja uma fuga ao direito natural por conta da teoria do bem jurídico, que objetiva a proteção jurídica, algumas estruturas de raciocínio jurídico mantêm-se intactas desde os tempos das concepções do delito como proteção de direitos subjetivos fundados em construções pré-estatais.

[109] Goldschmidt elabora o conceito de direito penal administrativo na obra *Das Verwaltungstrafrecht*, em 1901, consistente no trabalho necessário para habilitação da Cátedra da Universidade de Berlin, um exame aplicado pelo Estado para habilitação acadêmica. O trabalho foi publicado em 1902 e pode ser considerado o marco de nascimento da teoria do direito penal administrativo. Com efeito, em verdade, a designação "direito penal administrativo" não foi cunhada por Goldschmidt, como o próprio autor reconhece, mas sim por Lorenz von Stein, na obra *Handbuch der Verwaltungslehre*, de 1887.

administração, na busca pelo controle e desenvolvimento social. Sobre isso, Mattes afirma que:

> los derechos y deberes que corresponde al particular como individuo, determinan su posición dentro del orden jurídico, mientros que aquellos otros que le competen en su personalidade de miembro frente a la colectividad (a la sociedade impersonal del liberalismo), tienen que ser de otra naturaleza, de segundo rango y no pueden referirse sino a su posición respecto a la Administración (promotora del bienestar).[110]

Com isso, se percebe que, as violações dos deveres primários seriam o campo de atuação do direito, pois refletiriam uma perturbação à esfera de proteção individual. Já os descumprimentos dos deveres para com a administração não poderiam interessar ao direito, senão à própria administração. Nesse âmbito, precisamente, e em rigorosa separação, deveria atuar o direito administrativo sancionador concebido por James Goldschmidt. Segundo Mattes:

> De este modo, el derecho penal administrativo, como "un derecho engendrado por la Administración", sería sólo un "pseudoderecho"; de la contravención de los preceptos del derecho penal administrativo, no podían surgir ningún "injusto", pues el delito administrativo aparece, "sin embargo", sólo como un injusto jurídico (administrativo) a causa de su lesión mediata de la sanción jurídico estatal del poder penal de la administración; como acción punible sigue siendo lo mismo antes e después una infracción administrativa.[111]

O direito penal administrativo deveria repousar, de resto, nas atribuições da administração, pois, de mais a mais, estaria ligado à atividade precípua de administrar, embora tivesse de recorrer à sanção (de natureza, a princípio, jurídica) para a manutenção da boa ordem e dos programas desenhados pelo poder público. Era, segundo o autor, com certeza, uma disciplina autônoma de estudo, ligada contudo ao direito administrativo e não ao direito penal.[112]

De mais a mais, é importante perceber então que Goldschmidt traçava a distinção material entre os ilícitos penais e administrativo penal, decorrente também da origem do fundamento das normas. As normas penais seriam originadas das leis, manifestações do poder legislativo sobre os direitos e deveres dos particulares, enquanto as normas administrativas penais estariam fundadas no poder de administrar do Estado, ainda que se veiculassem por meio de preceitos penais. Nesse sentido, o autor destaca que:

---

[110] MATTES, Heinz. Op. cit., p. 185.
[111] Idem, ibidem.
[112] GOLDSCHMIDT, James. Concepto y cometido del derecho penal administrativo. Trad. Jocob López Braja de Quiroga e León García-Comendador Alonso. In: *Derecho, derecho penal y proceso*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Ed. Marcial Pons, 2010, p. 293.

> Se pude distinguir el Derecho penal administrativo del Derecho penal justicial de las siguientes maneras:
> 1. Por la diferencia entre las normas. Se puede decir que las normas del Derecho penal administrativo serían, por la materia, simples disposiciones administrativas expuestas en forma de preceptos legales, en los que la sanción, realmente, se asociaría no como una respuesta legal sino como en efecto administrativo a la conducta descrita. Si se quisirese expressar de la forma más cruda posible, se podría decir que la sanción legal del *ius puniendi* de la Administración no deberia encontrarse, en última instancia, en el precepto penal administrativo, sino más bién en la autorización estatal a la administración para la aprobación de disposiciones penales.[113]

Nesse sentido, entendia que, em essência, eram normas de direito administrativo, já que só ostentavam a carcaça formal do direito penal. A ação do Estado, veiculada por meio das normas de direito penal administrativo, era dirigida à atividade de administrar e não à atividade de punir, razão pela qual o autor afirmava com veemência que "el Derecho penal administrativo sigue siendo, así pues, Derecho administrativo material".[114]

É por isso que Alexandra Vilela afirma que Goldschmidt entendia que haveria uma distinção material dos ilícitos em função de uma distinção teleológica de acordo com a atividade do Estado, sendo que, quando houvesse a voltada à defesa de bens jurídicos individuais, estaríamos no campo do direito penal e quando estivesse voltada para a promoção do bem-estar e do progresso geral, atuaria por meio do direito administrativo, ainda que de maneira sancionatória.[115]

Daí o porquê de o próprio Goldschmidt se referir ao direito penal administrativo como um bastardo nascido do direito penal e do direito administrativo.[116] Ao mesmo tempo em que se insere na tarefa de administrar, utiliza-se de toda a estrutura jurídico-penal para tanto, conhecendo diferenças na natureza das infrações e essencialmente em suas consequências.

Ainda, segundo Goldschmidt, sua teoria do direito penal administrativo conseguiria elucidar a contradição histórica existente entre administração e justiça, que poderia agora ser notada pela delimitação dos papéis atribuídos a cada um dos componentes institucionais do Estado. Isso decorreria, da mesma forma, do contraste

[113] GOLDSCHMIDT, James. ¿Que és el "derecho penal administrativo"? Trad. Jocob López Braja de Quiroga e León García-Comendador Alonso. In: *Derecho, derecho penal y proceso*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Ed. Marcial Pons, 2010, p. 401.
[114] GOLDSCHMIDT, James. ¿Que és el "derecho penal administrativo"?, cit., p. 403.
[115] VILELA, Alexandra Maria dos Santos Esteves. Op. cit., p. 31.
[116] Na verdade um bastardo entre o direito e a administração. GOLDSCHMIDT, James. Concepto y cometido del derecho penal administrativo, cit., p. 294.

existente entre as personalidades do homem enquanto indivíduo e enquanto ente membro da coletividade, o que denunciaria o dualismo entre Constituição e Administração.[117]

A primeira regeria o "poder-querer" do indivíduo, enquanto a segunda se caracterizaria pela busca do bem comum social. A esfera jurídica se dedicaria, nesse sentido, à preservação dos direitos individuais. À administração, caberia a salvaguarda do bem-estar, também pela regulação das atividades humanas, por meio, inclusive, da exigência de comportamentos e atividades positivas, cujo descumprimento deveria ser sancionado, com vistas à consecução de seus fins.

Essas atividades humanas exigidas não se encontrariam, portanto, na esfera de poder-dever do indivíduo e não seriam, dessa forma, expressão da vontade individual, mas sim da vontade da Administração e, em consequência, do poder-querer do Estado, enquanto ente institucionalizado.

Segundo a concepção corrente, seguida pelo autor, a Administração era livre para eleger os meios para a consecução de seus objetivos de promoção do bem-estar e, entre esses meios, estaria a recorrência aos administrados para que agissem enquanto auxiliares na persecução dos objetivos do Estado. Surgiria dessa faculdade do Estado, que agia dentro de seus direitos individuais, o poder de aplicar sanções de caráter administrativo.

Da cisão entre direito e administração, Goldschmidt construiu os conceitos de antiadministratividade em contraposição ao já existente conceito de antijuricidade,[118] devendo, a partir dessa concepção, ser criadas competências diversas para a persecução de cada uma das infrações. As infrações antijurídicas, ligadas à justiça, deveriam ser objeto de apreciação e punição pelo aparato judicial.

Já as infrações que fossem eivadas de antiadministratividade deveriam ser matéria da administração pública, pois seria ela e não a ordem jurídica quem estaria sendo prejudicada pela infração. Surgiria assim uma divisão material e também processual do direito penal e do direito penal administrativo. Destarte, "con ello debía lograr-se un derecho penal administrativo permanente y peculiar, cuya inserción en el derecho penal general consideraba Goldschmidt como un «fanatismo jurídico»".[119]

---

[117] Essa distinção fica clara no seguinte trecho da obra do autor: "Aquí, es suficiente establecer que esta diferencia fundamental arrastra consigo el contrastre entre constituición jurídica y administración estatal, entre antijuridicidade (injusto) e infracción administrativa, entre Derecho penal y potestade penal de la administración" (GOLDSCHMIDT, James. Concepto y cometido del derecho penal administrativo, cit., p. 293).

[118] Nesse sentido, ANDRADE, Manuel da Costa. Contributo para o conceito de contraordenação (a experiência alemã), cit., p. 87.

[119] MATTES, Heinz. Op. cit., p. 187.

A antijuricidade estaria caracterizada por uma lesão ao poder do Estado, sancionada pela ordem jurídica, havendo pressuposto, portanto, uma lesão a um bem jurídico, concepção já então dominante na época. Representaria essa lesão, segundo o autor, um *damnum emergens* e uma contradição diametral ao próprio ordenamento jurídico.[120]

Por sua vez, o não cumprimento dos deveres delegados pelo Estado aos administrados para a viabilização do bem comum e desenvolvimento social não causaria, a princípio, um dano efetivo ou uma contraposição à ordem jurídica, mas sim, e tão somente, um *lucrum cesans*, pois o Estado estaria deixando de experimentar um incremento na atividade administrativa devida pelo indivíduo em sua esfera de mobilidade social. Essa desídia do indivíduo seria a tradução da antiadministratividade. Segundo Goldschmidt, "la antiadministratividade, que se opone a la antijuricidad, es la peculiar omisión del apoyo a la Administración del Estado dirigida a la promoción del bien público o del Estado, y en su caso a lo que parece ficticiamente tal promoción".[121]

Bem assim calcando-se nesses conceitos, mais uma vez pode-se perceber a reflexão da distinção material dos ilícitos criminais e administrativos. Nesse sentido. Fábio D´Avila acrescenta que:

> O *lucrum cessans* surge, nesta medida, como característica distintiva do ilícito de natureza administrativa, de um ilícito desprovido de ofensa de um bem jurídico, porém erigido segundo a ideia da promoção de interesses públicos, logo de um ilícito que se faz qualitativamente diverso do ilícito penal.[122]

Haveria, entretanto, uma separação apenas relativa entre a antijuricidade e antiadministratividade, pois se reconhecia a frequente transição de delitos administrativos para o âmbito do direito penal, o que se deveria à recorrente elevação de bens públicos e

---

[120] Segundo Fábio D´Avila, o *damnum emergens* consistiria em uma "insurreição de um portador de vontade contra o dever geral" (*die Auflehnung eines Willensträger gegen den allgeimeinen Willen*) (...) Ou ainda, de forma simples, duas precisas dimensões, uma formal e outra material, ofendidas simultaneamente através da violação conjunta tanto do preceito normativo, quando do seu objeto de proteção (D´AVILA, Fabio Roberto. Direito Penal e Direito Sancionador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 60, maio/jun. 2006, p. 14).

[121] GOLDSCHMIDT, James. *Verwaltungstrafrecht*. p. 544. Apud MATTES, Heinz. Op. cit., p. 188.

[122] D´AVILA, Fabio Roberto. Direito penal e direito sancionador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 60, p. 15, maio/jun. 2006. No mesmo sentido, Beleza dos Santos expõe que "aquele fato ilícito não representa, como este, uma ofensa dos interesses dos outros cidadãos, que o direito protege com a ameaça e execução penal; não é uma invasão do *poder de querer* de outrem, da esfera jurídica alheia, não é uma lesão ou perigo de lesão ilícita de bens jurídicos; é apenas uma falta para com a administração, o não cumprimento de um dever para com esta, quando actua no sentido do bem-estar geral. Aqui o *facto ilícito* obsta a que alcance uma vantagem (*lucrum cessans*), ao passo que o facto ilícito criminal da primeira espécie dá lugar a um dano ou perigo de dano (*damnum emergens*). Neste caso, há uma ofensa de bens jurídicos, isto é: lesão ou ameaça de lesão, ao passo que no ilícito penal administrativo há uma simples desobediência às ordens da administração, a simples falta de cumprimento de uma obrigação para com esta" (BELEZA DOS SANTOS, José. Ilícito penal administrativo e ilícito criminal. *Revista da Ordem dos Advogados*, v. I/II, 1945).

coletivos, sem titularidade relegada a um portador específico, à categoria de bens jurídico-penais. Nesse ponto, importa destacar que o autor reconhecia esses bens jurídicos como bens jurídicos secundários, os quais só existiam em função da proteção de bens jurídicos primários, para conceder-lhes uma proteção antecipada.[123]

Ademais, a desobediência aos mandamentos às ordens do Estado, emanados como exposto, também da esfera de liberdade abrangida em seu poder-querer, poderia ser vista como uma invasão aos seus direitos, reconduzindo a infração do campo administrativo para o campo jurídico. De tal forma, todos os delitos poderiam figurar em ambas as categorias de infração e sua classificação variaria espaço-temporalmente de acordo com as necessidades vigentes, o que é próprio da mutabilidade do direito reafirmada por Faria Costa e por Figueiredo Dias.

Como reflexo das diferenças materiais quanto ao conteúdo do ilícito, Goldschmidt enxergou diferenças também em relação à natureza das sanções cominadas em cada um dos âmbitos de intervenção estatal. A pena administrativa, nesse sentido, teria natureza de ato administrativo que se inseriria na busca pela manutenção da boa atividade da administração com vistas aos seus fins programáticos e, por isso, não representaria a manifestação de aplicação de justiça. Seria, por isso, um fenômeno sancionatório, mas, ainda assim, ligado precipuamente ao direito administrativo.

Dessa forma, não poderia gerar interferências da personalidade individual do cidadão, devendo-se postar, por outro lado, como um método de correção da desídia apresentada pelo administrado, objetivando, tão somente, o cumprimento coativo das obrigações devidas pelo ente social. O fundamento dessa pena administrativa seria encontrado em um "poder penal peculiar, inclusive originário da administração",[124] o qual seria ativado diante do descumprimento das obrigações do cidadão frente à comunidade, gerando a possibilidade do Estado de exigir o cumprimento das obrigações comunitárias, mediante os mecanismos sancionatórios da própria administração.[125]

---

[123] Nesse sentido, Costa Andrade chama atenção para o fato de que "GOLDSCHMIDT nunca concebeu a separação entre direito penal e o Direito Penal Administrativo em termos absolutos. Pelo contrário, reconheceu expressamente a existência de um processo histórico de 'decantação' e intercomunicabilidade: infrações que hoje são crimes podem amanhã converter-se em infrações administrativas e vice-versa" (ANDRADE, Manuel da Costa. Contributo para o conceito de contraordenação (a experiência alemã). cit., p. 88.

[124] MATTES, Heinz. Op. cit., p. 193.

[125] Isso porque, segundo Alexandra Vilela, "aqui, o agente não é um antissocial, um homem perigoso, tal como o da pratica de um crime. Ele é apenas um ser descuidado por que agiu tão somente com falta de cuidado social" (VILELA, Alexandra Maria dos Santos Esteves. Op. cit., p. 34).

Bem por isso, a espécie da pena administrativa seria, primordialmente, a multa, correspondente ao dever de prestação pecuniária revertida em favor da administração, correspondendo a uma coação ao cumprimento das obrigações inadimplidas. De tal forma, a pena administrativa estaria destituída dos componentes da intimidação, ou da eliminação do infrator, mas seria carregada, antes, de componentes de estímulo e incitação ao cumprimento dos deveres omitidos.[126]

Goldschimidt, um liberal democrata que ostentou suas ideias mesmo sob a ameaça do nazismo, percebeu os perigos que a implantação de sua teoria poderiam engendrar caso aplicada de forma desviante pelas autoridades públicas. A alocação de um poder sancionatório nas mãos da administração pública poderia representar um retrocesso do desenvolvimento doutrinário até então percorrido pelas teorias do direito penal de polícia.[127]

Naturalmente, todas as críticas que se faziam ao poder policial poderiam, equalizadas as peculiaridades, ser transpostas ao poder sancionatório da administração pública, principalmente a possibilidade do abuso da utilização desse poder contra os administrados, o que de resto, infringiria seus direitos individuais, transformando a busca pela punição da antiadministratividade do cidadão, na própria antijuridicidade do ato cometido contra o próprio cidadão, gerando um conflito intransponível entre exercício de administração e infração de preceitos jurídicos.

Além disso, velhas contraposições ao poder sancionatório do Estado alheio ao aparato judicial permaneciam válidas, como a inexistência do necessário distanciamento para apreciação das condutas, a falta de preparo técnico das instâncias administrativas para lidar com situações que, ainda que à sua maneira, deveriam ser revestidas de uma técnica procedimental própria das instâncias jurídicas e a tendenciosidade das decisões advindas da alocação da administração ao mesmo tempo como julgadora das infrações e como parte atingida pela ação do administrado.

---

[126] Nesse sentido, CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*, cit., p. 29; BELEZA DOS SANTOS, José. Ilícito penal administrativo e ilícito criminal, cit., p. 42; e VILELA, Alexandra Maria dos Santos Esteves. Op. cit., p. 34.

[127] Como de fato ocorreu no período de dominação nazista com a utilização do poder sancionatório das autoridades ligadas à economia que, de mais a mais, chegaram a aplicar até mesmo penas privativas de liberdade, como teremos oportunidade de estudar com mais detimento em capítulo próprio abaixo. Nesse sentido, nos é permitido imaginar que Goldschmidt estaria antevendo os grandes perigos que adviriam de sua doutrina, do qual, inclusive, seria vítima, ao ser expulso da Cátedra na Universidade de Berlin pelo regime *nazi* e, ao recorrer da decisão nas instâncias administrativas, ser coagido e ter de deixar "espontaneamente" o cargo.

Diante de tais constatações, o autor entendeu que o cidadão deveria ser protegido do abuso desse poder sancionatório ungido à administração, razão pela qual propôs que o exercício do poder penal administrativo fosse estruturado de maneira semelhante ao poder judiciário, com a criação de instância administrativo-penais próprias e de tribunais administrativos,[128] onde estariam representados os interesses coletivos em um polo e os interesses dos cidadãos em outro. Ainda assim esses tribunais e instâncias deveriam estar ligados à administração e não ao poder judiciário, pelas razões já vertidas no presente texto.

É válida e pertinente, portanto, a crítica tecida por Mattes à construção teórica desenhada por Goldschmidt, no sentido de que ao cabo de suas concepções, o autor convertia o direito penal administrativo em genuíno direito penal, apenas formalmente ligado à administração, em prejuízo das instâncias judiciais.

Alexandra Vilela, no mesmo sentido, aponta esse fato como "uma profunda contradição da teoria do autor", pois, se a pena administrativa corresponde a espécie de "autotutela"[129] da administração contra eventos prejudiciais, porque esses fatos deveriam depender uma jurisdição administrativa? Segundo a autora, a resposta de Goldschmidt, baseada nos pontos acima levantados sobre o receio de invasões injustificadas e abusos da administração, não seria convincente, havendo o resquício da mal resolvida questão da aplicação da teoria da divisão dos poderes ao poder sancionatório da administração pública.[130]

De qualquer forma, entendia Goldschmidt que as contravenções administrativas deveriam ser deixadas de fora do âmbito jurídico-penal, integrando um corpo autônomo

[128] Disso ainda decorreria o conveniente, de grande importância, de se formar uma jurisprudência de direito penal administrativo que não ficasse pulverizada em diversos órgãos ligados à administração.

[129] Goldschimidt usa expressão semelhante quando afirma que "el ordenamiento penal administrativo se enunciaría simplesmente como una forma de expresión del poder coactivo de la Administración, y se le pode descrebir (...) como una especie de la capacidade de autorrealización legalmente otorgada a la Administración" (GOLSCHMIDT, James. ¿Qué es el "Derecho penal administrativo"?, cit., p. 401).

[130] VILELA, Alexandra Maria dos Santos Esteves. Op. cit., p. 35. Sobre isso, a autora especifica que: "no fundo, a questão que pretendemos levantar é recorrente e liga-se indesmentivelmente ao princípio da separação de poderes, sendo certo que a aplicação de sanções do direito penal de polícia ou do direito penal administrativo pela administração sempre foi uma questão mal resolvida pela doutrina que se ocupou de tal ilícito. Dentro de certa medida, o problema arrastou-se até o século XX e quiçá não seja descabido dizer que ele não se encontra totalmente resolvido. São, com efeito, vários os problemas que se colocam: se, de um lado, a celeridade processual e o descongestionamento dos tribunais são factores que contribuem para que a decisão seja proferida pela administração, por outro, põe-se a questão de aferir da sua legitimidade para proceder à aplicação dessas mesmas sanções".

estruturado sob a forma do direito penal administrativo, por meio do qual deveria ser viabilizado um processo de despenalização de condutas.[131]

Nesse ponto, o autor foi contundente ao exaltar que, na característica dual das normas de direito penal administrativo, seria encontrado um núcleo essencial de norma de direito administrativo, embora, formalmente, fosse veiculada por meio de um preceito penal. Esse núcleo essencial arrastaria a norma para o campo do direito administrativo e não do direito penal.[132]

Uma segunda fase do pensamento de Goldschmidt é apontada por Alexandra Vilela, onde não mais se focava o autor na distinção entre afetação ou não a um bem jurídico, mas sim a partir da "natureza das normas dos dois ramos do direito".[133] As normas de direito penal seriam originadas por "convicções éticas da comunidade",[134] ao passo que as normas de direito administrativo decorreriam de ações positivas do Estado. Isso quer dizer, em outras palavras, que ambos os ilícitos representam bens jurídicos.[135] A

[131] Sobre isso, o autor é enfático em diversas passagens de seus escritos. Assim afirma que "el Derecho penal administrativo es en efecto una disciplina legal totalmente nueva e independiente, a saber, una parte del derecho penal administrativo" (GOLDSCHMIDT, James. Concepto y cometido del derecho penal administrativo, cit., p. 293). Em outro ponto, evidencia com clareza inequívoca a natureza jurídica administrativa do direito penal administrativo quando exalta que "debido a la naturaleza jurídica administrativa del Derecho penal administrativo, como lógica consecuencia, se lleva a cabo la transmisión de la jurisprudencia de las causas penales administrativas a los tribunales administrativos" (GOLDSCHMIDT, James. Concepto y cometido del derecho penal administrativo, cit., p. 294).

[132] Em suas precisas palavras "esta firmaciones essencialmente del Derecho del Estado originan en el campo del Derecho penal que haya que buscar en esa doble naturaleza de la norma infringida, en cuanto disposición administrativa y precepto jurídico, la entidad de la desobediencia pura denominada por BIDING. Solamente las normas que subyacen al Derecho penal administrativo serían preceptos legales con una disposición administrativa como núcleo; las normas que subyacen al Derecho penal justicial sería preceptos legales netos" (GOLDSCHMIDT, James. El derecho administrativo en relación con la moderna teoría del derecho y del Estado. Trad. Jocob López Braja de Quiroga e León García-Comendador Alonso. In: *Derecho, derecho penal y proceso*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Ed. Marcial Pons, 2010, p. 300).

[133] VILELA, Alexandra Maria dos Santos Esteves. Op. cit., p. 36.

[134] Nesse sentido, Goldschmidt aponta que "el derecho penal administrativo del Estado, por el contrario, se dirige frente a la infracción de normas que no há engendrado la convicción ética e íntima de la sociedade, sino el deseo del Estado. En ellas, el poder interno no expresa la convicción común sobre el individuo, sino el poder externo de la organización sobre sus membros". E um pouco à frente continua a elucidar que "Materialmente, se diferencian de las normas del Derecho penal justicial de la misma firma que la personalidad del organismo se diferencia de la personalidad del individuo. Su transgresión no es, en todo caso individual, una lesión de un deber ético jurídico, sino una pura desobediencia a órdenes administrativas legalmente sancionadas. Los deberes individuales éticos vulnerados por esa desobediencia, como consequência de la naturaleza moral del Estado que ejerce el poder ejecutivo, por ejemplo en las disposiciones de policía 'que prohíben las alteraciones del orden público' desaparecen y deben desparecer por los motivos reiteradamente citados ante la vulneración del deber de obediencia orgánica" (GOLDSCHMIDT, James. El derecho administrativo en relación con la moderna teoría del derecho y del Estado, cit., p. 304).

[135] Além disso, nesse momento, Goldschmidt reconhece que toda infração administrativa importa em uma infração ao direito subjetivo do Estado à obediência de seus cidadãos. Nesse ponto, ainda remanescem traços do contratualismo subjacente na teoria do autor. No entanto, há de se considerar que a ponderação do autor vem fazer frente à teoria normativa de Binding, de cunho individualista (GOLDSCHMIDT, James. El derecho administrativo en relación con la moderna teoría del derecho y del Estado, cit., p. 301-302).

diferença material estaria, portanto, no conteúdo desses bens jurídicos, quer dizer, se esses bens protegidos juridicamente têm um traço de desvalor ético reconhecido socialmente ou se são valores procurados pela administração.

Daí por que o direito penal administrativo não poderia dar conta de infrações penais leves ou bagatelares, já que essas se tratariam apenas de uma infração inexpressiva de um objeto material ou de um bem jurídico pouco expressivo, mas ainda assim, de um bem jurídico com as qualidades expressas no parágrafo anterior; e não uma infração a um bem jurídico com as qualificações administrativas. Essa era uma razão a mais para a defesa da autonomia do direito penal administrativo em relação ao direito penal, inclusive, no que concernia à codificação de suas normas.[136]

A despeito de seu interessante e avançado desenvolvimento conceitual, a teoria do direito penal administrativo não teve reflexos na legislação penal alemã no período de sua criação.[137] Na verdade, apenas 50 anos depois ela seria retomada por Eberhardt Schmidt, com objetivo de equalizar problemas práticos ligados à transferência de poder penal à administração durante a dominação nazista da Alemanha.[138]

Não obstante, a teoria do direito penal administrativo também recebeu muitos adeptos em seu tempo e teve o condão de influenciar o contraprojeto do Código Penal Alemão de 1911,[139] onde se separaram em dois livros distintos os delitos e as contravenções administrativas, ainda que estivessem inseridos os ilícitos administrativos e penais no mesmo Código, o que não representava o pensamento de Goldschmidt.

---

[136] Com efeito, a mistura no mesmo diploma de normas de caráter penal e de normas de fundamento administrativo poderia, segundo Goldschmidt, acarretar efeitos indesejados no ordenamento jurídico. O autor não via com bons olhos o fato de crimes graves como o homicídio estarem sendo tratados no mesmo diploma em que meros descumprimentos de deveres para com a administração estivessem sendo sancionados, pois colocaria em pé de igualdade, ao menos em qualidade, as duas infrações. Para além disso, a reprovação penal, embora em quantidades diferentes, seria rigorosamente a mesma para ambos os tipos de infrações, o que não parecia razoável para o autor. Nesse sentido, DOS SANTOS, José Beleza. Ilícito penal administrativo e ilícito criminal, cit., p. 43, e VILELA, Alexandra Maria dos Santos Esteves. Op. cit., p. 36.

[137] Com uma pequena exceção apontada por Alexandra Vilela, decorrente de uma lei administrativa prussiana de 1931, que utilizava os termos "infração a uma norma administrativa" e "ilícito jurídico-administrativo". VILELA, Alexandra Maria dos Santos Esteves. Op. cit., p. 37.

[138] Em que pese a contribuição de Schmidt não se dar de forma a adotar completamente a teoria do direito penal administrativo de Goldschmidt e Wolf, já que partia de uma *praxis* existente e se ancorava também em construções do direito penal de ordem e de intervenção econômica. Ainda assim, é indiscutível o fato de que sua obra foi de fundamental importância para as formulações de Eberhard Schmidt.

[139] De autoria do próprio Goldschmidt, em parceria com Wilhelm Kahl, Franz von Liszt e Karl von Lilienthal. Sobre o projeto é digno de nota o conflito ideológico que subjazia entre os autores: enquanto Goldschmidt e von Lilienthal seguiam uma linha liberal democrata, von Liszt se projetava para a esquerda liberal, enquanto Kahl seguia uma linha democrática conservadora, partidária da Escola Clássica. Ao fim dos trabalhos, poder-se-á perceber que a visão social de von Liszt prosperaria sobre a visão de Goldschmidt. Nesse sentido, QUIROGA, Joacob López Barja de. Presentación. In: GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Ed. Marcial Pons, 2010, p. 22.

Chamava à atenção no anteprojeto a possibilidade de punição das contravenções no âmbito dos delitos genuinamente penais, desde que praticados maliciosa, habitualmente ou profissionalmente, ou se houvesse recorrência em condenações nos últimos três anos por contravenções semelhantes.

Admitia-se, assim, além da diferenciação qualitativa decorrente da natureza dos delitos, também a possibilidade de uma distinção quantitativa, que permitia o trânsito da infração entre os âmbitos sancionatórios a nível judicial. Ainda, é digno de nota o fato de que a consequência jurídica das infrações acabou idêntica para ambos os níveis de punição, guardando genuína característica de punição e não de ato correcional como pregava a teoria do direito penal administrativo.

Em verdade, as penas aplicadas aos crimes e às contravenções variava em grau de extensão, aplicando-se multas no âmbito contravencional e privação de liberdade no âmbito criminal, em que pese ambas guardarem a natureza de efetiva e genuína punição.

No mesmo diapasão, a diferença entre os delitos e as contravenções restou ao fim reconduzida à maior ou menor gravidade das condutas e, em consequência, no grau da sanção aplicada, razão pela qual se disse que a construção erigida no contraprojeto acabou por adotar uma postura de diferenciação quantitativa e não qualitativa, criando assim um sistema penal ocupado apenas de delitos de menor gravidade.[140]

Há de se destacar que o desenvolvimento doutrinário de Goldschmidt sempre foi alvo, não sem fundamento, de críticas por parte da doutrina alemã. Entre essas críticas, Mattes[141] destacava (i) a elaboração do sistema penal administrativo calcado em conceitos vagos como "cuidado com a administração" e desídia no "apoio à administração"; (ii) a inexistência prática de diferenças quanto à natureza das sanções, já que mesmo as multas seriam genuínas penas, assim como a privação de liberdade; (iii) a negação da separação radical entre administração e justiça, já que ambas representavam facetas de um mesmo Estado institucionalizado; (iv) diante dessa constatação, a impossibilidade de aplicação de pena pela administração sem as necessárias garantias do processo penal; (v) a constatação de que a administração pública pertenceria e estaria também vinculada à ordem jurídica, não sendo antagonista dessa, mas fundada e ligada a ela; (vi) a falibilidade da diferenciação entre a antijuricidade e a antiadministratividade, já que, fazendo parte da mesma ordem jurídica, toda ação punível representaria, da mesma forma, também uma

[140] Nas precisas palavras de Mattes (MATTES, Heinz. Op. cit., p. 200): "con la separación de las contravenciones no se creó en realidad más que un derecho penal de bagatelas, y muchos vieron por ello en la clasificación del delito de los proyectos, una separación sólo cuantitativa, no cualitativa".
[141] MATTES, Heinz. Op. cit., p. 214.

ação antijurídica; e (vii) a falaciosidade do conceito de mera desobediência, ao passo que toda infração pressupõe uma desobediência a um preceito legal, que não pode ser considerado, *a priori*, irrelevante, já se parte do pressuposto que a administração não exige comportamentos ou os proíbe pelo mero exercício de poder, havendo de se pressupor que há um, maior ou menor, conteúdo material legitimador de suas ordenações.

2.3.3. A contribuição de Erik Wolf

Erik Wolf vai imprimir uma nova perspectiva ao direito penal administrativo ao renunciar à definição do ilícito penal administrativo por meio de classificações segundo critérios conceituais ontológicos e buscar seus fundamentos em conceitos axiológicos ligados à valoração ética das condutas infracionais.

Entendeu o autor que haveria uma identidade lógico-formal entre o direito penal e o direito penal administrativo, mas, materialmente, o direito penal administrativo faria parte do objeto de interesse do direito administrativo e não do direito penal. Por isso, não haveria diferenças empíricas entre os delitos de ambas as ordens, mas sim, uma diferença de sentido, que residiria, precisamente, no conteúdo valorativo das infrações.[142] Isso representou, segundo Alexandra Vilela, um distanciamento de uma diferenciação formal de cunho ontológico[143] (segundo o sentido teleológico da atuação do estado e seus desdobramentos sobre o objeto da norma) para uma distinção normativo-axiológica, que leva em conta o sentido valorativo da norma.

O conteúdo valorativo da pena administrativa seria de uma sanção disciplinar, uma pena de ordem, que não indica uma infração socialmente desaprovada, mas se revela um meio de reconduzir o indivíduo desidioso a uma posição aguardada pelo Estado. Com efeito, "o autor de um delito administrativo não é socialmente danoso ou perigoso, senão socialmente descuidado".[144] A pena administrativa não é provida de um fundo expiatório ou preventivo como as penas aplicadas em direito penal.

O autor reconhece que a sanção administrativa seria formalmente uma *pena*, embora guardasse em seu conteúdo um sentido diferente, uma finalidade diferente de utilidade da administração e não o sentido clássico das penas criminais. Nesse sentido, Alexandra Vilela pontua que:

---

[142] "E. Wolf fundó la posición especial del delito administrativo en la diferencia de sentido de la pena criminal y la pena administrativa, y sobre la diversa índole de la referencia valorativa del derecho penal de justicia y el derecho penal administrativo, la cual resulta de la relación de la valoración jurídica penal con el Estado como valor básico del derecho penal" (MATTES, Heinz. Op. cit., p. 208).
[143] VILELA, Alexandra Maria dos Santos Esteves. Op. cit., p. 39.
[144] Tradução livre de MATTES, Heinz. Op. cit., p. 209.

> Jogando um pouco com as palavras, WOLF não afirma que a pena administrativa não seja uma pena, pelo contrário, reconheceu-a como tal. Mas, se essencialmente não é diferente da penal, é diferente no seu sentido, porque se apresenta igual a uma medida disciplinar. É uma pura pena de ordenação.[145]

Na realidade, o direito penal estaria inspirado pelos valores de justiça e equidade, ao passo que o direito penal administrativo estaria ligado à ideia de bem-estar, conceitos esses que operariam, contudo, não em um âmbito ontológico de apreciação, mas sim, em um juízo valorativo. Aquele que comete um ilícito criminal estaria agindo contra os valores éticos da sociedade, ao passo que o autor do ilícito administrativo estaria se insurgindo contra os valores de ordenação social, o que não representaria um desvalor de igual estirpe.[146]

O reconhecimento de que haveria uma identidade lógico-formal entre as ações puníveis não impediria, portanto, que se procurasse uma separação dos ilícitos, que se operaria no nível axiológico de reprovabilidade da consequência jurídica das infrações. Essa diferenciação valorativa dos ilícitos requereria, por consequência, uma distinção de classificação das infrações, operada entre o direito penal de justiça e o direito penal administrativo.[147]

É relevante no pensamento de Wolf o reconhecimento de que o delito penal administrativo é lógico e formalmente idêntico ao direito penal, pois disso decorre a necessidade de se guardar, naquele âmbito de intervenção estatal, as categorias inerentes ao delito criminal, quais sejam, a tipicidade, a antijuricidade e a culpabilidade. Isso traz para o delito penal administrativo construções já bem elaboradas na doutrina penal e que servem de limitação à punição penal administrativa.

Mas apesar dessa identidade lógico-formal, a distinção dos delitos se operaria no âmbito material, pois, no delito administrativo, segundo uma concepção valorativa, não observaria uma infração direta ao objeto jurídico de proteção da norma, cuja proteção deveria ser reservada, exclusivamente, ao âmbito jurídico-penal.

---

[145] VILELA, Alexandra Maria dos Santos Esteves. Op. cit., p. 40.

[146] Assim, o sujeito que pratica um crime, estaria agindo contra os valores éticos da sociedade espelhados no ordenamento jurídico. Sua conduta iria, portanto, de encontro aos valores do próprio ordenamento e da sociedade, o que faz pressupor que o indivíduo é antissocial e seu convívio se torna perigoso. Já aquele que infringe as normas de ordem não teria esse rótulo de potencial "inimigo da sociedade", pois se porta de dentro dos valores sociais fundantes do ordenamento, embora sua ação possa ser taxada de descuidada.

[147] "La unidad lógica del concepto de acción punible no excluye el que este concepto se colme con diversos contenidos valorativos; pero los diversos contenidos valorativo requieren la distribución del contenido, unitario desde el punto de vista lógico, del hecho penal en ámbitos jurídico-penales de diferente sentido, de cuya involucración no puede sobrevenir sino daños al derecho penal" (MATTES, Heinz. Op. cit., p. 210).

Bem assim, conclui o autor que, enquanto o direito penal está se preocupando com a proteção de bens jurídicos, ou seja, valores que interessam ao ordenamento jurídico, o direito penal administrativo deveria se ocupar de bens administrativos, valores de interesse da administração para a consolidação de seus objetivos, os quais, em razão de sua historicidade, seriam "marcados pela transitoriedade, uma vez que sua definição obedece ao cumprimento de programas da administração, cuja variação depende não só do espaço, com também do tempo".[148]

Isso importaria em uma reflexão nas categorias dogmáticas do direito penal administrativo, de modo que o dano produzido pelo delito administrativo seria imensurável e valorativamente opaco, estando ligado, precisamente, à falta de ativação do indivíduo perante o Estado.[149] Essa atividade se prestaria à construção de um bem coletivo e sua falta não deveria importar na afetação direta desse bem, mas somente uma interferência em sua realização e desenvolvimento. De tal forma, o prejuízo da infração administrativa seria imaterial, pois estaria diluído no espaço social e não poderia ser reconduzido a nenhum objeto individual.[150]

Com tais premissas, Wolf podia colocar os delitos de menor gravidade entre os delitos administrativos, pois, embora fossem dotados de bens jurídicos a que se destinavam proteger, que poderiam ser inclusive identificados em um objeto jurídico de proteção, na prática, não se via nos delitos de menor importância uma efetiva lesão a esses objetos, de modo que a conduta só teria importância no âmbito social e não individual, representando, dessa forma, uma mera perturbação aos objetivos de formação do bem comum, o que poderia ser contornado por meio do direito penal administrativo.

2.3.4. As críticas à teoria do direito penal administrativo

[148] VILELA, Alexandra Maria dos Santos Esteves. Op. cit., p. 41.

[149] "Mientras que la justicia se satisface con la conservación y estabilización de la personalidade jurídica, la Administración exige la activación de ese ser personal: No se satisface unicamente con el mantenimiento de las fronteras jurídicas, sino que exige ser un membro activo de la Administración, conducirse 'de modo acentuadamente jurídico' en el ámbito vital social administrativo. Según esto, el 'daño' de los delitos administrativos no es nunca cifrable ni mensurable; su antijuricidad material radica en la conmoción de la conciencia jurídica objetiva por medio de la conduta que infringe la regla y aparece con el incumplimiento de los mandatos concretos del Estado, bajo la forma de conmoción de la conciencia del Estado" (MATTES, Heinz. Op. cit., p. 211).

[150] Acompanhando o pensamento de Costa Andrade, Alexandra Vilela acrescenta que "os delitos do direito penal administrativo não produzem nenhum dano individual, nem qualquer outro dano cultural de significado de monta: apenas produzem danos estaduais ou sociais. No fundo, a ilicitude aqui em causa representa uma desatenção às chamadas efectuadas pelo Estado-Administração, relativamente à atividade processada no espaço jurídico-administrativo" (VILELA, Alexandra Maria dos Santos Esteves. Op. cit., p. 41).

A busca pela distinção entre os ilícitos criminal e penal administrativo, após um grande período de esquecimento de tal problematização, foi retomada, em Portugal, no final da primeira metade do século passado, por Beleza dos Santos,[151] que, partindo dos estudos de Goldschmidt e Wolf, analisou os componentes em que se fundamentava a doutrina alemã para a distinção material entre ambos os ilícitos.

Beleza dos Santos admitiu os pressupostos da teoria alemã do direito penal administrativo, reconhecendo assim a dupla atividade do Estado como protetor de bens jurídicos e também como promotor e fomentador de bens ainda não consolidados. O que questionou, contudo, foi se do fato dessa diferenciação existir decorreria, automaticamente, uma separação abrupta entre os ramos do direito com reflexão na natureza dos ilícitos e de suas respectivas sanções.

Segundo seu entendimento, a "simples diversidade de ilicitudes resultante da qualidade e importância dos interesses ou valores ofendidos"[152] não seria suficiente a cindir uma parte do direito criminal a ser etiquetada como um autônomo direito administrativo penal. E isso porque, sendo o direito penal subsidiário em relação a outros âmbitos do direito, tenderia a assumir a proteção de valores e interesses desses domínios, como é o caso do direito administrativo, mas como é também do direito comercial, tributário, ambiental, etc.

Em outras palavras, o ilícito administrativo receberia proteção subsidiária do direito penal, assim como o ilícito tributário ou o ilícito civil, não havendo qualquer razão para se militar por um regime especial para o ilícito administrativo punível, sob pena de se haver necessária a criação de ilícitos penais especiais para cada um desses ramos do direito.

Ainda, a função da pena aplicada seria idêntica para qualquer tipo de infração, qual seja, a reprovação do fato ilícito e a prevenção de sua prática por terceiros e pelo agente. Tanto a sanção aplicada para a violação dos valores de proteção como a sanção aplicada para os valores de promoção teriam rigorosamente o mesmo fim, existindo apenas uma diferença quanto à intensidade da reprovação e da intimidação.

Nesse particular, observa o autor que a desídia na colaboração com a atividade administrativa do Estado sequer pode ser considerada, *a priori*, menos grave do que as infrações a valores de proteção individual. De fato, infrações bagatelares de direitos

[151] DOS SANTOS, José Beleza. Ilícito penal administrativo e ilícito criminal. *Revista da Ordem dos Advogados*, I/II, 1945.
[152] Idem, ibidem, p. 44.

individuais podem ter reprovação ética menor do que infrações ao dever de cooperação com a administração. Assim, a distinção traçada pelo autor deveria se focar em infrações mais ou menos graves segundo "os valores ofendidos (grau do ilícito) e o grau de reprovação da conduta (grau do dolo), distinguindo-se segundo tal critério entre e crimes e contravenções".[153] Disso decorre que, segundo sua aproximação do problema, a distinção seria meramente quantitativa e não qualitativa.

A negação da diferença material entre o ilícito administrativo penal e o ilícito criminal não importa, contudo, no desconhecimento da existência de sanções administrativas aplicadas por órgãos da administração que se revestem de caracteres da pena, enquanto mal que se impõe ao particular pelo cometimento de um ato ilícito administrativo. No entanto, essas são "medidas heterogêneas" de "conveniências diversas", fruto de necessidades emergentes de obtenção de condutas dos particulares ou de desfazimento de condutas incorretas, de manutenção do "prestígio de autoridade" e, em momentos de crise, de atuação contra fatos ofensivos ao interesse geral. Mas em suma, essas sanções visariam assegurar o "bom desempenho de certas funções do Estado".[154]

Segundo Eduardo Correia, as teorias distintivas de Goldschmidt e Wolf estariam calcadas em critério materiais-teleológicos, que se abririam na qualidade do ilícito, mas também no objeto final da intervenção estatal. O crime estaria ligado à proteção de bens jurídicos enquanto o ilícito administrativo estaria focado na busca do bem comum. A expressão de valores de justiça estariam permeando os ilícitos criminais ao passo que o ilícito administrativo estaria representando somente os interesses da administração.

Segundo o autor, a adoção de tais critérios de distinção apresenta obstáculos intransponíveis, que não permitiriam a avaliação satisfatória do atingimento dos objetivos a que se propõe, o que decorre da dificuldade de identificação dos objetivos teleológicos do agir interventivo do Estado.[155] Sobre isso Eduardo Correia salienta que "é muito difícil saber quando o Estado se propõe a garantir bens jurídicos já constituídos e quando pretende promover a criação ou consolidação de bens novos".[156]

O posicionamento é de fundamental importância. De fato, segundo essa concepção teleológica, o Estado só poderia valer-se da intervenção penal para a proteção

[153] DOS SANTOS, José Beleza. Ilícito penal administrativo e ilícito criminal, cit., p. 46, nota 2.
[154] Idem ibidem, p. 44.
[155] CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Coimbra: Editora Almedina, 2010, p. 26.
[156] CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*, cit., p. 26.

de bens jurídicos já estabelecidos, não podendo se ater ao fomento de novos valores. Mas a análise aqui carece de maior profundidade e de atualização histórica.

A proteção de funções administrativas não se confunde com a criação de novos bens jurídicos. Na verdade, entendemos que não se pode fixar na dicotomia entre bens jurídicos estabelecidos e bens jurídicos "em construção", na ótica teleológica dos objetivos do Estado. Ocorre que, determinados bens jurídicos dependem, para sua proteção, de um cuidado permanente do Estado e também dos particulares. Um exemplo disso é a Economia, que se exibe não como um objeto estanque, mas, sim, como um processo dinâmico de atualização vertiginosa, que se altera historicamente segundo as condições socioculturais da sociedade. Assim, por exemplo, a economia pode ser protegida em sua forma fundamental, como bem jurídico, indispensável para a sociedade, mas também, em sua forma funcional, como modo de permanente aperfeiçoamento dos fluxos monetários.

E isso não se aplica somente a bens jurídicos supraindividuais como agora exemplificamos. O próprio bem jurídico vida tem níveis de proteção de seu incremento, que, no entanto, já se especificaram a ponto de se transformar em outros bens jurídicos particulares, como é o caso da integridade física e da saúde pública. Com efeito, esses níveis dinâmicos de proteção procuram incrementar o valor de um bem jurídico já existente e nesse ponto, podem ser considerados como um bem jurídico próprio existente, mas também como um valor em construção.

É importante pontuar que, malgrado tenha aderido em um primeiro momento às críticas tecidas por Beleza dos Santos à teoria do direito penal administrativo e tenha imprimido críticas próprias, Eduardo Correia retomaria a discussão da distinção do direito penal administrativo algum tempo depois, quando viria a propor uma distinção material qualitativa entre os ilícitos, que viria a ser adotada pela doutrina e posteriormente incorporada à legislação portuguesa, razão pela qual se atribuiria ao autor a alcunha de o "pai" do direito de ordenação social português.

Entre nós, foi nada menos do que Nelson Hungria quem se posicionou contra a teoria do direito penal administrativo de Goldschmidt. Segundo o grande jurista nacional, a visão do cidadão como um membro da sociedade obrigado a colaborar com a administração "como se investido em função pública" não passaria de uma ficção teórica do autor.[157]

[157] Em suas palavras, "dizer que o cidadão é um colaborador da administração pública e, como tal, está obrigado ao cumprimento de ordens administrativas, como se investido de função pública, não corresponde à

Ainda, de maneira inovadora o autor ressaltava que já não se tratava de tutelar interesses puros da administração, já que esses interesses também seriam jurídicos, de modo que também as infrações aos deveres de cuidado para com a administração representariam um bem jurídico.[158]

Nesse sentido, asseverava que o ilícito administrativo também se configurava dogmaticamente como uma efetiva ou potencial lesão a um bem jurídico penal, à semelhança do ilícito criminal.[159] O conceito de *lucrum cessans* não estaria portanto ligado à ideia de perigo de lesão, mas sim, efetivamente, a um *damnum*.[160]

Reiterava o autor que as normas administrativas, ao contrário da concepção de Goldschmidt, não estavam voltadas somente à exigência de ações positivas, mas se ligavam também, decisivamente, à proibição de condutas comissivas.

Por fim, consagrava que não era possível se falar de um direito penal subjetivo da Justiça e um direito penal subjetivo da Administração, já que o *ius puniendi* do Estado é único e, somente a este, o Estado, pode-se atribuir um direito subjetivo penal, sendo a desobediência de seus mandamentos a essência de qualquer ilícito, penal ou administrativo.[161]

2.3.5. Conclusão

Embora não esteja imune às críticas, a teoria do direito penal administrativo representou um marco teórico para os campos do direito penal e do direito administrativo, pois foi onde se procurou, pela primeira vez, distinguir materialmente os fundamentos materiais de cada um dos âmbitos de intervenção punitiva estatal.

As obras de Goldschmidt e Wolf, nesse sentido, mostraram a necessidade de se procurar fundamentos materiais de distinção dos ilícitos segundo a qualidade de cada uma das ofensas. Fundamentalmente, a distinção estaria na qualidade do objeto de proteção jurídica da norma para Goldschmidt. Wolf iria além, para demonstrar que a simples

---

realidade (pelo menos à realidade dos países democrático-liberais)" (HUNGRIA, Nelson. *Novas questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro. Ed. Nacional de Direito, 1945, p. 266.

[158] Para isso afirma que "as normas de direito penal administrativo são, indiscutivelmente, normas jurídicas, ditadas no sentido de tutelar o interesse da administração. A ordem pública, ainda como simples *objeto de cuidado* da administração, é um interesse a ser protegido por esta, e, como adverte VON HIPPEL, desde que essa proteção se faz mediante preceitos jurídicos, tal interesse é um *bem jurídico*" (HUNGRIA, Nelson. *Novas questões jurídico-penais,* cit., p. 266-267.

[159] HUNGRIA, Nelson. *Novas questões jurídico-penais,* cit., p. 267.

[160] Pelo que se pode compreender do texto do autor, o conceito de *damnum* aqui tomado parece estar mais ligado à ideia de ofensividade a um bem jurídico do que à efetiva existência de um dano concreto ao objeto jurídico material de proteção da norma.

[161] HUNGRIA, Nelson. *Novas questões jurídico-penais,* cit.

distinção dos objetos não era o essencial para a distinção dos âmbitos de intervenção, mas sim o significado que a infração daqueles objetos representaria no sistema social. A infração penal teria um desvalor ético subjacente que de resto não seria observado na infração administrativa. E isso decorreria no significado da infração e da punição administrativa, qual seja, uma desobediência a normas de organização do Estado, que redundariam em uma sanção disciplinar. Por esse razão, delitos de inexpressiva danosidade também poderiam ser tratados no âmbito administrativo, já que essas infrações não conseguiriam reunir um conteúdo de desvalor ético suficiente para assunção ao campo do direito penal.

Essa acepção de Wolf demonstra que a análise quantitativa, ou seja, a análise do grau e extensão do dano causado pela infração pode ter efeitos sobre a própria qualidade – não da infração ontologicamente tomada, pois que será a mesma – mas sim sobre o sentido valorativo da infração. Por isso, embora se mantenha genuinamente qualitativa sua distinção, permite também que se dê conta da variação de grau dos danos causados.

2.4. As teorias do direito penal de ordem

Há de se destacar, sobretudo, que o que aqui chamamos de "teorias da infração de ordem" foi na verdade um movimento empírico do ordenamento jurídico alemão, animado pelas necessidades do pós-guerra já expostas extensamente no presente trabalho. Sobre isso Alexandra Vilela esclarece que:

> Este novo ramo do direito, dada a sua feição mais pragmática e de aplicação mais ágil do que o direito penal, expandiu-se de uma forma significativa. Era, uma vez mais, a *práxis* a adiantar-se à doutrina. Esta, por sua vez, movida por intenções outras, respondeu com a teoria das infrações da ordenação, enquanto teoria do ilícito criminal.[162]

As teorias das infrações de ordem,[163] na linha do quanto já desenhado por Wolf, vão se fundar na superação do dogma da contraposição entre direito e moral que se sustentava desde o renascimento com maior ou menor intensidade desde o renascimento na alta idade média. Procurava-se, nesse sentido, colocar o ordenamento jurídico sobre bases éticas que fundamentariam o sistema penal nas concepções morais da comunidade jurídica.

[162] VILELA, Alexandra Maria dos Santos Esteves. Op. cit., p. 46.

[163] Esse direito ordem teve origem na Alemanha pós-guerra, como resposta às demandas de intervenção do Estado na economia, que indeclinavelmente deveria contar com um aparato sancionatório para tais fins, o que se deu por meio do *ordnunstrafrecht*.

O delito, nessa ordem de ideias, seria uma infração, além de à ordem jurídica, também de uma ordem moral.[164]

De outro prisma, algumas infrações de moralidade insignificante, cuja consecução não afetasse a comunidade em seus valores, não deveriam ser perseguidas como crimes, mas sim, como meras infrações de ordem. Essas infrações não perturbariam a comunidade jurídica como um todo, mas somente preceitos de convivência, representando "meros problemas utilitários".[165]

Por conseguinte, a pena de ordem também não poderia representar qualquer juízo de reprovabilidade moral, mas tão somente uma ativação formal do ordenamento jurídico para imposição coativa de comportamentos desejados e necessários ao Estado.

O direito penal de ordem não se identificaria, entretanto, com o direito penal administrativo, pois não se via na ausência de desvaloração ética da infração, necessariamente, uma identidade com interesses da administração que deveriam ser resguardados. Dessa forma, as contravenções de ordem poderiam ser afeitas a quaisquer âmbitos de interesse. Visto de outro prisma, concluía-se, da mesma forma, que os interesses ligados à administração quando atingidos por uma infração, não necessariamente estariam destituídos de reprovabilidade ética.

De tal forma, embora a construção do direito penal de ordem visse uma divisão material dos ilícitos com base na valoração ética das condutas, afastava-se da teoria do direito penal administrativo, mesmo na concepção axiológica de Wolf, uma vez que eliminava alguns componentes de conexão entre a desvaloração ética da conduta com os interesses da administração. Bem por isso, entendeu-se que a apreciação das infrações de ordem deveria ser uma prerrogativa dos órgãos judiciais e não dos órgãos da administração.[166]

---

[164] "El delito sería, según este, un ataque al orden moral; se queria ver en él no y la lesión de bienes jurídicos, sino un acto ético-moralmente reprochable, en el que se manifiesta la voluntad (anticomunitaria, mala) criminal (derecho penal de la voluntad), la *lesión de un deber*" (MATTES, Heinz. Op. cit., p. 214).

[165] MATTES, Heinz. Op. cit., p. 216.

[166] MATTES, Heinz. Op. cit., p. 217. Aprofundando-se no tema da competência, Alexandra Vilela destaca que "restava a questão da competência para as julgar e, sob este prisma, as questões também não se apresentavam de forma linear. Assim, foi proposta atribuição da faculdade provisória de aplicação das penas de ordem aos órgãos administrativos; mas, se fosse exercido do direito de posição, a competência para julgamento passaria para um juiz de paz. Daquela faculdade não resulta, podem, um direito penal da administração porque se considerava que 'deviam ser o tribunais competentes para a decisão'. A verdade, todavia, é que o direito penal de ordenação concebido pela doutrina não comungava do mesmo espírito e das mesmas preocupações que o da *práxis*, mormente no âmbito económico. Não foram, pois, os tribunais que passaram a julgar, mas sim a administração, sendo certo que os poderes dos órgãos administrativos para a aplicação de sanções – principalmente no âmbito das matérias económicas – eram cada vez maiores, porque o Estado era cada vez mais obrigado a intervir e que, no fundo, a pena de ordem já era conhecida desta área social" (VILELA, Alexandra Maria dos Santos Esteves. Op. cit., p. 48).

Apesar do distanciamento do fundamento administrativo da teoria, no campo dogmático as infrações de ordem foram regidas pelo princípio da oportunidade, segundo o qual, as autoridades teriam o poder discricionário de aplicar sanções ou de investigar as infrações de ordem. Isso demonstra, segundo nosso entender, a existência ainda de uma íntima fundamentação administrativa desse direito.

A teoria das infrações de ordem também foi rechaçada pela doutrina ao seu tempo. A eticização do direito parecia óbvia, principalmente quando se concebia todo o ordenamento jurídico como um corpo axiologicamente carregado e fundado sobre os valores da sociedade. De tal norma, era de se pressupor que qualquer infração à norma representaria uma infração ao direito, de modo que nenhuma conduta considerada ilícita poderia ser considerada valorativamente neutra.

2.5. O direito penal administrativo e de ordem na Alemanha

2.5.1. O poder de ordem dos órgãos da administração econômica

Embora com fortes críticas por parte da doutrina, no começo dos anos 30, na Alemanha, viu-se uma crescente recorrência ao poder de ordem delegado, principalmente aos órgãos de regulação econômica, o que se intensificou no período da Segunda Guerra Mundial. Exercitando esse pode de ordem, os órgãos de regulação econômica eram capazes de aplicar sanções aos indivíduos que, embora tivesse um conteúdo genuinamente penal, eram chamadas penas de ordem.

O contexto da expansão da intervenção do Estado na economia foi o que fortaleceu o poder dos órgãos reguladores para aplicar sanções, chamadas de ordem, mas que continham um caráter patentemente criminal. Vale destacar que nesse período a Alemanha já sofria as influências da Constituição de Weimar e começava o domínio do partido social nacionalista, que seria marcado pelo autoritarismo e pela contravenção da ideologia do Estado de Direito.

As necessidades de regulação da economia por um Estado interventor forte, principalmente no período da guerra, foi o que fomentou a transferência do poder penal (de ordem) à administração, nos âmbitos judiciais e, também, legislativos, com o qual se poderia manejar os rumos da economia que já não poderia estar sujeita à livre flutuação do mercado.[167] Essa transferência do poder penal aos órgãos de regulação contornava o

[167] "El conjunto del aparato económico apareció como un instrumento en manos del Estado; la economía no era ya en primer lugar un campo de actuación de los particulares para obtener ganancias, sino que había de servir de modo predominante (en la guerra, exclusivo) a los intereses del Estado y de la colectividade. Un

inconveniente problema da administração de ter de recorrer, estritamente, ao âmbito jurídico-penal para a punição de infrações que representassem óbices à programação econômica. Ganhava-se, dessa forma, em rapidez na implantação das medidas e em adaptabilidade às turbulentas alterações econômicas do período.

Há de se considerar que tais faculdades de punição se concentraram, principalmente, durante o período das guerras mundiais, em Estados de exceção, e que, por isso, foram marcadas por grande autoritarismo e arbitrariedade na aplicação das sanções. Nesse sentido, pode-se pontuar o fato de que frequentemente penas de ordem eram convertidas em penas criminais, podendo-se afirmar que, alheio a um conteúdo material que guiasse essa transmutação, eram conduzidas segundo o critério de conveniência e oportunidade da administração.[168]

Nesse mesmo sentido, seguia a classificação dos ilícitos entre os de ordem e os de caráter criminal. Não havia qualquer critério científico para classificação, não havendo uma relação fundamental com as teorias do direito penal administrativo, ou mesmo no direito penal de ordem. A classificação, fundamentalmente, seguia critérios de utilidade do Estado. Não obstante, existiram tentativas de ligar o vigente poder de ordem dos órgãos de regulação econômica com as construções teóricas do direito penal administrativo e das infrações eticamente indiferentes, o que, na realidade, mostrou-se uma procura infrutífera e vazia de validade científica.

Embora se tenha colocado como uma situação prática, decorrente de influxos econômicos e político-sociais de um período de exceção na Alemanha, a delegação de poder penal de ordem aos órgãos da administração será determinante para o desenvolvimento do direito penal administrativo. Na realidade, o poder sancionatório dos órgãos administrativos demonstrou-se uma constante durante a história e, agora, mostrava-se uma realidade que seria indeclinável em épocas posteriores. Não se poderia abrir mão do poder sancionatório da administração, cujos órgãos reguladores, muitas vezes, eram os

---

poder penal transferido a la Administración, constituía un medio de realizar las intenciones político económicas del Estado, de eliminar las resistencias de los círculos económicos y, en general, de poder insertar a todos los participantes en la vida económica, en el esfuerzo para alcanzar las metas político económicas" (MATTES, Heinz. Op. cit., p. 220).

[168] Nesse sentido, Alexandra Vilela pontua que "da conjugação do princípio da oportunidade tal como o deilneámos e bem assim da possibilidade de a multa não paga e arbitrariamente fixada ser convertida em penal privativa de liberdade, bem se percebe que este sistema sancionatório, rápido e eficiente, tenha permitido à administração julgar matérias verdadeiramente do âmbito do direito penal. Por isso, ele era, na realidade, aquele que mais convinha ao nazismo, tanto mais se, pouco a pouco, as garantias dadas aos acusados diminuíssem e se as condutas ilícitas punidas com penas de ordenação aumentassem e alastrassem. A autoridade administrativa era agora omnipotente e desafiá-la era impensável, ao mesmo tempo que se estreitava o campo de actuação jurídica" (VILELA, Alexandra Maria dos Santos Esteves. Op. cit., p. 49).

únicos capazes de atingir o grau de especificidade técnica necessário para conduzir os planos econômicos desenhados pelo Estado.[169] Bem por isso, terá determinante importância para formação das legislações posteriores ao período das guerras na Alemanha.

2.5.2. O sistema ordenacional alemão e a contribuição de Eberhardt Schmidt

Após o período das guerras e do autoritarismo estatal que permeou a política e o direito da Alemanha da época, representado também no âmbito jurídico-penal pelo poder de ordem dos órgãos de regulação econômica, viu-se a necessidade de minar o poder penal da administração, circunscrevendo o âmbito punitivo, na medida do quanto isso seria possível, ao âmbito criminal, ressurgindo o debate doutrinal sobre o direito penal administrativo, ao que muito se deve a Eberhardt Schmidt.[170]

No então estágio de evolução econômico-social, já não era possível retirar por completo da administração o seu poder penal. Essa prerrogativa da administração tinha como vantagem a facilidade de intervenção em âmbitos técnicos e especializados, os quais não seriam atingíveis pelo recurso à intervenção jurídico-penal que, então, já se desenvolvia por meio de um sistema altamente elaborado, que impunha uma série de requisitos à incriminação, tanto no campo político-criminal (teoria do bem jurídico) como no campo dogmático (teoria da tipicidade formal e material, da antijuricidade, da culpabilidade e da causalidade). Foi diante de tais circunstâncias que se reavivou a busca pelo desenvolvimento de uma teoria do direito penal administrativo, que pudesse delimitar

[169] Citando Schmidt, Costa Andrade demonstra que o ambiente político do pós-guerra colocava a situação do poder sancionatório da administração em uma situação conflitante, já que de um lado ainda estavam abertas as feridas do totalitarismo do regime nazista e, por outro, o poder sancionatório da administração se colocava como importante instrumento para a reconstrução das economias e regulação das atividades setoriais da sociedade. Nesse sentido o autor aponta que "o clima de reforma era, no pós-guerra, agitado por duas correntes aparentemente atinómicas: de um lado, a necessidade – que as tarefas da reconstrução tornavam particularmente instante – de continuar a assegurar legitimidade e eficácia à intervenção do Estado na vida económica; de outro lado, e inversamente, a necessidade de esconjurar os fantasmas do totalitarismo e 'libertar o direito penal económico de todas as perversões da ditadura nazi'" (ANDRADE, Manuel da Costa. Contributo para o conceito de contraordenação (a experiência alemã), cit., p. 93).

[170] Alexandra Vilela destaca que durante a segunda guerra "o debate doutrinal sobre a diferença entre o direito penal de ordenação e o direito penal de justiça e sobre a natureza de um e de outro era estudo inconclusivo, cingindo-se ao único direito penal de ordenação até aí existente: o da economia. E assim se foi perdendo esse mesmo debate doutrinal, até ser novamente recuperado por Schmidt, tendo este criticado duramente a doutrina penal por ter esquecido, em virtude de razões políticas, tão deliberada e sistematicamente, o contributo dado por Goldschmidt e Wolf, para a fundamentação do direito penal administrativo" (VILELA, Alexandra Maria dos Santos Esteves. Op. cit., p. 49). Esse esquecimento, entretanto, se deu não só por um motivo de desídia da doutrina, mas também em razão da própria política nacional socialista da Alemanha. Há de se recordar que o partido nazista chegaria a proibir os escritos e a citação de obras de escritores judeus, como era o caso de James Goldschmidt. Nesse sentido, QUIROGA, Joacob López Barja de. Presentación. In: GOLDSCHMIDT, James. Op. cit., p. 24.

os âmbitos de incriminação, sem que com isso se esvaziasse, *a priori*, o poder sancionatório do Estado.

A retomada das construções teóricas do direito penal administrativo foi levada a cabo, principalmente por Eberhard Schmidt, o qual percebeu que seria recorrendo, precisamente, às construções teóricas do começo do século, que se conseguiria manter o necessário poder punitivo da administração, sem que, com isso, tivesse ela como influir autoritariamente no âmbito jurídico penal, já que as infrações estariam previamente delimitadas e sua tramitação entre as esferas de influência e intervenção estatal seriam controladas por referenciais conceituais prévios.[171]

É patente nas construções de Schmidt sua recorrência à obra de Goldschmidt sobre o direito penal administrativo, encontrando assim delitos de ordem criminal e delitos de ordem administrativa, que, em razão de sua natureza, deveriam permanecer em categorias distintas,[172] agora reconduzidas, contudo, ao direito penal de ordem.

Mas para além da fundamentação exclusiva na teoria do direito administrativo de Goldschmidt, o autor também integrou a seus fundamentos o conteúdo valorativo da infração criminal em contraste com a neutralidade axiológica das infrações de ordem, cuja construção se desenvolveu no direito penal administrativo a partir de Wolf e tomou rumo autônomo com a teoria das infrações de ordem. [173]

Faz-se oportuno esclarecer que, na construção de Schmidt não houve uma adoção da ideia de Wolf, que vinculava a neutralidade das infrações aos assuntos de interesse da administração. Aqui, embora se recorresse a conceitos valorativos, esses conceitos apenas serviriam para fundamentar uma definição ontológica, que partia ainda da contraposição entre justiça e administração. Na verdade, em sua teoria enxergaremos a adoção de um duplo critério de seleção das infrações, uma ligada a conceitos ontológicos próprios da

[171] "Eberhard Schmidt ejerció un influjo decisivo en la nueva configuración del derecho penal económico. No pretendia, en modo alguno, privar a la administración del poder penal por completo, sino solamente alejarla del ámbito llamado injusto criminal, poniendo en manos de la Administración la persecución de las meras infracciones administrativas, para así 'dar a la justicia lo que es de la justicia, dejar a la Administración lo que es de la Administración'" (MATTES, Heinz. Op. cit., p. 229. No mesmo sentido, ANDRADE, Manuel da Costa. Contributo para o conceito de contraordenação (a experiência alemã), cit., p. 93-94).

[172] Nesse sentido, defendia que o direito criminal deveria estar vinculado a ideia de dano, enquanto o direito penal administrativo se fundaria na mera desobediência dos deveres do cidadão para com a comunidade, cujos interesses agora se viam representados pelos órgãos da administração, em nítida referência ao individualismo de Goldschmidt. O indivíduo também seria concebido em parte como portador de direitos individuais e, em parte, como um auxiliar da administração, fracionando-se a personalidade humana, tal qual pregava a teoria do direito penal administrativo do início do século XX.

[173] Nesse sentido Alexandra Vilela destaca que "SCHMIDT apontava ainda a vantagem de converter em *Ordnungswidrigkeiten* todas infrações que se inseriam no direito penal administrativo de GOLDSCHMIDT, bem como todas as infrações de nulo ou duvidoso conteúdo ético" (VILELA, Alexandra Maria dos Santos Esteves. Op. cit., p. 51).

teoria do direito penal administrativo e outra focada em conteúdos axiológicos, construção própria do direito penal de ordem. Isso permitiria que seleção dos injustos se desse por critérios qualitativos e quantitativos, segundo a fórmula que iria desenvolver e que seria adotada pelo ordenamento jurídico alemão no final da primeira metade do século XX.

Nesse sentido, entendia o autor que o agir enquanto membro da sociedade não resultaria, em princípio, em uma infração eticamente desvalorada, ao contrário do que ocorreria com o agir dentro do âmbito de proteção da esfera individual, para cuja proteção se deveria recorrer ao ilícito criminal. Assim, fundia ambas as teorias em uma teoria híbrida que reconduzia as infrações administrativas a um âmbito axiologicamente neutro – e nesse ponto se aproximando de Wolf – que não poderia oferecer em retribuição uma sanção criminal,[174] cujo conteúdo punitivo é carregado, por princípio, de reprovabilidade ética.

Não obstante a construção inicial, Schmidt admite também a legitimidade do direito penal para a influência nos domínios econômicos, já que, segundo sua concepção, a integridade da economia poderia materializar-se em um bem jurídico próprio e específico, cuja infração poderia ser resultado, portanto, da intervenção pelo âmbito jurídico-penal. Essa proteção penal dependeria, contudo, da materialização do interesse estatal em um bem jurídico (como a ordem econômica) e que a infração representasse efetivo dano a esse bem jurídico protegido.

Com isso, abria o autor um espaço de transição da natureza das infrações entre os âmbitos criminais e administrativos, que ocorreria não apenas no âmbito legislativo, cuja possibilidade já era vislumbrada em Goldschmidt e Wolf, mas no âmbito de aplicação da norma, pois, a depender do impacto da infração na ordem jurídica (bem jurídico), a infração de ordem poderia ser reconduzida à categoria de crime.

Assim, se no âmbito legislativo admitia-se tanto diferenciações qualitativas quanto quantitativas, no âmbito da aplicação da norma surgiria uma diferenciação quali-quantitativa, pois, de acordo com a extensão do potencial lesivo da conduta, poder-se-ia se admitir uma mudança qualitativa da natureza da infração.

As concepções de Eberhard Schmidt foram incorporadas à legislação alemã por meio da lei penal econômica de 1949 (*Wirtschaftstrafgesetz,* doravante referida como *WiStG*) e da lei sobre infrações de ordem de 1952 (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*),

[174] Sobre o tema, vale salientar que o autor negava, inclusive, a utilização do termo "pena" para as sanções administrativas. Para delimitar exatamente o âmbito de cada uma das esferas de direito, cunhou a denominação "multa monitória" para as infrações administrativas.

que estendeu sobre todo o ordenamento jurídico as disposições sobre a infração de ordem, tornando-se uma genuína lei-quadro sobre as infrações de ordem. A lei penal econômica trazia dispositivo – conhecido como a fórmula de Schmidt – que, pela primeira vez, compunha um marco legal sobre a distinção das infrações de ordem e os delitos. Com efeito, o § 6º do mencionado diploma tem a seguinte redação:

> I. As infrações aos preceitos desta Seção são delitos econômicos ou infrações de ordem.
> II. Uma infração constitui um delito econômico, se lesiona interesses do Estado na integridade e manutenção da ordem econômica em sua totalidade ou em âmbitos particulares, bem como:
> 1. A infração por sua extensão ou sua repercussão é apta a prejudicar a capacidade de rendimento da ordem econômica estatalmente protegida, ou
> 2. O autor manifeste com a infração uma atitude de menosprezo pela ordem econômica estatalmente protegida, em sua totalidade ou em âmbitos singulares, especialmente pelo fato de ter atuado profissionalmente, por ganância reprovável ou de outro modo irresponsável, ou haver reiterado obstinadamente infrações.
> III. Em todos os demais casos, a infração constitui uma infração de ordem.

A *WiStG* representou um importante marco legislativo na Alemanha, pois pela primeira vez se viu uma iniciativa, no plano legal, de se diferenciar os delitos (econômicos) das meras infrações de ordem, incluindo para esse fim, critérios materiais objetivos (afetação efetiva ao bem jurídico *ordem econômica*) e axiológicos (reprovabilidade da conduta).

O binômio proposto pelo autor – ofensa a um valor social relevante e desvalor da conduta – é um índice formal de delimitação dos âmbitos de intervenção estatal que também tem muita relevância no desenvolvimento da teoria do direito penal de ordem em Portugal, de modo que não pode ser ignorada. Ao contrário, parece-nos que a formulação de Schmidt se apresenta como uma complementação da proposta de Goldschimidt, sendo clara a relevância do papel social do indivíduo, para a possibilidade de sua imputação penal.

Como é possível perceber pela redação do texto legal, para algumas das infrações, não fixou, *a priori*, quais estariam vinculadas ao âmbito administrativo e quais estariam fixadas no âmbito jurídico-penal. Todas as infrações cominadas naquela seção poderiam transitar entre as esferas dos ilícitos de ordem, cuja persecução e aplicação das penas de cunho administrativo caberiam à autoridade administrativa, e dos ilícitos penais econômicos, cujo processo e apreciação eram reservados a instâncias judiciais.

Representou o reconhecimento legal de que, ao lado de uma diferenciação qualitativa, haveria também uma diferença quantitativa entre os injustos, diferença essa

que poderia, até mesmo, mudar a natureza do ilícito. A classificação dessa maneira era quali-quantitativa, já que os critérios de diferenciação estariam ligados a um fator objetivo (a efetiva lesão ao bem jurídico, contida na alínea II), um fator empírico.

Segundo a alínea III da lei, todas as infrações seriam, em princípio, uma infração contra a ordem econômica. Isso implicava uma fragmentariedade e subsidiariedade da intervenção penal em relação à infração de ordem. No entanto, esse *status* inicial das infrações poderia modificar-se de acordo com os critérios enumerados na alínea II e nas frases 1 e 2.

A primeira modificação da natureza das infrações (de ordenacional para penal) dar-se-ia por um critério qualitativo, que tinha como referência a existência de uma efetiva infração a um bem jurídico, genericamente referido como o interesse estatal na preservação do ordenamento econômico em sua totalidade ou em âmbitos parciais.[175] Em que pese não ser claro o que seria esse *interesse estatal*, é lícito se induzir que está a se tratar de um bem jurídico, em que pese não ser possível identificar com clareza o seu conteúdo.

No entanto, essa disposição genérica relativa à ofensividade das infrações era completada pelas frases 1 e 2. Na primeira, condiciona-se a punição penal à extensão ou repercussão da infração. Com efeito, o "gatilho" penal poderia ser acionado sempre que a extensão ou repercussão do dano causado pela infração pudesse afetar o ordenamento econômico.

Essa cláusula merece uma atenção detida. Aqui, para além do critério qualitativo crivado na alínea II, qual seja, ofensa ao bem jurídico específico, impunha-se um critério quantitativo, qual seja, afetação de efetiva relevância ao objeto material de proteção da norma. Não seria uma infração apenas ao bem jurídico em sentido abstrato, mas, sim, uma afetação efetiva ao objeto material, em que pese à dificuldade de quantificação desse tipo de dano. Desse modo, a diferença de grau dos resultados da infração importava em uma diferenciação material da conduta infratora e também da pena imposta.[176]

---

[175] Esse ponto pode ser considerado uma contribuição doutrinária de Schmidt, já que passava a admitir a proteção de bens jurídicos supraindividuais que seriam gradativamente admitidos com a transição do Estado liberal para o Estado social de direito.

[176] Aqui, há de se referir que o assunto está longe de consenso na doutrina alemã. Ainda pasma a indagação sobre se a distinção de Schmidt seria plenamente qualitativa ou também quantitativa. No texto já fixamos nosso posicionamento sobre a distinção híbrida de Schmidt, que além do critério material da qualidade do bem jurídico afetado, insere uma cláusula relativa à extensão do dano causado. Nesse sentido Costa Andrade explica que "isto aproxima-nos de forma directa da controvérsia doutrinal – distinção *qualitativa* ou meramente *quantitativa*? – que tanta tinta tem feito correr e que aqui cumpre apenas recordar. Os adeptos da diferenciação qualitativa costumam privilegiar, na senda de Eb. Schmidt, dois critérios fundamentais: *a)* o do *bem jurídico* (os crimes lesam ou põem em perigo bens jurídicos, enquanto as contra-ordenações se esgotam numa pura desobediência ou na frustração de interesses encabeçados nas autoridades administrativas ou delas

Por fim, a frase 2 trazia um mecanismo de modificação da natureza da infração, ligado ao desvalor da conduta perpetrada, em um enfoque subjetivo ligado ao modo-de-agir do agente. Inserir-se-ia no campo das infrações penais as condutas que ofendessem o bem jurídico delineado no item II, ainda que não houvesse efetiva afetação ao objeto material de proteção da norma, desde que o comportamento do autor revelasse uma atitude de desrespeito ao ordenamento econômico ou se houvesse agido de maneira profissional, em benefício próprio reprovável, de modo irresponsável ou fosse reincidente nesse tipo de infração.

Nessa cláusula podemos ver claramente a distinção axiológica que se traça no plano da conduta sancionada. A primeira referência encontra-se na intenção do agente e na reprovabilidade de sua conduta final (no sentido de finalística). A segunda dizia respeito a um outro componente pessoal (benefício) de desvalor (reprovável). O terceiro referencial permitia a incriminação culposa dos delitos econômicos. E, por fim, colocava-se a reincidência como um índice de desvaloração da conduta apta a encaminhá-la ao campo jurídico-penal.

Portanto, há de se perceber que a teoria de Schmidt segue de perto a construção de Goldschmidt ao importar ao plano legislativo uma distinção que leva em conta a bifurcação dos planos de atuação do Estado (protetor da ordem econômica existente e administrador dos interesses de cunho promocionais) e, por conseguinte, do agir dos cidadãos (direito de reivindicação de não infração aos seus direitos individuais e dever de colaboração com o programa do Estado).

Há de se anotar uma importante contribuição das formulações doutrinárias e legislativas de Schmidt: a quebra da unidade conceitual do direito penal administrativo, demonstrando que a demarcação das infrações entre um e outro ponto não pode ser fixada por critérios materiais estanques e imutáveis, estando sujeitos às "vicissitudes histórico-civilizacionais ou histórico-temporais".[177]

Ao mesmo tempo, há de se pontuar a "descontinuidade" que a obra de Schmidt representou para a teoria do direito penal administrativo, já que seus novos critérios de demarcação dos ilícitos fazia com que todas as infrações penais administrativas, segundo as teorias de Goldschmidt e Wolf, estivessem incluídas no direito ordenacional que

---

específicos, ou, quando muito, configuram apenas delitos de perigo abstrato; *b)* o da *ressonância ético-jurídica* (enquanto o ilícito criminal assume ressonância ética, o ilícito contraordenacional é eticamente neutro ou indiferente)" (COSTA ANDRADE, Manuel da. Contributo para o conceito de contraordenação (a experiência alemã), cit., p. 98).

[177] VILELA, Alexandra Maria dos Santos Esteves. Op. cit., p. 57.

inaugurou, não sendo verdade, entretanto, que todas as infrações de ordem tivessem fundamento administrativo. Ampliava-se assim o fundamento do direito ordenacional e ampliava-se seu plano de atuação.

No plano legal, isso se deu por meio da edição da *Gesetz über Ordnungwidrigkeiten* (*OWiG*) de 1952, que amplia o envolvimento das contraordenações a todo o ordenamento jurídico, não se limitando somente à área do direito penal econômico. Com a edição dessa lei, todas as infrações administrativas e contravenções foram anexadas ao conceito de contraordenação, cuja persecução e aplicação da pena ainda cabia aos próprios órgãos administrativos.[178]

Alexandra Vilela nos conta que, na década de 50, experimentou-se na Alemanha uma enorme utilização do campo das ordenações sociais que serviu à limitação do poder dos órgãos administrativos ao mesmo tempo em que fundamentou um movimento de descriminalização de condutas, que, de mais a mais, iria acabar deformando o modelo de infração administrativa preconizado por Goldschmidt e Schmidt.

E isso porque acabaram sendo relegadas às contraordenações condutas que constituíam verdadeiros crimes, embora de perigo abstrato ou de valor bagatelar. Essa utilização das contraordenações para fins diversos dos delineamentos das teorias do direito penal administrativo redundaram no enfraquecimento do critério qualitativo de distinção para se prestigiar um cada vez mais crescente critério quantitativo, que, de resto, acabaria consagrado pela *OWiG* de 1968, que considerava as contraordenações não mais como ilícitos diferentes, mas sim como ilícitos menores, o que perdura legislativamente até hoje no país, já que *OWiG* de 1987 seguiu a mesma linha de sua predecessora.

No atual estado da arte, predomina na Alemanha os que defendem que entre o ilícito penal e o ilícito ordenacional paira uma distinção meramente quantitativa, não sendo possível estabelecer com precisão um critério qualitativo. Isso muito se deve à *praxis* legislativa e também à complexidade de se estabelecer um critério material único de distinção dos ilícitos.

No entanto, um movimento diferente desse é o que ocorreu em Portugal na década de 80, onde, por conta dos esforços acadêmicos e políticos de Eduardo Correia, passou-se a adotar um critério qualitativo de distinção entre os ilícitos penais e ordenacionais, que daria origem ao direito de mera ordenação social naquele país, como analisaremos a seguir.

[178] Uma exceção a essa regra geral surgiu por meio da *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (*Kartellgesetz*) que, tratando das práticas anticoncorrenciais no plano das ordenações sociais, previa que o processo de apuração e julgamento das contraordenações se realizasse em primeira instância pelos tribunais dos *länder* e em segunda instância pelo Tribunal Federal.

2.6. O sistema de mera ordenação social português

2.6.1. Precedentes

O direito penal de polícia do século XIX, em Portugal, já se ocupava não de outra coisa senão da ordem econômico-social do Estado, que se desdobrava nas áreas da "manutenção e defesa da ordem espiritual estabelecida" e da "preservação do interesse e valor da segurança da *polis*", entendida com conotação de promoção do bem-estar da "saúde pública".[179] A classificação creditada a Mello Freire[180] demonstra a multiplicidade e especificidade de conhecimentos que daria origem à muldisciplinar composição do "Senado e Junta de Polícia", órgão a quem incumbia o tratamento desse tipo de delito à época e a quem se delegava competência sancionatória para a aplicação de prisão, malgrado fosse a pena pecuniária a pena primordialmente administrativa.[181]

Posteriormente, já sob influência da teoria da tripartição de poderes implementada na França pós-revolucionária, passou-se a defender também em Portugal o deslocamento de competência policial dos órgãos administrativos para os órgãos judiciais, retirando do Soberano uma papel já não lhe cabia.[182] Ao mesmo tempo, viu-se o surgimento de uma "hipercriminalização" de condutas, que atendeu, no cenário histórico-político, a uma necessidade de garantia, implementando-se a legalidade do crime, como modo de demarcação unívoca dos espaços de liberdade do cidadão. Com efeito, "neste momento histórico, a criminalização, mesmo das mais pequenas infrações (bagatelas), correspondia a uma necessidade ético-social e respeitava os valores mais profundos da comunidade".[183]

Inicialmente, a competência bagatelar e de polícia foi atribuída em Portugal[184] aos juízes de paz e juízes pedâneos, membros das localidades a quem competia o julgamento de infrações locais, que não ultrapassassem determinada quantia estipulada como dano (mil e duzentos réis). Nesse sentido, Faria Costa chama a atenção para o fato de que o referente

[179] FARIA COSTA, Jose de. A importância da recorrência no pensamento jurídico. Um exemplo: a distinção entre ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social. In: *Direito penal económico e europeu*. Coimbra: Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, 1998, v. I, p. 113-114.
[180] MELLO FREIRE, José Pascoal de. *O novo código do direito público de Portugal*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844. Apud COSTA, José de Faria. *A importância da recorrência no pensamento jurídico*. Um exemplo: a distinção entre ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social, cit., p. 115-116.
[181] COSTA, José de Faria. *A importância da recorrência no pensamento jurídico*. Um exemplo: a distinção entre ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social, cit., p. 115-116.
[182] Idem, ibidem, p. 123.
[183] Idem, ibidem, p. 124.
[184] E também no Brasil, vide o código de processo penal do Império, que merecerá análise em momento próprio.

material imposto pela lei alterava não só a competência de apreciação do ilícito, mas sua própria natureza material.[185]

Vê-se assim que a distinção entre o ilícito de polícia e o ilícito criminal atendia a uma configuração eminentemente quantitativa e, em grande medida, apenas formal, que não alcançava a possibilidade de uma delimitação material que permitisse a crítica das incriminações, mas, senão, uma distinção intuitiva que levava em conta o "sentimento público" da reprovabilidade do fato como a explicação para a alocação de uma infração em determinada seara, que, de resto, era feito por meio do tipo de pena (ou quantidade dela) que se impunha como sanção ao ilícito.

Mais tarde, por influência da escola positiva e sua "taximania", procurou-se em Portugal uma distinção material entre os âmbitos da contravenção e do crime, o que deu por meio da obra de Henriques da Silva. Influenciado pelas tendências francesas que buscavam a distinção material em um referencial axiológico, o autor entendeu que a classificação calcada na distinção das penas não atendia às necessidades positivo-científicas.[186] Sua proposição partiu da "oposição entre disposições preventivas e disposições repressivas",[187] a quem se deveu, portanto, a ligação do conceito de contravenção com as ideias de perigo de dano individual ou social e sua prevenção.[188]

Segundo Faria Costa, Henriques da Silva, seguidor de Gabriel Tarde, não teria apreendido uma característica da "Escola do Milieu" que se aplicaria aos crimes e contravenções. Partindo de uma criminogenese exógena ao delinquente, entendia Tarde que os grandes delitos teriam uma estabilidade histórica maior do que as contravenções, que, de resto, flutuariam nas modificações históricas, geográficas e sociais.[189]

Após os trabalhos de Henriques da Silva, o tema da distinção dos ilícitos criminal e administrativo não seria mais revolvido com intensidade até o fim da Segunda Grande

[185] Sobre isso, importa ressaltar que a legislação portuguesa já se influenciava pela classificação tripartida das infrações, existente do *Code* de Napoleão, que as catalogavam como crimes, delitos e contravenções, cuja distinção se devia à referência ao preceito secundário do tipo penal (referencial, portanto, puramente formal) que implicaria também a competência dos juízes que delas deveriam se ocupar.

[186] Malgrado entendesse como científico o referente formal do Código italiano que definia as contravenções como "fatos que embora não sugeridos por intenção maléfica, e não produzindo damno immediato, constituem, todavia, um perigo de damno individual ou social".

[187] VILELA, Alexandra Maria dos Santos Esteves. Op. cit., p. 105.

[188] Idem, ibidem, p. 107.

[189] Como reforço de sua argumentação Faria Costa observa a relação que Tarde traçava entre o número de contravenções e o "progresso" de uma nação. Nesse ponto, o autor francês chegaria a apontar o número de contravenções de um país como índice aferidor de seu progresso. Com efeito, mais do que um reforço argumentativo, a concepção de base mileunista permite demonstrar que tanto os ilícitos de polícia como as contravenções e contraordenações são o campo precípuo de intervenção em áreas de intrincado conhecimento técnico e de inovações tecnológicas, podendo-se ver daí seu caráter (ainda que não exclusivo) contingencial.

Guerra quando, em face do cenário econômico, cultural e social, reavivou-se discussão pelo trabalho de Beleza dos Santos,[190] que já traria, no entanto, os referentes da doutrina alemã.[191]

Há de se destacar que, até então Portugal adotava um critério bipartido de classificação dos ilícitos penais, que os consideravam crimes e contravenções. Com efeito, tal classificação ainda se dava por critérios predominantemente quantitativos, embora Alexandra Vilela, revisitando o tema, entenda que já desde o CP de 1852, o legislador tenha traçado uma distinção qualitativa entre ambos os ilícitos.[192]

Segundo a autora, embora reconhecendo os problemas da sistematização que alocavam as contravenções penais em diplomas especiais que aglutinavam contravenções de polícia e infrações administrativas, o Código Penal de 1852 procurou diferenciar qualitativamente os crimes das contravenções, à semelhança do que aconteceria com regime geral das contraordenações na segunda metade do século XX. Expõe a autora que:

> Com este diploma legal, fez-se mais do que uma codificação penal. Concretizou-se efetivamente a positivação das condutas violadoras do mínimo ético e, dentro dessa medida, ele representou, para o ordenamento jurídico-penal português de então a chegada do moderno direito penal. Mas, quanto a nós, representa muito mais do que isso: espelha também a consciencialização, por parte dos seus autores, de que o crime e, com ele todo o direito penal em sentido estrito, não esgota o âmbito do direito penal sancionatório. Bem sabemos que o CP acolhe no seu seio as contravenções e, por tal motivo, podíamos ser tentados a concluir que as contravenções são uma espécie de crimes. Não obstante, se bem vemos o problema, não foi isso que o legislador de 52 quis dizer: quanto a nós, o verdadeiro sentido da classificação bipartida das infracções prende-se com a rejeição do critério puramente quantitativo e com a oposta aceitação de um critério qualitativo, enquanto critério válido para proceder à separação entre o crime e a contravenção. Isto é: o legislador penal afastou-se do pensamento de FERRI, para quem contravenções e delitos possuíam a mesma natureza jurídica porque ambos se apresentavam como actos contrários às leis penais, danosos e perigosos para as condições de existência social, resultando em consequência, que a diferença entre ambas as infracções era meramente qualitativa. Ao mesmo tempo, afastou-se, outrossim, do seu homólogo francês de 1810, que fazia distinguir as infracções tripartidas de acordo com a pena a aplicar.[193]

Com efeito, no Código Penal português de 1852, definiu-se no artigo 3º o conceito de contravenção como "o facto voluntário punível que unicamente consiste na violação, ou

[190] BELEZA DOS SANTOS, José. Ilícito penal administrativo e ilícito criminal. *Revista da Ordem do Advogados*. I/II, 1945, cujas considerações já foram objeto de estudo em tópico anterior.
[191] Nessa exposição sumária da evolução do direito de ordenação em Portugal, Faria Costa procura demonstrar a ideia de recorrência no direito português da busca pela delimitação do conteúdo material do direito penal de ordenação social, que começaria com as matrizes franco-italianas e depois se desenvolveria por meio das teorias alemãs, que redundariam no atual modelo de mera ordenação social estabelecido em Portugal.
[192] VILELA, Alexandra Maria dos Santos Esteves. Op. cit., p. 101.
[193] Idem, ibidem, p. 100.

na falta de observância das disposições preventivas das Leis e Regulamentos, independente de toda a intenção maléfica".

Pode-se perceber, portanto, que há um sinal de distinção qualitativa claro na redação do art. 3º daquele diploma, já que ali fica demarcado que a contravenção afeta a uma norma de cunho preventivo, ou seja, uma norma que pretende evitar uma efetiva lesão a um direito subjetivo. Assim, pode-se ver que, tal qual ocorreu na Alemanha com os delitos de polícia, identificou-se a contravenção pelo modo de afetação da infração.

De qualquer sorte, malgrado a definição positiva do Código Penal, de cunho qualitativo, cuja tese, além de por Alexandra Vilela, foi defendida por Henriques da Silva,[194] grande parte da doutrina portuguesa sempre entendeu que entre crimes e contravenções restava, unicamente, uma distinção quantitativa, revelada pelo grau de reprovabilidade do delito, o que ficava claro pela distinção tripartida do Código de Processo Penal português vigente à época.

Além do regime de contravenções, tal qual ocorre atualmente no Brasil, Portugal, até a entrada em vigor do Decreto-Lei nº 433/82,[195] que instituiu o regime geral de contra ordenações, manteve um regime misto de infrações penais e administrativas, convivendo lado a lado e em total desarmonia sistêmica, crimes, contravenções e infrações administrativas. Para estas últimas eram cominadas penas coativas e mandamentais diretas ou multas, exibindo, portanto, uma conformação penal semelhante à dos crimes e contravenções, malgrado não se aplicarem, nesse âmbito, penas privativas de liberdade.

2.6.2. Eduardo Correia e o nascimento do direito de ordenação social em Portugal

Com o exposto, é possível perceber que, se por um lado Portugal evolui na primeira metade do século XX com um regime misto de crimes, contravenções e infrações administrativas, marcado sobretudo pela distinção qualitativa no plano prático, no plano teórico, a discussão sobre a natureza das infrações e os fins de sua pena, distinções de cariz qualitativo já eram traçadas desde o século XIX. Nesse sentido, importantes foram as contribuições de Beleza dos Santos, Cavaleiro de Ferreira e Marcello Caetano.

[194] DA SILVA, Henriques. *Lições de Direito Penal*. Lisboa. 1899.

[195] Vale destacar que o regime das contraordenações foi instituído primeiramente em 1979, pelo Decreto-Lei nº 232/79, que, no entanto, não teve eficácia imediata, tendo de ser o diploma reeditado em 1982, pelos motivos que veremos no tópico 2.6.2 abaixo.

No entanto, foi Eduardo Correia quem, na segunda metade do século XX, avançando sobre os estudos de Goldschmidt, Wolf e Schmidt, fundou[196] o direito de ordenação social em Portugal, seja por seus sólidos e brilhantes desenvolvimentos teóricos sobre o tema, seja por sua importante atuação no âmbito político, que permitiu que suas ideias suplantassem a academia e alcançassem o âmbito legislativo.

No então momento de Portugal, a convivência entre os vários tipos de infração havia erodido por completo as contravenções, cuja utilização era abandonada, ao passo em que se assistia um cada vez maior aumento da criminalização de condutas e da criação de infrações administrativas, cuja persecução ficava a cargo de órgãos da administração, sem uma sistematização no campo dogmático de aplicação das normas ou no campo processual. Foi nesse contexto que o Mestre de Coimbra dirigiu seus esforços para a criação de um novo sistema penal, o sistema ordenacional, que pudesse aglutinar sob um único regime as contravenções e as infrações administrativas.

Eduardo Correia sustenta que a caracterização material do ilícito administrativo penal não se pode prender à busca de um critério material único, mas deve se reavivar "através da especial configuração do ilícito (administrativo), quer através da particular natureza das sanções que a ele se ligam, quer finalmente através das especialidades de índole processual que comporta".[197]

Reconhece o autor que o traço distintivo primordial do direito administrativo penal reside no conteúdo material do ilícito, que será próprio desse âmbito de intervenção do ordenamento. Nesse sentido, o autor faz questão de pontuar que o direito penal sempre estará ancorado em bases ético-jurídicas, sendo, afinal, seu objetivo, a garantia da existência de um mínimo ético de indispensável ao viver comunitário e ao desenvolvimento da personalidade.

Assim, em uma primeira aproximação, o autor delimita o conteúdo do ilícito penal de justiça por meio da função desse ramo do direito, que é proteção de valores fundamentais (primários) da sociedade, materializados em bens jurídicos, "que directa ou indirectamente, *mas sempre de maneira essencial*, se prendem coma vida comunitária do homem e com a livre expansão de sua personalidade moral".[198]

O ilícito penal administrativo guardaria relação com uma outra ordem de bens jurídicos, que não relevam interesses primordiais e fundamentais da sociedade, mas que

[196] Se bem que Alexandra Vilela entende que ele apenas continuou a história iniciada no século XIX.
[197] CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Coimbra: Editora Almedina, 2010, v. I, p. 28.
[198] CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*, cit., p. 28.

nem por isso representariam meras desobediências de ordens estatais, o que se coloca como uma genuína recusa a uma distinção material dos ilícitos, em prol de uma distinção meramente formal.[199]

Conforme lapidar sentenciamento de Faria Costa, qualquer distinção formal só acrescenta utilidade e validade se estiver fundamentada em uma distinção material. Isso vale dizer que a mera desobediência não se coloca como critério satisfatório para identificação das respostas para as distinções.[200]

Além disso, há de se pontuar que, todo e qualquer ilícito, seja ele penal ou administrativo, materializa-se por meio de uma desobediência à norma. Contudo, nenhuma desobediência material a uma norma jurídica pode ser rotulada como mera desobediência, sob pena de se admitir que o legislador pode criar leis sem razão de existir. Toda norma deve portar uma *ratio* que a fundamenta e que legitima a punição de sua desobediência.

Logo, a distinção traçada sobre as linhas da infração ao bem jurídico e à mera desobediência não é uma distinção válida, sequer formalmente, pois, como ficou demonstrado por Eduardo Correia, as normas administrativas também têm como fundamento a proteção de bens jurídicos e também se materializa por uma desobediência, assim como a norma penal. O problema que se coloca então não é a afetação ou não de um bem jurídico, mas sim, de qual o bem jurídico e de qual a forma de sua afetação.

Nesse sentido, entende Eduardo Correia que os bens protegidos no âmbito administrativo penal seriam a materialização "de valores de criação ou manutenção de uma certa *ordem social* e por consequência, mais ou menos estranhos – isto: indiferentes – à ordem moral".[201]

Assim, segundo a concepção do autor, para além dos valores ético-sociais primários relevantes de justiça, existiriam valores secundários de "ordem policial ou de bem-estar" que caracterizariam a conformação do ilícito penal administrativo. Nesse

[199] Com isso quer dizer o autor que a mera infração a ordem não caracteriza o ilícito criminal em seu sentido material. É preciso que esse ilícito seja calcado em critério de natureza material, que fundamente e permita a crítica à incriminação. O punir pelo punir do Estado não se coaduna com o Estado material de direito, sendo certo, portanto, que a mera função legislativa não basta à configuração do crime. Em outras palavras, não basta o tipo criminal posto. É preciso que esse delito positivado preencha alguns requisitos materiais de existência, hoje em dia encontrados na teoria do bem jurídico-penal. De sorte que, uma incriminação destituída de *razão* de incriminação não conforma a ilicitude penal, mas caracteriza uma mera infração formal à norma incriminadora. Isso levado do plano da ilicitude para a teoria do delito é que dará origem ao conceito de tipicidade material, que exige mais do que a desobediência à norma, a afetação dolosa (finalismo) ou realização ou incremento de um perigo não permitido pelo ordenamento jurídico (funcionalismo-teleológico).

[200] COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 30.

[201] CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*, cit., p. 29.

sentido, pode-se enxergar com clareza a busca da distinção qualitativa do ilícito administrativo, o que se escancara pela afirmação de que "ele não constitui um direito criminal de grau menor, mas algo diferente do direito criminal de justiça".[202]

Dessa distinção substancial, haveria uma reflexão nos caracteres especiais de avaliação da culpa, de modo que no ilícito criminal haveria de haver um conteúdo de censura ética das infrações, enquanto no ilícito administrativo bastaria a "produção do evento proibido a título de dolo ou negligência (sem que tenha de intervir o elemento ético-volitivo da censura, isto é, com a existência de um nexo psicológico entre o facto cometido e o seu autor".[203]

Essa construção de diferenciação ética dos ilícitos refletiria também no campo das consequências jurídicas dos distintos ilícitos, penal e administrativo penal. A sanção do ilícito penal administrativo, em face de sua esterilidade axiológica de reprovação, só poderia ser de natureza não criminal. Fundamentalmente, além da demarcação da não competência criminal dos órgãos administrativos, a finalidade diversa da pena criminal em relação à pena administrativa seria o que alocaria as sanções em categorias jurídicas diversas.

Com efeito, a finalidade da pena administrativa estaria na coação direta ou indireta do cumprimento de um dever, ao contrário das genuínas penas, que guardariam consigo a finalidade de reprovação social, prevenção abstrata e retribuição do dano causado.[204]

Mas se, por um lado, haveria marcantes distinções quanto ao conteúdo axiológico das sanções, por outro, haveria uma natureza formal idêntica, retratada como a imposição, pelo Estado, de um mal ao particular, de onde exsurgiria, também no âmbito administrativo, a obrigação de se respeitar os princípios do direito penal que representam os pressupostos de punição, quais sejam, a categoria da legalidade, da proibição de analogia, da culpabilidade e da responsabilização subjetiva.

Por fim, Eduardo Correia demonstra que a distinção entre os ilícitos criminal e administrativo será uma árdua tarefa do legislador que deverá se orientar pelos critérios

[202] CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*, cit., p. 29.
[203] Idem, ibidem.
[204] Eduardo Correia não nega, entretanto, que as sanções administrativas possam ser carregadas também de reprovabilidade e possam também exercer o papel de intimidação. No entanto, considera esses efeitos como efeitos secundários da sanção administrativa, não sendo, certamente, o seu fim imediato. Em síntese, nem parecem guardar uma finalidade de prevenção especial positiva, que visa a não recorrência da atitude proibida pelo agente. Mas também é mais do que isso, pois a pena administrativa também se destinará à condução ou recondução da situação desejada pelo Estado.

esboçados que, em sua concepção, devem ser antes qualitativos do que quantitativos, esforçando-se para a adoção de uma distinção material das infrações que refletirão em uma distinção formal das consequências jurídicas, cominando sanções de cunho expressamente não penal no âmbito administrativo sancionador.

2.6.3. Positivação do direito de ordenação social em Portugal

Em meados da década de 70, Portugal já enfrentava o conhecido fenômeno da hipercriminalização de condutas, reflexo do cenário social e econômico do Pós-Guerra, que, na esteira da reconstrução massiva das potências econômicas da Europa, trazia novas situações para as quais era necessária a intervenção estatal repressiva. Com efeito, fruto da tradição quantitativa de distinção das contravenções, que as relegavam a um papel de menor importância, era majoritariamente o direito penal quem tinha a missão de lidar com essas novas realidades, criando uma hipertrofia da legislação nesse âmbito.[205]

Nesse cenário, tornava-se premente a necessidade da abertura de uma nova via de intervenção estatal de condutas intoleráveis socialmente, mas que, ao mesmo tempo, não guardassem em si uma suficiente reprovabilidade penal. Em outras palavras, era preciso manter o direito penal ancorado em sua base ética fundante, sob pena de se permitir o aumento desmesurado da perda de nitidez do conteúdo do ilícito criminal. Foi com base nesses fundamentos que, em 1979, instituiu-se em Portugal pela primeira vez o Regime Geral das Contra Ordenações, inserido no ordenamento jurídico lusitano por meio do Decreto-Lei nº 232/79.[206]

---

[205] O fenômeno foi percebido por Eduardo Correia já em 1972, quando afirmou em Madrid que "se habla repetidas veces de la hipertrofia del Derecho criminal, la cual nos conduce a una especie de indiscriminación de los comportamientos humanos; se há enaltecido en demasia la desentronización de una justicia penal puesta a servicio de fines que apoyarían en un dogmatismo moral, inadecuado en las sociedades plurales, donde en certo modo la ética es un tanto indiferente; apoyarse estas decisiones en los principios de la culpabilidad e responsabilidad individual, en la indeterminación de las tipicidades y en el concepto del bien jurídico; en una palabra, en la distorsión de todos los elementos de la infracción de la legislación penal. Paralelamente se repiten los gritos de alarma ante un aumento masino y espectacular de las decisiones de los Tribunales comunes que suprecriminalizan el Derecho" (CORREIA, Eduardo. El derecho penal de justicia y el llamado derecho penal administrativo. In: *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*. Madrid, 1972).

[206] Vale salientar que a inspiração desse cenário jurídico, social e econômico ficou escancarada no relatório que precede a parte positiva do diploma legal. Em Portugal, as leis são precedidas de um Relatório, algo semelhante ao que conhecemos no Brasil como a exposição de motivos da Lei, que, no entanto, não é anexada ao diploma legal. No relatório do Decreto-Lei nº 232/79, grafou-se que: "A necessidade de dotar o nosso país de um adequado 'direito de mera ordenação social' vem sendo, de há muito e de muitos lados, assinalada. Tanto no plano da reflexão teórica como no da aplicação prática do direito se sente cada vez mais instante a necessidade de dispor de um ordenamento sancionatório alternativo e diferente do direito criminal. Ordenamento que permita libertar este ramo de direito das infracções que prestam homenagem a dogmatismos morais ultrapassados e desajustados no quadro de sociedades democráticas e plurais, bem como do número inflacionário e incontrolável das infracções destinadas a assegurar a eficácia dos comandos normativos da Administração, cuja desobediência se não reveste da ressonância moral característica do direito penal. E que permita, outrossim, reservar a intervenção do direito penal para a tutela dos valores ético-

Vale mencionar que a positivação do regime contraordenacional se deveu, acima de tudo, aos esforços de Eduardo Correia, que pôde transpassar suas convicções acadêmicas para o campo legal, em razão de ter sido o Mestre de Coimbra incumbido de elaborar um anteprojeto de Código Penal e de leis que o acompanhassem para a alteração do regime jurídico-penal no país. Assim, enquanto professor acadêmico e Ministro da Justiça, pôde o autor elaborar a lei que modificava e complementava regime e a ciência do direito penal total, adicionando ao sistema penal um subsistema de intervenção punitiva que, apesar da forma de intervenção semelhante à do tradicional direito penal, guardava substanciais diferenças ligadas à não reprovabilidade ética das condutas proscritas, que por tal motivo não seriam punidas com a privação de liberdade em qualquer hipótese, mas tão somente com sanções pecuniárias, chamadas coimas pelo diploma e com sanções acessórias, que importavam na restrição de determinados direitos.

O propósito inicial do diploma era unificar o regime sancionatório no país, eliminando assim as contravenções e os ilícitos administrativos em geral, que agora passariam a integrar o regime de contraordenações. Bem por isso, nos números 3 e 4 do artigo 1ºdo indigitado diploma, grafou-se que "3 - São equiparáveis às contraordenações as contravenções ou transgressões previstas pela lei vigente a que sejam aplicadas sanções pecuniárias" e que "4 - Ao mesmo regime podem ser submetidos os casos indicados na lei". Dessa forma, procurou-se eliminar de uma vez por todas o regime contravencional do sistema jurídico português, cujo espaço seria ocupado, doravante, pelo regime contra ordenacional.

---

sociais fundamentais e salvaguardar a sua plena disponibilidade para retribuir e prevenir com eficácia a onda crescente de criminalidade, nomeadamente da criminalidade violenta. Os próprios órgãos legislativos e executivos têm, não raro, sentido a carência de um tal ordenamento. A sua inexistência tem frequentemente impedido o legislador ou o executivo de lançar mão de uma gama diferenciada de sanções ajustada à natureza e gravidade dos ilícitos a reprimir ou prevenir. O que explica que os sucessivos governos constitucionais tenham inscrito nos seus programas a tarefa de lançar os fundamentos do direito de mera ordenação social, como prioritária em relação às múltiplas reformas de fundo generalizadamente reclamadas. É a colmatar esta lacuna que se destina o presente decreto-lei, que visa paralelamente atingir outro objectivo que se afigura de relevo: encurtar a distância que, a este propósito, separa a ordem jurídica portuguesa do direito contemporâneo vigente noutros Estados. Sabe-se como, independentemente da estrutura económico-social e das divergências no que concerne à organização e exercício do poder político, quase todos os Estados se encontram hoje apetrechados com um direito de ordenação social distinto do direito criminal. Bastará recordar, a título de exemplo, o que se passa na República Federal da Alemanha e na República Democrática Alemã. As diferenças de regime, por demais conhecidas, não têm impedido uma evolução legislativa significativamente paralela neste aspecto. Ambos os Estados germânicos dispõem de um direito de mera ordenação social ao lado do direito criminal; e, apesar de naturais diferenças de conteúdo e da possibilidade de deparar com infracções que num dos Estados são consideradas como crime e que no outro se remetem para o regime das contraordenações, a verdade é que se verificam convergências decisivas; tanto no que concerne às relações que medeiam entre o direito criminal e o direito de ordenação social, como no que respeita à natureza, função e conteúdo fundamental deste último".

Contudo, a modificação legal de 1979 não foi recebida com bons olhos por setores políticos e acadêmicos do país, de modo que, rapidamente, operou-se uma "contrarreforma", que procurou resgatar o regime contravencional, o que se deu por meio da edição do Decreto-Lei nº 411-A/79. Mencionado diploma revogou expressamente os itens 3 e 4 do artigo 1º. do Decreto-Lei nº 232/79, resgatando o regime contravencional no direito lusitano, sob a alegação de que esse possuiria guarida constitucional, não podendo ser revogado por norma de inferior hierarquia.

De tal forma, até 1982, em Portugal, conviveu-se com um sistema sancionatório que era integrado, além de pelo direito penal, de um direito contravencional e de um direito de ordenação social que, ao fim e ao cabo, não obteve a eficácia imediata que se projetou pela edição do Decreto-Lei nº 232/79.

Tal investida não foi, contudo, suficiente para derrotar a iniciativa de se criar um sistema de intervenção *qualitativamente* distinto do direito penal, tal qual ocorrerá com as disposições do Código Penal Português de 1852. Isso porque, após a modificação da constituição do país, editou-se o Decreto-Lei nº 433/82, instituindo-se, definitivamente, o regime geral dos ilícitos de mera ordenação social.[207]

[207] Tais transformações foram mencionadas de forma expressa no Relatório do diploma que se permite transcrever: "1. Após a publicação do Decreto-Lei n.º 411-A/79, de 1 de Outubro, o regime das contra-ordenações, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho, ficou desprovido de qualquer eficácia directa e própria. As transformações entretanto operadas tanto no plano da realidade político-social e económica como no ordenamento jurídico português vieram tornar mais instante a necessidade de reafirmar a vigência do direito de ordenação social, introduzindo, do mesmo passo, algumas alterações. São conhecidas as necessidades de índole político-criminal a que este específico ramo do direito procura dar resposta. Elas foram, aliás, apresentadas com algum desenvolvimento no relatório que precedia o Decreto-Lei n.º 232/79 em termos que conservam plenamente a sua pertinência. Resumidamente, o aparecimento do direito das contra-ordenações ficou a dever-se ao pendor crescentemente intervencionista do Estado contemporâneo, que vem progressivamente alargando a sua acção conformadora aos domínios da economia, saúde, educação, cultura, equilíbrios ecológicos, etc. Tal característica, comum à generalidade dos Estados das modernas sociedades técnicas, ganha entre nós uma acentuação particular por força das profundas e conhecidas transformações dos últimos anos, que encontraram eco na Lei Fundamental de 1976. A necessidade de dar consistência prática às injunções normativas decorrentes deste novo e crescente intervencionismo do Estado, convertendo-as em regras efectivas de conduta, postula naturalmente o recurso a um quadro específico de sanções. Só que tal não pode fazer-se, como unanimemente reconhecem os cultores mais qualificados das ciências criminológicas e penais, alargando a intervenção do direito criminal. Isto significaria, para além de uma manifesta degradação do direito penal, com a consequente e irreparável perda da sua força de persuasão e prevenção, a impossibilidade de mobilizar preferencialmente os recursos disponíveis para as tarefas da prevenção e repressão da criminalidade mais grave. Ora é esta que de forma mais drástica põe em causa a segurança dos cidadãos, a integridade das suas vidas e bens e, de um modo geral, a sua qualidade de vida. 2. No mesmo sentido, ou seja, no da urgência de conferir efectividade ao direito de ordenação social, distinto e autónomo do direito penal, apontam as transformações operadas ou em vias de concretização no ordenamento jurídico português, a começar pelas transformações do quadro jurídico-constitucional. Por um lado, com a revisão constitucional aprovada pela Assembleia da República o direito das contra-ordenações virá a receber expresso reconhecimento constitucional (cf. v. g. os textos aprovados para os novos artigos 168.º, n.º 1, alínea d), e 282.º, n.º 3). Por outro lado, o texto aprovado para o artigo 18.º, n.º 2, consagra expressamente o princípio em nome do qual a doutrina penal vem sustentando o princípio da subsidiariedade do direito criminal. Segundo ele, o direito criminal deve apenas ser utilizado como a *ultima ratio* da política

Em seu artigo 1º, o Decreto-Lei definiu as contraordenações como "todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima". Apesar da definição formal de contraordenação no dispositivo legal, a distinção material entre os ilícitos foi fixada de maneira clara no relatório que antecede os dispositivos normativos do diploma. Com efeito ali se imprimiu que:

> Manteve-se, outrossim, a fidelidade à ideia de fundo que preside à distinção entre crime e contraordenação. Uma distinção que não esquece que aquelas duas categorias de ilícito tendem a extremar-se, quer pela natureza dos respectivos bens jurídicos quer pela desigual ressonância ética. Mas uma distinção que terá, em última instância, de ser jurídico-pragmática e, por isso, também necessariamente formal.

Com isso extinguiu-se definitivamente qualquer outro regime sancionatório em Portugal que, desde então, conta, ao lado do direito penal, com o sistema repressivo das contraordenações, cuja distinção dos crimes se dá, não somente pelo grau de reprovabilidade da infração, mas, sim, pelo tipo de infração. O direito ordenacional se preocupa, portanto, apenas com aquelas infrações que não guardam em si um desvalor ético da conduta incriminada, mormente por não representar um dano ou perigo direto a um bem jurídico defendido, em que pese se reconheça que também as contraordenações têm a função primacial de proteção de valores sociais. Contudo, tais valores serão aqueles ligados à promoção do bem-estar e das funções da administração pública e não bens jurídicos individuais.

Há de se citar a título de encerramento que a doutrina portuguesa se divide quanto ao efetivo processo de descriminalização operado por meio da introdução do regime ordenacional. Parte da doutrina, vale citar Faria Costa e seus seguidores, prefere dizer que houvera somente um processo de despenalização[208] de condutas, ao atribuir a elas como sanção somente a coima e não a pena privativa de liberdade como referencial.

---

criminal, destinado a punir as ofensas intoleráveis aos valores ou interesses fundamentais à convivência humana, não sendo lícito recorrer a ele para sancionar infracções de não comprovada dignidade penal".

[208] Para os seguidores dessa tendência, o processo de descriminalização só ocorre, de fato, quando uma conduta deixa de ser alvo do aparato repressivo do Estado, ou, em outras palavras, deixa de ser alvo do direito sancionatório em geral. Se a conduta ainda é punida, ainda que não seja ela mais considerada criminosa, não se estaria a falar de descriminalização, mas de mera despenalização da conduta. Sobre isso, Alexandra Vilela expõe que: "Como já dissemos, é nossa convicção que a distinção entre crimes e contravenções passava pela distinta natureza de uns e outras, o que, em última instância, nos leva a concluir que estas últimas eram uma espécie de infração distinta da do crime, mas ainda assim uma categoria dogmática pertencente ao direito penal em sentido lato. Logo, por aqui, não podemos falar em descriminalização. Isto, para além de entendermos que a verdadeira descriminalização só se produz quando a conduta é totalmente banida do catálogo dos crimes que cabem na ciência do direito penal total ou conjunta, o que, efetivamente, não aconteceu. Ou usando de maior precisão: talvez pudéssemos dizer que, na verdade, se produziu um fenómeno de descriminalização se fosse possível, com certeza, concluir que determinadas

2.7. O direito administrativo sancionador espanhol

2.7.1. Evolução

O direito espanhol seguiu um caminho diferente das orientações portuguesa e alemã, exercitando um ramo próprio, autônomo e paralelo ao direito penal, mas, por sua vez, ligado à administração pública, em que pese ser regido pelos princípios basilares do direito penal. Tal sistema é chamado de direito administrativo sancionador[209] e tem suas origens no poder sancionatório delegado aos órgãos da administração pública.

Com efeito, a organização sancionatória daquele país não se deu por meio de uma lei-quadro que estabelecesse um regime geral sobre as sanções administrativas, mas foi fruto da necessidade de contenção do poder sancionador dos órgãos da administração pública, o que se fez por meio da imposição àquele dos princípios norteadores e de garantia do direito penal. Não se operou, portanto, em um processo de descriminalização ou despenalização legal, mas, sim, pela moldagem de um sistema historicamente evoluído do poder de polícia.[210]

O mesmo poder de polícia local do antigo regime redundaria, gradativamente, no poder sancionador da administração pública na transição para o Estado Moderno, criando um aparato administrativo forte, capaz de operacionalizar seus planos pela exigência coativa das estipulações normativas prefixadas em leis e ordenamentos, já exibindo assim os traços do princípio da legalidade.

Como é característica de todos os Estados totalitários, o poder sancionador da administração pública, em face de sua dinamicidade em relação aos ritos formais judiciais – tanto no que concerne à produção normativa, como no que tange à aplicação da norma penal, que obedece a um rito solene – foi utilizado e fortalecido em larga escala durante a

---

infrações desaparecessem por completo do direito sancionatório" (VILELA, Alexandra Maria dos Santos Esteves. Op. cit., p. 126).

[209] O direito administrativo sancionador aqui tratado pode ser, em muitos pontos, identificado com o que foi chamado de direito penal administrativo por James Goldschmidt. Na verdade, trata-se, materialmente, do mesmo âmbito de proteção do Estado, ligado, contudo, à administração pública e não ao direito penal. Dessa forma, suas fontes normativas e a aplicação de suas normas estarão ligadas, precipuamente, à administração pública. De qualquer forma, podemos, nesses limites de compreensão, tratar como sinônimos do direito administrativo sancionador e o direito penal administrativo. Ainda, melhor dizendo, podemos tratar aquela nomenclatura como sucessora dessa. Nesse sentido, Alejandro Nieto Gracía destaca que "no es un azar, desde luego, que hasta el nombre del viejo Derecho Penal Administrativo haya sido sustituido desde hace muchos años por el más propio Derecho Administrativo Sancionar" (NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1994).

[210] Sobre a evolução do direito penal e administrativo espanhol derivado da evolução do poder de polícia do Estado, remetemo-nos à obra de Alejandro Nieto García (*Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 49-79), onde se traça um minucioso panorama do contexto sancionador nos séculos XVIII e XIX na Espanha.

ditadura do início do século XX e durante o regime franquista que perdurou de 1939 até 1976 na Espanha.[211]

Assim como se observou na Alemanha após a queda do regime nacional socialista, na Espanha, após o fim do regime de Franco, inspirados por ideais democráticos e republicanos, sentiu-se a necessidade de se limitar o poder sancionador da administração pública, à luz do direito, o que se operacionalizou, sobretudo, através dos esforços doutrinários e da jurisprudência dos Tribunais Superiores do país.[212]

Não se criou, dessa forma, uma lei-quadro que pacificasse todas as questões suscitadas pela diferença e pelos limites existentes entre o direito administrativo sancionador e o direito penal. Pelo contrário, o pensamento que se desenvolveu e que ainda hoje predomina naquele país é o de que, entre o direito administrativo sancionador e o direito penal não existem diferenças significativas, tratando-se de expressões diferentes de uma mesmo poder punitivo do Estado, razão pela qual, àquele, deveriam ser aplicadas rigorosamente as mesmas garantias desse. Em outras palavras, a alternativa que se encontrou para limitar o poder sancionador da administração pública foi, justamente, o de igualar sua natureza ao poder punitivo do direito penal, transportando todo o plantel de garantias e limitações desse para aquele.

É assim que, a partir da década de 70, surge e evolui na Espanha a disciplina autônoma do direito administrativo sancionador, fixado na premissa de que seu conteúdo material se prende ao direito administrativo, não obstante sua formatação legal estar

---

[211] Sobre isso, lapidar a lição de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez. Tratando dos desenvolvimentos doutrinários do século XIX sobre a concepção acerca de um poder coercitivo inato à administração, sem o qual não poderia exercer livremente suas faculdades e direitos de organização social, destacam que "esta posición queda estabelecida em la práctica de nuestro derecho. Más tarde la Dictadura, la II República (con Leyes como la de Defensa de la República y la Orden Público), el franquismo después, desarrollaron ampliamente esa potestad sancionatoria en los órganos centrales, haciendo incluso de la misma un medio normal de lucha contra la oposición política, o al menos contra cierta oposición política, aunque hoy pueda parecer sorprendente" (ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 5. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1998, p. 160-161).

[212] Nesse contexto, operou-se na Espanha uma hipertrofia do sistema sancionador administrativo, não excludente, mas sobrepujante em relação ao movimento de penalização. Assim, experimentou-se no país um crescimento de normas administrativas de caráter sancionador e, por conseguinte, do poder da administração pública. Nesse sentido, Rafael Munhoz de Mello destaca que "No direito espanhol, diferentemente, o aumento do intervencionismo estatal não conduziu a uma hipertrofia do direito penal. Pelo contrário, houve intenso crescimento do direito administrativo sancionador. É dizer, a maior intervenção estatal na sociedade, inerente ao advento do Estado Social, não levou ao aumento do número de ilícitos penais, mas sim ao crescimento do número de ilícitos administrativos. A hipertrofia, na Espanha, ocorreu no direito administrativo sancionador, fenômeno reconhecido por Ramón Parada Vázquez, que em 1972 criticava o "desarrollo espetacular, a cuyo progresso no se el fin, del poder sancionador de la Administración Pública" (MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador.* São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 55-56).

erigida sobre os moldes do direito penal, de onde exsurge a necessidade da aplicação dos princípios daquele nesse âmbito de intervenção punitiva estatal.

Nesse sentido, existe em Espanha, dentro do direito administrativo, um ramo de direito autônomo, voltado à disciplina do poder sancionatório das infrações administrativas, quais sejam, aquelas infrações ligadas à proteção da ordem geral e do interesse público, cuja violação é sujeita a uma punição também no âmbito administrativo e não judicial, malgrado, tal qual ocorre no Brasil, seja possível a contestação de mencionadas punições no âmbito judicial.

2.7.2. A construção da ideia de um poder sancionador unitário

A potestade sancionadora do Estado é algo que sempre esteve presente em toda a história das civilizações e durante muito tempo foi considerada um elemento essencial da função de polícia inerente ao Estado. Com efeito, esse poder sancionador do Estado jamais foi contestado durante o Estado de polícia, quando a administração era plenamente capaz de arbitrar e aplicar sanções aos cidadãos. Entendia-se assim que é inerente à própria estrutura do Estado a faculdade de coagir os particulares, dentro dos âmbitos que lhe permite o projeto social.

Antes da Revolução Francesa e da aceitação unanime do Princípio da Separação de poderes, era o próprio Estado-administrador quem editava as normas que cominavam as infrações e sanções e quem, em muitas ocasiões, apreciava os casos levados ao seu conhecimento e aplicava as sanções por meio de instâncias de julgamento apartadas do judiciário e integradas ao corpo administrativo. Esse poder sancionador vai perder seu prestígio e encontrar entraves ideológicos com a transição para o Estado de Direito e com a inclusão da legalidade como princípio norteador dos ordenamentos jurídicos, chegando ao ponto de ter sua existência negada para defesa social, em prestígio do exclusivo poder judicial de se atribuírem sanções.

Após essa fase, chegou-se a negar em absoluto o poder da administração de praticar atos de cunho sancionatório. Na França, onde a separação de poderes sempre foi tratada com grande rigor teórico e prático, a aplicação de sanções desse tipo acabou sendo delegada aos Tribunais contenciosos e administrativos. No entanto, lentamente, voltou-se a recorrer às sanções administrativas como meio de controle social.

Nos dias de hoje, tanto em Espanha como no Brasil, esse poder sancionatório da administração continua a existir a toda evidência nas mãos do Estado, aplicado também por meio do Poder Executivo, e se faz necessário entender de onde parte essa atribuição do

Estado de invadir as esferas individuais de seus administrados, essencialmente quando se avança na aplicação de sanções à margem do poder judiciário e de suas consequentes garantias básicas (imparcialidade, contraditório, ampla defesa).[213]

Atualmente, entre a doutrina espanhola, há consenso de que existe um poder sancionatório atribuído, ou mesmo inerente, à administração pública – ao que chamamos de poder de polícia – e que esse poder sancionatório da administração pública forma, ao lado do poder sancionador dos tribunais, o *ius puniendi* estatal, o qual, ainda que dividido segundo os modos de aplicação, é reconhecido como sendo unitário. Tanto a sanção administrativa como a sanção aplicada judicialmente a uma conduta ilícita são manifestações de um único poder de punição, esse sim genuinamente inerente ao Estado de Direito, por força do contrato social.

Segundo Alejandro Nieto García, a unidade do *ius puniendi* representa hodiernamente, verdadeiro dogma científico, que permite uma aplicação satisfatória e harmoniosa das sanções estatais, impedindo velhas contradições e permitindo a resolução de dificuldades teóricas e práticas ligadas ao poder punitivo estatal.

Nesse ponto é necessário demarcar alguns pontos com clareza. O primeiro é o de que a ligação do direito penal ao direito administrativo sancionador, coma aplicação daqueles princípios nesse último ramo do direito, é uma criação doutrinária que pode ser creditada a García de Enterría.[214]

Segundo sua concepção clássica, que viria influenciar todo o direito administrativo e penal espanhol, as sanções administrativas e penais guardariam em si a mesma natureza, distinguindo-se, basicamente, por um critério formal, encontrado na autoridade que a aplicaria. Nesse sentido, tratando da sanção administrativa, leciona que

[213] Alejandro Nieto García adverte que a defesa de um monopólio judicial da aplicação das infrações administrativas não resistiria ao tempo, em que pese existirem ainda atualmente manifestações nostálgicas pela defesa desse monopólio judicial das sanções administrativas. Nesse sentido, o autor demonstra que "La potestad sancionadora de la Administración es tan antigua como ésta misma y durante varios siglos ha sido considerada como un elemento esencial de la Policía. A partir del constitucionalismo, sin embargo, cambiaron profundamente las concepciones dominantes, puesto que el desprestigio ideológico de la Policía arrastró consigo inevitablemente el de la potestad sancionadora de la Administración, cuya existencia terminó siendo negada en benefício de los Jueces y Tribunales, a los que se reconocía el monopolio estal de la represión. Los tiempos, con todo, han seguido cambiando y hoy casi nadie se atreve ya a negar la existencia de tal potestad – puesto que sería negar la evidencia –, aunque abunden los reproches nostálgicos y se abogue ocasionalmente por el mantenimiento (o restablecimiento) del monopolio judicial, as que se atribuye – cerrando los ojos a la realidad – el compendio de todas las perfecciones, incluidas las de la justicia, economía y eficacia" (NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 22).

[214] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El problema jurídico de las sanciones administrativas. *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 10, p. 409-416, 1976.

"se distinguem essas sanções das penas propriamente ditas por um dado formal, a autoridade que as impõe: aquelas, a Administração; estas os Tribunais Penais".[215]

O raciocínio do autor parte do princípio de que existem dois tipos de sanção administrativa: uma ligada à proteção interna da própria administração e outra, distinta, destinada à tutela da ordem geral. Segundo a explicação de Belén Marina Jalvo, "las primeras son un ejemplo de la tutela reduplicativa o en segunda potencia, que se sobrepone a la tutela primaria declarativa y ejecutiva de que la Administración se beneficia; (…) esa tutela se caracteriza por poner en marcha medios aflictivos contra los perturbadores del buen orden administrativo".[216]

Dessa forma, enquanto no primeiro grupo de sanções estamos lidando com a tradicional autotutela da administração pública, destinada à preservação de sua própria estrutura e de seus interesses identificados imediata e/ou teleologicamente com o interesse público, no primeiro grupo vamos encontrar uma manifestação de heterotutela, em uma construção sistêmica semelhante – se não idêntica – à do direito penal.

Logo, nesse segundo grupo de sanções defendeu García de Enterría que se manifestava na potestatividade sancionadora da administração um *ius puniendi* genérico do Estado, conceituado na sua faculdade de infligir um mal ao particular (uma sanção, seja penal, seja administrativa) com o objetivo de atingimento de seus fins projetados.

Para fundamentar seu posicionamento, o autor se socorreu da interpretação do Art. 25 da Constituição Espanhola de 1978, que diz que "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento". O autor viu no tratamento constitucional indistinto da sanção e dos delitos penais e administrativos, no que tange à aplicação do princípio da legalidade, a inexistência de diferenças ontológicas entre os dois âmbitos de intervenção punitiva.

Naturalmente, se o legislador constitucional se permite tratar do princípio da legalidade e dar a ele contornos idênticos para os âmbitos penal e administrativo sancionador, pode-se inferir que o fundamento de ambos os campos de intervenção é o mesmo, qual seja, a manifestação do *ius puniendi*. Em suas palavras:

> Aunque excluyendo ya esta última aplicación, inconciliable con otros derechos fundamentales, así como la posibilidad de que la Administración impusiera sanciones

[215] GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo II*. 5. ed. Madrid: Editora Civitas, 1998, p. 160. Tradução livre.
[216] JALVO, Belén Marina. *El Régimen Disciplinario de los funcionarios públicos*. 3. ed. Valladolid: Ed. Lex Nova, 2006, p. 88.

> privativas de libertad (la Administración civil, no la militar, como veremos), la Constitución de 1978 ha mantenido en el citado artículo 25 (dándole por vez primera rango constitucional) esa potestad administrativa de sancionar, sin que tampoco ofrezca ningún criterio objetivo para distribuirse el campo con el *ius puniendi* que se actúa a través de procedimientos judiciales. Es el legislador, por tanto, el que se efectúa esa distribución (así viene a admitirlo la propia Constitución) en su art. 45.3: "se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas" contra quienes atenten contra el medio ambiente; esa "o" es expresiva por sí misma), con frecuencia en virtud de razones puramente cuantitativas (por ejemplo, el delito fiscal respecto de la infracción administrativa del mismo carácter), otras la mayor parte de las veces, por razones de expeditividad ante una justicia penal bloqueada por la acumulación de asuntos, el procedimentalismo y la falta de articulación efectiva de la Administración con las Fiscalías, como ha notado Parada.[217]

Bem assim o *ius puniendi* estatal, por um mandamento constitucional pode manifestar-se de maneiras diferentes, seja pelo direito penal, seja pelo direito administrativo sancionador. Logo, os diferentes sistemas de imputação representariam, tão somente, as expressões de manifestação de um poder punitivo genérico.[218]

Essa interpretação, levada a efeito pela atuação da jurisprudência constitucional pode ser considerada o alicerce do sistema administrativo sancionador espanhol, concordando-se assim com as palavras de Alexandra Vilela quando destaca que, no país:

> a solução encontrada foi, no fundo, a de acolher a tese desenvolvida por García de Enterría que repousava na ideia segundo a qual existe um único e "genérico" *ius puniendi* do Estado, que, posteriormente, assume formas distintas, seja através do poder penal exercido por juízes, em tribunais, seja através do poder sancionatório da administração, o que justifica a aplicação dos princípios e das garantias penais ao direito administrativo sancionatório.[219]

A tese da natureza única das punições põe em evidência uma estratégia dogmática utilizada quando se pretende aproximar dois institutos: a criação de um conceito superior geral, ao qual se subordinarão os subconceitos cientificamente criados. Alejandro Nieto

---

[217] GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo II*, cit., p. 161.

[218] O que fica clarividente quando García de Enterría grafa que "el mismo *ius puniendi* del Estado puede manifestarse, pues (con la salvedad ya hecha de las penas privativas de libertad y de otros derechos civiles y políticos), tanto por la vía judicial penal como por la vía administrativa. Esto último supone – y esto es esencial – que el juez no interviene más que eventualmente y *a posteriori*, por vía común del recurso contencioso-administrativo, y esto mismo fue ya un progreso" (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo II*, cit., p. 163). No mesmo sentido são as precisas palavras de Alejandro Nieto García: "la primera cuestión que hay que aclarar es la de si el Ordenamiento Penal y el Ordenamiento Administrativo Sancionador constituyen un conjunto normativo. Lo que a mi juicio merece una respuesta afirmativa, una que la tesis del Poder punitivo único del Estado y del correlativo Ordenamiento punitivo único del Estado está presuponiendo implícitamiente la existencia de una conjunto normativo que comprende ambas 'manifestaciones'" (NIETO GARCÍA, Alejandro. Op. cit., p. 170).

[219] VILELA, Alexandra Maria dos Santos Esteves. Op. cit., p. 141.

García ressalta que essa técnica que é utilizada com o direito penal e o direito administrativo sancionador e sua subordinação ao *ius puniendi* geral, é meticulosamente transposta ao se tratar dos ilícitos, os quais, sob o signo de um ilícito geral (ou de uma ilicitude ou antijuricidade), vão se fracionar nos ramos dos ilícitos penais e ilícitos administrativos.

Na Espanha, a aparição da noção de supraconceito apareceu pela primeira vez em uma decisão de 1972 (Ar. 876, Medizábal), que entendeu que as contravenções tipificadas em regramentos administrativos se integravam ao supraconceito de ilícito "cuya unidad es compatible con la existência de diversas manifestaciones fenoménicas entre la cuales se encuentra tanto el ilícito administrativo como el penal". Assim, da ideia do supraconceito de *ius puniendi* geral deduz-se certa identidade substancial dos ilícitos penal e administrativo. Com efeito, atualmente, não há quem ainda defenda a existência de uma diferença ontológica entre o ilícito administrativo e o ilícito penal.

Pode-se dizer que tal identidade foi definitivamente fixada após a manifestação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (caso Oztürk, sentença de 21 de fevereiro de 1984) no sentido de que as consequências jurídicas de uma conduta, sejam elas penais ou administrativas, podem ser decididas pelos próprios Estados, não havendo a previsão de uma natureza fundamental penal para determinada conduta.[220] Essa decisão é vista no direito comunitário como um marco normativo, que fixa em definitivo a inexistência de critérios ontológicos diferenciadores entre os ilícitos penais e administrativos, diferença essa que se dará apenas no âmbito legislativo e estará a critério do poder legislativo dos Estados. Bem assim, define-se a hoje amplamente aceita afirmação de que a rotulação

[220] Cite-se preciso trecho da decisão: "The Convention is not opposed to States, in the performance of their task as guardians of the public interest, both creating or maintaining a distinction between different categories of offences for the purposes of their domestic law and drawing the dividing line, but it does not follow that the classification thus made by the States is decisive for the purposes of the Convention. By removing certain forms of conduct from the category of criminal offences under domestic law, the law-maker may be able to serve the interests of the individual (see, mutatis mutandis, the above-mentioned Engel and others judgment, ibid., p. 33, § 80) as well as the needs of the proper administration of justice, in particular in so far as the judicial authorities are thereby relieved of the task of prosecuting and punishing contraventions - which are numerous but of minor importance - of road traffic rules. The Convention is not opposed to the moves towards 'decriminalisation' which are taking place - in extremely varied forms - in the member States of the Council of Europe. The Government quite rightly insisted on this point. Nevertheless, if the Contracting States were able at their discretion, by classifying an offence as 'regulatory' instead of criminal, to exclude the operation of the fundamental clauses of Articles 6 and 7 (art. 6, art. 7), the application of these provisions would be subordinated to their sovereign will. A latitude extending thus far might lead to results incompatible with the object and purpose of the Convention" (Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":["oztürk 1984"],"documentcollectionid":["COMMITTEE","DECISIONS","COMMUNICATEDCASES","CLIN","ADVISORYOPINIONS","REPORTS","RESOLUTIONS"],"itemid":["001-57553"]}. Acesso em: 9 jul. 2012).

jurídica de uma infração em administrativa ou penal é uma atribuição do legislador, não havendo critérios ontológicos prévios que devam guiá-los.

Esse modelo de unidade do *ius puniendi*, não sem críticas por parte da doutrina, seria transportado para o direito administrativo sancionador brasileiro, como vermos em tópico subsequente.

2.7.3. Aplicação dos princípios gerais de direito penal ao direito administrativo sancionador

A decorrência imediata da identidade essencial do direito penal e do direito administrativo punitivo é que devem ser eles regidos pelos mesmos princípios reitores. Dito de outra forma trata-se de buscar os princípios não de direito penal ou de direito administrativo, mas, sim, dos princípios norteadores do direito de punir, do exercício do *ius puniendi*, que são encontrados, no entanto, dentro do corpo científico do direito penal.

Naturalmente, por todo seu desenvolvimento científico dos séculos XIX e XX, esses fundamentos e garantias relativos ao direito de punir já estavam aperfeiçoados e desenvolvidos no campo do direito penal, ao passo que ainda se encontravam praticamente não estudados no campo administrativo, que sempre se contentou com a fundamentação do poder de punir baseada no genérico conceito de interesse público. Logo, a solução mais simples e óbvia vislumbrada pela doutrina e mais tarde pela jurisprudência, foi a da aplicação dos princípios de direito penal ao direito administrativo sancionador.[221]

Quem inaugurou essa concepção na Espanha foi Eduardo García de Enterría em seu aclamado escrito "El problema jurídico de las sanciones administrativas".[222] Nesse trabalho, o autor destacou que o direito administrativo sancionador seria um direito repressivo "pré-beccariano", já que não incorporava o refinamento das garantias individuais gestadas no renascimento e consagradas durante o período iluminista. Nesse sentido, militou pela aplicação dos princípios da legalidade, da tipicidade e da

[221] Sobre isso, vale salientar que a explicação cronológica não é única explicação para a aplicação dos princípios do direito penal ao direito administrativo sancionador. Haveria ainda uma explicação constitucional e outra dogmática, consistentes, respectivamente (i) no fato de que os princípios progressistas de direito penal, focados na proteção do indivíduo deveriam ser transpostos ao direito administrativo que se dirige ao cidadão individualizado e (ii) no fato de que o direito penal até hoje estudado sempre foi desenhado como um direito penal geral, da qual parte da dogmática desenhada diz respeito ao direito penal em sentido estrito e parte dele poderia ser considerado um direito punitivo do Estado (NIETO GARCÍA, Alejandro. Op. cit., p. 169).

[222] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El problema jurídico de las sanciones administrativas, cit., p. 409.

culpabilidade, nos moldes do direito penal, ao direito administrativo, que deveria incorporar as categorias da prescrição e da presunção de inocência.[223]

Essa foi a conclusão a que chegou o Tribunal Constitucional espanhol "desde sus primeras Sentencias de amparo en la materia (30 de enero y 8 de junio de 1981), hizo suya esa postura que acabara de iniciar en el Tribunal Supremo: 'Los princípios inspiradores del orden penal son de aplicación, com ciertos matices, al Derecho sancionador, dado que ambos son manfestaciones del ordenamento punitivo del Estado, tal como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidade) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo..., hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales'".[224]

E é importante notar que tal conclusão não se dissocia no pensamento dominante na Espanha. Nesse sentido, Goméz Tomillo e Sáns Rubiales, partindo da premissa de que não é possível identificar ontologicamente diferenças entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, asseveram que:

> Desde nuestra perspectiva, el debate anteriormente expuesto en torno a la idéntica naturaleza jurídica de las infracciones administrativas no es de carácter meramente teórico, sino que resulta trascendente desde el punto de vista práctico, al menos, si se quiera adoptar un punto de vista tradicional y coherente. Aceptada la coincidencia sustancial entre ambos sectores del ordenamiento jurídico, la consecuencia práctica mas visible e lo expuesto sería la mayor parte de los principios y garantías que se predican del Derecho penal, los cuales son el fruto de una secular elaboración y desarrollo, se deberían aplicar también, *mutatis mutandis*, a las infracciones y sanciones administrativas, en la medida en que los mismos sean compatibles con el cumplimiento de la función a la que estas últimas están destinadas.[225]

Alejandro Nieto García também reconhece que a admissão da identidade essencial do direito administrativo sancionador com a do direito penal importou no reconhecimento de tal sistema deveria se erigir como um sistema de garantias do cidadão contra a invasão do poder estatal sobre seus direitos.[226] Por outro lado, integrá-lo ao direito público,

---

[223] GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. El problema jurídico de las sanciones administrativas, cit., p. 409-416.

[224] GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo II*, cit., p. 164.

[225] GOMÉZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Ínigo. *Derecho administrativo sancionador*. 2. ed. Navarra: Editora Aranzadi, 2010, p. 109-110.

[226] Nesse sentido considera que "hemos llegado en España a una fase en la que ya *no se discute 'si' los principios del Derecho Penal se aplican al Derecho Administrativo Sancionador*, puesto que así se acepta com práctica unanimidade" e mais à frente complementa que "*la principal dificuldade se encuentra en la determinación de 'qué' princípios van a ser aplicados y, sobre todo, de 'hasta qué punto' van a serlo"* (NIETO GARCÍA, Alejandro. Op. cit., p. 167).

representaria inseri-lo em um sistema que, não obstante não ignorar as garantias individuais, tem seu plano de atuação focado nos interesses gerais e coletivos.[227]

Segundo sua concepção a imposição de sanções pela administração pública faz parte da função de administrar, de garantir que os programas estatais concebidos politicamente possam ser eficazmente aplicados sem a interferência dos particulares e, principalmente, com seu auxílio positivo. Nesse ponto, chama atenção o fato de que, a inclusão no âmbito do direito administrativo, não importa, necessariamente, na renúncia às garantias do indivíduo tão predicadas no âmbito do direito penal, sendo possível a elaboração de um sistema, em direito administrativo, que as tenham em boa conta, não obstante o vértice de inclinação voltado à busca da defesa e do fomento dos direitos coletivos e difusos.

Sobre esse ponto, Alejandro Nieto García entende que todas as tentativas de aplicação dos princípios de direito penal ao direito penal administrativo restaram infrutíferas.[228] A aplicação imediata das garantias básicas de direito penal de certo inviabilizariam a sanção administrativa e a aplicação de tais princípios, adaptados à matriz administrativo-sancionadora, acabou por deformar de tal modo as características originais, que acabavam por apenas falsear a aplicação dos princípios, que, em verdade, jamais estiveram ali presentes.

E, com base em tais premissas, conclui que "el derecho administrativo sancionador no debe ser construído con los materiales y con las técnicas del Derecho Penal sino desde el propio Derecho Administrativo, del que obviamente forma parte, y desde la matriz constitucional y del Derecho Público estatal".[229]

Bem assim, propõe o autor que os sistemas penal e administrativo-sancionador possam gozar de um sistema de vasos comunicantes de modo que o sistema penal seja capaz de transportar princípios (e regras gerais) para o sistema administrativo, mas, também, e aqui a inovação do autor, que o sistema administrativo seja capaz de transportar seus princípios para o direito penal. Nesse sentido aduz o autor que:

---

[227] Ainda sobre o tema, recomenda-se a leitura do esclarecedor texto de VADILLO, Enrique Ruiz. La aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el derecho administrativo sancionador, examinados desde la vertiente constitucional, administrativa y penal. In: *Las fronteras del Código penal y el derecho administrador sancionador. Cuadernos de derecho judicial*, nº 11, p. 19-39.

[228] Em suas próprias palavras, a inspiração pela busca de princípios dentro do direito administrativo e não do direito penal se deveriam ao fato de "haber constatado el fracaso una metodología – la extensión de los princípios de Derecho Penal – que ha demonstrado no ser certera desde el momento en que la traspolación automática es imposible y que las matiziaciones de adaptación sonj tan dificíles como inseguras, hasta tal punto que el resultado final nada tiene que ver com princípios originários, cuyo contenido tiene que ser profundamente falseado" (NIETO GARCÍA, Alejandro. Op. cit., p. 28).

[229] NIETO GARCÍA, Alejandro. Op. cit., p. 28.

> Bien es verdade que a este proposito surge una duda inquietante: si la base de este mecanismo de comunicación o extensión normativa es la idea de que el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador son manifestaciones iguales y paralelas de un Derecho punitivo común ¿por qué se da prevalencia a los principios del Derecho Penal, que se extienden a los del Derecho Administrativo Sancionador, y no a la inversa? A mi modo de ver, la transposición normativa habría de discurrir en las dos direcciones, como en un mecanismo de vasos comunicantes. Y creo que esta tesis es teórica y constitucionalmente defendible, si bien no se haya aplicado nunca en la práctica por una razón mui sencilla: hasta ahora, en el ordenamiento jurídico español, el Derecho Administrativo Sancionador carece de principios que puedan transportarse al Derecho Penal. De aquí que la cuestión nunca haya llegado a plantearse ni en la doctrina ni en la práctica jurisprudencial; pero es inevitable que tarde o temprano haya de surgir, sobre todo cuando el Derecho Administrativo Sancionador logre desprenderse de su antiguo "complejo de inferioridad", al que de ordinario se acumula también, y con no menos fuerza, otro de "culpabilidad".[230]

Partindo de tal premissa, e identificando a extrema dificuldade prática de aplicação dos princípios penais ao direito administrativo sancionador, seja no que tange à identificação de quais princípios deveriam ser aportados, seja no que tange ao invencível desafio da matização da extensão do âmbito de aplicação dos princípios de um sistema no outro, Alejandro Nieto García propõe uma nova formulação consistente na elaboração de um sistema englobante, da qual fariam parte o direito penal e o direito administrativo sancionador, cujos desenhos trataremos em capítulo próprio ao tema.

2.7.4. Breve conclusão

O ordenamento jurídico espanhol, partindo de uma matriz doutrinária cristalizada pela jurisprudência do país, caminhou em sentido diferente dos ordenamentos jurídicos alemão e português. Em vez de se buscar a formalização de um sistema de organização inserido no direito penal, qual seja, um direito ordenacional que cuidasse de âmbitos de interesse – não só – mas em grande parte coincidentes com a administração, procurou readequar seu sistema administrativo sancionador, dando a ele os contornos de garantia do direito penal.

Visto de outra maneira, ao invés de uma iniciativa de reação ao poder punitivo da administração pública que se observou em Portugal e Alemanha, onde se procurou pela elaboração de sistemas próprios com leis quadros e regras gerais, a retirada da administração do seu poder de punir, na Espanha, observou-se uma iniciativa de readequação desse poder de punir, limitando-o com base na experiência prévia do desenvolvido sistema jurídico-penal.

[230] NIETO GARCÍA, Alejandro. Op. cit., p. 169.

Essas diferenças de resultado ainda escondem diferenças fundamentais no que tange ao arcabouço teórico que ancora cada um dos sistemas. E isso porque, se em Portugal e Alemanha foi necessário um esforço doutrinário secular no sentido de delimitar materialmente o âmbito dos ilícitos penal e administrativo, para assim poder delimitar os contornos de cada um dos âmbitos de intervenção, na Espanha foi necessário que, pelo contrário, se negasse qualquer diferença substancial entre os ilícitos, sendo assim possível, por meio da concepção de um *ius puniendi* geral, defender a aplicação dos princípios de direito penal ao direito administrativo sancionador, mecanismo indispensável para adequação sistêmica e limitação do poder de punir.

Parece-nos, contudo, que a solução espanhola, de indiscutível funcionalidade até hoje, pode estar enfrentando uma erosão de suas bases, identificada pela dificuldade de "matização" e "adaptação" de princípios, conforme denunciado por Alejandro Nieto García. Essa mesma dificuldade é hoje enfrentada no Brasil, como veremos a seguir, quando analisaremos, dentro do sistema misto nacional, o direito administrativo sancionador aplicado em nossa pátria.

Capítulo 3. Evolução do direito penal de polícia, contravencional e administrativo sancionador no Brasil

3.1. Introdução

No presente tópico buscaremos traçar um breve panorama sobre a evolução das soluções alterativas ou laterais ao direito penal no decorrer da história.[231] Com efeito, à semelhança do que aconteceria em Portugal e na Alemanha, no Brasil dos séculos XVII a XIX se observaria a existência de um direito penal de polícia ao lado do direito penal clássico, que gradativamente iria perder espaço para o direito administrativo sancionador (não enquanto sistema punitivo à semelhança do que ocorre na Espanha, mas sim como manifestação do poder punitivo da administração) e para um direito contravencional que se iniciaria no início do século XIX, que se estende até os dias de hoje, embora com força prática cada vez menor, em face de sua inadequação aos corolários fundamentais do direito penal.

Por fim, esse próprio direito penal voltaria de maneira definitiva a abarcar as demandas já cristalizadas do Estado Social, agora passando a interver significativamente em outras áreas como economia, meio ambiente, relações informáticas e de consumo, etc. Esse direito penal econômico surgido como disciplina autônoma na segunda parte do século XX não será objeto de análise aprofundada no presente tópico, já que muitas de suas peculiaridades e origens já foram delineadas no capítulo precedente e serão analisadas no capítulo posterior.

O que se pretende mostrar no presente tópico são as montagens sistêmicas da engenharia jurídica no decorrer da história do Brasil. É digno de nota que a doutrina nacional é carecedora de uma análise desse cariz, que busca identificar como o problema

[231] É importante aqui esclarecer que optamos por não fazer um escorço histórico do Brasil colonial, visto que as Ordenações Filipinas que vigoravam no Brasil não terão ligação direta com o tema aqui tratado. Como em todo trabalho, para restringir os limites do estudo histórico, optamos por analisar o direito penal pós-iluminismo, já codificado e sistematizado. Nesse sentido, Zaffaroni e Batista destacam que "é ilusório atribuir à programação criminalizante, na conjuntura colonial brasileira seiscentista, funções similares às que desempenhará em momentos posteriores. Os usos punitivos do mercantilismo, concentrados no corpo do suspeito ou condenado – na reivindicação mercantil do degredo, nas galés, nos açoites, nas mutilações e na morte – encontram-se na colônia, praticados principalmente no âmbito privado. Além de constituir uma tradição ibérica, essa *continuidade público-privada* se beneficiava, em primeiro lugar, da incipiente e lerda implantação das burocracias estatais no Brasil colonial (ainda assim atreladas aos cliclos produtivos e à tutela do monopólio); em segundo lugar do escravismo, inexoravelmente acompanhado de um direito penal doméstico; e, em terceiro lugar, do emprego de resquícios organizativos feudais ao início do esforço de ocupação" (Zaffaroni, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003, p. 412). Dessa forma, iniciaremos nossa análise a partir da Constituição do Império de 1824, traçando apontamentos das matérias pertinentes ao tema até os dias atuais.

da infração penal e da reiterada necessidade de proteção de novas demandas sociais e políticas foi enfrentado no plano legislativo na evolução do direito brasileiro.[232] Não nos furtaremos, ainda, de analisar a opinião da doutrina no decorrer dessa evolução, o que nos permitirá enxergar as contradições técnico-jurídicas que ainda remanescem no cenário jurídico-penal nacional.

Ainda é importante mencionar que a presente análise se foca nos conceitos legais e doutrinários dos modelos sistêmicos de punição adotados pelo Estado no decorrer dos tempos. Não nos prenderemos, portanto, aos crimes, contravenções e ilícitos administrativos em espécie, nem, por ora, na crítica da eleição de cada um dos âmbitos de intervenção.

Procuraremos, portanto, tão somente, congregar as concepções dos modelos de intervenção utilizados, analisando suas razões etiológicas e suas consequências jurídicas nos planos do direito material e processual. Mais do que tudo, o objetivo da presente análise foi encontrar a estrada escondida nas leis, que se proliferam e não foram aparadas no tempo, que leva o direito penal policial do Império até o direito penal e administrativo da atualidade.

Sem dúvida, o objetivo da presente análise é o de se extrair elementos para, ao fim, se poder cotejar a teoria do direito penal secundário com a realidade do ordenamento jurídico brasileiro. Sem dúvida, embora as matrizes do pensamento jurídico-penal brasileiro estejam ligadas ao ordenamento e à ciência jurídica portuguesa, os arranjos sistêmicos e a orientação doutrinária de cada um dos países caminharam em direções completamente diferentes, senão opostas, principalmente a partir da segunda metade do século XX.

Dessa matriz fundamental sistêmica diversa, emergirão problemas de readequação sistêmica que, a uma primeira vista, poderão parecer insolúveis. No entanto, dedicaremos nosso próximo capítulo a demonstrar que a utilização de rearranjos jurídico-sistêmicos no Brasil poderá permitir a utilização das estruturas de um direito penal secundário nesse país, sem que, com isso, seja necessária a utilização do modelo português, mantendo-se a fundamental estrutura do ordenamento jurídico nacional.

---

[232] Na Alemanha, por exemplo, mencionada análise foi feita de maneira monumental por Heinz Mattes (MATTES, Heinz. *Problemas de derecho penal administrativo. Historia y derecho comparado*, cit., p. 73-238), que antes da análise do tema do direito penal administrativo fez questão de analisar e concluir sobre a evolução histórica dessa disciplina em seu país. Não escondemos a influência da obra de Mattes no presente trabalho, enquanto modelo estrutural de análise. Não ousando comparar o presente trabalho àquele, pretendemos, no entanto, traçar, em terras nacionais, os passos que foram trilhados pelo autor na Alemanha.

3.2. O direito penal de polícia no Brasil Império

Em 1924 foi outorgada por D. Pedro I a Constituição Política do Império do Brazil, a primeira carta política do país, que anteriormente compartilhava da legislação portuguesa em vigor, as ordenações filipinas.

Em primeiro lugar, importa consignar que a Carta em referência prestigiava o princípio da separação dos poderes, consignando-se em seu art. 9º ser esse "principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição oferece".

Como se sabe, no entanto, além da divisão clássica de Montesquieu entre Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a Constituição de 1824 trazia a pitoresca figura do Poder Moderador, que, nos termos do art. 98 do diploma constitucional, era tido como a "chave de toda a organização política do Estado".

No que tange à organização da justiça e da polícia importa mencionar que competia ao Poder Executivo "prover a tudo, que fôr concernente à segurança interna, e externa do Estado, na fórma da Constituição".[233] Ainda, é pertinente notar que cabia ao Poder Executivo a nomeação dos magistrados, nos termos do art. 102, inciso III, da Constituição do Império.

O poder judiciário foi organizado nos moldes do art. 151 que indicava que "o Poder Judicial independente, será composto de Juizes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Civel, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem".

Ainda, no que tange à iluminação do direito penal no Brasil, vale ressaltar que o art. 179 garantia a "inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade". Ainda, foi inserido no diploma positivamente o princípio da legalidade, no inciso I do mencionado artigo. [234]

Por fim, uma interessante disposição da Constituição estava impressa no inciso II, que dizia que nenhuma lei seria estabelecida sem "utilidade pública". A importância da

[233] Artigo 102, inciso XV, da Constituição Política do Império do Brazil, de 1824.

[234] Não se pode deixar de fazer nota, contudo, às contradições ideológicas da Constituição de 1824, que ao mesmo tempo que atendiam aos ideais burguesas liberais, conservavam os interesses rurais escravistas. E ainda, "se fosse possível abstrair a condição jurídica dos escravos, outra contradição se estabeleceria, no âmbito penal, entre as remanescentes Ordenações Filipinas e as promessas da nova ordem constitucional. Tomemos, exemplificativamente, três delas: o princípio da reserva legal, a proscrição dos açoites e "mais penas cruéis", e a proibição de responsabilidade por fato alheio, todas reconhecidas pela Constituição de 1824 (art. 179, XI, XIX e XX). Sabemos que no antigo regime o intendente de polícia e várias outras autoridades judiciais e administrativas podiam declarar uma atividade ilegal, bastando para tanto baixar uma norma que frequentemente cominava pena. Sabemos também da posição estratégica do princípio da reserva legal na conjuntura revolucionária burguesa" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*, cit., p. 424).

disposição constitucional remonta ao fato de já se preocupar com a legitimidade das legislações. Vale lembrar que mencionada Carta Constitucional fora outorgada ainda antes do desenvolvimento da teoria do bem jurídico-penal, mas já se influenciava pelos ideais iluministas do século XIX.

O Código Penal do Império foi editado em 1830 e refletia a "contradição entre o liberalismo e escravismo" e a "descentralização e centralização" política.[235] À semelhança da carta constitucional de seu tempo, o art. 1º do Código consagrava o princípio da legalidade ao dizer que "não haverá crime, ou delicto (palavras synonimas neste Codigo)[236] sem uma Lei anterior, que o qualifique".[237]

Ainda, além das violações às leis penais considerava-se crime, também, o abuso de poder, assim definido como o uso do poder público contra os interesses públicos, ou em prejuízo de particulares sem que "a utilidade pública o exija".[238] Aqui, mais uma vez, vê-se a recorrência ao conceito de utilidade pública para demarcação da legitimidade da intervenção penal, malgrado, uma vez mais, tal disposição viesse a ferir o princípio da reserva legal.

Quanto às sanções, o Código do Império previa penas de morte, de banimento, de galés, de trabalhos forçados, degredo, desterro, prisão com trabalho e prisão simples. Também o art. 55 previa a pena de multa e já eram previstas outras penas de caráter administrativo como a suspensão ou perda de emprego (arts. 58 e 59). Por fim, ainda era prevista a pena de açoites para escravos.

---

[235] Ambas as citações: ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*, cit., p. 423.

[236] É de se notar que o Código tratava indistintamente os crimes dos delitos, não tecendo diferenças materiais quantitativas à semelhança do *code* de Napoleão editado em 1804, que trazia uma divisão tripartida das infrações penais. Sobre isso, Zaffaroni, tratando da influência francesa, destaca que "a despeito da colisão frontal entre o artigo 1º do código penal napoleônico, que estabelecia a divisão tripartida (contravenção, delito e crime), e o código imperial (que dispunha serem crimes e delitos palavras sinônimas), Tobias Barreto afirmava que o brasileiro teve do *code* por principal modelo" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*, cit., p. 430).

[237] Aqui, mais uma contradição notada por Zaffaroni e Batista que muito bem pontuam que, apesar da previsão da Constituição e do Código Criminal, o Código de Processo Criminal de 1832 (art. 12, §3º), facultava aos Juízes de Paz cominar penas de multa até trinta mil réis, prisão até trinta dias, e três meses no caso de violação aos termos de segurança (ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*, cit., p. 424-425).

[238] "Art. 2º Julgar-se-ha crime, ou delicto: 3º O abuso de poder, que consiste no uso do poder (conferido por Lei) contra os interesses publicos, ou em prejuizo de particulares, sem que a utilidade publica o exija". Sobre isso, Pierangelli leciona que "no seu art. 179, a Constituição de 1824 estabeleceu regras e princípios que reafirmavam a sua concepção liberal, que efetivamente norteava a figura ímpar, e muitas vezes contraditória, do Imperador. Assim, de se destacar: Item II – "nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública", onde se apresentavam claramente as ideias de Jeremias Benthan, para quem "os sistemas legislativos deveriam orientar-se pela utilidade" (PIRANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil. Evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 66).

Diante de tal diversidade de tipos de sanção, ao contrário do que sucedeu nas legislações posteriores, a nem todos os crimes se cominavam penas da mesma espécie. O crime de peita (art. 130), por exemplo, cominava penas de perda e inabilitação para emprego, multa e prisão. No entanto, caso o ato pelo qual recebeu o valor não fosse realizado, não se aplicaria a pena de prisão. O mesmo ocorria com o crime de suborno do art. 133. Para o crime de concussão (art. 135), previa-se somente a suspensão de emprego. Além disso, eram previstos alguns crimes de cariz eminentemente administrativos e disciplinares, que sequer cominavam penas de prisão, considerados como falta da exação no cumprimento de deveres (Secção VI, arts. 153 e 154) e irregularidade de conduta (Secção VII, art. 166).

O crime de contrabando era outra modalidade criminosa que não previa penas privativas de liberdade. Segundo o art. 177, aquele que importasse ou exportasse gêneros ou mercadorias proibidas ou não pagasse os impostos sobre elas incididos, estaria a sujeito a pena de perda das mercadorias ou gêneros e de multa igual à metade do valor deles. Aqui, uma peculiaridade digna de nota: segundo o §1º do art. 17 da Lei nº 261, de 1841, que modificava o Código de Processo Criminal do Império, o julgamento desse crime nos casos de flagrante delito caberia à autoridade administrativa e não ao magistrado. Vê-se, assim, ainda uma reminiscência do antigo regime onde não se distinguia o poder penal dos magistrados do poder policial das autoridades administrativas.

Por fim, resta anotar que a Parte Quarta do Código Criminal do Império tratava dos Crimes Policiais, revelando aí ainda um traço do direito penal de polícia do antigo regime. Esses delitos, que posteriormente seriam alçados à categoria de contravenções penais, estavam previstos na última parte do Código e eram vistos já como crimes menores, cujo procedimento de persecução era particularizado, como veremos mais à frente, e se dedicavam à manutenção da ordem pública e à prevenção de delitos.

Para notar as semelhanças como as contravenções, basta observar que se consideravam crimes policiais as práticas de mendicância e vadiagem (arts. 295 e 296), que cominavam penas de prisão simples inferiores a um ano. De maneira análoga o uso de armas defesas (arts. 297 a 299), as ofensas da religião, da moral e do bom costume (Capítulo I), as sociedades secretas (Capítulo II), os ajuntamentos ilícitos (Capítulo III), o uso de nomes e títulos indevidos (Capítulo VII) e o uso indevido de imprensa (Capítulo VIII).

A divisão jurisdicional estabelecida pelo Código de Processo Criminal de 1832 era a de Distritos de Paz, Termos e Comarcas. Todos os distritos deveriam possuir ao menos um Juiz de Paz e um escrivão. Por termo, definia-se a alocação de um Juiz Municipal, um Promotor Público e um escrivão. Cada Comarca deveria possuir de um a três Juízes de Direito, sendo que um deles ao menos deveria acumular o cargo de Chefe de Polícia.

Os Juízes de Paz eleitos por votação entre os cidadãos da localidade possuíam obrigações administrativas (art. 12, § 1°, registro de pessoas) e também policiais (art. 12, §§ 2º e 3º). Além disso, cabia ao juiz de paz os procedimentos investigatórios e preventivo-cautelares (art. 12, §§ 4º, 5º e 6º). Também eram ungidos os Juízes de Paz de função jurisdicional para o julgamento das contravenções às posturas municipais e para os crimes em que não se impusessem penas superiores a multa de até 100 mil réis, prisão, degredo ou desterro de até 6 meses (art. 12, § 7º). [239]

Os Juízes Municipais eram escolhidos pelas Câmaras Municipais e tinham atribuição de substituir os Juízes de Direito nas Comarcas, executar dentro dos Termos as sentenças e mandados expedidos pelos Juízes de Direito e Tribunais e de exercitar cumulativamente a jurisdição policial (art. 33).

Por fim, os Juízes de Direito eram bacharéis de direito nomeados pelo Imperador. Gozavam da garantia da inamovibilidade e tinham atribuições de presidência das sessões dos Tribunais do Júri (art. 46, §§ 1º ao 6º), inspecionar e auxiliar os Juízes Municipais e de Paz (art. 46, § 9º) e, acima de tudo, cabia a ele a "aplicação da lei ao fato" (art. 46, §7º), sendo este, em outras palavras, o exercício da precípua função jurisdicional.

Em 1841, foi outorgada a Lei nº 261, que alterava a organização judiciária do Império. Mencionado diploma deu contornos ao atípico regime jurídico dos chefes de

[239] "Art. 12. Aos Juizes de Paz compete:

§ 1º Tomar conhecimento das pessoas, que de novo vierem habitar no seu Districto, sendo desconhecidas, ou suspeitas; e conceder passaporte ás pessoas que lh'o requererem.

§ 2º Obrigar a assignar termo de bem viver aos vadios, mendigos, bebados por habito, prostitutas, que perturbam o socego publico, aos turbulentos, que por palavras, ou acções offendem os bons costumes, a tranquillidade publica, e a paz das familias.

§ 3º Obrigar a assignar termo de segurança aos legalmente suspeitos da pretenção de commetter algum crime, podendo cominar neste caso, assim como aos comprehendidos no paragrapho antecedente, multa até trinta mil réis, prisão até trinta dias, e tres mezes de Casa de Correcção, ou Officinas publicas.

§ 4º Proceder a Auto de Corpo de delicto, e formar a culpa aos delinquentes.

§ 5º Prender os culpados, ou o sejam no seu, ou em qualquer outro Juizo.

§ 6º Conceder fiança na fórma da Lei, aos declarados culpados no Juizo de Paz.

§ 7º Julgar: 1º as contravenções ás Posturas das Camaras Municipaes: 2º os crimes, a que não esteja imposta pena maior, que a multa até cem mil réis, prisão, degredo, ou desterro até seis mezes, com multa correspondente á metade deste tempo, ou sem ella, e tres mezes de Casa de Correcção, ou Officinas publicas onde as houver."

polícia, que, embora desempenhassem funções administrativas e policiais, faziam parte da organização do Judiciário.

Segundo o diploma, os chefes de polícia eram eleitos entre os juízes e magistrados (art. 2º) que, nos termos do art. 3º, podiam acumular ambas as funções. Tinham as mesmas funções dos Juízes de Paz (art. 4º, § 1º), mas sua função precípua se ligava à vigilância e providência da prevenção dos delitos e manutenção da segurança e tranquilidade pública. Além disso, possuíam também atribuições administrativas (inspecionar teatros e espetáculos públicos, art. 4º, § 6º) e possuíam atribuição em toda a província.

A alteração legislativa representou a delegação de poderes jurisdicionais às autoridades policiais que agora poderiam apreciar e julgar determinados delitos, conforme as atribuições dos Juízes de Paz, acima descritas. Via-se assim, novamente, uma fusão entre as atribuições judiciárias e administrativas, policiais e de justiça, à semelhança do antigo regime, ferindo o princípio da divisão de poderes[240] e novamente centralizando os Poderes nas mãos do Imperador.[241]

É interessante observar o procedimento judicial da aplicação das sentenças dos Juízes de Paz e, posteriormente, também dos Chefes de Polícia, tendo em vista sua semelhança gritante com o rito sumaríssimo da Lei nº 9.099/95, hoje em vigor no Brasil e, na época de sua edição, festejada como uma grande inovação legislativa que trazia medidas "despenalizadoras".

[240] Outro exemplo da ignorância do princípio da divisão de poderes está impresso no art. 42 do Decreto nº 1.930, de 1857, que trata do regime administrativo das estradas de ferro e estações de trens. Mencionado diploma impunha penas de multa para o descumprimento de ordens administrativas de preservação locais. Mas, para além disso, concedia-se aos administradores das estações atribuições policiais e administrativas para prender e aplicar multas aos infratores das disposições legais. Apenas os que se recusavam ao pagamento das multas eram conduzidos às genuínas autoridades policiais.

[241] Nesse sentido, Zaffaroni destaca que "as turbulências do período regencial propiciaram condições para o chamado movimento de '*regresso'*, cujo marco inicial pode-se situar na interpretação do Ato Adicional (nº 105, de 12.mai.840), que tratou de esclarecer que a citada expressão polícia compreendia apenas a polícia administrativa e não a polícia judiciária (art. 1º) bem como que a palavra 'magistrado' não abrangia os membros das Relações e tribunais superiores (art. 4º). Através da Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, foi o Código de Processo Criminal reformado, no sentido de transferir os poderes dos juízes de paz – inclusive o de julgar contravenções e crimes punidos com prisão de até 6 meses – para as autoridades policiais, acrescentando-lhes outros (arts. 4º, 5º, 6º e 91); juízes municipais e promotores públicos passam ser incondicionalmente nomeados e demitidos pelo imperador (...) O pacto político que presidiu foi assim sintetizado: 'longe de terem sido destruído pelo governo central, os chefes locais teriam se aliado a ele, como benefícios para os dois lados: o governo ganhava sustentação nas bases rurais, os senhores territoriais legitimavam seu domínio político em nível local". O interesse especial que esses movimentos de descentralização e centralização de poder nos oferecem está na circunstância de terem sido exercidos principalmente com a utilização de poder punitivo, manipulando menos na programação criminalizante do que na organização judiciária e policial e no processo penal. As raízes do autoritarismo policial e vigilantismo brasileiro estão fincadas nessa conjuntura histórica, que demarca o inevitável projeto do fracasso liberal" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*, cit., p. 427).

Segundo o art. 205 do Código de Processo Criminal do Império, os juízes de paz, quando recebessem uma denúncia ou queixa das contravenções ou crimes de sua competência, deveriam citar o acusado para o comparecimento em audiência una, onde deveriam ser ouvidas as testemunhas, o ofendido e ele próprio, proferindo-se sentença na mesma audiência. Na hipótese de não se iniciar por denúncia ou queixa, seria lavrado um "auto circunstanciado" do fato e se procederia, em seguida, à audiência una (art. 206). Ainda, as decisões proferidas pelos juízes de paz seriam passíveis de recurso às juntas de paz, órgão colegiado formado pelos juízes de paz (arts. 213 e 216).

Em 1871, foi aprovada pela Princesa Imperial Regente uma lei de alteração judiciária, dando mais importância às atribuições dos juízes de direito e aos Tribunais de Relação. Mencionada lei, em seu § 4º, prescrevia taxativamente a vedação da acumulação dos cargos de Juiz Municipal e Substituto com o de qualquer autoridade policial. Ainda, embora mantivesse a disposição de que o chefe de polícia seria escolhido entre os magistrados, seu § 5º do art. 1º prescrevia que quando o magistrado estivesse no exercício do cargo policial não gozaria do predicamento de sua magistratura, não obstante pudessem ser mantidos seus vencimentos pecuniários.

Além disso, foram alteradas as competências dos juízes de paz e municipais. Retirou-se dos juízes de paz – e por consequência dos chefes de polícia – a competência para julgamento de infrações aos termos de segurança e bem viver, cuja atribuição deslocou-se aos juízes municipais. Por meio do art. 9º, extinguiu-se a jurisdição dos chefes de polícia, delegados e subdelegados para o julgamento de contravenções municipais e crimes de competência dos juízes de paz, bem como para o julgamento de infrações aos termos de bem viver e segurança. Também, cassou-se a possibilidade de condução do processo e pronúncia nos crimes comuns.

Se no âmbito legal houve durante grande parte do período imperial uma mistura de funções e atribuições entre polícia e justiça, no âmbito acadêmico não se encontravam melhores resultados quanto às distinções entre órgãos e poderes. Pimenta Bueno fazia distinção entre a polícia administrativa ou preventiva e a polícia judiciária, a primeira voltada à proteção da sociedade de seus membros, assegurando os direitos, evitando perigos, prevenindo delitos e mantendo a ordem, e a segunda, "rastreando e descobrindo"

crimes. É digno de destaque que o autor já considerava que a polícia preventiva era "mais da alçada do direito administrativo, do que do processo criminal".[242]

Ainda, reconhecia sem espanto o poder jurisdicional da polícia judiciária. Essa, em sua classificação, era dividida entre polícia criminal e polícia correcional, sendo que à última poderia ser reservada a alçada para julgamento de crimes menores.[243]

3.3. A transição para o direito contravencional qualitativo da República Velha

Em 1890, logo após a proclamação da República entrou em vigor o Decreto nº 847/90, promulgado pelo Chefe do Governo Provisório da então chamada República dos Estados Unidos do Brazil, Marechal Deodoro da Fonseca, instituindo-se assim o Código de Penal de 1890.

Um ano depois seria promulgada a Constituição dos Estados Unidos do Brazil, em 1891, instituindo a forma republicana de governo no país, que então passava a se constituir em modelo federativo. Dessa forma, nos termos do art. 2º da Carta Magna, cada uma das antigas províncias constituiria um Estado da Federação e a Capital, antigo distrito neutro, passaria a ser o Distrito Federal.

O novo modelo de governo prestigiava pela vez primeira a tripartição de poderes do Estado nos moldes tradicionais, suprimindo-se, de tal sorte, a atípica figura do poder moderador. Segundo o art. 34, alínea 23ª, competia ao Congresso Nacional, privativamente, a legislação em matéria criminal. Há de se ressaltar, contudo, que a matéria processual competia aos Estados, com exceção aos processos de competência da Justiça Federal. A Constituição da Republica Velha, dessa forma, em sua Seção III, só tratava da organização judiciária no nível Federal, no âmbito do qual se criou o Supremo Tribunal Federal como instância última do poder judicial, abaixo do qual estariam, respectivamente, os Tribunais Federais e os Juízes Federais.

No âmbito material, a legislação trazida pelo Código Penal da República Velha trouxe significativas alterações no que tange aos tipos de infrações penais. Pela primeira vez, distinguiu-se, ainda que formalmente, no Código Penal, os crimes das contravenções. Com efeito, o art. 2º do Diploma prescrevia que "a violação da lei penal consiste em acção

[242] PIMENTA BUENO, José Antônio. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Companhia Portuguesa Editora, 1922, p. 3.

[243] Nesse sentido destaca que "como polícia criminal, que respeita a crimes maiores que são da alçada dos tribunais criminaes, ella limita-se a auxiliar a acção d´estes, nos termos que ficam expostos. Como policia correcional, além do que lhe é próprio, ella tem também sua alçada de julgamento, extende-se a corrigir os pequenos delictos, no intuito de evitar que d´elles provenham maus hábitos ou delictos maiores" (PIMENTA BUENO, José Antônio. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*, cit., p. 3).

ou omissão; constitui crime ou contravenção". Como se vê, ainda que as distinguindo na referência, o artigo tratava indistintamente dos crimes e contravenções como ações ou omissões contrárias à lei penal. Disso pode-se extrair a conclusão de que as recém-concebidas contravenções já nasciam com natureza precipuamente penal.

Nos arts. 7º e 8º é onde podemos encontrar com mais nitidez a distinção dos conceitos. Segundo o primeiro, crime era a violação imputável e culposa da lei penal. Já a contravenção, refletindo o pensamento da época, era o fato voluntário punível que consistia "unicamente na violação, ou na falta de observância das disposições preventivas da lei e dos regulamentos".

É possível notar, portanto, que a definição material da contravenção calcava-se no conceito de prevenção de perigos e, também, no descumprimento de normas administrativas o que se revela de maneira clara pela leitura da expressão "falta de observância das disposições preventivas dos regulamentos".

Da leitura do art. 24 do Código Penal é possível extrair a conclusão de que as contravenções não previam genuínas penas criminais. E isso porque, segundo a sua redação, as ações ou omissões contrárias à lei que não fossem cometidas com intenção criminosa ou não resultassem de negligência, imprudência ou imperícia não seriam passíveis de pena. E como se viu, o conceito de contravenção não exigia os componentes da culpa ou dolo para sua configuração.

Por outro lado, não se fazia qualquer distinção quanto às sanções cominadas para os crimes e para as contravenções. Pelo contrário, o art. 43, indistintamente, dizia que as penas estabelecidas no código seriam a prisão celular, o banimento, a reclusão, a prisão com trabalho obrigatório, a prisão disciplinar, a interdição, a suspensão e a perda do emprego público, com ou sem inabilitação e a multa. É digno de nota que os arts. 51 e 52 tratavam pela vez primeira do livramento condicional.

Ainda é ponto de destaque o art. 60 do diploma, que prescrevia que não seria considerada penal a pena administrativa, demarcando assim com grande nitidez a divisão entre penas criminais e penas administrativas. Dessa forma, tal qual ocorre na cultura jurídica atual, uma infração poderia ser considerada de natureza criminal, contravencional ou, ainda, administrativa.

Na Parte Especial observou-se um continuísmo em relação à estrutura do Código do Império, colocando-se no Título primeiro os crimes contra a existência do Estado. No que tange aos preceitos secundários viu-se a recorrência da cominação das penas privativas

de liberdade de prisão celular e de reclusão. Iniciava-se assim a tradição de estruturação do direito penal brasileiro pautado pela cominação da pena privativa de liberdade, que mais tarde seria utilizada para o ancoramento sistêmico do regime de penas alternativas, sem, contudo, ser suprimida.[244]

Pouquíssimos crimes não previam penas privativas de liberdade. Pode-se citar o delito de cobrança vexatória de impostos (art. 219, § 2°) que cominava pena de suspensão do emprego, assim como a modalidade especial de peculato do art. 222.

No Livro III do Código Penal da República Velha foram arroladas as contravenções penais em espécie. Com efeito, o rol das condutas contravencionais assemelha-se em grande parte ao catálogo das contravenções penais ainda existentes no Brasil por força da Lei de Contravenções Penais. Dentre as contravenções, embora fosse cominada a pena de prisão celular para algumas condutas, pode-se observar a cominação isolada de outros tipos de penas como a perda de bens (arts. 367 e 368) e a multa (arts. 375 e 378).

No âmbito processual, não houve a edição de um Código de Processo Criminal nacional, visto que, como já se pôde mencionar, cada Estado possuía competência para legislar sobre a matéria processual.[245] De tal sorte, não é possível traçar apontamentos conclusivos sobre o regime processual-penal da República Velha sem fugir ao escopo de nosso trabalho, pois tal tarefa demandaria a análise minuciosa dos diplomas processuais de cada um dos Estados da Federação.

Não por isso, contudo, fugiremos ao tema. Fixaremos alguns apontamentos sobre o Regime do Estado de São Paulo, onde em 1891 foi editada a Lei Estadual nº 18/91, que definia a organização judiciária do Estado, mantendo a divisão jurisdicional entre distritos de paz, termos e comarcas, os quais se subordinavam todos à jurisdição do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Nos termos do art. 6º da indigitada lei estadual, a jurisdição era exercida pelos juízes de paz nos distritos, pelos juízes de paz adjuntos, tribunais correcionais e júris nos termos, pelos juízes de direito nas comarcas e pelos Tribunais de Justiça em todo o Estado.

Os regimes de nomeação e as atribuições de cada um dos tipos de magistrados não se alteraram significativamente em relação ao regime imperial, com exceção aos juízes de

[244] Ver mais à frente as considerações sobre a Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984.

[245] Nesse sentido Galdino Siqueira após a proclamação da República: "a constituição trouxe a dualidade das jurisdições federais e estaduais, investidos ainda os Estados, segundo geral interpretação, si bem que não encontre apoio no texto constitucional, do direito de legislar sobre matéria estrictamente processual" (GALDINO SIQUEIRA. *Curso de processo criminal*. 2. ed. São Paulo: Livraria Magalhães, 1930, p. 13).

direito, cuja nomeação dependia agora de titulação de aprovação em concurso específico para a carreira.

Quanto às atribuições, competia ao juiz de paz processar e julgar as infrações às posturas municipais e impor penas, inclusive de prisão, aos seus subalternos (art. 61). Nos termos do art. 63, as atribuições dos extintos juízes municipais seriam delegadas agora aos juízes de direito.

A Constituição do Estado de São Paulo de 1989 alteraria a organização judiciária do Estado, elencando como órgãos do Poder Judiciário do Estado de São Paulo o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça Militar, os Tribunais do Júri, as Turmas de Recurso, os Juízes de Direito, os Juizados Especiais e os Juizados de Pequenas Causas.

É ainda notável o Decreto nº 1.490, de 1907, que consolidava a legislação vigente sobre os processos policiais que geralmente eram aplicados às contravenções nos termos do art. 1º, § 5º, do diploma. Segundo ele, a preparação dos processos policiais caberia ao Secretário de Segurança Pública e seus Delegados (art. 2º). Já o julgamento do processo caberia exclusivamente aos juízes de direito (art. 4º). O interessante de se notar aqui é que, em que pese a instância de julgamento ser novamente jurisdicionalizada, a fase instrutória, que muito se assemelha ao procedimento sumaríssimo da Lei nº 9.099/95, hoje em vigor, continuava sendo de competência das autoridades policiais.

O regime jurídico das contravenções penais da República Velha merece destaque e menção no presente trabalho já que, pela primeira vez no Brasil, procurou-se traçar uma distinção qualitativa dos crimes e contravenções, à semelhança do que já começaria a ocorrer na Europa como se pôde ver nos capítulos precedentes.

Discutindo a natureza jurídica das Contravenções Penais, Domingues Vianna começava sua exposição asseverando que os atos contraventores são atos que não revelam uma reprovação moral em si mesma, pois são atos "inocentes em si mesmos".[246] Ainda, acrescenta com fundamental importância para sua distinção que os atos contraventores não geram um resultado lesivo ao direito alheio. Dessa forma, conclui que os atos contraventores são atos apenas perigosos ao direito alheio e procuram tutelar apenas mediatamente o direito. Por fim, acrescenta que enquanto a repressão ao crime tem um papel terapêutico, a repressão às contravenções possui um papel profilático ou higiênico.[247]

---

[246] DOMINGUES VIANNA, Paulo. *Direito criminal segundo as preleções professadas pelo Dr. Lima Drummond*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. F. Briguet, 1930, p. 66.

[247] Sobre isso o autor destaca que "os atos contraventores são punidos, porque são atos perigosos ao direito alheio. Esta é a verdadeira índole jurídica da contravenção. O legislador, punindo os atos contraventores, tem

É ainda curioso notar que, tal qual hoje sustenta Figueiredo Dias sobre as contra-ordenações sociais, Domingues Vianna já possuía a noção de que as contravenções não seriam um mal em si (ou nos dizeres de Figueiredo Dias, não possuem reprovabilidade ético-social); apenas se traduzem em um desvalor jurídico advindo da proibição.[248]

Fica claro então que se pressupunha uma distinção qualitativa entre o crime e a contravenção no Brasil no período da República Velha. E isso se devia ao próprio texto do Código Penal que refletia a concepção da contravenção como uma falta eticamente neutra, mas que poderia levar a outros delitos. Disso decorria ainda o fato de que acreditava a doutrina que para a configuração da contravenção penal não era necessária a apuração da conduta dolosa ou culposa do agente contraventor. E isso porque escapava a esse sistema punitivo o desvalor da conduta. Logo, não era necessário averiguar o dolo, concebido então como o elemento moral do crime. A punição provinha não do desvalor ético, mas sim da mera proibição e da criação de um perigo social.[249]

A contravenção penal ganhava contornos assim de meras desconformidades sociais que sequer deveriam ser intencionais. A ideia de perigo era latente no conceito, razão pela qual não se pressupunha o dano do delito. Por fim, a contradição entre repressão e prevenção era marcante naquele momento. Não se pode ignorar que tal regime perdurou por cinquenta anos no Brasil, e só foi eliminado pela Lei de Contravenções Penais de 1941.

Há de se consignar, por derradeiro, que, em 1932, por força do Decreto nº 22.213, entrou em vigor a Consolidação das Lei Penais, organizada pelo Des. Vicente Piragibe, que procurava compilar o "carrascal de leis penais extravagantes"[250] editadas no período, delineando assim o movimento de expansão do direito penal do começo do século XX já delineado no capítulo anterior. Importante ressaltar que essa consolidação das leis penais não alterou o regime jurídico das contravenções, mantendo-se incólumes as redações dos

---

por fim tutelar o direito, não imediata, e diretamente, mas mediata e indiretamente. A repressão das contravenções representa no organismo jurídico social um papel profilático ou higiênico, ao passo que a repressão dos crimes tem um fim terapêutico. A repressão das contravenções é um meio preventivo" (DOMINGUES VIANNA, Paulo. *Direito criminal segundo as preleções professadas pelo Dr. Lima Drummond*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. F. Briguet, 1930, p. 67).

[248] Em suas próprias palavras, "O ato contraventor não é si mesmo um mal, mas somente o é porque a lei o proíbe – *malum quia prohibitum*. Ao contrário, o crime é em si mesmo um mal – *malum quia malum*. Por isso o legislador brasileiro no Cod. Pen., art. 8, definiu a contravenção assim: um fato voluntário punível, que consiste unicamente na violação, ou falta de observância das disposições preventivas das leis e dos regulamentos" (DOMINGUES VIANNA, Paulo. *Direito criminal segundo as preleções professadas pelo Dr. Lima Drummond*, cit., p. 68).

[249] Por isso Domingues Vianna destacaria que "o indivíduo que pratica um ato contraventor é punido não porque tenha tido a intenção mais ou menos perfeita de lesar o direito alheio, mas porque praticou um ato proibido; porque dele pode provir um perigo a esse direito na ordem social" (DOMINGUES VIANNA, Paulo. *Direito criminal segundo as preleções professadas pelo Dr. Lima Drummond*, cit., p. 69).

[250] ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*, cit., p. 456.

arts. 7º e 8º do Código de 1890, que foram repetidos com igual numeração na Consolidação.

3.4. O regime impresso a partir de 1940: a definitiva adoção do modelo quantitativo

Já sob a égide da Constituição de 1937, que, à semelhança da Constituição de 1934, concedia à União a competência privativa para legislar sobre direito penal e processual, são editados o Código Penal em 1940 e o Código de Processo Penal e a Lei de Contravenções Penais de 1941, todos ainda em vigor no Brasil, em que pese a parte geral do Código Penal tenha sido completamente reformada em 1984.

Ainda que de maneira superficial, é conveniente que se tracem algumas linhas sobre o contexto econômico-social do período, que seria de fundamental importância para o estabelecimento da nova legislação. Politicamente, o Brasil enfrentava um período de instabilidade econômica e política se encontrava em meio a Era de Getúlio Vargas, que assumiria a chefia do Governo Provisório de 1930 a 1934, o cargo de Presidente da República de 1934 a 1937 e, entre 1937 a 1945, período que se denominou "Estado Novo", por meio de um golpe de estado, assumiria o poder de forma ditatorial. Ainda, é relevante consignar que o período do Estado Novo, onde foi gestado, elaborado e promulgado o Código de Penal de 1940, coincide em grande parte com o período da II Grande Guerra que assolou a Europa e a Ásia.

Conforme a lição de Batista e Zaffaroni, o período foi marcado pela reação a um federalismo exacerbado, pautando-se na programação centralizadora do Poder da União.[251] No âmbito econômico-social, o Brasil começava a ver gradativamente a reuína do sistema agrário-exportador, em meio a uma crise econômica internacional que favoreceu em certa medida o processo de industrialização no país e contribuiu, decisivamente, para o aumento das populações urbanas. Nesse cenário, ganhava importância uma nova classe social, a classe proletária, que teria papel fundamental no suporte do Regime Ditatorial Populista de Getúlio Vargas.[252]

O período foi marcado também pela derrocada definitiva do Estado Liberal no Brasil, sendo observada a crescente intervenção do Estado nos rumos econômicos e sociais do país. No campo jurídico, se por um lado a Consolidação das Leis Trabalhistas assumia o papel de garantidora da segurança e do direito dos trabalhadores, por outro, a Lei de

[251] ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*, cit., p. 459.
[252] Idem, ibidem, p. 460-461.

Contravenções Penais marcaria a posição capitalismo industrial, impondo posturas esperadas do cidadão no âmbito social, ou, nos termos de Goldschmidt, posturas no cidadão enquanto membro da sociedade. Nesse sentido, sempre sintomaticamente lembrada, não propriamente a criação,[253] a exasperação das penas da vadiagem e da mendicância.[254]

Mais do que uma postura individual que não afetasse direitos alheios, cobram-se agora por meio do direito penal, posturas sociais proativas e lisas, seja no âmbito comunitário, seja no âmbito econômico. Nesse sentido, digno de nota o Decreto nº 19.604, de 1931, que equiparava ao estelionato a conduta de fabricar, vender, ou "expor ao consumo público" gêneros alimentícios com qualidade modificada pelo vendedor.[255]

Ainda sobre isso, importa destacar que dois grandes expoentes da doutrina penalista da época e principais autores do texto final do Código Penal de 1940, Nelson Hungria e Roberto Lyra, eram francos defensores de uma "política criminal intervencionista". Sem dúvida, diante desse fato, é impossível ignorar que os interesses sociais já davam um matizamento marcante para a política criminal da época, cujos frutos eclodidos na parte especial do Código Penal ainda hoje são colhidos no Brasil. Em outras palavras, mais do que um sistema ligado às liberdades individuais e à segurança, esperava-se que o direito penal pudesse integrar o sistema social e econômico.[256]

Em 1937, o primeiro ano do Estado Novo, o ministro Francisco Campos delega a Alcântara Machado a elaboração de um novo projeto de Código Penal, que seria elaborado e entregue pelo ex-diretor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco em 1938, já nitidamente influenciado pelo Código de Rocco da Itália. Há de se pontuar, contudo, que o projeto original de Alcântara Machado seria profundamente reformado por obra de uma Comissão Revisora composta por Vieira Braga, Narcélio de Queiroz, Roberto Lyra e Nelson Hungria.

No que concerne ao tema em exame, é importante notar que no projeto original de Alcântara Machado não se fazia distinção entre crimes e contravenções, que, sendo

[253] Já que referidas figuras delituosas já constavam no Código Criminal do Império e foram mantidas pelo Código da República Velha.
[254] Sobre o assunto destaca Batista e Zaffaroni que "a criminalização da vadiagem é quase um dado estrutural do capitalismo industrial, e portanto não poderia estar ausente da conjuntura em exame" (ZAFFARONI, Eegênio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*, cit., p. 463).

[255] Para um amplo panorama das legislações penais de cariz intervencionista dos âmbitos econômicos e social, faz-se referência a ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*, cit., p. 466-467.
[256] Nesse sentido, ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*, cit., p. 466.

eliminadas do ordenamento jurídico, passariam a ser tomadas apenas como classes especiais de delitos.

Alcântara Machado decidiria não tratar das contravenções penais em seu anteprojeto. Segundo seu entendimento, a tormentosa matéria das diferenças entre os crimes e contravenções jamais restaria conclusiva, mas, apoiando-se na doutrina italiana de Sabatini, concluiria o saudoso Professor da Velha Academia que não haveria diferenças de qualidade entre as infrações penais, mas, tão somente, na quantidade da pena aplicada. Dessa forma, as contravenções "gerais" seriam transformadas em genuínos crimes e integrados ao Código Penal enquanto as contravenções menores e específicas – as quais se referia ainda como "simples infrações de polícia" deveriam ser tratadas pela legislação administrativa de cada um dos entes da Federação, seja no âmbito da União, dos Estados ou dos Municípios".[257]

Mencionada indistinção foi rechaçada, contudo, pela Comissão Revisora do Código Penal, que já no início dos trabalhos decidiu por extirpá-las do corpo do Código Penal, dando a elas tratamento à parte em diploma especial que comporia a Lei de Contravenções Penais. Nesse sentido, é didática a exposição de motivos da Parte Geral do Código Penal de 1940 de lavra do Ministro Francisco Campos:

> Ficou decidido, desde o início do trabalho de revisão, excluir do Código Penal as contravenções. Foi, assim, rejeitado o critério inicialmente proposto pelo Professor Alcântara Machado, de abolir-se qualquer distinção entre crimes e contravenções. Quando se misturam coisas de somenos importância com outras de valor maior, correm estas o risco de se verem amesquinhadas. Embora sendo apenas de grau ou quantidade a diferença entre duas espécies de ilícito penal, pareceu-nos de toda conveniência excluir do Código Penal a matéria tão miúda, tão vária e tão versátil das contravenções, dificilmente subordinável a um espírito de sistema e adstrita a critérios oportunísticos ou meramente convencionais e, assim, permitir que o Código Penal se furtasse, na medida do possível, pelo menos àquelas contingências do tempo a que não devem estar sujeitas as obras destinadas a maior duração.[258]

Fica claro, portanto, que, no âmbito legal, a partir de 1940, sempre se considerou a contravenção penal como um delito apenas quantitativamente diferente do crime,

[257] Assim ficou consignado na exposição de motivos do anteprojeto do Código Penal de 1940 pela pena de Alcântara Machado: "Excusado seria encarecer as dificuldades, com que se debatem os doutores e legisladores, na pesquisa de um critério diferencial entre contravenções e crimes (...) A diferença esta somente, de acordo com o código italiano e com Sabatini, na quantidade da pena. Tanto quanto há de mais empírico. Melhor seria incluir as chamadas contravenções gerais entre os crimes, dedicando as outras, as simples infrações de polícia, para a legislação administrativa da União, dos Estados e dos Municípios" (ALCÂNTARA MACHADO. *Projeto do Código Criminal Brasileiro*. Org. Francisco Campos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p. 15).

[258] Exposição de motivos da Parte Geral do Código Penal de 1940. In: PIRANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil. Evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 406.

prestigiando a malfadada denominação de delito-anão.[259] É digno de nota que, já desde então, o legislador já incidia no equívoco de identificar a inexistência de diferenças ontológicas com diferenças qualitativas, o que ainda se perpetua até os dias atuais.

Ainda, não se pode ignorar que, embora tenha rechaçado por completo a distinção qualitativa, o próprio texto da exposição de motivos nos dá conta de componentes diferenciais qualitativos das contravenções como a possibilidade de utilização de critérios de oportunidade e convencionais. Ainda, o legislador não deixou de notar a característica de provisoriedade das contravenções, que são marcadas pela mutabilidade das necessidades sociais.

De qualquer forma, formalmente, à semelhança do que ocorreria anos mais tarde no direito ordenacional português, distinguiu-se o crime da contravenção com base no tipo de sanção aplicada. Nesse sentido, a Lei de Introdução ao Código Penal e a Lei de Contravenções Penais assenta, em seu art. 1º, que "considera-se crime a infração penal que a lei comine pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente".[260]

Como se vê, o novo regime jurídico-penal do Brasil consagrava o direito penal e contravencional do encarceramento, que posteriormente na reforma penal de 1984 viria a ser emendado numa tentativa de correção pela implementação das penas restritivas de direito como alternativa ao cárcere.[261]

Importante notar, contudo, que as penas padrão mantiveram-se as privativas de liberdade, não sendo cominadas nos preceitos secundários, isoladamente, penas restritivas de direito quer para crimes, quer para contravenções. Uma recente exceção é a do recente art. 28 da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), que só comina penas alternativas para o delito de uso de drogas.

---

[259] Nesse sentido, PIMENTEL, Manuel Pedro. *Contravenções penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 8.

[260] Segundo Manuel Pedro Pimentel, "a distinção entre crime e contravenção reside, portanto, entre nós, na natureza da pena cominada, sem qualquer outra referência à *qualidade* ou à *quantidade* do conteúdo ofensivo, mas deixando entrever que ambos os critérios devem nortear o legislador no momento pré-legislativo" (PIMENTEL, Manuel Pedro. *Contravenções penais*, cit., p. 10).

[261] A Parte Geral de 1984 foi elaborada por uma Comissão de Juristas formada por Francisco de Assis Toledo, Francisco de Assis Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Júnior, Hélio Fonseca, Rogério Lauria Tucci e René Ariel Dotti, posteriormente revisada por Comissão Integrada por Francisco de Assis Toledo, Dínio de Santis Garcia, Jair Leonardo Lopes e Miguel Reale Júnior e pautou-se com o perdão do reducionismo, pela tentativa de operar um "desencarceramento" do direito penal, alçando luzes ao sistema de penas, que agora via extinta possibilidade do duplo-binário das medidas de segurança e a medida de segurança para sujeitos imputáveis com fundamento da periculosidade.

De qualquer forma, aí é possível perceber o germe de um dogma erroneamente incutido na cultura jurídica nacional: a de que o direito penal e o direito administrativo sancionador têm naturezas diferentes, quando, na verdade, não passam somente de diferentes expressões de um único sistema penal, sendo irrelevante que tipo de pena é aplicada e quem é a autoridade que aplica a sanção. Remanesce a sensação muito pouco questionada de que o direito penal é tão somente aquele conjunto de normas que comina penas privativas de liberdade em seu preceito secundário, quando, na verdade, muitas das penas previstas servirão apenas de paradigmas de orientação para a aplicação de penas restritivas de direito de acordo com o engenhoso sistema de penas da Parte Geral do Código Penal de 1984, impressa em seus art. 53 a 58.

As contravenções penais, embora consideradas apenas um crime menor, receberam um regime jurídico semelhante ao do período anterior. Nesse sentido, destaca-se o seu art. 3º, que não exigia a culpa ou dolo em todos os casos, mas tão somente a ação voluntária do indivíduo.[262] Vê-se assim que os traços delineados para as contravenções enquanto infrações qualitativamente diversas dos crimes continuaram impressos quando da transposição para uma concepção qualitativa, trazendo fraturas irremediáveis ao sistema, fruto de ataques futuros de toda a doutrina que levariam ao seu desuso como ocorre nos dias atuais.

Nesse sentido, podemos observar as contradições das mais abalizadas doutrinas sobre o tema. A relação do binômio crime-dano com contravenção-estado de perigo não foi abandonada, malgrado já estivesse superada legalmente a distinção qualitativa ontológica das infrações penais. Nesse sentido, Manuel Pedro Pimentel ainda identifica as contravenções como situações de distúrbio que causam um estado de perigo.[263] Assim, não

[262] Mencionado traço foi tido por antiliberal por Rafel Mafei Rabelo Queiroz. Em sua concepção procurava-se assim eliminar o elemento moral do delito. Em suas palavras "vamos, em primeiro lugar, aos traços tipicamente antiliberais, comuns às escolas positivas. Nesse sentido, destaca-se o art. 3º da Lei que dispensa, via de regra, a demonstração de dolo ou culpa nas contravenções. Se lembrarmos que, àquela altura da dogmática penal brasileira, dolo e culpa compunham a culpabilidade, sendo os chamados "elementos morais do delito", parece sensato deduzir que intenção do dispositivo legal em questão foi desvincular a resposta penal por contravenção de qualquer juízo de responsabilidade subjetiva pelo ato, Ou seja, se a pena constituía-se, via de regra, em reprovação moral pelo delito, isso não valia para as contravenções: para elas, bastaria a ação ou omissão voluntária, nos termos da Lei" (QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. A Lei das Contravenções Penais nas Ciências Penais de seu Tempo. In. NETTO, Alamiro Velludo Salvador (Coord.). Comentários à lei das contravenções penais. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 36).

[263] Em suas palavras, "para prevenir o mal maior, o legislador estabelece um conjunto de normas destinado a cercear as condutas que, sem se apresentarem ainda lesivas ou ofensivas, trazem em si a potencialidade de ofender ou de lesar, constituindo-se em manifestação de *estado perigoso*. Estas *situações ou estados de perigo* são condutas que ao legislador interessa coibir, sancionando-as com punições brandas, suficientes para cercear o crime que fatalmente ocorreria no final do seu desdobramento. A essas condutas estimadas como perigosas deu-se o nome de *contravenções*, e a sua tipificação em leis de caráter punitivo visa a

é vedado concluir que há ainda uma identificação das contravenções com crimes de perigo abstrato, o que é posto de maneira taxativa pelo autor.[264]

Na mesma direção apontava Valdir Sznick, quando afirmava que as contravenções "constituem-se em *estados de perigo* que devem ser coibidos como uma primeira proteção penal aos direitos mais importantes", sendo condutas que "mais de perto dizem respeito às normas de convivência social".[265] Isso se deveria, segundo Bento de Faria, ao fato de que "faria parte das atribuições do Estado Social rescrever preceitos para impedir a simples possibilidade de qualquer perigo decorrente de outros atos de menor gravidade, ou de efeitos mínimos, mas que proporcionariam maior facilidade para a prática da ofensa".[266]

Dentre os três autores, somente Bento de Faria é quem assume a postura de que as contravenções ainda seriam qualitativamente diferentes dos crimes. Apesar de reconhecer que a lei não trazia clareza sobre o assunto, entendia que os traços de "violação potencial de direito", "possibilidade de um perigo eventual" e "fato comissivo ou omissivo, independentemente de culpa ou dolo e sem intenção de violar a lei" dariam contornos firmes que distinguiriam as contravenções, não somente quantitativamente, mas também qualitativamente dos crimes.[267]

No entanto, remanesceu o entendimento de que a contravenção é apenas um crime menor e uma rápida consulta às principais doutrinas nacionais pode dar uma noção exata da afirmação.

Mas se, de fato, a contravenção é apenas um crime menor, é lícito concluir que todas as prescrições e garantias aplicáveis aos crimes deveriam ser aplicadas também à contravenção. A diferença quantitativa não imprime diferenças materiais nos crimes, apenas os segregam de maneira vertical, mas mantém a mesma natureza. Dessa forma, é válida e contundente a crítica da responsabilidade objetiva nas contravenções penais.

E isso se deu, faz-se pertinente notar, pois, à época, entendia-se que dolo e culpa integravam o componente de culpabilidade dos delitos, sendo representantes dos elementos morais da infração penal. Contudo, segundo a ótica qualitativa, a contravenção penal, ao contrário do crime, não era dotada de reprovabilidade moral, razão pela qual não se

---

cercear-lhes o desenvolvimento, evitando o dano ou a lesão que inevitavelmente aconteceriam se chegassem ao seu pleno desdobramento, ofendendo ou lesando os bens e interesses jurídicos mais relevantes" (PIMENTEL, Manuel Pedro. *Contravenções penais*, cit., p. 2).

[264] PIMENTEL, Manuel Pedro. *Contravenções penais*, cit., p. 3.

[265] SZNICK, Valdir. *Contravenções penais*. 4. ed. São Paulo: Ed. Universitária de Direito, 1993, p. 3.

[266] BENTO DE FARIA. *Das contravenções penais*. Rio de Janeiro: Ed. Record, 1958, p. 19.

[267] BENTO DE FARIA. *Das contravenções penais*, cit., p. 20.

dependeria dos elementos morais de dolo e culpa.[268] No entanto, segundo uma ótica qualitativa em que crime e contravenções têm a mesma natureza e estrutura e com a inserção dos elementos do dolo e da culpa no componente de tipicidade dos delitos pela corrente finalista, o sistema contravencional tornou-se completamente acéfalo, sendo, hoje em dia, incompatível com os cânones constitucionais e com os princípios gerais do direito penal da culpa, em especial no que concerne à indeclinável exigência da responsabilidade subjetiva.

Nesse sentido, sustentava Manuel Pedro Pimentel que a conduta contravencional dependeria de mais do que a voluntariedade, dependendo dos elementos de culpabilidade e tipicidade concebidos após a adoção do sistema finalista de imputação.[269] E a outra conclusão não se poderia chegar na concepção da contravenção como um crime menor, mas que guarda as mesmas naturezas.

O fato é que, devido às incongruências teóricas acima analisadas, restou-se no regime das contravenções uma concepção material qualitativa com uma construção teórica baseada nos modelos qualitativos. A contravenção manteve sua origem material e seu fundamento de legitimidade do crime, mas guardou as estruturas de imputação de outra acepção de contravenção, causando sequelas irremediáveis ao sistema.

3.5. O agravante da Lei nº 9.099/95

[268] Como nos mostra Manuel Pedro Pimentel, o elemento subjetivo das contravenções penais seria, tão somente, a voluntariedade. Dispensava-se a intenção e ignorava-se o agir sem negligência, imprudência ou imperícia. Bastava assim, tão somente, o ato voluntário para a configuração da contravenção. Nesse sentido destaca que "o art. 3º da LCP diz que o elemento subjetivo das contravenções é a *simples voluntariedade* e que o dolo e culpa somente integrarão a figura contravencional quando a lei, de forma expressa, exigir". PIMENTEL, Manuel Pedro. *Contravenções penais*, cit., p. 20.

[269] Nesse sentido advogava que "não há como esconder a evidência de que a conduta contravencional exige mais do que a simples voluntariedade. A culpabilidade, tal como é hoje concebida, não pode deixar de influenciar o campo do elemento subjetivo das contravenções. Além de uma referência à vontade da norma, é de exigir-se a reprovabilidade da conduta, que não é um comportamento indiferente ao direito, mas uma atividade contrária à vontade na norma e que, por ser consciente e voluntária, é reprovável. Por outro lado, é importante considerar que certos tipos contravencionais se integram com um elemento subjetivo expresso na lei, infestável, portanto, no momento da adequação típica do fato. Ora, se assim é, quanto aos tipos que exigem especial elemento subjetivo, a conclusão se torna clara no sentido de que os demais somente não exigem um especial colorido de dolo ou culpa. Abaixo disso, está o campo da responsabilidade objetiva, onde medram as incertezas, o arbítrio, a insegurança" (PIMENTEL, Manuel Pedro. *Contravenções penais*, cit., p. 21). Mais à frente, acrescentava que "ao contrário do que dispôs o Anteprojeto, podemos dizer, adotando o ensinamento de Welzel, que a ação contravencional é informada pela finalidade de colocar-se o agente, voluntariamente, isto é, consciente e deliberadamente, em situação ilícita. Não fora este o entendimento e a conclusão seria a de que o comportamento contravencional não mereceria censura, Um colorido de dolo ou, excepcionalmente, de culpa, deve existir embora a norma não faça qualquer referência expressa, ressalvando os casos em que se trata do tipo anormal pela presença de um especial elemento subjetivo, como acontece com a figura prevista no art. 65 da LCP, em que o legislador alude ao aciente ou motivo reprovável, e no caso figurado no art. 29 da mesma Lei, em que é requisitada normativamente a culpa" (PIMENTEL, Manuel Pedro. *Contravenções penais,* cit., p. 21-22).

A discrepância entre a concepção qualitativa e quantitativa das contravenções viria ainda ser agravada pela edição da Lei nº 9.099/95, que alteraria o regime penal e processual dos crimes e contravenções ao sobrepor ao binômio crimes-contravenções o binômio crimes de maior ou menor potencial ofensivo. Impende mencionar que, embora a lei não tenha extinguido o conceito de contravenção penal, abarcou a todas elas e a elas hoje submete seu regime jurídico.[270] Ainda, é digno de nota que, agora de maneira definitiva, imprimiu-se uma inequívoca distinção quantitativa entre as espécies delituosas, que refletem consequências importantes nos âmbitos penais e processuais.

No âmbito penal, além do conceito-chave de crimes de menor potencial ofensivo[271] (considerados aqueles cuja pena máxima não exceda o limite de dois anos de reclusão ou detenção, nos termos do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/2001), foram inseridas as possibilidades de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade e composição civil dos danos (arts. 72 e seguintes da Lei nº 9.099/95). No âmbito processual, além da reorganização judiciária que criou os Juizados Especiais Criminais, criou-se o rito sumaríssimo dos arts. 77 e seguintes, que muito pouco se distinguem do rito aplicado para as infrações policiais na época do Império.

O advento da Lei nº 9.099/95, se por um lado não eliminou do ordenamento jurídico as contravenções penais, por outro retirou-lhe toda sua eficácia e imprimiu de maneira sobreposta um sistema de distinção de ilícitos. Nesse sentido, Miguel Reale Júnior destaca que a mencionada lei "tornou ainda menor o relevo intimidativo ou repressivo das contravenções", um motivo a mais para transformar a Lei de Contravenções Penais um "alfarrábio jurídico a compor o nosso Ordenamento".[272]

3.6. O paralelo crescimento do assistemático direito administrativo sancionador no Brasil

[270] Segundo Ada Pellegrini Grinover (et al.), "todas as contravenções penais são da competência do Juizado. As restrições quanto à pena máxima não superior a um ano e ao procedimento especial só atingem crimes, não se aplicando a esta espécie de infração que, pela sua própria natureza, deve ser sempre considerada de menor potencial ofensivo. Trata-se de interpretação mais razoável possível ante a redação do texto legal, e que melhor se coaduna com o próprio espírito da lei" (GRINOVER, Ada Pelegrini et al. *Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 5. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 77).

[271] Que por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, ganhou guarida constitucional, ao prescrever no art. 98 que "A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau".

[272] REALE JÚNIOR, Miguel. Prefácio – Reavivando os despojos. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo (coord.). *Comentários à Lei das Contravenções Penais*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2006, p. 15.

Nem o direito penal, nem o direito contravencional, se é que, diante das considerações acima tecidas, podemos dar tratamento autônomo a essa parte do direito penal, tiveram monopólio na intervenção punitiva social no decorrer da história. Sempre ao lado do direito penal esteve o direito administrativo regulando situações sociais e econômicas e, para fazer valer suas prescrições, utilizando-se de sanções administrativas.

O direito administrativo sancionador surge apenas recentemente como disciplina de estudo autônomo voltada à análise do poder da administração pública aplicar sanções aos particulares e, também, de o poder judiciário aplicar sanções aos particulares nos interesses da administração pública. Veremos como a evolução se deu a partir de uma noção de decorrência do poder de polícia, até uma concepção autônoma que se aproxima do direito penal e como as concepções sobre a unidade do *ius puniendi* estatal foram recebidas no Brasil.

É importante notar que o direito administrativo sancionador no Brasil surge como um sistema jurídico apenas no campo doutrinário, não existindo uma sistematização legal, nos moldes de uma norma quadro ou uma "parte geral" aplicável a todo o direito administrativo sancionador. Nesse sentido, cada âmbito possui particularidades próprias e regras próprias, como os regimes de direito ambiental, tributário, concorrencial, de responsabilidade administrativa, etc.[273]

Embora pleiteada pela doutrina nacional,[274] ainda não há uma sinalização legislativa no sentido de organizar o direito administrativo sancionador por meio de princípios e regras próprias que lhe permita estruturar suas regras de imputação, regras de interpretação e integração, regras de responsabilidade, de autoria, de aplicação temporal e espacial, etc.

Isso se deve, em nossa opinião, ao ainda frágil desenvolvimento da teoria do direito administrativo sancionador que pleiteia autonomia material, mas não consegue desvencilhar-se dos institutos de direito penal. E isso é natural e até esperado, na medida

[273] Sobre isso, Rafael de Munhoz de Mello afirma que "No Brasil as sanções administrativas são tratadas de modo assistemático pelos inúmeros diplomas legais que criam infrações administrativas, alguns deles merecedores do rótulo cunhado por Eduardo García de Enterría: "pré-beccarianos" (MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007, p. 16).

[274] Nesse sentido, REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização do direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, fasc. 28, p. 25, out./dez. 1999; e COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 216-217.

em que os institutos de direito punitivo foram sedimentados no processo de cristalização do direito penal e hoje se encontram cativos nesse sistema.[275]

Dessa forma, convém a nós, por ora, analisar a evolução e os principais componentes teóricos do direito administrativo sancionador no Brasil.

3.6.1. Poder de Polícia e Direito Administrativo Ordenador

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o direito administrativo pode ser conceituado hoje como "o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública".[276]

Mas nem sempre foi assim. Não nos cabe mostrar a evolução do direito administrativo na história ou discutir sobre suas múltiplas conceituações. De qualquer forma, independentemente dos critérios de conceituação, seja o do serviço público, da identificação com o poder executivo, das relações jurídicas, do interesse público ou da administração pública, o fato é que sempre, em qualquer das acepções, foi reconhecido o poder da administração para cominar e aplicar sanções.

Essa faculdade da administração pública decorreria, segundo a doutrina nacional, de um quase metafísico conceito de "interesse público" que deveria ser defendido pelo Estado.

Há de se considerar que, na evolução histórica, a sanção administrativa era vista como uma decorrência do poder de polícia, entendido como a possibilidade do Estado impor ao particular limitações à sua liberdade individual, no resguardo de interesse público. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "o fundamento do poder de polícia é o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, que dá à Administração posição de supremacia sobre os administrados".[277, 278] Com efeito, "em linguagem menos ténica, podemos dizer que o *poder de polícia* é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter abusos do direito individual".[279]

---

[275] Melhor desenvolvimento sobre o tema será feito no item 6.2.3.
[276] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p. 66.
[277] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., p. 126.
[278] Para uma exata concepção do sentido e alcance do conceito de poder de polícia, bem como sua evolução histórica, remete-se à obra de Heraldo Garcia Vitta (VITTA, Heraldo Garcia. *Poder de polícia*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010).
[279] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002, p. 127.

Não seria senão pelo exercício do poder de polícia que o Estado prescreveria e proscreveria condutas aos administrados e aqui, na referência de Goldschmidt, seja enquanto sujeito individual, seja enquanto membro da sociedade. Nesse sentido, seu exercício seria operacionalizado por meio de atos administrativos e operações materiais[280] autoexecutáveis, ou seja, prescritos, aplicados e executados pela própria administração pública. Em outras palavras, por força do poder de polícia, pode a administração pública aplicar sanções aos administrados.

Com efeito, esse poder de polícia pode atuar na limitação do direito do particular em vários âmbitos, como na proteção da moral e bons costumes, preservação da saúde pública, o controle de publicações, segurança de construções e transportes, etc.[281]

Segundo Hely Lopes Meirelles, "o poder de polícia seria inane e ineficiente se não fosse coercitivo e não estivesse aparelhado de sanções para os casos de desobediência à ordem legal da autoridade competente".[282] Vê-se aqui, portanto, a construção do modelo segundo a qual a sanção administrativa seria uma decorrência direta do poder de polícia.

Bento de Faria procurou diferenciar o direito penal do poder de polícia. O autor ajustava que o direito de penal se configuraria por meio de um conjunto de mandamentos jurídicos mediante os quais seria aplicada a pena criminal aos fatos ilícitos. Já o poder de polícia, por seu turno, estaria ligado à necessidade de assegurar a sujeição dos sujeitos ao Poder do Estado, à fiscalização de forças extrajurídicas que perturbam condições sociais.[283]

Reconhecia o autor que o exercício do poder de polícia não representava uma pena "salvo quando a violação puder configurar um título de contravenção, ajustável à infração do dever para com a polícia".[284] Assim, segundo sua concepção, poder de polícia e direito penal não se relacionavam diretamente. Assim como entendemos que também não se deve confundir o poder de polícia com o direito administrativo.

E muita razão assiste ao então Ministro do Supremo Tribunal Federal. De fato, não se pode confundir o poder de polícia com o exercício do poder de polícia. O poder de polícia faz parte do *ius puniendi* geral do Estado, como veremos à frente, mas com ele não se confunde. Desse poder de punir decorre também o poder de prevenir atos passíveis de punição, que são exercitados pelo judiciário na aplicação de penas criminais e

[280] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo,* cit., p. 130.
[281] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro,* cit., p. 130.
[282] Idem, ibidem, p. 135.
[283] BENTO DE FARIA. *Código Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora, 1942, v. I, p. 12.
[284] BENTO DE FARIA. *Código Penal brasileiro,* cit., p. 12.

administrativas e medidas cautelares e pela administração pública por meio de medidas coercitivas e, principalmente, de sanções administrativas.

O exercício do poder de polícia, tal qual o direito penal, não é ilimitado. Ele é limitado pelo princípio da legalidade e deve obedecer às restrições de competência, forma e fins.[285] Nesse sentido, surgiu pela pena de Carlos Ari Sundfeld a teoria do direito administrativo ordenador, que, em um enfoque de reorganização jurídica, viria a substituir os dogmas atrelados ao poder de polícia, já não subsistentes em um Estado Social de direito.[286]

Segundo o autor, mais do que um poder inerente ao Estado, diante do dogma do princípio da legalidade, o exercício desse poder se estrutura no ordenamento jurídico por meio do direito administrativo, fazendo parte assim dessa disciplina, como um subsistema jurídico. O direito administrativo ordenador estaria de maneira autônoma ao lado de outros setores da administração (administração de gestão e administração de fomento),[287] estaria focado nas limitações administrativas dos particulares, provenientes dos mandamentos legais e regulamentares e, também, na aplicação de sanções para seu descumprimento. A administração ordenadora surgiria, nessa linha de ideias, "como a projeção, para o direito administrativo", de uma problemática de *teoria geral do direito público*", que demandaria o questionamento sobre as limitações do Estado na imposição de limitações e sanções ao direito dos particulares.[288]

Tanto essas limitações de direito, seja na proibição ou na cobrança de posturas, seja na aplicação de sanções para seus descumprimentos, deveriam, segundo o autor, estar vinculadas ao "princípio da mínima intervenção estatal na vida privada"[289], segundo o qual o sistema estatal deve servir à liberdade do cidadão, de modo que "os condicionamentos

---

[285] Para um panorama da limitação do poder de polícia, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., p. 133. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 136. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 373. Por todos, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003, p. 723.

[286] Nesse sentido, o autor assevera que "a ideia de poder de polícia foi cunhada para um Estado mínimo, desinteressado em interferir na economia, voltado, sobretud,o à imposição de limites negativos à liberdade e à propriedade, criando condições para a convivência dos direitos, Daí haver-se definido o poder de polícia como imposição ao particular de dever de abstenção de não fazer. Mas, modernamente, a interferência estatal se intensificou e mudou de qualidade, por conta da superação do liberalismo clássico. O Estado Social, mais do que pretender a harmonização dos direitos individuais, impõe projetos a serem implementados coletivamente: o desenvolvimento nacional, a redução da desigualdade, a proteção ao meio ambiente, a preservação do patrimônio histórico. De atuação restrita ao campo *microjurídico*, o Estado avançou para o setor *macrojurídico*" (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003, p. 14).

[287] SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*, cit., p. 16.

[288] Idem, ibidem, p. 18.

[289] Idem, ibidem, p. 67.

que da lei resultem para os direitos só serão legítimos quando vinculados à realização de interesse público real, importante e claramente definido".[290]

Segundo essa ótica, o que tradicionalmente conhecemos como poder de polícia preventiva adentraria o campo repressor do direito ordenador, composto por instrumentos de "ordem de correção de irregularidade", "medidas cautelares" e "sanção"[291]. O direito administrativo sancionador como hoje é conhecido comporia o âmbito do último grupo, enquanto o exercício do poder de polícia como hoje é concebido estaria ligado às medidas cautelares, "providências de caráter provisório ditadas pela urgência de fazer cessar ilegalidades que coloquem grave risco a vida, saúde, a segurança da sociedade".[292]

De qualquer forma, modernamente, entende-se que o poder de polícia já não mais se posta como fundamento do direito administrativo sancionador, mas sim dele decorre, esteja ou não ligado a um sistema administrativo ordenador. Segundo Fábio Medina Osório, "as medidas de polícia podem estar ligadas ao cometimento ou ao perigo de cometimento de um ilícito, mas tal circunstância não lhes confere um caráter punitivo, um enquadramento no conceito de sanções administrativas".[293]

O que diferenciaria os institutos seria a "finalidade punitiva" das sanções administrativas, não presente nas medidas de polícia que guardariam em si uma natureza preventiva "perseguindo o bem comum, a consecução da boa ordem no uso dos bens e serviços públicos, visando o exato cumprimento da lei e das disposições normativas pertinentes".[294] Também o autor entende que o poder de polícia estaria ligado à ideia de cautelaridade, enquanto as sanções administrativas a um provimento definitivo.[295]

Substancialmente, Fábio Medina Osório compreende que a sanção administrativa não proveria do poder de polícia, embora por vezes pudessem se confundir. Aliás, pelo contrário, seria o poder de polícia quem proveria do direito administrativo sancionador,

---

[290] SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*, cit., p. 68. Ainda sobre isso, entende o autor ser necessária nesse ponto a aplicação dos princípios da racionalidade e da razoabilidade, em uma perspectiva constitucional de proibição de excesso, derivado do princípio da proporcionalidade.

[291] SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*, cit., p. 77.

[292] Idem, ibidem, p. 78.

[293] OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 101.

[294] OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, cit., p. 102.

[295] É digno de nota o fato de que algumas de polícia e sanções administrativas tem a mesma natureza e configuração, como, por exemplo, a suspensão parcial de atividades, a interdição de estabelecimentos, etc. Nesse sentido, a distinção de Fábio Medina Osório acaba sendo relegada a uma acepção puramente procedimental e não material. Nesse sentido, parece-nos mais depurada a distinção de Carlos Ari Sundfeld, dentro da ótica do direito administrativo ordenador.

cujo fundamento estaria nos objetivos do direito administrativo, qual seja, a defesa do interesse público.[296]

Na síntese do até aqui observado, podemos concluir que, modernamente, abandonou-se a ideia de que a sanção administrativa e o poder punitivo da administração estejam ligados ao conceito de poder de polícia.[297] Na verdade, mais do que uma decorrência de uma parte da função administrativa, seja de polícia, seja ordenadora, atualmente, erigiu-se uma disciplina autônoma, fruto de influências europeias de um direito administrativo sancionador autônomo.

3.6.2. Surgimento e construção teórica do direito administrativo sancionador

Segundo Bento de Faria, existiram diversos direitos penais não criminais,[298] entre os quais estariam o direito penal disciplinar, o direito penal escolástico, o direito penal canônico e até mesmo o direito penal contratual. Esses direitos preveriam penas, mas não a crimes e sim a outras infrações jurídicas. Segundo sua concepção, "o direito penal nem sempre faz supor a existência de crime e a aplicação da pena criminal"[299]. Assim, todos os ramos do direito poderiam assegurar sua segurança por meio de sanções penais, as quais não pressupunham, contudo, a existência de um crime.[300]

Entre esses variados direitos penais não criminais, situava o autor o direito penal administrativo, que, segundo sua concepção, seria um "corpo autônomo, respeitante à administração pública, que significa a autoridade do Estado".[301] Nesse corpo é onde se apresentam as sanções cominadas pela administração pública destinadas a assegurar as "manifestações legítimas da sua vontade".[302]

Materialmente, entendia Bento de Faria que os mandamentos do direito penal administrativo não tinham por objetivo a proteção de ofensas a bens jurídicos, mas sim a obrigação aos particulares das "determinações editadas no interesse administrativo

---

[296] OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, cit., p. 104.

[297] Essas são as precisas palavras de Fábio Medina Osório quando assenta que "quando se trata de analisar a evolução histórica da teoria da sanção administrativa, o que se observa é uma migração da pena administrativa do campo do poder de polícia para o terreno do Poder Sancionador" (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, cit., p. 80-81.

[298] BENTO DE FARIA. *Código Penal brasileiro*, cit., p. 16.

[299] Idem, ibidem.

[300] Assim esclarece o autor que "por isso foi criada a denominação de – *direito penal não criminal* – como compreensivo das consequências de fatos jurídicos ilícitos de qualquer natureza, diversa porém da do delito, e exigentes de sanções preestabelecidas para observância das normas de um determinado ramo do direito, as quais são conceituadas como *penas não criminais*, em contraposição a penas criminais aplicadas aos fatos jurídicos ilícitos constitutivos do crime" (BENTO DE FARIA. *Código Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora, 1942, v. I, p. 16).

[301] BENTO DE FARIA. *Código Penal brasileiro*, cit., p. 19.

[302] Idem, ibidem.

declarado".[303] Assim, para o autor, "a finalidade penal do direito administrativo é exclusivamente a obediência à norma editada no interesse limitado da administração pública".[304]

A designação direito penal administrativo foi, contudo, abandonada pela doutrina nacional. Nesse sentido, Regis Fernandes de Oliveira destaca a impossibilidade de se tratar de um direito penal administrativo.[305] A explicação disso é que, segundo a doutrina administrativista, "penas" seria designação exclusiva das sanções do direito penal. Já no direito administrativo seriam aplicadas sanções administrativas, que não se confundiriam com as sanções penais.[306]

Recentemente surgiu, portanto, a disciplina do direito administrativo sancionador como ramo autônomo de estudo. É de se notar que, pelo próprio nome da matéria, ela irá se focar e se desenvolver pela consequência jurídica da infração administrativa e não da própria infração.[307] Sobre isso, vale lembrar que, embora se use a designação direito penal, que faz concluir que também essa matéria parte das consequências para as causas, esse campo, por anos referido como direito criminal, tem na causa jurídica, o crime, seu foco principal de estudo.

Segundo Fábio Medina Osório, o direito administrativo sancionador vem se desenvolvendo em um processo histórico de expansão que acompanha o crescimento do âmbito de incidência do próprio direito administrativo e dos novos setores alvo da intervenção do Estado.[308] É a parte do direito administrativo composta por normas de comportamento, utilizando-se da estratégia repressora para a consecução dos fins ligados ao interesse público.[309]

---

[303] BENTO DE FARIA. *Código Penal brasileiro*, cit., p. 19.

[304] Idem, ibidem, p. 20.

[305] OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Infrações e sanções administrativas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 74.

[306] Em suas palavras, "a sanção não é entidade específica de qualquer ramo do Direito, mostrando-se presente em todos eles. Porém, recebe por vezes denominações próprias. É o caso das sanções previstas nas leis criminais, usualmente chamadas *penas*". As penas, em sua concepção, estariam ligadas a um procedimento judicial, razão pela qual não conviria falar-se em penas administrativas (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*, cit., p. 80).

[307] Sintomática a afirmação de Régis Fernandes de Oliveira quando assevera que "essa nova matéria trata de disciplinar a imposição da sanção pela Administração Pública, visando auferir maior segurança jurídica às relações travadas com os administrados" (OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Infrações e sanções administrativas*, cit., p. 17).

[308] Nesse sentido expõe que "o surgimento do direito administrativo equivale à expansão gradual, crescente e intensa das agências e outros órgãos similares, com todas as peculiaridades a cada esfera de atuação dessas entidades" (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, cit., p. 65).

[309] Na concepção do autor, interesse público pode ser entendido como a "supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a indisponibilidade do interesse público" (*Direito administrativo sancionador*, cit., p. 66), sendo a base do direito administrativo moderno. Reconhece, contudo, que o conceito

Vê-se, portanto, que, embora se abandone a ideia da origem no poder de polícia, há um retorno ao fundamento de legitimação do sistema no conceito de interesse público. No âmbito material, enquanto podemos conceituar o direito penal como sistema repressor que impõe penas com o objetivo de resguardar e proteger bens jurídicos, podemos conceituar o direito administrativo sancionador como o sistema repressivo que impõe sanções administrativas voltadas à defesa do interesse público.

Mas se por um lado no direito penal já correram rios de tinta sobre a legitimidade da intervenção penal, cujo desenvolvimento maior ainda hoje repousa da teoria do bem jurídico de dignidade penal, no direito administrativo, a legitimidade legal do exercício do poder de polícia encontra-se ligada ao metafísico conceito de interesse público.

Em outras palavras, o referencial crítico das imputações administrativas não se liga a um conceito que, por mais que passível de críticas, é fruto de mais de um século de desenvolvimento científico, mas, sim, a um conceito fluído, que pode dar vazão aos mais vis interesses como aconteceu na Alemanha Nacional Socialista, quando a defesa do "são sentimento do povo alemão" fundou um direito penal e administrativo autoritário nos mais altos níveis de crueldade da história.[310]

Ainda nessa linha de ideias, Fábio Medina Osório reconhece que o conceito de interesse público enfrenta dificuldades de delimitação cada vez maiores, pois vem a abarcar modernamente interesses coletivos, gerais, difusos ou individuais indisponíveis, assumindo "feições cada vez mais difusas e abrangentes".[311] Em outras palavras, o conceito que já era dotado de opacidade e indeterminação, modernamente, assim como o conceito de bem jurídico, vem sofrendo um alargamento decorrente dos novos interesses coletivos e difusos de proteção.

Nesse sentido, já nasce o direito administrativo sancionador com um déficit de legitimidade teórica originário, razão pela qual vem se reconhecendo, hodiernamente, que

---

isoladamente não bastaria para justificar as ideias de serviço público, atividade de polícia, de fomento ou de regulação (p. 67).

[310] Sobre o tema direciona-se à leitura de SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade. O direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e insuficiência*. Disponível *online* em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CDAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.georgemlima.xpg.com.br%2Fsarlet.rtf&ei=_ZLAUNWbDYam8gSWk4GwBA&usg=AFQjCNG7Mzu_xJzqbB4lxjTVABcuUDTb8Q>. Acesso em: 6 dez. 2012, p. 2. Ainda com maior profundidade, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*: las orígenes ideológicas de la polémica entre causalismo y finalismo. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

[311] OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, cit., p. 67.

as infrações administrativas estejam também voltadas à defesa de bens jurídicos.[312] E isso se deve ao dogma científico, muitas vezes repetido, mas poucas vezes analisado a fundo, da inexistência de diferenças ontológicas entre o ilícito administrativo e o ilícito criminal.

Segundo Régis Fernandes de Oliveira, entre crime, contravenção e infração administrativa não haveria qualquer distinção ontológica, mas apenas formal, encontrada no regime jurídico decidido pelo legislador. Em sua concepção as sanções aplicadas judicialmente estariam no campo do direito penal e da contravenção e as sanções aplicadas pela administração pública estariam no campo do direito administrativo sancionador.[313]

No mesmo sentido, de maneira ferrenha, Rafael Munhoz de Mello advoga pela inexistência de quaisquer diferenças, sejam ela qualitativas, sejam quantitativas entre os ilícitos penais e administrativos, reconhecendo a existência apenas de um critério formal, pautado pela análise do regime jurídico livremente escolhido pelo legislador.[314] Nesse sentido, reconhece o autor que a "distinção entre os tipos de ilícito, portanto, deve ser feita com base na sanção que a ele é atribuída".[315]

Com efeito, a distinção meramente formal dos ilícitos penal e administrativos decorre da concepção da unidade do *ius puniendi* estatal, que, considerado um verdadeiro "dogma científico" na Europa, nas palavras de Alejandro Nieto García, começa a ganhar espaço da doutrina nacional. Mas, antes que analisemos a questão do regime jurídico, é imperioso que nos debrucemos sobre como vem sendo concebida a natureza da sanção administrativa pela doutrina nacional.

3.6.3. A sanção administrativa

Segundo Fábio Medina Osório, a sanção administrativa deve estar vinculada formal e materialmente ao âmbito de incidência do direito administrativo, ou seja, não

[312] Isso fica claro na obra de Fábio Medina Osório quando advoga que o direito administrativo sancionador configura-se como uma técnica distinta do direito penal que pode ser utilizada livremente pelo legislador para a proteção de bens jurídicos (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, cit., p. 137-138).
[313] OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Infrações e sanções administrativas*, cit., p. 32. Ainda de maneira mais clara destaca o autor que "juridicamente, a distinção entre o ilícito civil e penal do administrativo encontra-se no regime a que a repulsa estiver subordinada. Assim, se há necessidade de um processo judicial (meio próprio para a apuração da antijuricidade e aplicação da sanção), com as garantias previstas na Constituição Federal, através do órgão jurisdicional, cujo ato final possua força específica de coisa julgada, estamos diante da pena criminal ou da sanção civil" (p. 34).
[314] MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007, p. 60.
[315] MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*, cit., p. 61. Para o autor, "em suma, é o regime jurídico da sanção que permite separar os ilícitos administrativos dos ilícitos penais. Sob a ótica formal, é relevante destacar que a sanção administrativa é imposta por autoridade administrativa, no exercício de função administrativa e após o trâmite de processo administrativo; a sanção penal, por seu turno, é imposta por autoridade judiciária, no exercício de função jurisdicional, ao final de processo judicial" (p. 61-62).

apenas considerada como a sanção aplicada pela administração pública, mas sim aquela destinada a garantir seus objetivos, consubstanciado no interesse público.[316] Em suas palavras, "no lugar de conectar a sanção à atividade da Administração Pública, com exclusividade, é necessário conjugar tal instituto com o Direito Administrativo em sua vertente disciplinadora do poder punitivo estatal",[317] daí a interface direta com o direito penal.

Partindo da tradicional conceituação de Suay Rincón, segundo a qual a sanção administrativa é qualquer mal infligido pela administração a um administrado como consequência de uma conduta ilegal a resultar de procedimento administrativo e com uma finalidade puramente repressora,[318] o autor procura traçar sua própria definição apontando as incongruências da definição no cenário nacional.

Em primeiro lugar, o autor aponta o fato de que no Brasil a sanção administrativa não é aplicada apenas pela administração pública, mas também manejada no âmbito do Judiciário, o que se vê claramente nas ações civis públicas em matéria ambiental, concorrencial, consumerista, de improbidade administrativa e mesmo nos processos de execução fiscal do atípico modelo brasileiro. Disso decorre que a distinção não estaria adstrita apenas a um âmbito processual,[319] ao passo que, independentemente de estar ligada a um processo administrativo ou judicial, poderia guardar em si um conteúdo material de direito administrativo.[320] Segundo sua concepção, "cabe ao legislador outorgar a juízes e

[316] OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, cit., p. 81.
[317] Idem, ibidem.
[318] SUAY RINCÓN, José. *Sanciones administrativas*, p. 55. Apud OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, cit., p. 83.
[319] Ou de regime jurídico, como costuma se referir a doutrina administrativista.
[320] Pode-se ver, nesse ponto, que assim advogando o autor se distancia de grande parte da doutrina administrativista, entre os quais citam-se as concepções de Regis de Oliveira, segundo o qual a sanção administrativa provém apenas de procedimento administrativo e, mesmo que a matéria seja de direito administrativo, mas a sanção venha pelo judiciário, será enquadrada no âmbito das sanções civis (*Infrações e sanções administrativas*, cit., p. 34), e Carlos Ari Sunfeld, já na ótica de um direito administrativo ordenador, mas que identifica que "sanção penal, efetivamente, pode ser diferenciada das demais por exigir *procedimento judicial* cintado de cautelas voltadas ao asseguramento do mais amplo direito de defesa" (*Direito administrativo ordenador*, cit., p. 67). Especial destaque se dá para a concepção de Rafael Munhoz de Mello, para quem "o principal traço característico das sanções administrativas é o sujeito competente para impô-las" (*Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*, cit., p. 63). Nesse sentido, rechaça a tese de Fábio Medina Osório, afirmando que "a identificação da sanção administrativa é formal" e que "só o Poder Executivo exerce a função administrativa" (p. 65). Ao fim, conclui que: "A posição de Fábio Medina Osório conduz a uma ampliação indesejável do conceito de *sanção administrativa*. Indesejável porque não é fundada em elemento jurídico, não se pauta no regime jurídico da função estatal exercida no momento de imposição da sanção, mas sim em um elemento extrajurídico – a saber, a natureza da atividade. Juridicamente, portanto, não é adequado o conceito proposto pelo autor, pois abrange sob um mesmo rótulo institutos que são manifestações de funções estatais distintas – jurisdicional e administrativa – e, portanto, se submetem a regimes jurídicos distintos" (p. 68).

tribunais poderes sancionadores de direito administrativo, tendo em conta o princípio da livre configuração legislativa".[321]

Além disso, Fábio Medina Osório pontua a possibilidade de aplicação de sanções administrativas por corporações de direito público, entidades de direito privado de regulação de exercício profissional, que submetem seus filiados a um regime administrativo de limitações e imposições ordenadas, cujo descumprimento é passível de sanção.[322]

Apesar da crítica da doutrina administrativista, parece-nos acertada a concepção do autor. Não deve estar ligada a sanção administrativa apenas ao órgão aplicador, mas sim à natureza da sanção, não havendo qualquer problema nisso. Não se trata de um conceito metajurídico, mas tão somente da identificação do conteúdo material da sanção, que pode ser aplicada tanto pela Administração Pública, quanto pelo Poder Judiciário.

Quanto ao elemento objetivo do conceito, qual seja, o elemento aflitivo da medida, interessante é a concepção de Fábio Medina Osório, segundo a qual, embora ambas representem um mal, "nem todas as sanções administrativas apresentam íntimo parentesco com as sanções criminais". Como exemplo, toma a multa administrativa que, segundo sua visão, estaria mais próxima do direito civil do que do direito penal. Nesse sentido, considera a multa penal uma sanção atípica, pois não consegue se ater ao princípio da pessoalidade da pena.[323]

Vê-se que, aqui, o autor incorre no equívoco já delineado de identificar o direito penal com a privação de liberdade. Isso não é correto, conforme a análise histórica traçada da evolução das penas que, só modernamente, encontraram no ordenamento jurídico brasileiro a privação de liberdade como referência. A pena corporal não pode ser tomada como pré-requisito da incidência penal. Pelo contrário, as modernas teorias do direito penal secundário e de velocidades pautam-se pela eliminação da privação de liberdade em prestigio de outras penas alternativas, mormente a pecuniária.[324]

---

[321] OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, cit., p. 88.

[322] Entre essas entidades pode-se citar a Ordem dos Advogados do Brasil, o Conselho Federal de Medicina, os Conselhos Regionais de Engenharia e Agronomia, Conselho Federal dos Corretores de Imóvel, etc. Com efeito, "em regra, as corporações de Direito público estabelecem um rol de infrações e sanções" e "reconhecem o caráter público da atividade regulada, qualificando-a como prestadora de um serviço público" (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, cit., p. 93).

[323] Em seus precisos termos diz que "a multa penal é uma sanção 'atípica', ou seja, normalmente estranha às finalidades próprias do Direito Penal, tendo em vista as dificuldades notórias no atendimento da pessoalidade da pena e tendo em conta, fundamentalmente, a impossibilidade de conversão dessa sanção em pena privativa de liberdade" (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, cit., p. 95).

[324] Ainda, não procede a crítica tecida pelo autor no que concerne à impossibilidade de circunscrição ao princípio da pessoalidade da pena. Em primeiro lugar, porque também a pena privativa de liberdade possui

Ademais disso, conforme se mostrou no item 3.4. do presente trabalho, a partir da Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984, operacionalizou-se uma "quebra do monopólio da pena privativa de liberdade", na expressão de Miguel Reale Júnior,[325] com a adoção de penas alternativas que apenas se voltam à restrição de direitos, não atingindo, de forma direta e imediata, a liberdade individual dos cidadãos.

Por fim, discorrendo sobre o elemento teleológico da sanção, qual seja, a finalidade punitiva, assume que essa guardaria um caráter diferente da pena criminal, já que guardaria as finalidades ressocializadora, reeducativa e também de defesa social (prevenção especial negativa), que não seria objetivo da sanção administrativa.[326]

Mas uma vez, não concordamos com o autor. Evidentemente, o direito administrativo sancionador não herda e não guarda o ideal positivista de "cura" do infrator, que já mesmo no âmbito do direito penal vem sendo gradativamente abandonado. Por outro lado, não há como deixar de perceber que a pena administrativa pode funcionar para consecução de todos os fins da pena, comungando dos mesmos elementos teleológicos do direito penal.[327]

A sanção administrativa, na visão de Fábio Medina Osório, teria um viés funcionalista segundo o qual, pelo que se apreendeu do texto, estaria mais voltada à busca da efetividade das normas programáticas ordenadoras do que à busca no sentido das finalidades clássicas da pena criminal.[328]

Assim, analisando os principais componentes da sanção administrativa entende o autor que, além da dispensabilidade da administração pública como elemento subjetivo

---

efeitos indiretos que refletem em terceiros ligados ao condenado por relações familiares, profissionais ou sociais de qualquer tipo, não sendo essa uma exclusividade da pena pecuniária. Ademais, quanto à possibilidade de o acusado se fazer substituir no cumprimento da pena de multa, determinando ou permitindo que terceiro arque com o valor da condenação, vale lembrar que é sempre possível a cumulação da pena pecuniária com uma restrição de direito, que garantiria o fim aflitivo da pena.

[325] REALE JÚNIOR, Miguel. Caminhos do direito penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 18, nº 85, jul./ago. 2010.

[326] OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, cit., p. 97.

[327] Como prova disso, basta pensar que a interdição de uma empresa poluidora se adapta à finalidade preventiva especial negativa da sanção administrativa. A multa de trânsito e a adoção de meios tecnológicos de aferição de limites de velocidade cumprem, respectivamente, as funções preventivas especial positiva e geral positiva. Ainda há mais. Se por um lado é pacífico que o infrator administrativo não precisa ser ressocializado (se é que alguém o precisa), não há como esconder que certas sanções administrativas têm sim em seu bojo uma função reeducadora. Um exemplo cotidiano é a obrigatoriedade de frequência em cursos de reciclagem após a suspenção de licença para a condução de veículos automotores, quando se excede o número de pontos máximo previsto na legislação do Código de Trânsito Brasileiro. Veja-se que tal modelo presume uma inabilidade social específica (boa condução de veículo automotor) que pode gerar danos à sociedade, razão pela qual em um primeiro momento inocuísa o indivíduo, para então reeducá-lo. Naturalmente em graus diferentes, todas as medidas aflitivas do direito administrativo comungam das mesmas finalidades clássicas atribuídas à pena criminal.

[328] OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, cit., p. 98.

indispensável, a sanção administrativa se caracterizaria pela "ausência da natureza penal da sanção" demonstrada pela "decisão soberana e discricionária" do legislador e pela "ausência da previsão direta ou indireta, de pena privativa de liberdade".[329]

Em outras palavras, segundo o autor, a sanção administrativa seria aquela que o legislador entende que assim deve ser e, por isso, não comina privação de liberdade no preceito secundário e prescreve um regime jurídico diferente do direito penal, seja no âmbito administrativo, seja no âmbito judicial, com vistas ao resguardo do interesse público.[330]

Para Tobias Barreto, a pena aplicada pelo Estado ainda guarda a mesma estrutura primitiva de sua origem, quando não era o símbolo do sacrifício humano em prol da satisfação de divindades. De qualquer forma, malgrado a racionalização das penas que as tornavam mais ou menos cruéis segundo o grau de civilidade e cultura das sociedades, e também malgrado a substituição do símbolo da divindade saciada como elemento teleológico da pena pelo conceito tanto quanto metafísico e ideal de justiça, a pena aplicada pelo Estado mantém-se com a mesma estrutura.

De tal forma, a pena não pode ser vista senão como um mal, como uma genuína vingança contra o infrator. Nesse sentido, aduz o autor que "a medida porém que vai decrescendo o lado religioso da expiação, aumenta o lado social e político da *vindicta*, que permanece ainda hoje predicado indispensável para uma definição da pena".[331] Se é verdade que a racionalização do direito buscou explicações que legitimassem a função da pena, encontrando nela as conveniências preventivas e até mesmo terapêuticas, por outro, segundo o autor, sua característica subjetiva a ela própria inerente, sempre foi e continuará sendo a vingança.

De fato, esse caráter de vendeta foi gradativamente atenuado com o passar dos tempos. Nesse sentido, segundo Tobias Barreto, a ação penal privada seria um resquício do direito penal privado romano, quando era utilizado, não senão para outro fim que não a vingança privada, operada por meio do Estado. Logo, desenvolvidos os sistemas sobre a

---

[329] OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, cit., p. 99-100.

[330] Na exata definição do autor: "Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito da aplicação formal e material do Direito Administrativo" (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, cit., p. 100).

[331] BARRETO, Tobias. Fundamento do direito de punir. In: *Menores e loucos.* Sergipe: Editora EGE. 1926, p. 144.

função da pena, a ideia de retribuição não pode integrar nenhum desses grupos nem com eles fazer par. A pena enquanto vingança não denota um sistema de função da pena, mas, sim, um caractere fundamental de sua essência, descoberto historicamente.

Fundamentalmente, Tobias Barreto assevera que o conceito de pena não é um conceito jurídico, mas sim um conceito político. A sanção jurídica por excelência, segundo o autor, tem o condão de, simplesmente, desfazer o dano causado pela infração, o que simplesmente não é possível, nem mesmo buscado pela pena. A pena não desfaz a infração, apenas se vinga do infrator. Por isso é que o autor vai identificar o fundamento da pena com o fundamento da guerra.[332]

Com menos detimento analítico, em 1945, Nelson Hungria chegava já a conclusões parecidas com as de Fábio Medina Osório. Segundo sua visão, as diferenças entre as sanções penais e administrativas seriam em um primeiro momento quantitativas, derivada da maior gravidade da pena privativa de liberdade, mas fundamentalmente formal, orientada pelo regime jurídico – judicial ou administrativo – a que era submetida a aplicação da sanção.[333]

É automática, portanto, a percepção da precariedade da definição, já que, como vimos, podem existir sanções penais sem privação de liberdade, de forma que estaríamos presos a um conceito materialmente estéril de "natureza penal", que pode ser aplicado não só ao direito penal, como também ao direito administrativo sancionador. Também, como vimos, a questão do regime jurídico, que passa em grande parte pela aplicação da sanção no âmbito judicial ou administrativo, vê-se superada, já que, segundo nossa concepção, é possível que sejam aplicadas sanções judiciais no interesse da administração pública, não por isso deixando de ser uma legítima sanção administrativa.

Na realidade, falta à doutrina a percepção de que entre a sanção penal e administrativa não existem diferenças ontológicas ou teleológicas, o que não quer dizer que elas não possam se distinguir de maneira qualitativa. Na verdade, trata-se do mesmo mal, independente da autoridade que o aplica, que é voltado para os mesmos objetivos, quais sejam, a defesa mediata ou imediata de bens jurídicos, por meio da prevenção geral e especial, que pode ter também um caráter didático, educativo e simbólico.

Em nossa opinião, a grande diferença entre a sanção criminal e a sanção administrativa encontra-se no campo axiológico do desvalor ético-social da sanção criminal e de sua característica estigmatizante. Bem assim, a única diferença substancial

[332] BARRETO, Tobias. Fundamento do direito de punir, cit., p. 151.
[333] HUNGRIA, Nelson. *Novas questões jurídico-penais*, p. 268.

entre as consequências jurídicas está no campo valorativo e não nos campos ontológicos e teleológicos.[334]

Nesse ponto, devemos nos alinhar à concepção de Figueiredo Dias, que também é compreendida por Silva Sanchez,[335] quando diz não ser possível abrir mão do potencial infamante de simbólico do direito penal para a persecução e regulação de determinadas condutas desvalidas pelo ordenamento jurídico. Ainda na mesma linha e de maneira direita e definitiva, Miguel Reale Júnior assevera que:

> as sanções que se somam [administrativa e penal] têm pequena distinção, relativa, na verdade, ao significado da reprovação. Se é certo que ambas guardam finalidades preventiva e retributiva, o que as distingue é o caráter moral de reprovação social inerente à sanção penal, bem como o gravame do próprio processo penal a que é submetido o agente, não encontráveis na sanção e no processo administrativo.[336]

Entendemos ainda que, se por um lado a diferença existente entre as sanções fica adstrita apenas a um campo valorativo, com manutenção da identidade substancial das características das sanções, por outro, essa sútil diferença terá consequências práticas marcantes, principalmente no que concerne à demarcação dos ilícitos criminais e administrativos.

No entanto, por ora, feita a análise da sanção administrativa, podemos adentrar a temática dos fundamentos do regime jurídico do direito administrativo sancionador e seus componentes, analisando como eles vêm sendo tratados pela doutrina nacional, principalmente no que concerne à absorção por ela da teoria da unidade do *ius puniendi* do direito espanhol.

3.6.4. Fundamentos da infração e do ilícito administrativo

No Brasil atualmente cresce a concepção de que o *ius puniendi* do Estado é unificado, podendo ser exercido tanto por meio do sistema jurídico-penal como do sistema administrativo sancionador. Nas palavras de Rafael Munhoz de Mello:

> O poder punitivo estatal, portanto pode se manifestar através das sanções penais e das sanções administrativas, as primeiras impostas no exercício de função jurisdicional, as segundas no exercício de função administrativa. É dizer, tanto a sanção penal como a

[334] Independentemente de quem as aplica, a multa penal e multa administrativa, ambas se configuram como a imposição de uma redução do patrimônio do particular. O mesmo se aplica para as restrições de direito que, principalmente no campo da responsabilidade das pessoas jurídicas, mostra com clareza a identidade das sanções.

[335] SILVA SÁNCHEZ. Jesús María. *La expansión del derecho penal*. Madrid: Editora Edisofer, 2011, p. 168-169.

[336] REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização do direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 7, nº 28, p. 124, out./dez. 1999.

> administrativa são manifestações de um mesmo poder estatal, o *ius puniendi*. Daí se falar em *unidade do poder punitivo estatal*, poder que abrange tanto as sanções penais (direito penal) como as sanções administrativas (direito administrativo sancionador).[337]

É digno de nota que, nem na Espanha, onde foi gestada a teoria unitária da potestade sancionadora do Estado, não há unanimidade sobre tal concepção. Embora tal concepção observe guarida absoluta no âmbito jurisprudencial, no âmbito doutrinário há aqueles que se levantam contra a teoria, entre os quais há de se citar Alejandro Nieto García, para quem o poder sancionador da administração não decorre do mesmo *ius puniendi* do direito penal, mas sim dos princípios gerais de direito público.[338]

Entre nós, Fábio Medina Osório coloca-se como ferrenho crítico à tese da unidade do *ius puniendi*, elencando como razões para seu rechaço a existência de poderes sancionatórios públicos dos particulares,[339] a dificuldade de identificação dos princípios gerais de direito punitivo,[340] a existência de regimes jurídicos distintos das diversas manifestações do *ius puniendi* estatal,[341] a liberdade de configuração legislativa dos regimes jurídicos do *ius puniendi* estatal[342] e da possibilidade do uso de técnicas distintivas pelo Estado para a proteção de bens jurídicos.[343]

Não nos parece, contudo, fundamentada a crítica do autor. E isso porque Fábio Medina Osório incorre no equívoco de confundir a existência de um único *ius puniendi* do Estado com o exercício desse *ius puniendi*, as técnicas, sistemas e regimes diversos que permitem ao Estado, dentro do princípio da legalidade, exercitar seu poder de punir. De fato, quando se advoga a tese de um unitário *ius puniendi*, não se esta dizendo que deve haver um único direito público punitivo que, enquanto sistema de regras dogmáticas, substituiria o direito penal e o direito administrativo.

O *ius puniendi* que é sim unitário é um conceito que provém da própria estrutura do Estado, mas os modos como se exercita podem variar e receber regimes jurídicos distintos e isso está à margem de discussão, não importando, contudo, em falha da teoria unitária.

Com o que não se pode concordar, ainda, é que a escolha do regime jurídico para proteção de bens jurídicos seja uma discricionariedade de livre configuração legislativa,

---

[337] MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*, cit., p. 45.
[338] NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 174.
[339] OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, cit., p. 122-24.
[340] Idem, ibidem, p. 125.
[341] Idem, ibidem, p. 126-133.
[342] OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, cit., p. 133-137.
[343] Idem, ibidem, p. 137-138.

sob pena de se incorrer em falhas de proteção e excesso de proibição.[344] Por mais que a busca seja árdua, é preciso e é possível buscar critérios dogmáticos para a distinção dos regimes jurídicos de intervenção punitiva.

Mas, mais do que isso, importa reconhecer que é possível extrair princípios gerais do direito de punir que, mais do que emprestados, serão realocados do sistema penal onde foram cristalizados. De mais a mais, mais do que a existência de uma vinculação comum ao direito constitucional, existe uma unidade principiológica do direito punitivo que acabou em processo histórico escondida na principiologia penal, mas que cabe a todo o direito público. Trata-se, portanto, não só de aplicar princípios de direito penal ao direito administrativo sancionador, mas sim de, em uma perspectiva de organização sistêmica, extrair os princípios de direito público punitivo alocados historicamente naquele sistema e realocados na modelagem desse sistema reitor superior.

Por ora, vale lembrar que a doutrina nacional vem entendendo que "a mais importante e fundamental consequência da suposta unidade de *ius puniendi* do Estado é a aplicação de princípios comuns ao Direito Penal e ao Direito Administrativo Sancionador, reforçando-se, nesse passo, as garantias individuais".[345]

Isso decorre da ideia fundamental reiteradamente repetida na doutrina nacional de que não existem diferenças ontológicas entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, razão pela qual seria impossível traçar uma diferenciação qualitativa ou quantitativa entre os âmbitos jurídicos no campo das infrações.

Ainda em 1945, Nelson Hungria, partindo da concepção de que a ilicitude jurídica é única, asseverava que não existem diferenças ontológicas entre o ilícito administrativo e o penal. Segundo sua visão, "a separação entre um e outro atende apenas a critérios de conveniência ou oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço".[346]

Reconhece ainda que, na esteira do pensamento de Beling, poderia haver uma diferença quantitativa entre ambos os ilícitos, sendo que o ilícito administrativo seria um *minus* em relação ao direito penal.[347] Nesse sentido, de maneira ferina, assenta que não há qualquer possibilidade dogmática de diferenciar os ilícitos de uma forma qualitativa ou

[344] Sobre os conceitos, SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade. O direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e insuficiência*, cit., e FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal. A constituição penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
[345] OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, cit., p. 113.
[346] HUNGRIA, Nelson. *Novas questões jurídico-penais.* Rio de Janeiro. Editora Nacional de Direito, 1945, p. 265.
[347] Idem, ibidem.

essencial, falhando todas as doutrinas que se encaminharam nesse sentido.[348] Ainda, calcando-se no pragmatismo, destaca por derradeiro que:

> A identidade essencial entre o delito administrativo e o delito penal é atestada pelo próprio fato histórico, aliás reconhecido por Goldschmidt, de que "existem poucos delitos penais que não tenham passado pelo estádio do delito administrativo". A disparidade entre um e outro – repita-se – é apenas *quantitativa*. A qual outra diferença, senão de grau, *v. g.*, entre o retardamento culposo de um ato de ofício e a *prevaricação*, entre uma infração sanitária e um *crime contra a saúde pública*, entre uma infração fiscal e o *descaminho*, entre *violações de posturas municipais* e *contravenções penais?*

Essa concepção de Nelson Hungria foi adotada pela doutrina pátria que hoje se divide naqueles que acreditam na mera existência formal entre os âmbitos jurídicos e aqueles que, à semelhança da teoria de Hungria, veem uma diferença quantitativa ao lado da diferença formal.[349]

A primeira consequência dessa concepção é a de que a rotulação de um ilícito como crime, contravenção ou infração administrativa se dá, tão somente, no âmbito legislativo, não havendo qualquer possibilidade de distinção material ou dogmática. Rafael Munhoz de Mello, advogando pela diferenciação apenas formal, exalta que "o legislador goza de ampla liberdade para determinar se um comportamento será tipificado como crime ou como infração administrativa".[350]

Em segundo lugar, deriva da concepção meramente formal a distinção da infração penal da administrativa apenas pelo tipo de sanção cominada pelo Estado como consequência repressiva da infração. Mais uma vez, nesse sentido, Rafael Munhoz de Mello destaca que "a distinção entre os tipos de ilícito, portanto, deve ser feita com base na sanção a ele atribuída".[351]

Há de se destacar que, recentemente, a doutrina nacional, principalmente no campo do direito penal, vem se opondo a essa concepção que ainda é dominante no cenário nacional. A análise dessas concepções e o enfrentamento dessas questões, contudo, será objeto de análise do capítulo subsequente, onde procuraremos novamente as fronteiras entre os ilícitos penais e administrativos.

---

[348] Em suas palavras, "pretender justificar um discrime pela diversidade *qualitativa* ou *essencial* entre ambos, será persistir no que ÚUKULA justamente chama de 'estéril especulação', idêntica à demonstração da 'quadratura do círculo'. Baldadas têm sido todas tentativas doutrinárias nesse sentido" (HUNGRIA, Nelson. *Novas questões jurídico-penais*, cit.)

[349] Nesse sentido, OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Infrações e sanções administrativas*, cit., p. 32; ATALIBA, Geraldo. Inconstitucionalidade de punições permanentes. *Revista de Direito Mercantil*, ano XXXIII, n. 95, p. 17-18, jul./set. 1994; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. op. cit. p. 813; e OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, op. cit., p. 113-116.

[350] MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*. cit. p. 60.

[351] Idem, ibidem, p. 61.

Por fim, vale a pena abarcar, ainda que superficialmente, mais um tema ligado à unidade substancial das infrações penais e administrativas: a lógica consequência da impossibilidade do *bis in idem* entre infrações da mesma natureza. É fato que no Brasil não só o legislador goza de ampla liberdade para a inserção de condutas tanto no campo penal como no campo administrativo, como, diuturnamente, o faz nas duas esferas de intervenção jurídica.

Ora, diante da natureza semelhante das infrações e diante do reconhecimento da existência de só um poder de punir estatal, há de se considerar que a aplicação de uma sanção administrativa e penal a uma mesma conduta, independentemente da autoridade judicial que a aplica, importa em uma dupla punição pelo mesmo fato.

No entanto, ainda persevera no Brasil, principalmente carreada pela Jurisprudência dos Tribunais, é a teoria da independência das instâncias, segundo a qual, diante dos regimes jurídicos distintos, os fatos analisados poderiam assumir identidades distintas, razão pela qual um mesmo fato poderia ser perseguido nas esferas penais e administrativas.[352]

Não cabendo no escopo do presente trabalho o aprofundamento no tema, finca-se o posicionamento de que a teoria da independência das instâncias sofre de graves falhas estruturais, pois vai contra toda a concepção da unidade do poder de punir do Estado. Ainda, de maneira mais grave, permite a montagem de estratégias de múltipla punição, sacrificando liberdades individuais em prol de interesses utilitários. Portanto, a organização de um sistema administrativo sancionador depende do reconhecimento de que a punição em instâncias diferentes atenta contra corolários constitucionais e legais e contra os fundamentos teóricos do direito penal e administrativo sancionador.

3.7. Síntese da (des)organização jurídica brasileira

De tudo o que foi exposto no presente capítulo, podemos retirar algumas conclusões fundamentais sintéticas, que nos permitirão evoluir para a efetiva análise da adequação do direito penal secundário de Jorge Figueiredo Dias no ordenamento jurídico nacional.

[352] Sobre um amplo panorama sobre o tema, OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, cit., p. 280-317. Ainda, com profundidade na doutrina estrangeira, ZAPATERO, Luis Arroyo. El "ne bis in idem" en las infracciones al orden social, la prevención de riesgos laborales y los delitos contra los derechos de los trabajadores y la seguridade social. In: *Las fronteras del Código penal y el derecho administrador sancionador*. *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 11, p. 309-312, 1997.

Em primeiro lugar, pudemos notar que, tal qual ocorreu na Alemanha e em Portugal, o Brasil conviveu no século XIX com um direito penal de polícia, qualitativamente orientado por critérios ontológicos de orientação, cristalizados na sua identificação com a proteção remota de interesses do Estado e na prevenção de crimes mais graves. A adoção de tais critérios já redundava na adoção de um regime jurídico, seja no campo do direito material, seja no campo do direito adjetivo, diverso do direito penal.

Essa mesma concepção qualitativa seria trespassada para o direito contravencional da República Velha, cujo ordenamento jurídico, de forma explícita, desenhava os contornos da diferenciação qualitativa dos diferentes tipos de infrações penais. Digno de nota que, ainda nessa época, pouco se falava em proteções de bens administrativos, mas sua ligação com a consecução da ordem pública e de interesses gerais preventivos é notória.

A partir do fim da primeira metade do século XX, adotou-se o posicionamento encabeçado por Nelson Hungria, segundo o qual não existiriam diferenças materiais entre os diversos tipos de ilícitos, seja o penal, contravencional ou administrativo. Existiria tão somente uma diferença quantitativa, condicionada pela "gravidade" da infração, que poderia e deveria ser aferida livremente pelo legislador. Nesse sentido, a escolha do meio de intervenção punitiva à disposição do legislador para a repressão de determinada conduta seria uma escolha absolutamente discricionária, baseada nas orientações político-criminais.

Já com essa noção nasceu o direito administrativo sancionador enquanto disciplina jurídica, ainda que não tenha sido construído enquanto sistema jurídico positivado, eis que ainda falta a ele a organização de normas gerais de orientação consubstanciada em uma lei-quadro tanto pleiteada pela doutrina nacional.

Nesse sentido, à semelhança do ordenamento jurídico espanhol, passou-se a adotar o direito penal como sistema reitor do desenvolvimento do direito administrativo sancionador, com a absorção, para tanto, do dogma da unidade do *ius puniendi* estatal. Naturalmente, assim como ocorre naquele país, nem a concepção científica nem a aplicação prática das concepções teóricas esteve alheia a críticas das mais contundentes.

A que mais nos interessa aqui é aquela que parte do ponto de vista penal, segundo a qual a quase fusão dos ordenamentos jurídicos penal e administrativo sancionador estaria transformando o direito penal em um instrumento de execução de políticas públicas, operacionalizada por meio da repressão, inclusive com a ameaça da privação da liberdade.

A verdade é que hoje no Brasil não há qualquer referencial teórico-crítico eficiente para a contenção do frenesi legislativo de normas penais. A absorção de conceitos provindos de outras realidades jurídico-culturais permitiu o desenvolvimento de concepções que deixam o legislador livre para interferir na vida social por meio do direito penal, o que vem fazendo de maneira recorrente e assistemática.

Nesse ponto, vale mencionar que a teoria do bem jurídico-penal, que seria a principal forma de contenção da expansão do direito penal hoje em dia acabou sendo deformada e relegada a um conteúdo meramente argumentativo e passou a ser integrada na agenda criminalizante, inspirada nas concepções jurídico-constitucionais da proibição de proteção ineficiente de bens jurídico-constitucionais.

O que se observa, acima de tudo, é uma falta de opções de intervenção punitiva que não esteja atrelada ao direito penal. O direito administrativo sancionador ainda é pouco desenvolvido e carece de uma reestruturação dogmática, no molde do quanto advogado por Helena Regina Lobo da Costa.[353] O direito penal já se esfacela diante das novas pautas criminalizantes e se torna cada vez mais seletivo, arbitrário e, acima de tudo, ineficiente.

Nesse jogo de interesses, ninguém ganha. Bens jurídicos de suprema importância para sociedade acabam carecendo de uma tutela estatal suficiente já que as amarras do direito penal não permitem sua satisfatória proteção. Garantias individuais são sistematicamente ignoradas. Princípios e categorias e direito penal são deformados na busca de se aplicar normas gerais de direito penal e condutas que acabam se tornando estranhas dentro do próprio corpo jurídico do direito penal.

Diante dessa realidade, que não é só brasileira, não é de se estranhar que hoje se afigurem diversas teorias que busquem uma terceira via que possa harmonizar eficiência e garantismo em um mesmo sistema jurídico de imputação.

[353] COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*, cit., p. 184-209 e 215-231.

Capítulo 4. Breves considerações sobre outros modelos alternativos

4.1. Introdução

No presente tópico, analisaremos de forma breve outras propostas de divisão do direito penal frente ao crescimento de novos espaços de intervenção estatal decorrentes dos avanços sociais, econômicos e científicos da sociedade. Fundamentalmente, analisaremos as proposições de três autores, Jesús María Silva Sanchez, Winfried Hassemer e Miguel Reale Júnior.

Mais uma vez, somos obrigados a ressaltar que nossa análise se foca, primacialmente, nas distinções materiais propostas ou que podem ser extraídas das teorias dos autores. Dessa forma, não nos inclinaremos à análise dos caracteres dogmáticos de configuração das infrações penais ou administrativas, mas apenas retomaremos os pressupostos fundamentais para a construção desses novos sistemas de intervenção punitiva propostos.

A conveniência da presente análise está na possibilidade de comparar essa novas propostas de divisão do direito penal com o direito penal secundário de Jorge Figueiredo Dias. Ademais, poder-se-á perceber que, assim o fazendo, estaremos analisando uma proposta de autores de cada um dos países cujos ordenamentos jurídicos foram analisados no presente trabalho.

4.2. O direito penal de velocidades de Silva Sánchez

A teoria do direito penal de velocidade é desenvolvida por Silva Sanchez em sua popularizada obra "A expansão do direito penal".[354] Com efeito, a intenção do autor em sua obra foi a de descrever um movimento moderno de expansão do direito penal, originado de diversos fatores jurídicos e sociais que acabariam por deformar, gradativamente, a dogmático jurídico-penal.

Entre esses fatores de expansão do direto penal Silva Sanchez elenca a existência de novos interesses que passam a ser tutelados pelo Estado e pelo direito penal,[355] o surgimento de novos riscos sociais e a incorporação dessa concepção pelo direito penal,[356]

[354] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*. Madrid: Editora Edisofer, 2011.
[355] Novos interesses provenientes de "novas realidades", que criariam novos bens jurídicos de interesse supraindividual. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*, cit., p. 12.
[356] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*, cit., p. 14.

o crescimento da sensação social de insegurança,[357] a configuração de uma sociedade cada vez menos disposta a aceitar riscos,[358] o processo de autovitimização subjetiva da sociedade,[359] o descrédito de outras instâncias de proteção,[360] a atuação de gestores atípicos da moral,[361] a atitude da esquerda punitiva europeia[362] e o progressivo papel gerencial do direito penal.[363] Esses fatores ainda seriam agravados pela integração supranacional do direito penal e pela globalização dos interesses projetados na esfera jurídico-penal.

A deformação das estruturas do direito penal moderno estaria ligada, essencialmente à administrativização do direito penal, ou seja, da incorporação das novas pautas de intervenção vocacionadas pelos fatores acima descritos, que transformaria o direito penal em um sistema social de prevenção de risco e de implementação de interesses administrativos,[364] ao invés de um sistema de garantia das liberdades individuais, ou, nas palavras de von Lizst, a Carta Magna do delinquente.

---

[357] A sociedade enfrentaria assim um crescente processo de amedrontamento, advindo de perigos reais, oriundos da sociedade moderna, e perigos artificiais, advindos de uma atmosfera de insegurança erigida das incertezas da modernidade. Nesse sentido, o autor muito bem pontua que "*la vivencia subjetiva de los riesgos es claramente superior a la propia existencia de los mismos*" (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*, cit., p. 27).

[358] E quando se diz aceitar quer-se designar a própria incorporação do risco, como as suas eventuais consequências. Sobre isso, o autor destaca que há uma crescente tendência de se transformar acidentes fortuitos em injustos (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*, cit., p. 38-39).

[359] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*, cit., p. 46.

[360] Sobre isso, o autor identifica a decadência do direito civil de danos como instância de controle social, advindo de sua perda de conteúdo material que fere a aplicação do direito com equidade, "todo lo qual, por lo además, intensifica la perdida de contenido valorativo de la responsabilidad civil que se inicia tan pronto como ésta adandona la idea de culpa". Ainda, pontua o descrédito do direito administrativo que, diante do princípio da oportunidade, acabou se burocratizando e dando margem para o crescimento da corrupção, causando um crescente descrédito de sua eficácia. Assim, em suas palavras "el resultado es desalentador. Por un lado, porque la visión del Derecho penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialización, de civilización, supone una expansión *ad absurdum* de la otrora *ultima ratio*. Pero sobre todo porque, además, tal expansión es inútil en buena medida, porque somete al Derecho penal a cargas que éste no puede soportar". Todas as citações in SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*, cit., p. 62-63.

[361] Que seriam responsáveis pela elevação à categoria de bens jurídicos vários interesses difusos e coletivos setorizados, atendendo a perspectivas segmentadas de repercussão geral pelo direito penal. Nesse sentido, destaca as atuações de entidades ligadas à defesa do meio ambiente, direitos de minorias, consumidores, associações de bairros e vizinhos, entidades pacifistas e antidiscriminatórias, etc., nas quais, sempre na agenda de suas preocupações, encontra-se a criação de tipos penais para a defesa de seus direitos (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*, cit., p. 66-67). Ouso dizer ainda que, para esses gestores atípicos da moral, a criação de um tipo penal destinado ainda que de maneira simbólica à defesa de seus interesses representa a maior vitória que se pode alcançar.

[362] Fenômenos sem comparativos próximos no Brasil. De maneira detalhada: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*, cit., p. 72.

[363] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*, cit., p. 74-82.

[364] Sobre isso, suas precisas palavras: "el derecho penal, que reaccionaba delimitado (en cuanto al sujecto activo y al passivo), se há convertido en un Derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales y, en esa medida, se há 'administrativizado'" (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*, cit., p. 134).

Segundo sua concepção, essa evolução do direito penal seria um caminho sem volta,[365] não havendo força sequer nas formulações teóricas e científicas para frear essa expansão e recomposição do direito penal.[366] Nesse cenário, seria necessária a divisão do direito penal em outros tipos de direito penal com o objetivo de assegurar as garantias fundamentais de um direito penal clássico, identificado pelos bens jurídicos individuais, cujas infrações guardariam a proteção de interesses de grande relevo social e, mais do que isso, cujas sanções seriam as mais graves do ordenamento jurídico: a privação da liberdade. Esse seria o direito penal de primeira velocidade, onde, ao lado da possibilidade de privação de liberdade, seriam mantidas todas as garantidas individuais.

Silva Sanchez tem como princípio reitor de sua teoria dos direitos penais de diferentes velocidades a premissa de que nem todos os sistemas de imputação devem possuir uma identidade de garantias postas em benefício dos acusados. Nesse sentido, entende que deve existir uma relação direta entre a sanção que se comina no dado sistema de imputação com o rol e extensão das garantias a que estão ungidos os destinatários da norma punitiva.[367]

Agiria aí uma medida de proporcionalidade entre a gravidade da sanção e o sistema de garantias do sistema punitivo. Dessa forma, em sua lógica, um sistema penal que não impusesse penas privativas de liberdade[368] deveria ser temperado, necessariamente, com garantias menos abrangentes do que o sistema jurídico-penal.

---

[365] Sem possibilidade de retorno ao "bom e velho direito penal liberal", que, segundo a concepção de Silva Sanchez, jamais chegou a existir (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*, p. 165 e seguintes).

[366] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*, cit., p. 121 e seguintes.

[367] Precisamente sobre o tema, são as palavras de Silva Sánchez no sentido de que "el punto de partida que adopto es la directa relación existente entre las garantias que incorpora un determinado sistema de imputación y la gravedad de las sanciones que resultan de su aplicación. En efecto, possible sostener la idea de que *la configuración de los diversos sistemas jurídicos de imputación del hecho al sujeto, así como la de las garantías generales de cada sistema, tienen una clara dependencia de las consequencias jurídicas del mismo, su configuración y su teleologia*. Expresado de otro modo: ni en todo el sistema jurídico debe haber las mismas garantías, ni en todo el sistema del Derecho sancionatório tiene por que haber las mismas garantías, ni siquiera en todo el sistema sancionatório penal tienen por qué exigirse las mismas garantías; pues las consequencias jurídicas son substancialmente diversas (también en el seno del propio sistema del Derecho penal en sentido estricto)" (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*, cit., p. 168-169).

[368] Silva Sánchez afasta-se nesse ponto do pensamento de Gómez Tomillo e Sanz Rubiales (GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Ínigo. *Derecho administrativo sancionador*. 2. ed. Navarra: Editora Aranzandi, 2010, p. 61-63), pois entende que a pena privativa de liberdade ainda deve ser considerada, incomparavelmente, a mais grave das sanções que pode ser cominada em um ordenamento jurídico. Nesse ponto, rechaça a tese de Gómez Tomillo e Sanz Rubiales de que as penas de inabilitação para exercício de determinadas funções, suspensão de atividades, expulsão do território e até mesmo determinadas multas podem ser penas tão ou mais graves do que as penas privativas de liberdade. Isso porque, em sua concepção, basta tomar a válida catalogação da prisão entre as instituições totais para se perceber a aniquilação do espectro de liberdade e da própria personalidade do ser humano advinda da privação da liberdade. Isso, em sua concepção, já é o bastante para derrotar o argumento de que outras penas podem ser

Há de se considerar nesse ponto que Silva Sánchez, quando defende esse postulado teórico, de certa forma, afasta-se da tradição doutrinária espanhola, pois, ainda que reconhecendo um *ius puniendi* geral, defende uma diferença de intensidade entre cada um dos sistemas de imputação – a ver, direito penal e direito administrativo sancionador[369] na realidade jurídica existente e direito penal de segunda e terceira velocidade em suas formulações acadêmicas – que refletirão nos sistemas de garantias.

É curioso notar que, se na década de 80 do século passado García de Enterría inaugurava uma corrente de pensamento adotada por grande parte da doutrina e da jurisprudência, segundo a qual o exercício das faculdades punitivas do Estado, seja no âmbito judiciário, seja no âmbito administrativo, demandava a aplicação das mesmas garantias básicas ao acusado, Silva Sánchez vem agora quebrar esse paradigma para buscar uma flexibilização de garantias segundo o tipo de sanção cominada em cada um dos sistemas de imputação.

Entendemos ser passível de defesa a formulação inicial de Silva Sánchez no que concerne à modificação das garantias segundo a gravidade dos sistemas de imputação. Naturalmente, mesmo dentro de um mesmo sistema de imputação é possível se estabelecer ritos e procedimentos diferentes segundo a intensidade final da sanção cominada. A comprovar tal convicção, basta a leitura do art. 394 do Código de Processo Penal brasileiro, que prevê procedimentos diferentes[370] – com mais ou menos possibilidades de exercício da ampla defesa e do contraditório – segundo a quantidade máxima de penas abstratas cominadas pelo preceito secundário dos tipos penais.

Da mesma forma, no campo do direito administrativo sancionador, observamos um tempero divergente entre as sanções e garantias postas em favor do acusado. Admitir o contrário seria presumir que o procedimento para imposição de uma multa de trânsito

---

também suficientemente graves para merecer as mesmas garantias do direito penal. Nesse sentido, SILVA SÁNCHEZ. *La expansión del derecho penal,* cit., p. 170-171.

[369] Faz-se conveniente destacar que, entre o ilícito administrativo e o ilícito penal, Silva Sánchez chega a defender a necessidade de uma diferenciação qualitativa (SILVA SÁNCHEZ. Jesús María. *La expansión del derecho penal,* cit., p. 137).

[370] Segundo o mencionado artigo, para os delitos cujas penas abstratamente cominadas não ultrapassem o limite de 4 anos, será aplicado o procedimento sumário, que não possui todos os atos do procedimento ordinário. Além disso, nos crimes de competência do Tribunal do Júri – os crimes dolosos contra a vida – que, além de penas altas, por si só exibem um gravidade maior, aplica-se um procedimento especial, e o princípio basilar da ampla defesa dá lugar ao princípio da plenitude da defesa, que segundo a doutrina nacional, por conta de sua taxativa presença na Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea "a"), deve ser considerado como um reforço ao direito de se defender. Por fim, temos o procedimento sumaríssimo da Lei nº 9.099/95, aplicada aos delitos de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima não exceda a 2 anos, que em determinadas circunstâncias, praticamente aniquila garantias básicas do direito penal e processual penal como a ampla defesa e o contraditório, ao permitir a aplicação antecipada de pena não privativa de liberdade, ao arrepio do processo penal.

devesse seguir os mesmos procedimentos necessários para a aplicação de uma pena de multa no âmbito administrativo-tributário ou ambiental. Parece-nos óbvio que a complexidade das matérias e as sanções aplicadas devem ser – e são – levadas em conta, no que tange ao estabelecimento dos procedimentos de sua aplicação e, consequentemente, na atribuição das garantias fundamentais. Nesse sentido, em determinados procedimentos administrativos, como os que ocorrem, no Brasil, no Conselho Administrativo de Defesa da Economia – CADE, em matéria de direito concorrencial, são aplicadas muitas vezes quantas ou mais garantias aplicadas ao processo penal.

No entanto, é aqui que termina nossa concordância com o postulado de Silva Sánchez, já que, de qualquer forma – e aqui nos alinhamos novamente a García de Enterría –, a essência do direito punitivo demanda a observação de determinadas garantias que não podem ser declinadas de forma alguma, a saber, a observância dos princípios da legalidade e da culpabilidade, e a garantia da presunção da inocência, ao contraditório e a ampla defesa, bem como suas derivações.[371] Assim, seja por meio da intervenção penal, seja por meio da intervenção administrativa, determinadas garantias devem ser mantidas e jamais poderão ser declinadas sob a justificação de que a sanção prevista não é grave o suficiente para a sua manutenção.

Partilhar de tal entendimento seria admitir que determinadas sanções poderiam ser aplicadas injustamente por não serem graves o suficiente para guardar as garantias de proteção ao cidadão. No entanto, a construção de uma sociedade igualitária e plural, onde se tem como foco o resguardo da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade individual, não pode permitir que, por motivos utilitários de funcionamento sistêmico de sistemas de imputação, o indivíduo seja injustiçado, o que, como já demonstrou Foucault em sua *Microfísica do poder*,[372] poderia causar fraturas graves no tecido social. Em outras palavras, entendemos ser vedado ao Estado, sequer a aplicação de uma sanção de advertência sem que se respeitem os pressupostos de aplicação da pena (aqui tomada em sentido amplo de um direito punitivo).

[371] E quando nos referimos às suas derivações as apontamos de forma ampla. Mesmo em uma simples infração de trânsito o acusado deve poder provar pelos meios de direito aptos que não agiu com culpa ou dolo ou que estava agindo sob o exercício de alguma excludente de ilicitude ou culpabilidade. Da mesma forma, deve a ele ser garantido, indispensavelmente, a possibilidade de reexame da decisão, à semelhança da garantia do duplo grau de jurisdição.

[372] FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 15. ed. Rio de Janeiro. Ed. Graal, 2000.

De outro prisma, nos vemos obrigados a delatar outra falha na formulação de Silva Sánchez, e aqui nos aproximamos de Gómez Tomillo e Sanz Rubiales,[373] quando eleva a pena privativa de liberdade ao patamar inatingível de sanção mais grave entre todas as sanções punitivas dos sistemas de imputação. Com efeito, sem desdenhar do inconteste potencial malévolo da pena privativa de liberdade, que além de seu efeito precípuo de mitigar a liberdade de ir e vir do cidadão possui o nefasto efeito estigmatizante, reconhecemos que outras sanções podem interferir com a mesma gravidade no desenvolvimento da personalidade humana.

Destarte, já se ouviram estórias de guerra onde músicos feitos cativos que puderam optar entre a morte ou ter seus dedos quebrados, sendo assim para sempre inutilizados para tocar seus instrumentos, escolheram o primeiro caminho. Nas devidas proporções, essas lamentáveis estórias podem ser usadas de exemplo para a matéria que aqui se procura debruçar.

E isso porque a inabilitação para o exercício de determinadas funções – como se comina não apenas como efeitos da condenação no art. 7º da Lei 9.613/98 (Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro), como também como sanção administrativa no art. 12, inciso III, da mesma lei – pode causar transtornos na vida do cidadão semelhantes à pena privativa de liberdade. Impedir um administrador de administrar, nas devidas proporções, não equivale a impedir um músico de tocar?

E não é só. No que concerne à responsabilização da pessoa jurídica, as penas de cassação de autorização para funcionamento (art. 12, inciso IV, da Leiº 9.613/98) e de suspensão parcial ou total das atividades (art. 8º, inciso III, da Lei nº 9.605/98), genuinamente equivalem à pena de morte da pessoa jurídica, não podendo ser, portanto, ignorada a sua gravidade. Certamente, não estamos aqui procurando identificar a morte de um ser individual com a extinção de um ente coletivo. Naturalmente não é nesse ponto que reside a gravidade de tal sanção.

A gravidade de tal sanção está sim na importância que os entes coletivos e notoriamente os voltados à atividade empresarial possuem na economia e na sociedade. Certas empresas em localidades fora dos grandes centros urbanos têm papel fundamental e determinante para o desenvolvimento social das comunidades onde se encontram, e sua extinção, mais do que a afetação aos seus cotistas ou acionistas, pode colocar em perigo os empregos e o sustento de um grande número de pessoas. Ainda de importância, no campo

[373] GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Ínigo. *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 62-63.

econômico, a suspensão do funcionamento de uma empresa que, por exemplo, forneça insumos a um grande número de outras empresas, ou seja, uma consumidora exclusiva dos insumos de outros produtores, pode abalar economias regionais e, em uma perspectiva drástica, mas muito possível, em um cenário onde o desempenho das empresas tem impacto direto nos valores de suas ações e outros títulos negociáveis em mercado, podem abalar até mesmo o desenvolvimento econômico nacional.

Em síntese, em casos particularizados, o dano social de uma sanção administrativa ou penal, diferente da pena privativa de liberdade, pode ser de igual ou de maior monta do que a privação de liberdade. Esses, pois, os motivos pelos quais não podemos concordar com os limites estanques colocados por Silva Sánchez, que fazem induzir que a mera inexistência de penas privativas de liberdade induz à possibilidade da diminuição de garantias individuais. E aqui ainda nos permitimos ir além.

A aplicação de penas a entes coletivos semelhantes às penas acima expostas dependem de tanto ou mais garantias do que as exigidas para a pena privativa de liberdade. E isso porque seus efeitos, mais do que atingirem aos entes coletivos e seus interessados diretos, conforme demonstrado acima, podem atingir um incontável número de pessoas, já que tais sanções, indiscutivelmente, transpassam a pessoa (coletiva) atingida e atinge aquelas pessoas e funções que dela dependem. A reforçar nosso raciocínio, veja-se, por exemplo, que, no âmbito cível, não se decreta a falência de uma empresa sem a tomada de inúmeras cautelas e sem que se busquem planos de recuperação, nos quais são levados em conta todos esses fatores sociais e econômicos.

Essas cautelas do processo falimentar, que nada mais são do que garantias mínimas concedidas aos empregados, aos credores e ao próprio sistema econômico, inexistem no âmbito penal e administrativo sancionador, podendo gerar verdadeiras catástrofes econômico-sociais.

Bem assim, ainda que se possa concordar com direitos penais de "diferentes velocidades", ou, como preferimos, com a possibilidade de coexistência de diferentes sistemas punitivos com características próprias e demarcados por critérios qualitativos, não podemos concordar com o balizamento de tais velocidades com pressuposto apenas na cominação ou não da pena privativa de liberdade. Tal juízo, a nosso ver, revela uma análise apenas superficial de todo o problema da demarcação das fronteiras entre os diferentes sistemas punitivos.

Por fim devemos aclarar ainda que a crítica que se faz não se coloca somente em relação à pena privativa de liberdade, mas, sim, à eleição da sanção cominada como critério único de distinção entre os diversos sistemas punitivos do Estado.[374] Em nosso entender, assim como se revela nas construções de Goldschmidt, Wolf, Schmidt, Eduardo Correia e, atualmente, de Figueiredo Dias, a delimitação de diferentes âmbitos de imputação deve se dar por critérios materiais ligados aos objetos jurídicos e modos de proteção cujas características revelam traços distintivos.[375]

Naturalmente, tais sistemas distintos deverão refletir suas peculiaridades também na sanção às infrações, sendo essas, nessa linha de raciocínio, a consequência da conformação de sistemas autônomos, e não a causa, como propugna Silva Sánchez, que, ao fazê-lo, acaba negando critérios materiais de distinção entre os ilícitos penal (de primeira velocidade), penal de segunda velocidade e administrativo, embora devamos reconhecer que sua distinção alocada nas consequências jurídicas esteja, de qualquer modo, ligada um critério qualitativo.

O ponto mais importante da teoria de Silva Sánchez está no fato de que entende o autor ser indispensável a presença do direito penal na tutela dos novos interesses e no atendimento das demandas sociais oriundas dos fatores acima destacados, não bastando a isso o fortalecimento do sistema repressivo sancionador. E isso se daria, por um único motivo: a indispensável carga de desvalor ético-social presente no direito penal. Em suas palavras:

> Frente al Derecho administrativo, y por tanto dentro del ámbito de lo sancionatório, el Derecho penal aporta su mayor neutralidad respecto a la política, así como la imparcialidade propia de lo jurisdicional. Ello hace más difícil para el infractor la utilización de las *técnicas de neutralización* del juicio de desvalor (reproches de parcialidade, politización) de que aquél se sirve com frecuencia frente a la actividad sancionadora de la Administraciones públicas.[376]

Nesse ponto, é possível perceber como em grande parte a teoria do direito penal de velocidades se aproxima da teoria do direito penal secundário. Todas elas prescrevem a criação de um sistema jurídico-penal autônomo, de categorias dogmáticas semelhantes mas

[374] Mesmo porque, como pudemos perceber na evolução histórica das penas no Brasil (itens 3.2., 3.3 e 3.4., acima) e, conforme a problematização desenvolvida no item 6.4. do presente trabalho, a pena privativa de liberdade não é um componente essencial do direito penal e não deve ser assim caracterizada.

[375] Para o que a teoria de Silva Sánchez, nesse particular, pouco pode contribuir, já que se erige como base um método indutivo e empírico, dotado de um pragmatismo jurídico incompatível com as pretensões científicas já desde cedo expostas no presente trabalho. Sobre esse método, GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Ínigo. *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 60.

[376] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*, cit., p. 173.

não idênticas ao direito penal, que não preveja penas privativas de liberdade, mas que, ainda assim, por tutelar interesses elevados à categoria de bens jurídicos, ainda que guardem íntima relação com a pauta programático-administrativa do Estado, devem resguardar em seu corpo o desvalor ético-social do direito penal.

Substancial diferença aparece, contudo, quando se percebe que a teoria de Figueiredo Dias calca-se no necessário paralelismo do desvalor ético-social da sanção com o desvalor ético-social da infração, mais especificamente da conduta incriminada, o que não se exige na teoria de Silva Sánchez. Assim permite o autor espanhol que condutas sem reprovabilidade axiológica seja punida com sanção penal, apenas pelo fato de estar a conduta inserida no catálogo de infrações pelas causas subjetivas da expansão do direito penal moderno, o que resta de todo injusto e incoerente.[377]

4.3. O direito de intervenção de Winfried Hassemer

Hassemer desenvolve seu pensamento partindo da premissa de que o direito penal moderno estaria enfrentando as dificuldades de adaptação dos conceitos clássicos do direito penal a situações oriundas na modernidade, relegando-o a uma situação anacrônica e contraproducente. [378]

Assim, estar-se-ia desenhando um direito penal moderno caracterizado pelo desprezo de conceitos metafísicos e fixados em uma metodologia empírica e pragmática, focada essencialmente no desvalor do resultado das condutas incriminadas. Desse modo, o objetivo do direito penal estaria cambiando cada vez mais para uma função preventiva do que para uma função retributiva, sem, no entanto, abrir mão de procurar uma vinculação do legislador ao princípio de proteção a bens jurídicos.[379]

O direito penal moderno estaria antagonizado pelo direito penal clássico de ideais liberais provenientes do iluminismo do século XIX, fundamentados de maneira direta no contrato social. Segundo o autor, o direito penal clássico já haveria alcançado um estágio maduro da dogmática penal, já ultrapassando o estágio de apego ao direito natural,

---

[377] Semelhante crítica é tecida por Helena Regina Lobo da Costa quando destaca as incongruências da formulação de Silva Sánchez. Em primeiro lugar, a autora assevera que seu direito penal de segunda velocidade só atenderia aos motivos subjetivos da expansão do direito penal e não aos motivos objetivos, já que carece de eficácia para tanto. Ainda, os motivos subjetivos só seriam atendidos de forma indireta, já que a sociedade não seria atendida apenas pelo uso simbólico do direito penal. Por fim, destaca a autora que é equívoco identificar o direito penal apenas com a privação da liberdade, já que ele compõe um todo orgânico que em várias instâncias diferentes coloca em xeque garantias individuais do cidadão (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*, cit., p. 213-214).

[378] HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del derecho penal moderno. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLV, fasc. I, p. 236, jan./abr. 1992.

[379] HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del derecho penal moderno, cit.

havendo nele uma conformação harmônica e eficaz de proteção da liberdade individual e controle social.[380]

O direito penal clássico seria assim um "núcleo ideal" no qual vigoram os princípios da taxatividade e da subsidiariedade, bem como o princípio da lesividade como carro condutor. Deste núcleo ideal, cada vez mais estaria escapando o direito penal moderno, que, abarcando novos interesses sociais difusos, não consegue se adaptar às categorias jurídicas do direito penal clássico, causando problemas estruturais na própria dogmática penal, bem como nas ciências penais como um todo.[381]

A modernidade haveria consumado a tradição clássica do direito penal, mas também no mesmo movimento direcional haveria com ele rompido. As necessidades abarcadas pelo direito penal clássico acabam se afastando de seu contexto, de modo que o conflito entre cidadão e Estado que marca o movimento iluminista já não mais prepondera nas relações sociais,[382] havendo, nessa esteira, uma relação de dependência do indivíduo em relação à atuação do Estado, que já não espera que ele se abstenha, mas sim que ele faça.

Ainda segundo Hassemer, esse direito penal moderno teria três características fundamentais, a dizer (i) a transformação do princípio de proteção a bens jurídicos em um fator criminalizante,[383] (ii) a elevação dos fins preventivos à posição central da dogmática penal[384] e (iii) a orientação para as consequências das incriminações.[385]

Ainda de modo a caracterizar a modernidade, Hassemer assenta que a política criminal vem se restringindo unicamente para dar vazão a processos de criminalização e descriminalização de condutas motivadas pela necessidade de respostas a problemas

[380] De maneira sintética o autor destaca que "para la doctrina clásica el derecho penal es un instrumento de la libertad ciudadana. Debe controlarse, no indepdizarse. No es ningún *passepartout*, sino el último medio (*ultima ratio*) para solucionar problemas sociales" (HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del derecho penal moderno, cit., p. 238).

[381] HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del derecho penal moderno, cit., p. 238.

[382] Idem, ibidem, p. 239.

[383] Segundo sua concepção, a teoria do bem jurídico penal que nasceu como uma hipótese racional crítica à incriminação legislativa, agora se torna um argumento a favor da criminalização de condutas. É digno de nota o fato de Hassemer seguir a linha da escola de Frankfurt e defender uma teoria unitária e pessoal do bem jurídico penal. Sobre o tema, HASSEMER, Winfried. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal*, ano 12, nº 45 a 48, p. 275-285.

[384] Segundo sua concepção a função precípua da punição penal ainda seria a retribuição das infrações levadas a cabo pelo infrator.

[385] Com mais detimento o autor se pronuncia sobre isso em HASSEMER, Winfried. Líneas de desarrollo del derecho penal alemán, desde la época de pos-guerra hasta la actualidad. In: *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat II*. Madrid: Edisofer, 2008, p. 378.

sociais modernos alegados pelo legislador.[386] As ações legislativas de toda forma se desenvolvem na parte especial e não na parte geral e estrutural do direito penal, não havendo no âmbito legal determinantes avanços sistemáticos ou conceituais.

Disso decorreria a grande expansão de leis penais incriminadoras, notada com facilidade nos âmbitos do direito penal econômico, ambiental, de drogas, tributário, do comércio exterior, informático, etc. E isso porque, nesse dito direito penal moderno, não se estaria buscando a proteção do indivíduo de maneira imediata, mas, sim, a preservação das instituições sociais. Dessa forma, os próprios bens jurídicos acabariam sendo remodelados e ganhariam feições supraindividuais e coletivas.

Com efeito, esse novo catálogo de bens jurídicos não mais estaria restringindo o direito penal, mas sim o ampliando. A inserção ou rotulação de interesses diversos como bens jurídicos estaria fomentando a criação de novos tipos penais, que abarcariam essa proteção social, bem como funcionariam em sua prevenção.

Um dos principais instrumentos para a consecução dos objetivos fixados por esse direito penal moderno seria a utilização da técnica de incriminação de crimes de perigo abstrato, devido à facilitação que esses crimes trazem à utilização do direito penal, por um lado, reduzindo assim os requisitos para castigar[387] e, por outro, diluindo a claridade e percepção do injusto penal.[388]

O principal problema desse direito penal moderno seria a dificuldade ou impossibilidade de adaptação aos conceitos cristalizados pelo direito penal clássico e, dessa forma, operaria de maneira deficitária no que tange à eficiência do controle social, revestindo-se assim de um papel puramente simbólico.[389]

Além disso, essa modernização do direito penal traria como consequência a diminuição dos critérios dogmáticos elaborados pelo direito penal clássico como justificativa, fundamento e legitimidade da punição. Nesse sentido, entende o autor que, quando os pressupostos do direito penal clássico se põem de frente à execução da

[386] Para um amplo panorama do pensamento do autor sobre o tema, recomenda-se a leitura de HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2. nº. 8, p. 41-51, out./dez. 1994.
[387] Nesse sentido, o manejo do direito penal acaba se tornando uma forma de execução de políticas internas. HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del derecho penal moderno, cit., p. 243.
[388] HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del derecho penal moderno, op. cit., p. 242.
[389] HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del derecho penal moderno, op. cit., p. 244. Para aprofundação do assunto recomenda-se a leitura de HASSEMER, Winfried. Función simbólica de la pena. *Pena y Estado*. nº 1- 1999, p. 23-36.

programação político criminal, eles acabam sendo ignorados ou deformados, seja na aplicação da norma, seja na construção científica e legal.[390]

Diante de tais constatações, com o objetivo de evitar a deformação do direito penal clássico e, ainda, na perspectiva da diminuição de déficits de aplicação da norma jurídica, Hassemer propõe a criação de um "direito de intervenção"[391] que se situaria entre o direito penal e o direito administrativo, no qual não se imporiam penas privativas de liberdade, com a possibilidade, em contrapartida, de se flexibilizarem garantias penais e processuais.[392]

Sem dúvida alguma, esse novo direito de intervenção, que ocuparia o lugar e assumiria as características do direito penal moderno, seria qualitativamente distinto do direito penal. E isso porque teria uma configuração de bens jurídicos diferentes (apenas bens jurídicos pessoais e individuais) e porque estaria teleologicamente ligado à prevenção de riscos sociais. Assim, não há dúvida de que o direito de intervenção de Hassemer em muito se assemelha ao direito penal administrativo concebido por James Goldschmidt.

Assim, como consequência lógica, o direito de intervenção proposto por Hassemer ocuparia o mesmo espaço do direito penal secundário elaborado por Figueiredo Dias. São sintomáticas as incorporações da pauta administrativa no sistema repressor, assim como a não imposição de privação da liberdade e, por conseguinte, a flexibilização de princípios e regras de legitimação do poder de punir e de imputação e de averiguação da infração.

Por outro lado, e agora se distanciando de Figueiredo Dias e Silva Sánchez, Hassemer não releva em sua construção o desvalor moral das condutas ou dos resultados. Dessa forma, mesmo condutas que possuíssem alta reprovabilidade social (como um grande derramamento de petróleo em uma bacia oceânica) estariam fora do alcance do direito penal, já que estariam guardando a preservação de um interesse coletivo.

A principal crítica que se tece à construção teórica de Hassemer é que, reservando o direito penal apenas para condutas que relevam uma afetação a um bem jurídico

---

[390] HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del derecho penal moderno, cit., p. 245.

[391] HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, ano III, n.18, p. 156, fev./mar. 2003.

[392] São essas suas palavras literais: "acredito que é necessário pensarmos em um novo campo de direito que não aplique as pesadas sanções de privação de liberdade e que, ao mesmo tempo, possa ter garantias menores. Eu vou chamá-lo de Direito de Intervenção. Esse nome pode ser mudado mas por enquanto vamos chamá-lo assim mesmo. Esse novo campo do direito estaria localizado entre o Direito Penal, Direito Administrativo, entre o direito dos atos ilícitos no campo do Direito Civil, entre o Direito Fiscal e utilizaria determinados elementos que o fariam eficiente" (HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal, cit., p. 49).

individual, acabar-se-ia criando um direito penal classista, onde apenas os pequenos criminosos receberiam tratamento penal e privação de liberdade, sendo que grandes infratores, cujos danos difusos podem ser incontavelmente maiores do que a mera ofensa ao patrimônio individual, p. ex., não estariam abrangidos pelo direito penal.[393]

4.4. O direito administrativo penal de Miguel Reale Júnior

Sobre os fundamentos etiológicos do pensamento de Hassemer, Miguel Reale Júnior desenvolve a teoria do direito administrativo penal, que pode ser reconhecida como uma defesa pela reestruturação, fortalecimento e autonomização de um direito administrativo sancionador. Ainda assim, segundo nosso entender, as concepções do autor não encontram reflexo do direito administrativo sancionador da atualidade, dependendo da adaptação de várias componentes.

Antes de entrarmos no desenvolvimento de sua teoria, faz-se conveniente que tracemos algumas linhas sobre o pensamento de Miguel Reale Júnior, no que concerne à interação do direito penal com o direito administrativo.

Com efeito, o autor erige sua construção teórica a partir da concepção de que só há um único *ius puniendi* do Estado, razão pela qual, em qualquer de suas manifestações, seja o direito penal, seja o direito administrativo, há uma relação de sujeição aos direitos constitucionais ligados às garantias fundamentais.

Em sua concepção, entre os ilícitos penal e administrativo não há qualquer diferença estrutural, mas apenas normativa, definida pelo regime jurídico adotado pelo legislador,[394] o que deixaria "ainda mais patente a aplicação dos princípios constitucionais de proteção do indivíduo perante o Estado punitivo".[395]

Suas ideias foram demonstradas pormenorizadamente no exame comparativo das infrações penais e administrativas constantes nas Leis nº 8.137/90 e 8.884/94, que tratam das infrações contra a ordem econômica e a defesa da concorrência. Ali, logrou êxito o autor em demonstrar empiricamente que as infrações de ambos os regimes jurídicos

[393] Nesse sentido, o próprio SILVA SÁNCHEZ. Jesús María. *La expansión del derecho penal*. Ainda, com mais detimento de análise, GOMÉZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Ínigo. *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 55-59.

[394] Deixa assim registrado que "não há, portanto *uma diferença de natureza substancial entre ilícito penal e administrativo retributivo*", e complementa que "assim sendo, posso concluir que a escolha pela qualificação de uma conduta como ilícito penal ou administrativo não é senão de política legislativa, tendo em vista, primordialmente, a busca da maior eficácia social" (REALE JÚNIOR, Miguel. Ilícito administrativo e o jus puniendi geral, cit., p. 93 e 95).

[395] REALE JÚNIOR, Miguel. Ilícito administrativo e o jus puniendi geral, cit., p. 93.

afiguram-se de maneira idêntica, seja no que concerne à formatação dogmática,[396] seja no que tange ao objeto de proteção jurídica das normas.[397] Dessa forma, pôde o autor concluir que os tipos penais e infracionais "têm em comum a tutela do mesmo bem jurídico, por meio da repressão a condutas em grande parte semelhantes".[398]

Disso decorre a concepção de que as infrações administrativas, à semelhança do direito penal, também exercem a função de proteção de bens jurídicos pela repressão de condutas juridicamente desvaloradas. Nesse sentido, o bem jurídico passa a ser considerado como o principal referencial crítico da legitimidade, também, das infrações administrativas, sendo, portanto, indispensável instrumento de orientação legislativa.[399]

Dessa forma, pode-se perceber que, dentro de sua concepção das infrações, a teoria do bem jurídico não serviria como critério de distinção entre os âmbitos penal e administrativo, já que, em ambas as instâncias de intervenção punitiva, deveria haver a proteção de um bem jurídico, sendo tal exigência ligada ao exercício do poder de punir do Estado, independentemente do meio pelo qual se exercita.

Ainda, há de se salientar que, conforme apontado no item 3.6.3, do presente trabalho, o autor considera que a única diferença substancial entre as sanções penal e administrativa estaria circunscrita ao campo axiológico, residente na reprovabilidade moral da sanção penal e do próprio processo penal, diante da neutralidade valorativa da sanção administrativa.[400]

Feitas as observações sobre o pensamento do autor, é possível agora que nos debrucemos sobre o desenvolvimento da teoria do direito administrativo penal por ele propugnada.

A teoria proposta por Miguel Reale Júnior desperta da análise da proposta de uma terceira via de intervenção punitiva veiculada por Hassemer, conforme considerações tecidas no item anterior, que se situaria entre o direito administrativo e o direito penal. Esse novo sistema de imputação deveria se chamar, contudo, direito administrativo penal, diante da impropriedade da expressão direito de intervenção, já que toda a sanção punitiva do Estado é caracterizada por uma intervenção.[401]

---

[396] Ainda que com sutis diferenças no que concerne à tipicidade das infrações administrativas concorrenciais.
[397] REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização do direito penal econômico, cit., p. 117-121.
[398] Idem, ibidem, p. 121.
[399] Idem, ibidem, p. 127.
[400] Idem, ibidem, p. 124.
[401] Em suas próprias palavras, "concordando com estas sugestões [criação de um novo sistema] opomo-nos, todavia, à denominação 'Direito de Intervenção', que pouco designa, uma vez que intervenção não será a

Esse novo sistema jurídico faria parte do direito administrativo, estando, portanto, sujeito à instância administrativa de apreciação, mantendo, contudo, "algumas garantias e limitações próprias do direito penal, o que significa dizer que contém, simbioticamente, qualidade de infração administrativa, quanto de penal".[402]

Ainda, advoga o ilustre Professor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, que deveria ser estruturada uma Parte Geral para as leis tipificadoras das infrações administrativo-penais, criando-se, assim, princípios ordenadores do conjunto normativo, aos quais se aliariam alguns princípios e garantias de direito penal.[403]

Em sua concepção, nessa Parte Geral deveriam estar inclusos os princípios da legalidade (tendo como consequência a proibição da analogia *in malam partem*, a integração por interpretação apenas restritiva, a irretroatividade da lei sancionadora, a estrita tipicidade tanto das condutas típicas como das sanções cominadas), bem como definições sobre os elementos subjetivos dos tipos administrativo-penais (onde em uma estratégia mista de direito penal e processual deveria haver uma *presunção de dolo*, cuja inexistência poderia ser provada pelo acusado[404]), as causas de exclusão da tipicidade e ilicitude (entre as quais deveriam estar presentes o erro de tipo, a coação irresistível, o estado de necessidade e ação de força maior), o concurso de pessoas (compreendendo a responsabilidade solidária entre entes coletivos e administradores), os princípios norteadores da aplicação da sanção (com a necessária exigência da individualização das sanções, compreendendo a existência de circunstâncias atenuantes e agravantes) e as causas de extinção da punibilidade, os fatos interruptivos da prescrição e o prazo prescricional da execução das sanções.

---

característica desse novo ramo, mesmo porque não há direito repressivo que não realize uma intervenção" (REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização do direito penal econômico, cit., p. 125. Interpolação nossa).

[402] REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização do direito penal econômico, cit.

[403] Klaus Terdemann tem uma visão semelhante à de Miguel Reale Júnior, no que concerne à necessidade de estruturação de uma parte geral. O autor trata, contudo, do direito penal econômico, em uma divisão dentro do próprio direito penal, definida pelos interesses ligados à economia. Sua obra não será analisada no presente trabalho, já que não oferece definições materiais suficientemente claras sobre a limitação desse âmbito de atuação, reservando-se a aglutinação de causas sociais, mas sem defini-las no campo normativo. De qualquer forma, entende o autor que hoje em dia, o direito penal econômico é regido pelas mesmas regras do direito penal comum, criando grandes possibilidades de adequação das novas necessidades de proteção. Diante de tal realidade, entende que deveria ser organizada uma parte geral específica para esse ramo que pudesse tratar de problemas específicos relativas à causalidade da responsabilidade pelo resultado, a posição de garante do empresário, o tratamento da divisão do trabalho nas atividades econômicas e da regulação dessa responsabilidade, a conservação do posto de trabalho como causa de justificação, o erro sobre normas complementárias, a causalidade das decisões colegiadas, o alcance dos efeitos das autorizações administrativas, a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica, a interpretação de conceitos vagos e de conceitos econômicos e a aplicação da adequação social a setores específicos. TIEDEMANN, Klaus; HERNANDEZ BASUALTO, Hector (Trad.). *Derecho penal económico*: introducción y parte general. San José: Grijley, 2009, p. 51 e 52.

[404] REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização do direito penal econômico, cit., p. 127.

É importante notar que, à luz do quanto mencionado sobre seu pensamento, Miguel Reale Júnior não aponta qualquer traço distintivo material desse novo sistema jurídico criado, já que, segundo sua convicção, sua implantação seria de livre escolha do legislador, orientada pela eficiência e necessidade da punição. Contudo, diante da aceitação da proposta de Hassemer e de sua adoção como fundamentadora no sistema previsto, é lícito concluir que só os bens jurídicos individuais deveriam habitar a seara penal, restando os interesses difusos e, principalmente, os ligados à proteção da ordem econômica, sob proteção do direito administrativo penal.

Por fim, há de se registrar que é possível encontrar na teoria do autor a inspiração na aplicação do princípio da proporcionalidade. E isso porque, além de falar em eficiência, o autor adota a máxima de Tobias Barreto (segundo a qual cabe "impor pena em todos os casos em que a sociedade não pode passar sem ela") em sua abstração *a contrario sensu*, que permite a conclusão de que "não se deve impor sanção penal, socialmente estigmatizante, e em especial a pena privativa de liberdade, em todos os casos em que a sociedade pode passar sem ela".[405]

A afirmação do autor conjugada com seu pensamento revela, portanto, que em sua acepção, não se pode criminalizar uma conduta sem que haja uma avaliação de adequação e necessidade da sanção penal, cujo traço distintivo está, exatamente, no desvalor ético-social da sanção penal, restando, assim, mais um traço distintivo material da infração penal em relação à infração administrativa, baseada no princípio da proporcionalidade.

Assim, em que pese o autor negar as diferenças ontológicas entre os ilícitos penal e administrativo, não deixa de apontar critérios de orientação legislativa, que se podem traduzir em genuínas distinções qualitativas, que, embora não se localizem no plano ontológico, mas sim normativo, permitem a avaliação crítica das opções de intervenção punitiva adotadas pelo legislador.,

De certa forma, refinando a necessidade da aplicação do princípio da proporcionalidade, que exigirá a existência de um desvalor ético-social da infração para a correspondente reprovabilidade axiológica da sanção, é com base na teoria do autor que procuraremos delimitar os critérios materiais de alocação das infrações penal e administrativa entre os âmbitos de intervenção do Estado, o que se analisará no Capítulo 6, do presente trabalho.

[405] REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização do direito penal econômico, cit., p. 129.

Capítulo 5. A análise crítica do direito penal secundário

Um direito penal, já que faz parte do sistema penal e que mantém seus fundamentos de desvalor ético-social, sem a até então quase automaticamente relacionada pena privativa de liberdade. Eis a primeira aproximação do direito penal secundário de Figueiredo Dias. Eis aí, também, a estrutura proposta para o direito penal de segunda velocidade de Silva Sánchez.

Fundamentalmente, as duas teorias têm em comum a proposição do sacrifício de garantias fundamentais ao direito penal, em troca da eliminação da pena privativa de liberdade. Em outras palavras, decompõe-se o binômio cárcere e estigmatização, para manter-se a força coativa e preventiva do direito penal fundamentada apenas na última componente da equação.

Vê-se assim que, em outras palavras, o que se busca é um sistema punitivo como desvalor ético-social, guardando-se, portanto, o valor simbólico e comunicativo do direito penal, mas caminhando em direção às novas sanções que possam suplantar o altamente insuficiente sistema de encarceramento hoje em dia consagrado pela maioria (se não de todos) dos ordenamentos jurídico-penais.

Acima de tudo é importante perceber que, ao contrário das propostas de Hassemer e de Miguel Reale Júnior, Figueiredo Dias e Silva Sánchez procuram uma solução no próprio direito penal. Sendo assim, seus sistemas propostos são diferenciações do sistema originário que dele comunga de certos princípios e garantias, mas que, ao mesmo tempo, em razão de suas especificidades, deverão possuir seus princípios e regras de garantias próprios.

Ainda assim, tais sistemas de intervenção punitiva estarão ligados ao direito penal de maneira íntima, já que se assentam de maneira determinante no desvalor ético-social das sanções cominadas, ainda que se abra mão da pena privativa de liberdade. Da mesma forma, não se abre mão nesse caso do processo penal, que por si só já se afigura como um fenômeno aflitivo ao condenado e encena já desde o início seu papel de agente estigmatizador.

Por outro lado, além da sanção estigmatizadora, vai-se em busca de sanções e de meios de persecução mais efetivos ou, de outro modo dizendo, eliminam-se alguns obstáculos impostos pela principiologia garantista do direito penal clássico, que por muitas vezes impede a aplicação do direito penal aos novos âmbitos de incriminação ligados à

proteção da economia, do meio ambiente, das relações de consumo, das relações de comunicação informática e telemática, dos mercados financeiros e de capital, etc.

Figueiredo Dias dá um passo além, contudo, em relação aos outros autores que fazem semelhantes propostas. Busca uma delimitação material do âmbito de intervenção desse novo sistema de direito penal. Nesse ponto, vale notar que muitos autores buscaram – com razoáveis índices de sucesso – essa delimitação no âmbito do chamado direito penal econômico. O presente trabalho não suportaria a análise das concepções desses autores, que, afinal e ao cabo, acabam se identificando, no que tange ao âmbito de alcance, com os sistemas jurídicos propostos, aqui analisados.

O direito penal secundário e os outros sistemas analisados vão além da identificação de um segmento particular do direito penal: propõe a remodelação sistêmica de seus ordenamentos jurídicos para lidar com esses segmentos, estejam eles ligados ou não à economia. Mas ao contrário dos outros sistemas, Figueiredo Dias tenta de maneira determinante circunscrever o conteúdo material desse novo sistema jurídico, o que vai fazer com auxílio das teorias do direito penal administrativo da Alemanha.

De uma maneira sintética, esse conteúdo material estaria balizado pelas condutas socialmente reprováveis que se direcionassem aos interesses do Estado e que fossem materializadas no descumprimento de deveres do cidadão em sua esfera social, ou, nas palavras do autor, na "via da sua realização social – como um membro da comunidade". Bem assim, o direito penal secundário herda componentes das concepções de Erik Wolf no que concerne ao desvalor social das condutas (que irá importar ao direito de ordenação social o papel de limitador negativo) e de James Goldschmidt, no que concerne ao duplo papel do homem, agora amplificada não mais da dicotomia entre administração e justiça, mas sim na incorporação das pautas sociais pelo Estado de direito material.

Perceba-se, portanto, que Figueiredo Dias toma como base de sua teoria as construções de Goldschmidt, sem deixar, no entanto, de procurar corrigir os equívocos estruturais das construções do autor alemão cujo arcabouço científico nãos mais se adapta à realidade jurídica de cariz constitucional da atualidade, e cujo espectro engloba de maneira singular e homogênea o que antes se bifurcava entre interesses administrativos e interesses jurídicos. Assim o fazendo, portanto, elimina grande parte das críticas antes direcionadas ao direito penal administrativo e que poderiam ser dirigidas ao direito penal secundário.

Sobre isso, resta mencionar que Figueiredo Dias consegue manter a acepção original de Goldschmidt sem se filiar na contradição administração e justiça, mas, sim, encontrando a inclusão das pautas das garantias individuais e do fomento social em uma mesma ordem jurídica axiológica-constitucional. Além disso, desfaz o rechaço a distinção da *delicta en se* e *delicta mera prohibita* quando aborda o sistema de ordenação social que se mantém intacto em sua construção.

Veja-se que há grande beleza em sua teoria, já que, ao contrário do direito penal econômico, o direito penal secundário resta eficaz para a proteção, também, embora de maneira mediata, de bens jurídicos de referenciais individuais. Assim, defende-se a vida quando se impõe uma obrigação social ao cidadão de não fazer, como, por exemplo, aquela que se materializa na proibição de direção após ingestão de bebidas alcoólicas, ou na proibição de transporte de substâncias químicas controladas sem as devidas especificações técnicas. O que se coloca em jogo, portanto, são as condutas socialmente esperadas, cuja não obediência ressona socialmente, no relevo axiológico-constitucional, desvaloradas de tal maneira, que faz surgir a necessidade da intervenção penal, embora não careça, para tanto, do instrumento do encarceramento ou de sua ameaça, já que se mostra ineficaz para o controle social particularizado.

É importante perceber que a estruturação de um direito penal secundário depende de uma evolução jurídico-positiva já desenvolvida em Portugal e na Alemanha na forma de um direito de ordenação social. A existência desses sistemas é de suma importância para a construção de uma terceira via, pois circunscreve em seus segmentos a persecução de condutas de neutralidade ético-social, cuja sanção obtém a mesma característica. Em outras palavras, a estruturação do direito penal secundário só se harmoniza em um macrossistema que tem como categoria reitora o desvalor ético-social das condutas e das correspondentes sanções.

Não nos parece, contudo, que haveria a possibilidade de uma estruturação perfeita, nos moldes desenhados por Figueiredo Dias, em macrossistemas que não possuem qualquer referencial material de alocação dos ilícitos, como é o caso da Espanha e do Brasil, onde o dogma da identidade ontológica dos ilícitos fez com que se abandonasse a procura por qualquer critério material diferenciador entre os sistemas penal e administrativo sancionador, remetendo a orientação de alocação dos ilícitos ao campo político-criminal, o que se materializa na repetida máxima de que a rotulação de um ilícito como penal ou administrativo é uma escolha discricionária do legislador.

Figueiredo Dias reconhece que, após uma análise dos componentes e do comportamento dos ilícitos, em última instância, a escolha de alocação das infrações entre os sistemas de intervenção punitiva – seja o direito penal clássico, secundário ou de ordenação social – estará sempre nas mãos do legislador, que é quem tem poder soberano de criminalizar ou descriminalizar, penalizar ou despenalizar uma conduta. No entanto, não estaria o legislador jamais amplamente livre para tal escolha, já que estaria se deparando com a existência de distinções materiais qualitativas entre os ilícitos que poderiam ser contestadas e criticadas dentro da estrutura sistêmica delineada.

Vemos aqui uma das grandes fragilidades da teoria de Figueiredo Dias. Embora se deva reconhecer o grande avanço de sua contribuição para a orientação político-criminal, a mera orientação legislativa não se mostra eficaz para contornar grandes problemas da realidade, como, por exemplo, a expansão de normas penais que assim se traduzem por mera discricionariedade (ou mesmo arbitrariedade) do legislador.

E isso porque não é raro que legislador edite normas sem a suficiente reflexão sobre o atendimento dos critérios materiais de incriminação. Em outras palavras, da maneira como se trata do tema nos ordenamentos jurídicos, a questão da dignidade penal de uma conduta ainda se reveste como um frágil obstáculo que se vence com uma argumentação no mais das vezes norteada por referenciais irracionais e subjetivos, que se calcam no medo, na insegurança e nas pautas privadas, como tão bem descreveu Silva Sánchez no elenco dos fatores responsáveis pela expansão do direito penal. Ainda pior, uma vez editada uma norma penal que criminalize uma conduta, não se poderá contestá-la no âmbito dogmático, senão pelo controle concentrado de constitucionalidade.

Esse é ainda um problema a se resolver, seja em qualquer sistema de intervenção punitiva materialmente delimitado que se queira implantar. Não é diferente, portanto, com o perspectivo direito penal secundário. Em nossa opinião, tal problema só poderá ser resolvido com a adoção de critérios dogmáticos positivos de produção legislativa, tema sobre o qual nos debruçaremos na parte final do presente trabalho.

Outro problema que se afigura de maneira subjacente à construção de Figueiredo Dias é o que concerne à delimitação dos princípios e regras de garantias em cada um dos sistemas de intervenção punitiva. Não se ignora que a construção do autor postula pela criação de uma lei-quadro ou, entre nós, uma parte geral do direito penal secundário, que deveria ser elaborada com grande esforço doutrinário e político-criminal, que não pode ser

desenhada pelo autor, senão em breves delineamentos propositivos que, embora orientadores, deixam de ser conclusivos.

No entanto, remanesce o receio de que sejam alijadas, no direito penal secundário, garantias fundamentais ao cidadão. Veja-se que, quando se trata de um direito penal lateral, seja secundário, seja de segunda velocidade, está-se reconhecendo a possibilidade de um enfraquecimento do campo gravitacional de garantias, em troca do abandono do encarceramento. Mas até que ponto podem ser sacrificadas garantias fundamentais do indivíduo, se tal sistema de imputação ainda mantém consigo um desvalor ético-social e sanções de grande severidade e gravidade com reflexos não apenas no indivíduo como em todo o sistema social que o circunda?

Em outras palavras, será realmente possível ou razoável sacrificarem-se as exigências de imputação subjetiva para a aplicação de sanções de inabilitação social, que, embora não conduzam ao encarceramento, restringem a possibilidade de autorrealização social do indivíduo? Ou, da mesma forma, será possível sacrificar a exigência da determinabilidade do tipo penal quando se comina uma sanção de suspensão das atividades de um ente coletivo?

Na teoria de Figueiredo Dias não se encontram respostas para essas perguntas. O direito penal secundário, sendo um direito penal "para menos" no que concerne a garantias, não se pode socorrer, nesse sentido, da aplicação subsidiária, ou mesmo direta, dos princípios de direito penal clássico, como ocorre no sistema administrativo sancionador, que agrega com o direito penal.

Nesse sentido, o direito penal secundário e de velocidades corre o risco de se tornar uma espécie de "isótopo radioativo" que perde matéria com o decaimento de seu núcleo, podendo sempre diminuir suas garantias, mas nunca aumentá-las. E assim se pergunta, então, onde estaria o núcleo final de garantias do direito penal secundário, a fronteira final do sacrifício de princípios e regras voltados à liberdade individual, se já não se pode mais recorrer ao direito penal clássico como núcleo inatingível das garantias do indivíduo.

É claro que essa modulação do direito penal secundário, na perspectiva do finalismo-teleológico adotada por Figueiredo Dias há alguns anos, ganha na eficácia do controle social, pois permite alcançar, através da intervenção penal, espaços que antes não poderiam de maneira eficaz ser atingidos com o manejo do direito penal clássico. No entanto, acaba abrindo a possibilidade para criação de espaços deficitários da legitimidade

da intervenção punitiva do Estado, não se esquecendo jamais que, embora não aplicando pena privativa de liberdade, o direito penal secundário continua sendo um genuíno e estigmatizador direito penal!

Veja-se, portanto, que não se trata apenas da eficácia da sanção, mas também e, fundamentalmente, da legitimidade da intervenção punitiva do Estado e não apenas dos modos como isso se dará na realidade. Sobre esse aspecto, vale destacar que os modos de intervenção podem variar e o legislador tem, nesse ponto, liberdade para criar quantos modos de intervenção lhe pareçam necessários, desde que se circunscrevam de delimitações materiais.

No entanto, independentemente do modo de intervenção punitiva escolhido pelo legislador para a coibição de condutas, é preciso preservar um núcleo fundamental de regras e princípios de garantias individuais, que, conforme se pode apontar nas linhas anteriores, acaba tendendo ao colapso no desenho estrutural do direito penal secundário.

Sobre isso, ainda vale notar que não há como se agarrar somente à principiologia constitucional para a delimitação desse núcleo fundamental, já que as Cartas Magnas não possuem alcance específico de criação e delimitação de garantias, estruturando-se, via de regra, em princípios orientadores e não em regras de contenção jurídica, como se vê de maneira própria nos atuais princípios orientadores do direito penal. São esses princípios – de orientação constitucional ou não – que devem ser preservados em um ordenamento jurídico de intervenção punitiva justo. E o direito penal secundário ou de segunda velocidade não consegue de maneira estrutural mantê-los coesos.

Essas duas falhas podem ser contornadas, contudo, pela remodelagem sistêmica dos ordenamentos jurídico-positivos e pela criação de critérios materiais rígidos de alocação de ilícitos que se aliarão a condições dogmáticas positivas de produção legislativa, conforme exporemos como proposição *de lege ferenda* no próximo capítulo.

Capítulo 6. Nossa proposta: remodelagem sistêmica e alocação dos ilícitos. O direito punitivo geral

6.1. Objetivos

No presente capítulo, pretendemos trazer uma nova perspectiva sobre a organização sistêmica do direito sancionador da Estado, que, em nossa visão, poderá auxiliar na resolução de problemas advindos dos sistemas de vasos comunicantes entre os atuais sistemas jurídico-punitivos, que causam disfuncionalidades tanto para o direito penal como para o direito administrativo sancionador e que evitarão o mencionado colapso do núcleo de garantias dos direitos penais secundário e de segunda velocidade.

Após essa primeira etapa, ainda nos depararemos com a fundamental questão acerca da possibilidade de definição de critérios materiais satisfatórios para a alocação dos ilícitos entre os diversos âmbitos de intervenção punitiva. Nesse ponto, procuraremos desatar certos nós conceituais que se foram formando no emaranhado de teorias que se desenvolveram no decorrer de mais de um século de estudos sobre o tema.

Procuraremos, enfim, retirar os posicionamentos mais adequados para a definição material dos ilícitos entre os âmbitos de intervenção, sendo assim nossa vez de empurrar a rocha para o alto da montanha, na busca de uma racionalização dos sistemas de intervenção punitiva. Ao final, procuraremos uma maneira de transportar os desenvolvimentos teóricos aqui desenhados para a realidade jurídico-positiva.

6.2. Necessária remodelagem sistêmica: criação de um sistema reitor punitivo geral

6.2.1. Direito penal e direito administrativo: ramos do direito público

O direito criminal em uma primeira aproximação, de cunho subjetivo, pode ser designado como o ramo do direito que regula as relações dos particulares com o Estado, portador do *ius puniendi*, sendo dessa forma, e por tal razão, ramo do direito público.[406]

Está integrado à disciplina do direito público constituindo um ramo especializado da disciplina jurídica, onde se observa uma relação de "supra/infra ordenação, onde figurarão como partes o Estado soberano, dotado do *ius puniendi*, e o particular submetido ao império daquele".[407]

[406] CORREIA, Eduardo. Op. cit., p. 10-11.
[407] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, t. I, p. 13.

É também por meio do direito penal que o Estado procurará garantir as condições essenciais da existência comunitária e a existência do próprio Estado, impondo para esses fins sanções de ordem punitiva que incidem sobre a liberdade, o patrimônio, a honra e a moralidade do indivíduo.

Com efeito, os objetivos finais do direito penal coincidem com um dos objetivos do Estado de direito material que é, precisamente, a pacificação social. O direito penal carrega essa missão por meio da proteção de bens jurídicos com dignidade penal, valores materializados, sem os quais não seria viável a vida em sociedade.

Desse modo, vê-se o direito penal como ramo do direito público, não apenas pela figuração do Estado como uma das partes da relação jurídico-penal, mas também pelo objeto jurídico de proteção, abstratamente tomado, que tem relevância para a consecução dos fins do Estado, especificamente, da pacificação social, restando assim, uma identidade de objetivos com o direito administrativo, cujo direcionamento é focado na busca da preservação e fomento do interesse público.

Bem assim, pode-se perceber que o direito penal é espécie do gênero direito público, no qual se insere também o direito administrativo. Sendo certo que o escopo desse ramo do direito é mais amplo, abrangendo, todas as relações dos particulares com o Estado, sejam elas de cunho comercial e privado, os atos administrativos e o exercício do poder de polícia (por meio do direito administrativo ordenador). Mas o que importa reconhecer é que o direito administrativo também guarda em si uma característica semelhante à do direito penal que é justamente a da relação vertical de ordenação entre Estado e particular e o exercício do *ius puniendi*.

Assim, é possível perceber sistematicamente que o direito penal e o direito administrativo compartilharão zonas de atuação, revelando-se instrumentos diferentes para consecução do mesmo fim, qual seja, o desenvolvimento e preservação de um certo interesse público – aqui genericamente tomado –, por meio da coação de condutas não desejadas, sejam elas ativas ou omissivas.

Mas essa aproximação inicial não encerra as preocupações levantadas no presente trabalho. É preciso estabelecer parâmetros, dentro do sistema do direito público, que permita identificar como maior ou menor precisão, as fronteiras de abrangência de cada um dos sistemas de intervenção punitiva do Estado.

Em outras palavras, o que se busca são critérios para utilização de uma ou de outra ferramenta jurídica para se atingirem os fins do Estado. Pois se por um lado ambos os

âmbitos de intervenção, o penal e o administrativo, muitas vezes partilham do mesmo fim, por outro, os meios pelos quais cada um desses sistemas se utiliza para a coibição ou fomento de condutas diverge em grande grau de intensidade (pena privativa de liberdade) e qualidade (estigmatização), no que concerne à intervenção do Estado nos direitos individuais do cidadão.

Nesse sentido, o direito penal se coloca como um sistema de intervenção punitiva de maior gravidade em relação a qualquer outro sistema social e jurídico, inclusive em relação ao direito administrativo e ao direito penal secundário. É só por meio dele que se permite ao Estado aplicar a mais severa pena do ordenamento jurídico, qual seja, a privação da liberdade, potencialidade não delegada ao âmbito do direito administrativo.

Logo, se as causas da movimentação do sistema administrativo podem ser congruentes às causas de movimentação penal, as consequências jurídicas variam em larga escala, não se podendo ignorar a carga axiológica depreciativa que carrega a pena criminal. Se a pena em si é um mal, é certo que ela não se esgota em si mesma, desencadeando consequências jurídicas e sociais importantes ao destinatário da pena e, sob esse aspecto, mais uma vez se nota a diferença entre os âmbitos de intervenção punitiva do Estado.[408]

Em definitivo, é preciso notar, contudo, que a orientação teleológica de ambos os sistemas jurídicos, o direito penal e o direito administrativo em sua vertente sancionadora, é rigorosamente o mesmo, qual seja, a busca da pacificação social e a preservação e fomento do interesse público, já dentro do qual, deve estar presumida a defesa dos direitos e garantias individuais dos cidadãos, inclusive, contra a intervenção do Estado.

6.2.2. Unidade do *ius puniendi* do Estado

O direito penal pode ser visto de um ponto objetivo, como conjunto de normas que preveem comportamentos que serão considerados crimes e para os quais serão aplicadas sanções, as penas ou medidas de segurança. Entretanto, do ponto de vista subjetivo, segundo Figueiredo Dias, o direito penal tem a definição estabelecida como "o poder punitivo Estado resultante da sua soberba competência para considerar como crimes certos comportamentos humanos e ligar-lhes sanções específicas".[409] É nesse âmbito subjetivo que repousa o denominado *ius puniendi* estatal, que, como se sabe, não é, entretanto, ilimitado, havendo balizas orientadoras de sua abrangência, conformadas por

[408] Conforme orientação fixada no item 3.6.3 do presente trabalho.
[409] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral, cit., 2011, t. I, p. 6.

critérios materiais juridicamente definidos, que restringirão o poder de criminalização do legislador.

Tobias Barreto ainda no século XIX negava a elevação do direito de punir do Estado a uma categoria metafísica, derivada de fatores pré-estatais. Fundamentalmente, era da concepção do autor que o poder do Estado para a coibição de comportamentos que causassem distúrbios na harmonia social não provinha de qualquer direito natural, mas sim de uma razão prática: o Estado jamais conseguiria atingir seus fins ou se desenvolver nesse sentido, se não pudesse inocuisar situações que as situações que impedissem o pleno desenvolvimento da sociedade.

Em suas próprias palavras, "o direito de punir é uma necessidade imposta ao organismo social por força do seu próprio desenvolvimento".[410] A partir de tal assertiva, Tobias Barreto rechaça qualquer outra teoria que se debruce à busca dos fundamentos do poder de punir, entendendo que tal faculdade, longe de representar uma atribuição metafísica da manifestação de poder, exibe-se como uma necessidade indeclinável e, até mesmo, conforme se extrai de suas palavras, uma condição indispensável de existência do Estado.[411]

As bases de seu pensamento fundam-se na concepção de que o direito não pode ser tomado como um fato apriorístico, mas, sim, como fruto da experiência.[412] Em outras palavras, por meio da razão não se constrói o direito, mas, sim, se revela o direito de uma maneira etiológica. Disso decorre que o poder de punir não se fundamenta em dados preexistentes do Estado. Pelo contrário, o poder de punir sempre foi inerente aos governantes de qualquer sociedade organizada.

Dessa forma, pode o estudioso do direito penal tecer uma análise histórica da manifestação desse poder de punir no transcorrer das civilizações, mas jamais encontrará um princípio fundamental pelo qual se explique a origem desse poder de punir. Por outro

---

[410] BARRETO, Tobias. Fundamentos do direito de punir, cit., p. 136.

[411] Isso é o que se extrai do elucidativo trecho onde o autor destaca que "assim como a ideia de um território entra na construção do conceito do estado, da mesma forma a ideia do direito de punir é um dos elementos formadores do conceito geral de sociedade; e assim como não passa de um estéril exercício de sofistica politica a pretensão de converter em um *status clasuæ et controversiæ* uma das primeiras condições de existência de um povo organizado, a condição geográfica, a base puramente geométrica de uma área territorial, onde ele tenha assento, - ao que se reúne puro facto arithimetico de uma população correspondente, -ao mesmo modo não passa de uma phrase ôca de sentimentalismo liberal a afirmação, real ou aparentemente sincera, da inadmissibilidade de um direito de punir, capaz de justificar o poder que tem a sociedade de impor penas aos que reagem contra a ordem por ella estabelecida" (BARRETO, Tobias. Fundamentos do direito de punir, cit., p. 136).

[412] Nesse sentido destaca que "o velho racionalismo jurídico, que se esforçava por descobrir no direito um elemento apriorístico, anterior e superior a toda experiência, já é um erro indesculpável, um testemunho de pobreza, indigna de compaixão" (BARRETO, Tobias. Fundamentos do direito de punir,. cit., p. 140).

lado, partindo-se de tal método indutivo é que se chegará à conclusão de que esse poder punitivo sempre esteve presente em todo o Estado organizado. E mais. O poder de punir sempre foi condição de manutenção do Estado, sem o qual não teria qualquer sentido.

Atualmente tem-se certo que o poder de punir deriva da própria constituição do Estado e representa um dos elementos do contrato social que é a possibilidade do uso da força pelo Estado, em caráter exclusivo e excepcional, com vistas ao atingimento de seus objetivos, quer de asseguramento das garantias individuais do cidadão, quer de promoção e fomento do bem estatal. Mas esse poder não se circunscreve à seara penal, sendo próprio de todo o direito.

Nesse sentido, é didática explanação inicial que tece Rafael Munhoz de Mello. Segundo o autor, o conceito de divisão de poderes é equivocado já que o titular do poder em regime democrático é o povo[413] e não os órgãos do Governo. Logo, ao se tratar do executivo, do legislativo e do judiciário, não se está tratando dos poderes do Estado, que estão concentrados na instituição Estado, mas, sim, das entidades que exercem esse poder, com suas diferentes atribuições. Assim, as instituições organizativas identificam-se como outorgadas do Poder Soberano, mas exercem funções diferentes dentro da organização do Estado Democrático.[414]

Nesse sentido, todo o direito parte da expressão de uma potestatividade manifestada por meio de um ordenamento jurídico e exercida pelos entes que exercem as funções do Estado. De tal sorte que, para que se reconheça o direito administrativo sancionador como genuíno direito, é preciso identificar de onde provém o poder das autoridades administrativas para cominar e aplicar sanções.[415] Historicamente, advogou-se

[413] Do ponto de vista positivo, a tese advogada pelo autor é comprovada pelo parágrafo único do art. 1º da Constituição da República, que sedimenta que "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

[414] Nas palavras do autor, "os entes estatais exercem função. Os poderes que lhes são conferidos visam ao atendimento dos interesses da coletividade – origem e justificativa da própria competência que lhes é atribuída. Os sujeitos investidos de função estatal não podem utilizar seus poderes para alcançar objetivos egoísticos, que digam respeito aos seus próprios interesses; pelo contrário, têm o dever de utilizar tais poderes para o adequado atendimento dos interesses públicos. E nem poderia ser diferente: se o poder pertence ao povo, que delega seu exercício a determinados sujeitos, natural que estes o utilizem buscando o atendimento dos interesses do próprio povo. É com tal finalidade que ocorre a mencionada delegação, e não para que sujeitos investidos de função utilizem o poder que lhes é conferido em proveito próprio, como se dele fossem titulares" (MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 20-21).

[415] Vale salientar que, tal discussão perde seu foco quando se está a tratar do direito penal secundário, de duas velocidades ou do direito de ordenação social, já que todos esses ordenamentos sancionatórios prendem-se ao sistema penal como subsistemas de intervenção punitiva ligados à função judiciária. Diferente é o que ocorre com o direito administrativo sancionador, dado que esse ramo do direito não integraria formalmente a função judiciária. Assim, trata-se tanto mais de saber de onde provém o poder punitivo da administração e do judiciário, do que dos sistemas que formalmente os integram.

a tese de que a potestatividade administrativa seria proveniente do poder de polícia do Estado, contudo, com o ocaso do Estado de Polícia, essa tese perderia gradativamente sentido, findando por ser superada.[416]

Atualmente, há consenso no sentido de que o poder sancionador da administração provém da mesma fonte que abastece os Tribunais com o poder de aplicar penas aos cidadãos, qual seja, o *ius puniendi* estatal. Explica Alejandro Nieto García que "la potestad administrativa sancionadora, al igual que la potestad penal de los Jueces y Tribunales, forma parte de un genérico *ius puniendi* del Estado, que es único aunque luego se subdivide en estas dos manifestaciones".[417]

A conveniência da tese remonta ao fato de que permite superar os conflitos ideológicos que surgiriam por conta da fundamentação do poder sancionador do Estado em seu poder de polícia, de viés historicamente autoritário, e, ainda, na alocação da necessária ancoragem conceitual e prática de que carecia o direito administrativo sancionador.[418]

A concepção do poder sancionador do Estado como decorrência de um *ius puniendi* genérico, diretamente ligado ao contrato social, assim como o poder de aplicar penas dos Tribunais, dá espaço para formulações de outras formas em decorrência desse *ius puniendi* geral.

Faz-se imprescindível esclarecer que, embora essa tese seja atualmente dominante no cenário internacional, não é a única tese defendida em terras pátrias. Há, ainda, quem defenda que a potestatividade da administração pública decorra do poder de polícia da administração – derivado do vazio e desprovido de conteúdo material crítico conceito de interesse público –, sendo deste um corolário imprescindível. O raciocínio é o de que, se a administração tem o poder de fiscalizar e destacar seu aparato com o fim de evitar a realização de atos que possam gerar danos à sociedade, deverá poder, também, aplicar sanções aos descumpridores das normas emanadas pelo poder público.

Semelhante construção é ventilada pela teoria do direito administrativo ordenador que, substituindo o conceito de poder de polícia por uma ordem jurídica ordenadora, constrói as estruturas da punição administrativa sobre a base do descumprimento do direito administrativo ordenador.[419]

De qualquer forma, a potestatividade sancionadora da administração se originaria e se legitimaria, assim como o poder de polícia, pela defesa do interesse público.

[416] O tema já foi visitado nos itens 3.6.1. e 3.6.2 do presente trabalho.
[417] NIETO GARCÍA, Alejandro. Op. cit., p. 80.
[418] Como já ficou consignado no capítulo anterior.
[419] Conforme explanação da teoria de Carlos Ari Sunfeld que consta no item 3.6.1., do presente trabalho.

Alejandro Nieto García critica severamente essa posição, demonstrando que a fundamentação do potestatividade sancionadora administrativa no poder de polícia transforma o interesse público em um verdadeiro *deus ex machina*, destinado a explicar fragilmente a faculdade da administração em aplicar medidas de cunho sancionatório.

Em certo sentido, a teoria se sustenta no fato de que, se a administração tem a faculdade de ordenar, mandar e proibir, como exercício do poder de polícia destinado ao fomento e preservação do interesse público, deveria poder, também, sob pena de restarem tais prerrogativas inoperantes, atribuir sanções aos descumprimentos, poder aplicar sanções ao descumprimento de seus mandamentos. Mas tal fundamento é justamente o que denuncia a fragilidade da teoria, pois, ao contrário do poder sancionador, cujo fim precípuo é o de, tão somente, castigar os infratores, o poder de polícia se insere em um mecanismo preventivo, que obriga o administrado a comportamentos que não importem em condutas danosas ou a que reparem os danos causados e restituam a ordem anteriormente existente e que fora perturbada.[420]

Assim, qualquer sistema de direito que imponha sanções, esteja ele ligado a entes que exercem funções administrativas ou penais, está fundamentado no poder de punir do Estado, veiculado em um Estado de direito, por meio do ordenamento jurídico, com necessária atenção ao princípio da reserva legal. O poder de punir é, nesse sentido, uma característica do Estado e não dos sistemas que implementa para a consecução de seus fins, razão pela qual dele derivam a sanção penal, a sanção administrativa e qualquer outro tipo de sanção de viés punitivo como a contravencional, ordenacional e até mesmo a cível segundo a concepção das indenizações punitivas de reparo a danos sociais, que visam a desestimulação de condutas.[421]

6.2.3. Necessidade da construção de um sistema punitivo geral

[420] Em suas palavras: "pero ello no permite confundir cosas que son radicalmente diferentes, dado que la Policía pretende garantizar un orden y, en su caso, restaurarlo, mientras que las sanciones 'inflingen un mal que no restablece el orden [...], limitándose a castigar el hecho; no imponen al administrado infrator una conducta no perturbadora o que consista en reparar el daño o restituir las cosas a su estado anterior'. De aquí que, en definitiva haya que 'negar a la sanción el carácter de verdadero medio policial y la idea de reconducir la potestad sancionadora al poder de policía [asi como] negar que pueda invocarse aquí el fundamento jurídico y la peculiaridad de la policía'".

[421] Sobre o tema, remete-se à leitura do texto fundamental de Antônio Junqueira de Azevedo, que postula pela criação de uma nova categoria de dano que geraria uma responsabilidade civil específica, nos moldes dos *punitive damages* do direito anglo-saxão. De referência, AZEVEDO, Antônio Junqueira. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 377-384.

Como já ficou assentado, Alejandro Nieto García discorda conceitualmente do dogma instituído de que devem ser aplicados ao direito administrativo sancionador os princípios de direito penal, sem que, por outro lado, sequer se cogite que princípios relativos ao direito administrativo sancionador sejam aplicados ao direito penal.

Segundo o autor, tal problema se deve a duas circunstâncias diferentes. Por um lado, remanesce o fato de que o direito administrativo sancionador pouco ou jamais caminhou com suas próprias pernas na busca de soluções adequadas às suas necessidades de intervenção.[422] Por outro, haveria uma resistência por parte da doutrina penalista "obcecada pela preservação das garantias individuais" em aceitar as premissas e orientações teleológicas do direito público administrativo, "cuja vertente fundamental é a promoção e garantia dos interesses gerais e coletivos".[423]

Malgrado a disputa entre os anseios da dogmática penal e da administrativa, que aqui reconhecemos como existente e importante, o fato é que a teoria do direito administrativo sancionador se erigiu sobre a premissa de que existe um *ius puniendi* geral, do qual são manifestações primordiais o direito penal e o direito administrativo sancionador. E também poderão ser uma manifestação o direito penal secundário. Dessa forma, há de se concordar com a crítica do autor no sentido de que, se ambos são originados da mesma fonte, não parece cabível a subordinação do direito administrativo sancionador ao direito penal.

Daí podem ser extraídas duas conclusões distintas: a primeira, já destacada em tópico acima sobre a aplicação dos princípios de direito penal ao direito administrativo sancionador, seria a de que se deve permitir uma retroalimentação principiológica entre os sistemas de intervenção. E isso porque, sendo manifestações da mesma origem que se desenvolveram em paralelo, ambos os sistemas podem se auxiliar reciprocamente com suas experiências próprias.

A segunda – que se identifica com a defesa que se fará no presente tópico – é a de que, mais do que uma retroalimentação matizada de princípios, que segundo a experiência espanhola jamais seria perfeita ou harmônica, seria necessário se pensar na criação e

[422] Mencionada crítica é tecida com veemência já na introdução da obra de Alejandro Nieto García. Nesse sentido, o autor destaca que "hasta no hace mucho se encontraba científicamente el Derecho Administrativo Sancionador en una zona de nadie, entre el Derecho penal y el Derecho Administrativo, abandonado por los cultivadores de ambos con el pretexto de que era más propia de los del outro bando. Los administrativistas, en cualquier caso, se limitaban a comentar los preceptos que aparecían en las leyes sectoriales, sin intentar siquiera una sistematización de mínima o una fundamentación, por sumaria que fuese, de una Parte o Teoría General" (NIETO GARCÍA, Alejandro. Op. cit., p. 15).
[423] NIETO GARCÍA, Alejandro. Op. cit., p. 176.

desenvolvimento de um sistema punitivo geral, acima de ambos os sistemas de intervenção punitiva (seja o direito penal, direito administrativo sancionador, o direito civil punitivo, ou qualquer outro sistema de punição, inclusive privado, que entenda cabível o legislador estabelecer) que teria a função de uniformizar e harmonizar o exercício do *ius puniendi* estatal, independentemente da forma pela qual venha ele a se manifestar. Nesse sentido, expõe Alejandro Nieto García que:

> Por otro lado, y apurando los razonamientos, este relativismo en la aplicación extensiva de los principios penales puede proporcionarnos la clave para la inteligencia de un nuevo sistema, cuya coherencia se debe encontrar no en la uniformidad normativa, sino mucho más sutilmente, en la unidad sistémica, entendiendo por tal que todas las normas punitivas se encuentran integradas en un solo sistema, pero que dentro de él caben toda clase de peculiaridades. La singularidad de cada materia (e incluso la de cada caso) permite – y aun exige – la correlativa peculiaridad de su regulación normativa: si bien la unidad del sistema garantiza una homogeneización mínima.[424]

Com efeito, seria esse novo sistema punitivo geral quem harmonizaria e homogeneizaria os princípios que seriam aplicados tanto ao direito administrativo sancionador quanto ao direito penal tradicional. Criando um sistema em um nível de hierarquia superior, preferencialmente de nível constitucional, seria possível se extrair as condições mínimas e os limites máximos de intervenção punitiva, permitindo dessa forma que as garantias do direito penal não disfuncionalizem o direito administrativo sancionador, ao mesmo tempo em que não se coloca as exigências de intervenção acima das garantias clássicas individuais inerentes ao direito penal.

A inventiva solução do autor inaugura uma tendência ignorada pelos principais autores estudados no presente trabalho. Com efeito, Figueiredo Dias, Hassemer e Silva Sánchez, partem do princípio de que o direito penal, tradicional ou clássico, é o maior expoente da intervenção estatal, seja por sua gravidade, seja por seu desenvolvimento científico e doutrinário. E com base nessas premissas, procuram soluções oblíquas com a criação de sistemas diferentes, mas sempre inferiores e subordinados ao direito penal.

A própria nomenclatura utilizada por Figueiredo Dias e Silva Sánchez denota essa inferioridade hierárquica. Os novos sistemas propostos, a toda evidência, são derivados do direito penal existente, surgindo de sua diferenciação e especificação, seja pela expansão do direito penal, seja pela delimitação material dos conteúdos do ilícito.

[424] NIETO GARCÍA, Alejandro. Op. cit., p. 174.

Ocorre que, como já se salientou, qualquer sistema de intervenção punitiva colocado hierarquicamente abaixo do direito penal correrá o risco de perder garantias indefinidamente, sem poder delas se alimentar.

Alejandro Nieto Garcia propõe que nos voltemos ao estudo do que está acima do direito penal, ou seja, do conjunto normativo e dos pressupostos dogmático-científicos aplicados a toda manifestação do *ius puniendi* de maneira indistinta, buscando assim os gerais "princípios do Direito punitivo do Estado".[425]

Aprofundando-nos na concepção do autor, que entendemos ser altamente pertinente e, acima de tudo, muito profícua para a resolução de problemas da moderna teoria do direito penal, somos da opinião de que muitos desses princípios e garantias de direito punitivo geral já estão elaborados e encarnados, em uma sedimentação histórica, na dogmática do direito penal. Em outras palavras, quando observamos toda a dogmática penal, conseguimos perceber que muitas de suas teorias se referem ao direito de punir, enquanto outras estão voltadas, especificamente, ao direito de aplicação sanção penal.

Ora, não há dúvidas de que todos os pressupostos liberais clássicos de aplicação do direito penal desenvolvidos desde o renascimento, cristalizados na obra de Beccaria, mais do que voltados a explicar o direito penal, estavam ligados à busca racional das exigências mínimas necessárias à aplicação da punição pelo Estado.

Não redunda consignar que, até então, o direito penal era o único sistema punitivo baseado em um ordenamento jurídico, razão pela qual não havia motivo para tratar de um direito punitivo geral. Por tal razão, os postulados fundamentais ligados à faculdade do Estado de impor penas aos cidadãos foram cristalizados nas ciências e no ordenamento jurídico-penal, tão somente, por uma razão histórica, qual seja, a existência, naquele momento, de apenas um singular sistema jurídico de punição.

Alia-se a esse problema, a circunstância de que o direito penal passou a ser identificado não como um sistema de aplicação de penas, mas, sim, como um sistema que aplica as penas privativas de liberdade e as medidas de segurança, medidas de extrema invasão do Estado na esfera de individualidade do particular, fundando-se um sistema jurídico baseado e focado na privação de liberdade. Bem assim, no desenvolvimento das ciências criminais, sempre se tratou indistintamente o direito de punir e o direito de aplicação de penas privativas de liberdade.

[425] NIETO GARCÍA, Alejandro. Op. cit., p. 176.

Tal disfuncionalidade pode ser percebida, por exemplo, na construção da teoria do bem jurídico, uma construção normativa que, mais do que emprestar legitimidade ao direito penal, pode servir de fundamento de todo o direito punitivo estatal indistintamente. Eis aí, com efeito, um exemplo de um corolário gestado no seio das ciências jurídico-penais, mas que, na verdade, deveria estar alocada na projetada "ciência do direito punitivo geral do Estado".

Como se pôde notar em diversos momentos diferentes do presente trabalho, há um certo consenso na ciência moderna, dos diferentes países tratados, de que não só o direito penal como também o direito de ordenação social, o direito contravencional, o direito de intervenção, o direito penal secundário e de segunda velocidade e, por fim, o direito administrativo sancionador, todos eles exercem o papel de proteção de bens jurídicos, o que ficou consignado de maneira explícita por Miguel Reale Júnior quando negou a diferença ontológica dos ilícitos. Dito de outra forma, o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos é um princípio de direito punitivo e não de direito penal.[426]

É essa a precisa razão pela qual a teoria do bem jurídico penal oferece tão baixo rendimento no que tange à seleção de condutas que devem ser alocadas no âmbito penal clássico e das condutas que devem ser removidas para âmbitos secundários. Não é possível, portanto, justificar-se a privação da liberdade pela mera proteção a bens jurídicos, pois dentre todos os bens jurídicos que existem, existiram e virão a existir, só alguns deles terão dignidade penal, sendo esse o grande desafio que se enfrenta e sendo essa uma resposta que a própria teoria do bem jurídico não pode oferecer. E isso, porque, como agora se elucida, a proteção de um bem jurídico é uma exigência indispensável para intervenção punitiva estatal, mas não o bastante para fundamentar a privação da liberdade.

Nesse sentido, entendemos que, para a obtenção de referenciais críticos à incriminação, não basta a observância da proteção aos bens jurídicos, cujo conteúdo material é por tantas vezes opaco e acaba sendo reduzido à condição de mero *topos* argumentativo. Mesmo funções administrativas, nesse contexto, podem ser travestidas de bens jurídicos, ou podem receber guarida de proteção punitiva de forma imediata.

[426] Isso já pode ser extraído da própria obra de Beccaria. Quando o autor assevera que "toda a pena que não derive da necessidade absoluta é tirânica", está tratando do direito de punir do Estado e não apenas da aplicação da punição pelo direito penal (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002, p. 45). Mesmo na aplicação de uma mera multa de trânsito, pode-se vislumbrar a proteção, ainda que mediata, remota e de maneira antecipada, de bens jurídicos, identificados como a segurança dos transportes, o patrimônio e, de maneira ainda mais remota, a integridade física e a vida. Da mesma forma, uma simples multa por atraso na declaração de imposto de renda pode revelar uma proteção remota à ordem tributária, já que sua funcionalização depende da colaboração dos sujeitos passivos das obrigações tributárias, traduzida nas obrigações tributárias acessórias.

Outros tantos institutos de direito penal podem ser pensados como próprios do direito punitivo do Estado, sendo, da mesma forma, possível identificar princípios que são exigência estrita do direito penal, mas não são fundamentais em todos os sistemas de intervenção punitiva estatal, razão pela qual deveriam ser extraídos do direito penal e aglutinados no direito punitivo geral, ao qual estariam vinculados todos os meios de intervenção punitiva permitidos pelo Estado.

Surge assim o desafio, que não se esgotará, mas, pelo contrário, se iniciará a partir do presente trabalho, de se operacionalizar uma espécie de "arqueologia" do direito penal, para se identificar, em seu corpo de regras e princípios sedimentados, quais aqueles que se ligam ao direito de punir do Estado e quais aqueles que se mostram ligados ao direito de aplicação da pena privativa de liberdade.

Nesse sentido, podemos, ainda de uma forma embrionária, perceber que todos os modernos sistemas de imputação da responsabilidade penal, seja ele o finalista ou funcionalista-teleológico, têm como norte a privação da liberdade. Quando se exige a intensão e a voluntariedade da conduta, a realização de um risco normativamente proibido, a existência do desvalor da conduta sancionada, a existência de consciência e necessidade de sanção por parte do acusado, está-se conduzindo o raciocínio de que são esses os pressupostos mínimos para a imposição da privação da liberdade. Mas, certamente, não são esses os pressupostos mínimos para a aplicação de qualquer sanção punitiva, de forma que, a um primeiro juízo, parecem ser necessidades ligadas exclusivamente ao direito penal e não ao direito punitivo geral.

Por outro lado, quando nos deparamos com o princípio da legalidade, vemos que ele se liga a todo o sistema punitivo e não só ao direito penal. É claro que, nesse ponto, há de se considerar a problemática das fontes do direito administrativo sancionador, que comportam a elaboração de infrações e sanções também em nível infralegal, como forma de inovação secundária do ordenamento jurídico,[427] razão pela qual prefere-se referir, nesse âmbito, a princípio da reserva normativa. De qualquer forma, ainda que não uma lei, o que é sempre preferível, deve-se observar como requisito da aplicação de qualquer punição a existência de uma norma anterior ao fato punível, sendo assim, também próprio do direito punitivo geral o corolário da anterioridade. Naturalmente, saindo-se do campo do direito punitivo geral e adentrando o direito penal, mantém-se a exigência do princípio da legalidade estrita, nos termos do art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República,

[427]Sobre isso, MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*, cit., p. 115-118.

cuja formulação normativa é de competência exclusiva da União, nos termos do art. 22, inciso, I, da mesma Constituição.

Ainda como corolário do princípio da reserva normativa, derivaria o corolário da irretroatividade da norma punitiva mais gravosa, sob pena de se alijar todo o sentido daquele princípio, na esteira das formulações ventiladas no âmbito da ciência dogmático-penal. Já no que tange à possibilidade de retroatividade de norma punitiva mais benéfica, há de se estudar o quanto tal instituto pode ser aplicado ao direito administrativo sancionador que, diuturnamente, comina sanções para situações de desvalor momentâneo, razão pela qual a retroatividade da sanção administrativa mais benéfica poderia ser disfuncional.

Dessa análise inicial e superficial é possível perceber que o desdobramento da proposta hora ventilada demandará uma extenuante análise de cada um dos princípios e categorias da dogmática penal, podendo ser reservada uma monografia para cada um deles. E isso porque, mais do que quais princípios deveriam ser remetidos ao direito punitivo geral, é necessário se considerar em que extensão cada um desses princípios deveria ser realocado a esse direito punitivo geral.

Infelizmente, mencionada análise não cabe nos limites do presente trabalho e dependeria de mais do que o nosso esforço individual, razão pela qual, por ora, deixaremos de lado essa busca, servindo as considerações acima apenas de exemplo para futuras análises dogmáticas no sentido de se identificar os princípios e categorias gerais do direito punitivo geral e, também, de suprema importância, dos princípios e garantias processuais ligados ao mero direito de punir do Estado.

Diante de tal cenário, permitimo-nos, ainda, tecer duas considerações finais.

A primeira é a de que, ao contrário de Alejandro Nieto García, entendemos que a procura desses elementos de direito punitivo geral não se deve circunscrever ao âmbito constitucional positivado, mas sim a toda a ciência do direito penal e também do direito administrativo. Em todos esses âmbitos, poderemos encontrar componentes que ajudarão a organizar esse sistema reitor do direito punir, mas principalmente, como se pontuou de maneira realçada, nas construções dogmáticas desenvolvidas no âmbito do direito penal.

Por fim, entendemos que esse sistema reitor do direito de punir deveria ser positivado por meio de uma norma-quadro, preferencialmente de hierarquia constitucional, mas não apenas, vinculando assim todo o ordenamento jurídico aos princípios e garantias ligadas ao exercício do *ius puniendi* do Estado.

6.3. Alocação dos ilícitos no direito punitivo geral

A proposta de remodelagem sistêmica do ordenamento jurídico para inserção de um sistema reitor do direito de punir do Estado não resolve, contudo, todos os problemas que se procurou enfrentar no presente trabalho. Resta, ainda, a difícil tarefa de identificarmos os critérios distintivos de alocação de infrações entre os existentes sistemas jurídicos de intervenção.

Se por um lado a remodelagem sistêmica permite uma depuração das garantias mínimas dos acusados em qualquer âmbito de intervenção, por outro não resolve os fundamentais problemas enfrentados na atualidade e que poderiam refrear a expansão do direito penal moderno: é possível criar distinções materiais entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, direito penal secundário ou direito penal de velocidades? De que natureza seriam esses critérios. Onde estariam situados?

É claro que, após a adoção dessa remodelagem sistêmica, seriam muito menores os problemas ligados à escolha discricionária do legislador dos âmbitos de intervenção punitiva, pois estariam resguardadas garantias fundamentais em qualquer dos âmbitos. No entanto, ainda restam diferenças substanciais entre os ordenamentos jurídicos que não podem ser ignoradas e que demandam um esforço complementar sobre a possibilidade de distinção material dos tipos de ilícitos.

E isso porque o direito penal continua sendo o único sistema punitivo que permite aplicação da pena privativa de liberdade e carrega com si um potencial repressor em certos aspectos superior ao do direito administrativo sancionador, o que se materializa pela estigmatização dos condenados e mesmo dos sujeitos ao processo penal.

Logo, se a sanção penal possui características que as distinguem da sanção administrativa, que, embora sendo poucas, são de suprema relevância, não é absurdo concluir que é possível se extraírem critérios distintivos que permitam a mais adequada possível alocação das infrações puníveis entre as instâncias de intervenção punitiva do Estado. Isso fica claro quando se percebe que existe, efetivamente, uma autonomia efetiva do ilícito criminal em relação administrativo, como veremos a seguir.

6.3.1. Autonomia do ilícito criminal

Durante muito tempo partilhou-se da ideia de que não haveria um ilícito genuinamente criminal e que a ilicitude representaria uma aferição (des)valorativa de todo

o ordenamento jurídico, o que se consolidaria por atuação do "princípio da unidade da ordem jurídica".[428]

No entender de Figueiredo Dias, contudo, essa concepção não parece prosperar, pois o direito penal, enquanto sistema de seleção de comportamentos socialmente desaprovados em grau máximo de desvaloração, deve lidar com enfrentamento apenas daquelas condutas que ponham em perigo ou causem dano aos mais preciosos bens, necessários à manutenção da estrutura social, e respondendo a esses comportamentos com medidas do mais gravoso cariz, uma vez que atingem direitos de alto relevo segundo a ordem axiológica jurídico-constitucional.

Assim deve o direito penal buscar apenas aqueles comportamentos dignos de tutela penal, os quais são restritos e não se configuram meras desobediências ao Estado, mas contêm um conteúdo material de desaprovação e retêm a necessidade de serem coibidos. Por isso, conclui o autor que "o direito penal é autônomo e criador de uma específica ilicitude penal, correspondente à especificidade e à qualificação das consequências jurídicas que a um tal ilícito se ligam".[429]

Essa também era a concepção de Eduardo Correia que, rechaçando a concepção da ilicitude a partir do princípio da "unidade da ordem jurídica",[430] afirmava que o direito penal, enquanto sistema que prescreve e proscreve comportamentos, para os quais comina sanções, é criador de uma ilicitude própria, que não apenas vem a acrescentar um grau de

[428] Figueiredo Dias reconhece, contudo, que o princípio da unidade ordem jurídica pode ser admitido, apenas em parte, quando concebido no preciso sentido de que nenhuma conduta pode ser considerada penalmente ilícita, se não o for assim considerada por todo o ordenamento (o que se coaduna com a própria matriz subsidiária e fragmentária do sistema jurídico-penal). Entretanto, não pode ser utilizada a ilicitude penal para induzir a ilicitude de outros ramos do direito. Em suas palavras: "Cumpre só acentuar desde já que contra a concepção aqui defendida não deverá argumentar-se com o 'princípio da unidade da ordem jurídica'. Dado que a qualificação de um ilícito como penal representa, considerada a função e a teleologia próprias do direito penal, o grau máximo de contrariedade à ordem jurídica, o aludido princípio é aceitável se com ele se quiser significar apenas que não pode ser ilícito face à lei penal tudo aquilo que for permitido por qualquer outro ramo do direito; mas é inaceitável se com ele se pretender concluir que o que é ilícito à face de um direito não penal também tem de ser face à lei penal, mesmo que por outras razões não venha em definitivo a ser penalmente punido. E isto é tudo quanto pode ser retirado, para o direito penal, do princípio da unidade da ordem jurídica" (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral, cit., p. 16-17).

[429] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral, cit., p. 16.

[430] Acrescenta o autor que a ilicitude penal, tal qual a civil, administrativa e disciplinar, é caracterizada por uma desobediência aos preceitos normativos impostos pelo Estado, e, nesse sentido, e só nele, poderia igualar-se aos outros ilícitos. Em suas palavras: "E pode justamente considerar-se esta ideia através do *princípio da unidade da ordem jurídica*. Este princípio, porém, não pode nunca ultrapassar o plano *formal* e não pode pois impedir que se distinga, *materialmente*, uma *ilicitude especificamente criminal*, criada autonomamente nos tipos legais de crimes em atenção aos especiais valores protegidos ao especial modo de proteção. CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*, cit., p. 12. Destaques do original.

ilicitude a um ilícito geral, mas, sim, demarca uma ilicitude particularizada, "em vista da proteção de certos e determinados valores jurídicos".[431]

Segundo Faria Costa, a ilicitude criminal deriva da perversão ou ruptura da relação de cuidado-de-perigo, de acordo com sua concepção ontoantropológica do direito penal. Isso quer dizer que a ilicitude penal deve derivar de uma repercussão socialmente relevante, onde se observa uma negação do valor de cuidado e um indivíduo com o outro (que não necessariamente precisa ser individualizado, mas que, em sua individualidade, representa os valores comunitários) e, como consequência, consigo mesmo.[432] O ilícito criminal repousa precisamente nessa relação comunicacional de quebra da relação de cuidado-de-perigo, tornando-se assim um desvalor de cuidado, que deve ser enfrentado pelo Estado, por meio do direito penal, que será consubstanciado em resultados indesejados proibidos pelos tipos legais.

Dito isso, é possível concluir em primeiro lugar, portanto, que existe, efetivamente, uma diferença entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, já que pudemos pontuar que o ilícito criminal tem existência autônoma no ordenamento jurídico. O direito penal secundário estaria habitando essa esfera de ilicitude, a dizer, a ilicitude penal, caracterizada pelo grau máximo de reprovação jurídico-axiológica do ordenamento.

Veja-se, portanto, que há uma bifurcação entre grau de reprovação e grau de intensidade da sanção. As sanções do direito penal secundário podem ser, ao meu ver, mais brandas do que as do direito de ordenação social ou do direito administrativo sancionador. No entanto, o grau de reprovabilidade ético-social de sua sanção, por habitar o campo da ilicitude penal, será muito mais gravoso, gerando uma estigmatização inexistente, por exemplo, no direito administrativo.

Em segundo lugar, surge a questão de quais serão os critérios que deverão ser utilizados para traçar uma delimitação material normativa que permita a crítica das incriminações. Em outras palavras, se há uma distinção entre os ilícitos penal e administrativo (ou contraordenacional), é preciso que se busquem balizas precisas para a delimitação desses âmbitos e meios materiais de fazer valer tal diferenciação. Nessa busca é onde nos aventuraremos a partir de agora.

6.3.2. Negação a critérios estritamente de política criminal

[431] CORREIA, Eduardo. *Direito criminal,*cit., p. 12.
[432] COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal.* 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 189-190.

Tratando do conhecimento enciclopédico das ciências criminais, Figueiredo Dias demonstra que até o final do século XIX, tratava-se o corpo da dogmática jurídico-penal como a "única ciência que servia à aplicação do direito penal e, por conseguinte, a única que o jurista podia e devia legitimamente cultivar".[433]

Durante o século XX, percebeu-se que as ciências penais não poderiam seguir seus rumos fechando-se a influências externas, estando intimamente ligadas aos fenômenos sociais. Nesse sentido, o direito penal passou a ser observado como um importante instrumento de controle social, de modo que seu manejo não poderia estar fechado aos estritos limites da dogmática jurídico-penal.

Em outras palavras, os objetos e os mecanismos de incriminação interessavam ao próprio Estado, enquanto meio de obtenção de seus objetivos, passando assim a reconhecer-se a existência de uma política criminal, que representava a busca do do Estado de um tratamento ao fenômeno da criminalidade, bem como da organização do sistema penal, de modo a atingir os melhores resultados sociais com sua utilização.

Inicialmente, cabia à política criminal procurar os melhores caminhos para o combate dos crimes existentes no ordenamento jurídico, procurando estratégias para a diminuição dos índices de criminalidade e, também, selecionar os comportamentos que deveriam ser taxados como criminosos, com o objetivo de viabilizar e harmonizar o viver comunitário, estabilizar a sociedade e garantir os direitos individuais dos cidadãos e do próprio Estado.

O desenvolvimento de uma ciência penal conjunta teve como precursor von Liszt,[434] que entendia que a dogmática jurídico-penal, a criminologia e a política criminal formavam uma ciência global do direito penal, embora cada uma delas estivesse autonomamente localizada, havendo uma efetiva interação entre cada âmbito delimitado.[435] Essa composição global era agora a área de interesse do pensador do direito penal, que já não mais poderia virar as costas para a política criminal e para a criminologia.

---

[433] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 19.

[434] VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão.* Trad. Min. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899, t. I.

[435] Sobre isso, é importante frisar que o conceito de interação a que se faz referência não deve ser confundido com a abertura do sistema penal, que de resto só ganhará força após a emblemática obra de Claus Roxin, *Dogmática penal e política criminal*. Apesar de se comunicarem externamente, as três grandes ciências do Direito Penal não se comunicavam internamente. Isso quer dizer que a política criminal criava as normas que a dogmática deveria seguir, mas não teria influência na aplicação da norma. Por outro lado, a dogmática não interferiria no sistema político criminal, embora pudesse se recusar que fossem adentradas ao sistema normas em descordo com os princípios explícitos e implícitos da dogmática jurídico-penal, assim, de uma maneira ou de outra, influindo nos rumos político-criminais.

Apesar disso, durante o período em que o positivismo vigorou, no início do século XX, não se viu abertura de espaço para a retroalimentação das ciências penais, uma vez que a escola a que se refere via na criminologia e na política criminal a possibilidade de "desjudificação" do direito e a possibilidade de perda do "sentido garantístico do princípio da legalidade".[436] A política criminal deveria atuar apenas no âmbito prévio de elaboração das normas, não podendo, contudo influenciar na aplicação daquele direito já posto.[437]

É diante desse contexto de não permeabilidade dos sistemas de conhecimento jurídico-penal que, dentro da ciência penal conjunta, passou-se a enxergar uma hierarquia entre as ciências, onde a dogmática penal era tida como ciência principal e a criminologia e política criminal eram conduzidas à posição de ciências auxiliares. O domínio da lei e o princípio da legalidade eram resguardados de qualquer influência externa que pudesse ser considerada fonte normativa.

Mas para além de implicar a impossibilidade da política criminal ingerir na dogmática, a visão hierarquizada das ciências criminais impunha à política criminal um limite de atuação exclusivamente pré-jurídico, que seria encontrado nos princípios da própria dogmática jurídico-penal. Em outras palavras, se a política criminal não podia movimentar o direito posto, a dogmática jurídico-penal afunilaria e limitaria os espaços de manobra político-criminais, de modo a haver uma influenciação vertical e não recíproca entre ambas as ciências.[438]

Esse prestígio do legalismo é flexibilizado por conta das matrizes ideológicas no novo Estado social que agora passaria a buscar no desenvolvimento da sociedade o sentido e função do Estado em contraponto ao mero resguardo das liberdades individuais. É nesse

[436] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral, cit., t. I, p. 22.

[437] Sobre isso, Figueiredo Dias expõe que: "Como era fruto, por outro lado, da ideia de von Liszt de que a política criminal se devia remeter (e limitar) à função específica de revelar caminhos da *reforma penal*, de actuar exclusivamente, por conseguinte, *iure constituendo*: ela não detinha competência para influenciar de qualquer forma a compreensão, a sistematização e, em definitivo, a aplicação das normas jurídico-penais, não se encontrava titulada para agir *iure constituto*" (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral, cit., t I, p. 22).

[438] É importante – e disso Figueiredo Dias faz questão – colocar as coisas em seu devido tempo e espaço. A influência da escola positiva não seria a única responsável pela hermeticidade dos sistemas das ciências penais. Com efeito, a época do Estado de Direito formal exibia um acentuado apego ao princípio da legalidade, pois ainda se guardava o receio da possibilidade de que a flexibilização do princípio, em qualquer dimensão, pudesse ser utilizada de modo autoritário e abusivo. O império da lei era visto como uma garantia individual absoluta colocada frente ao Estado. Nesse sentido, o Doutor conimbricense assim esclarece: "Tudo isso se compreende, desde logo, em perspectiva ideológica. O tempo de von Liszt era o do *Estado de Direito formal*, de vertente *liberal* e *individualista*; isto é, de um Estado subordinado a esquemas rígidos de legalidade formal, mas alheio à valoração das conexões de sentido, dos fundamentos axiológicos e das intenções de justiça material ínsitos nos conteúdos definidos através daqueles esquemas. Como era ainda o tempo da *metodologia jurídica positivista*, se bem que enriquecida já pela dimensão do *social* (na qual justamente von Liszt tanto insistiu)" (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral, cit., t. I, p. 22-23).

contexto que gradativamente começa o movimento de emancipação da política criminal, que passa a compor, a partir de então, um sistema não apenas englobante das ciências penais conjuntas, mas um global e orientador "sistema social" [439].

A dogmática jurídico-penal, ao lado da política criminal e da criminologia se torna parte (subsistema) do grande e abrangente sistema social, servindo agora aos seus fins, como programa e ferramenta do Estado para a harmonização social. Isso, em um primeiro momento, poderia indicar a alteração das posições das ciências criminais dentro de um todo, que homogeneizaria as posições ocupadas pelas ciências penais, de modo que política criminal e criminologia deixassem de figurar como ciências auxiliares. Entretanto, o que em verdade ocorreu diante de tais perspectivas foi uma ignorância mútua da política criminal e da dogmática jurídico-penal, que se distanciaram em campos autônomos.[440]

Se por um lado a dogmática não sofreria na aplicação judicial as influências da política criminal, essa não mais se ateria aos limites dogmáticos no campo legislativo, pois estaria agora orientada apenas pelos valores do sistema social.

Esse seria, segundo Figueiredo Dias, o alto custo que se pagaria pela emancipação das ciências criminais e de seu tratamento globalizado. Surgiria daí a grande tensão existente entre as ciências criminais, de modo que os anseios político-criminais só podiam ser implementados no nível legislativo e, nesse âmbito, passava a ignorar por completo os princípios e postulados da dogmática jurídico-penal.[441.]

O entrave entre política criminal e dogmática jurídico-penal é atenuado pela transição do Estado de Direito formal, quer seja ele de orientação liberal, quer o seja de orientação social, para o Estado de Direito material, que passa a compreender "todo o

---

[439] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral, cit., t. I, p. 24.

[440] Nesse sentido, é interessante a emblemática ilustração de Figueiredo Dias (*Direito penal*: parte geral, cit., t. I, p. 25), sobre as cadeiras de estudo de política criminal que, inclusive academicamente, distanciaram-se da área do direito. Com efeito, a política criminal passou a ser disciplina das ciências sociais e políticas, jamais retornando às escolas de direito, como se uma não mais dependesse da outra.

[441] Nesse ponto, podemos enxergar um dos embriões do problema da criminalização assistemática no Brasil. Naturalmente, o dar de ombros da política criminal em relação ao sistema dogmático jurídico-penal só pode trazer consequências graves de perda de coesão e de sistematização do sistema jurídico-penal. Legislações de ocasião e oportunistas se misturam a incriminações mal estruturadas em seus tipos penais, em seus objetos jurídicos de proteção e principalmente, em sua colocação no sistema jurídico. É bem por isso que, hoje em dia, muitas leis acabam entrando em conflito entre si mesmas ou, no mínimo, não conseguem mais trabalhar juntas. Como exemplo, podemos mencionar as recentes alterações na Lei de Lavagem de Dinheiro (9.613/98), que retirando o rol de crimes taxativos de sua estrutura típica incriminadora (cuja estratégia segue a estrutura de incriminação característica do direito anglo-saxão, para apontar uma disfuncionalidade sistêmica, em relação ao resto do sistema jurídico, de tradição romano-germânica), invade o âmbito típico do crime de receptação (art. 180 do CP) e deixa sem sentido sistêmico. Sem ignorar a busca pela incriminação da prática do terrorismo no mesmo diploma, que escancara a despreocupação com a congruência sistêmica da topografia dos diplomas legais, que, tradicionalmente, são organizados segundo a semelhança e proximidade dos objetos jurídicos de proteção.

Estado democrático e social que mantém intocada a sua ligação ao direito, e mesmo a um esquema rígido de legalidade, e se preocupa por isso antes de tudo com a consistência dos direitos, das liberdades e das garantias das pessoas; mas que, por essa razão mesma, se deixa mover, dentro daquele esquema, por considerações de justiça na promoção e na realização de todas as condições – políticas, sociais, culturais, econômicas – do desenvolvimento possível da personalidade de cada um".[442]

Diante dessa ideologia estatal, a dogmática penal se deixaria influenciar pela política criminal que, a partir de então, passaria a funcionar como o sentido orientador da aplicação da norma. Esse é, inclusive, o fundamento da teoria funcionalista-teleológica do direito penal, em que se toma a dogmática jurídico-penal como integrante de um sistema jurídico, fora do qual jamais se alcançaria a justiça material.

O direito penal pode ser tomado, modernamente, com a aceitação e incorporação do funcionalismo racional-teleológico de Roxin, como um instrumento de controle de desvios sociais, uma tarefa estatal que não pode ser desempenhada apenas por meio da dogmática jurídico-penal, mas que deve contar com instrumentos de complementação, identificados no campo de atuação da criminologia, que busca empiricamente as causas do crime pela análise dos dados de realidade do agente, da vítima e dos próprios mecanismos de controle social, e da política criminal, cuja tarefa é orientar estrategicamente o controle que se exercerá.[443]

Segundo Faria Costa, ultrapassando Figueiredo Dias, hoje em dia é possível se conceber uma nova "ciência do direito penal total" que, ultrapassando a concepção de von Liszt, irá englobar o estudo do direito penal clássico, do direito processual penal, do direito de ordenação social, do direito de execução das penas, do direito penal de menores e do direito penal especial ou secundário, onde não mais se aceitarão "primazias ou sujeições impostas", mas sim, "uma conjugação de conhecimentos que permita ao direito penal realizar aquela fundamental tarefa do Estado".[444]

Dessa interação dos sistemas político criminal e dogmático, para os fins do presente trabalho, não nos interessa tanto as influências que a política criminal exerce na aplicação da norma, mas sim a interpenetração dos princípios dogmático-penais, legais e constitucionais na conformação dos projetos político-criminais. Em outras palavras, o que nos interessará, serão os limites dogmáticos da formulação legislativa da norma penal, que

[442] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral. cit., t. I, p. 26-27.
[443] COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*, cit., p. 29.
[444] Idem, ibidem, cit., p. 29-30.

deverão guiar a política criminal e evitar que seus rumos se deixem levar por sentimentos sociais de ocasião e por oportunismos e conveniências momentâneas.

Busca-se, portanto, fundamentalmente, os componentes condicionais da legitimidade da intervenção penal, ou seja, os pilares dogmáticos materializados em princípios e regras jurídicas, penais e constitucionais, implícitos e explícitos, que deverão ser observados e localizados como limites intransponíveis do campo político-criminal.

Em uma aproximação inicial, Figueiredo Dias observa que a legitimidade da intervenção penal não pode fundar-se em uma "única ordem transcendente e absoluta de valores", tendo de se guiar por "critérios funcionais de necessidade (e de consequente utilidade) social".[445] Obviamente, o poder de intervenção penal, que representa, *per se*, uma violação de direitos individuais básicos e carrega consigo uma carga axiológica de desaprovação social, deve estar orientado para promoção dos valores e asseguramento das garantias do Estado.

Para isso, é indispensável que se identifique, portanto, a função do direito penal enquanto subsistema do sistema social, que "não pode ser vista na defesa, promoção ou realização de uma qualquer ordem moral, mas na tutela subsidiária de bens jurídicos, necessariamente referida à ordem axiológica constitucional".[446]

Nesse sentido, e analisando o tema sob um enfoque de posição dominante e transparente de política criminal é que Figueiredo Dias vai demonstrar que essa ciência, de "simplesmente competente para as tarefas da reforma penal, cujas proposições, por conseguinte, não podiam ser levadas em conta pelo jurista senão no plano de *iure constituendo*, torna-se ciência competente para, em último termo, definir os limites da punibilidade".[447] E sobre a transição dos espaços de ocupação da política criminal acrescenta que "na medida em que a política criminal quer atingir as finalidades que a si

[445] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral, cit., p. 31.

[446] Idem, ibidem. No mesmo sentido, Manuel da Costa Andrade reassenta que "o direito penal só pode intervir para assegurar a proteção, necessária e eficaz, dos bens jurídicos fundamentais, indispensáveis ao livre desenvolvimento ético da pessoa e à subsistência e funcionamento da sociedade democraticamente organizada" do que decorre o fato de que o direito penal "só está legitimado a servir valores ou metas imanentes ao sistema social e não fins transcendentais de índole religiosa, metafísica, moralista ou ideológica" (ANDRADE, Manuel da Costa. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 2, fasc. 2, p. 178).

[447] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral, cit., t. I, p. 34.

mesma se comete através do direito penal, ela terá de o fazer respeitando os princípios estruturais deste direito".[448]

Sob qualquer dos prismas historicamente abordados, há um espaço de consenso sobre a influência da política criminal do plano legislativo, seja na elaboração de normas, seja na reforma do direito penal. Esse espaço de consenso é atinente à ideia de que a produção de normas penais não se pode orientar exclusivamente pelos objetivos político-criminais. Sob pena de disfuncionalizar o sistema jurídico penal, cabe à política criminal respeitar os limites dogmáticos de incriminação.[449]

E aqui nos referimos ao respeito à função do direito penal que é a proteção subsidiária de bens jurídicos com dignidade penal. Acreditamos ser exatamente aqui que remonta a distinção entre o direito penal e outras áreas do direito, mormente do direito administrativo penal ou sancionador. A dignidade penal será exatamente a categoria responsável pela seleção dos objetos de proteção entre os diferentes âmbitos de intervenção punitiva do Estado.

Portanto, aqui já podemos deixar fixada nossa posição de que de maneira alguma podemos considerar a escolha dos modelos de incriminação como um mero critério de política criminal.

Naturalmente, a política criminal, enquanto conformadora dos caminhos a serem seguidos da busca da pacificação social e da harmonização da sociedade por meio da coibição intimidatória de condutas desalvoradas, bem como norte primeiro de seleção dessas condutas, tem um papel significativo na fórmula final de adequação de comportamentos em cada um dos âmbitos do direito.

Nesse sentido Eduardo Correia indica que o objetivo da política criminal é o de, recolhendo e valorando resultados provenientes da criminologia, procurar mecanismos eficientes de "lutar contra" o fenômeno da criminalidade, estabelecendo critérios de valoração "em vista de uma mais eficaz luta contra o crime do direito criminal constituído" e de indicação das necessidades de incriminação. Em síntese, a política criminal deve

[448] Idem, ibidem. E mais à frente, o autor ainda complementa que "todavia, apesar da predominância que assim se atribui à política criminal no contexto da ciência conjunta do direito penal, ela haverá em todo o caso de se condicionar estritamente pelos fundamentos jurídico-políticos da concepção do Estado".

[449] Isso fica reafirmado de maneira categórica pela linha de pensamento funcionalista racional-teleológica do direito penal. Aduzindo a esse marco de estruturação sistêmica, Manuel da Costa Andrade afirma que "o novo paradigma dá satisfação integral à conhecida exigência, lançada por Liszt nos alicerces da moderna ciência penal: 'O direito penal é a barreira instransponível da política criminal'" (ANDRADE, Manuel da Costa. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime, cit., p. 182).

servir de orientação para criar o direito penal posto e para orientar sua aplicação após sua constituição.

Entretanto, o que de primacial importância não se pode olvidar é que esses comportamentos selecionados devem passar pelos critérios condicionantes da intervenção penal; devem ter, em outras palavras, dignidade penal, conceito no qual se engloba mais do que a proteção de bens jurídicos, mas a proteção subsidiária e fragmentária em *ultima ratio* de intervenção estatal.

Dessa forma, se, por um lado, do desenho de sistemas jurídicos de punição é uma escolha que cabe ao legislativo, por outro, a alocação das infrações entre esses múltiplos sistemas deve seguir critérios dogmáticos materiais, sob pena de se permitir a malfadada burla de etiquetas mencionada por Helena Regina Lobo da Costa[450] e por Ana Elisa Liberatore Bechara.[451]

6.3.3. A pouca relevância do dogma da identidade ontológica dos ilícitos

Já ficou mais do que claro no decorrer do presente trabalho que não existem diferenças ontológicas entre as infrações penais e administrativas. Com efeito, essa concepção que vigorava no começo do século XX, ainda que alvo de severas críticas por parte da doutrina já daquele período, foi superada no decorrer do século, sendo certo que, atualmente, esse pode ser considerado um dogma científico.

Mas, antes de tudo, é preciso esclarecer o que quer dizer a afirmação de que não existem diferenças ontológicas entre as infrações. E a resposta é simples: quer dizer que no campo dos fatos, uma mesma ação pode ser considerada penal ou administrativa e que, a configuração de ambos os ilícitos podem se dar pelos mesmos modos de ação.

As distinções ontológicas, com efeito, estavam ligadas, basicamente no modo da ação, omissiva ou comissiva, e à existência ou não de efetivo dano ao objeto de proteção da norma. Assim, uma possibilidade infantil de distinção ontológica seria aquela que diz que crime é a conduta comissiva proibida e infração administrativa é a omissão da desincumbência de um dever jurídico. Outra possibilidade de distinção ontológica seria aquela que prevê que o crime é aquela conduta que objetiva a imposição de um efetivo dano a um bem jurídico, enquanto a infração administrativa é aquela que objetiva apenas uma ação que coloca em perigo um bem jurídico.

---

[450] COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental,* cit., p. 207.

[451] BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Critérios político-criminais da intervenção penal no âmbito econômico: uma lógica equivocada. In: FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael (Coords.). *Direito penal econômico. Questões atuais*. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 59.

Como se viu no decorrer do trabalho, tais concepções que se proliferaram na virada do começo do século XIX e início do século XX, chegando inclusive a serem positivadas no ordenamento jurídico brasileiro,[452] foram gradativamente abandonadas pela doutrina moderna e hoje são rechaçadas pela maioria absoluta da doutrina tanto de direito penal quanto de direito administrativo.

E isso se dá por vários motivos.

O primeiro e substancial remete-se ao abandono do ontologismo em direito. Com efeito, o próprio conceito de crime é um conceito normativo e não subsiste *per se* na esfera material das coisas, mas, tão somente, no contexto de um ordenamento jurídico. Da mesma forma, um bem jurídico, como sugere seu próprio nome, é um conceito normativo, inexistente ontologicamente.[453]

De qualquer forma, poder-se-ia argumentar que seria possível uma distinção normativo-ontológica, configurada pelo modo de execução da conduta normativamente considerada ilícita e pela forma de afetação do bem jurídico. Mas ainda assim não caberia tal distinção diante da reformulação da moderna teoria do injusto penal, que incorpora os conceitos de risco e de dever de cuidado.

De fato, tanto o desenvolvimento do risco criado pelo próprio ser humano como a intensificação do processo de globalização foram percebidos e analisados de maneira analítica por sociólogos da segunda metade do século XX, cujas teorias e formulações tiveram papel determinante nas modernas formulações doutrinárias jurídico-penais. Com o objetivo de não fugir ao escopo de nosso trabalho, nos ativemos aos desenvolvimentos elaborados por três autores, que, de maneiras distintas, analisaram fenômenos de grande influência na dogmática penal da modernidade, seja na produção legislativa, seja no desenvolvimento de conceitos da teoria do delito, sendo eles Ulrich Beck, Anthony Giddens e Niklas Luhmann.[454]

---

[452] Conforme a distinção qualitativa ontológica entre crimes e contravenções do Código Penal da República Velha, mencionada no item 3.3., do presente estudo.

[453] Sobre as distinções e pontos de contato entre o ontologismo e o normativismo, referimos o trabalho de SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 11, n. 44, p. 11-33, jul./set. 2003.

[454] Não que sejam eles os únicos autores que se debruçam sobre o problema. Aliás, Giddens e Luhman sequer têm o risco social como o objeto primordial de escopo de seus trabalhos. Ocorre que a influência de seus pensamentos na sociedade e na dogmática jurídico-penal são determinantes para eleição da análise de suas proposições. Especificamente sobre a sociedade de risco, pode-se ainda citar Scott Lash, Alan Scott, Hilary Rose, entre outros. Para um panorama geral do pensamento da sociedade de risco, remeta-se à obra *The Risk Society and Beyond. Critical Issues for Social Theory*. Coord. ADAM, Barabara, BECK, Ulrich e VAN LOON, Joost. Thousand Oaks- CA. Ed. Sage, 2000.

O aporte dessas concepções à teoria do delito e à política criminal é que, no final do século XX, serão responsáveis por significantes alterações da estrutura da dogmática jurídico-penal e de orientações político-criminais da chamada pós-modernidade, entre as quais destaca-se a massiva adoção de crimes de perigo abstrato e de criminalização de condutas omissivas, seja pela tipificação, seja pela chamada ingerência indevida observada por Janaina Conceição Paschoal.[455] Não pretendemos aqui e nem poderíamos fazê-lo, descer a minúcias das concepções de cada um dos autores e da influência de suas obras no direito penal.[456] Entretanto, entendemos não ser possível avançar na busca do conteúdo material do ilícito criminal e criminal-administrativo, sem deixar algumas linhas reservadas às novas essas orientações, que simplesmente farão desaparecer algumas das concepções criadas no início do século XX sobre o ilícito penal e administrativo, como, p. ex., sua identificação com realização de meros perigos ou desobediências.

Os autores acima citados, em comum, vão trazer uma visão da sociedade atual como uma sociedade que acabou se tornando perigosa para ela própria, o que decorre dos avanços tecnológicos e da evolução das estruturas sociais, das relações entre os componentes do sistema social, que se baseiam, inescapavelmente, na confiança e se caracterizam pela pulverização e descentralização. Essa arquitetura social acaba por gerar riscos para os componentes do sistema social e para o próprio sistema social.[457]

Além disso, o desenvolvimento tecnológico permite que as consequências das ações humanas gerem consequências para inúmeros indivíduos, de modo que, mesmo não participando das relações primárias, os componentes do sistema social podem acabar sendo afetados por desvios nesse sistema. Essa característica é afigurada pelo temor gerado pela

[455] PASCHOAL, Janaina Conceição. *Ingerência indevida*. *Os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.

[456] Até mesmo porque o tema já foi tratado de forma exaustiva e conclusiva por Cláudio do Prado Amaral (AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea*: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco. São Paulo: Ed. IBCCRIM, 2007), a cuja obra remetemos para referência.

[457] Com essa mesma visão Allamiro Velludo Salvador Netto destaca que "Na formulação de BECK – como de outros autores como GIDDENS e LUHMANN – surgiu a sociedade de risco, onde as estruturas sociais são explodidas por completo pela afirmada modernização reflexiva, colocando-se o afastamento da realidade imposta na simples causalidade, e trazendo uma nova modalidade de convivência capitalista, demarcada na figura dos riscos, da necessidade preventiva, do perigo da autodestruição; todos trazidos pelos 'sapatos silenciosos da modernidade', hoje questionadores do anterior encantamento com o controle possível e absoluto das ciências e da tecnologia. Mais do que isso, o avanço da ciência e da tecnologia traz a preocupação com o uso que destas pode ser feito, bem como do necessário cuidado relacionado ao agente que pode usar e suas reais finalidades" (NETTO, Allamiro Velludo Salvador. *Tipicidade e sociedade de risco*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2006, p. 88).

Guerra Fria, das chamadas "guerras nucleares",[458] que, mais do que danos aos polos combatentes, poderiam dar fim a toda a raça humana[459]. De maneira menos especulativa e mais direta, podemos apontar as recentes crises financeiras "mundiais", que na verdade afetaram com prevalência os Estados Unidos da América e alguns países europeus. Com efeito, o elemento principal da crise se inseria no sistema financeiro estadunidense, marcado pela pouca regulação das relações financeiras, que acabou permitindo o colapso dos sistemas de derivativos e fez eclodir a chamada "bolha imobiliária" do país, deflagrando a insolvência de diversas corretoras de ativos e instituições financeiras. Não se cingindo ao país, a crise encontrou reflexo em quase todo o mundo e se instalou com força em países da Europa, como Grécia e Irlanda[460].

Por outro lado, essa sociedade pós-moderna ou sociedade de risco reconhece que tem que conviver com a existência dos riscos sociais, os quais são resultado inexorável do desenvolvimento econômico-social da sociedade e mais, são mesmo indispensáveis para o progresso tecnológico e o desenvolvimento humano. Mas para além desse risco programado, depara-se a sociedade com a possibilidade de criação de riscos imprevisíveis, que surgem como consequência acessória da ação humana. A asseverar a situação, a complexidade das relações sociais torna extremamente complicada a radiografia das causas dos riscos e de sua materialização, que demanda uma adaptação das estruturas de responsabilidade. Também, derivado disso, ocorre o fenômeno da desigualdade da

[458] O tema da tecnologia nuclear é sempre lembrado com *status* de protagonismo na discussão das teorias dos riscos sociais. Muito embora o mundo tenha se aterrorizado com as consequências das Bombas de Hiroshima e Nagasaki, dos acidentes de Chernobyl e do recente acidente de Fukushima, o uso da tecnologia nuclear para fins pacíficos, embora tenha sido alvo de críticas e de movimentos pela sua extinção, mostra-se cada vez mais uma caminho razoável para produção de energia limpa, uma das principais pautas de preocupação dos movimentos ambientalistas atuais. Assim, demonstra-se uma assunção de risco imprescindível ao desenvolvimento da sociedade, malgrado os enormes e imprevisíveis perigos que se acortinam em razão de sua exploração. Além disso, o risco de uma guerra nuclear, indicam Stuart Allan e Ian Welsh, não se esvaiu com a Guerra Fria, estando apenas esquecido pela pauta de discussão internacional, mas guardando uma latente possibilidade de agressão, mantida como força coativa inarredável de nações poderosas. Em suas palavras, "the discousures of 'nuclear deterrence', 'strategic nuclear forces' and even 'arms control' are recurrently projected by political elites as being almost anachronistic in nature – as best indicative of a Cold War wich has long since thawed out. Indeed, following the 1994 agreement between the US and Russian governments to stop aiming nuclear weapons at one another, the risk of global nuclear war has virtually fallen off the public agenda. This when both nations still retain their nuclear arsenals with thousand of warheads on 'hair-trigger alert'" (IRWIN, Alan; WELSH, Ian. Nuclear Risks: Three Problematics. In: *The Risk Society and Beyond. Critical Issues for Social Theory*. Coord. ADAM, Barabara, BECK, Ulrich e VAN LOON, Joost. Thousand Oaks- CA. Ed. Sage, 2000, p. 79).

[459] Concluindo conosco, FERNANDES, Paulo Silva. Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do direito penal. Panorama de alguns problemas comuns. Coimbra: Ed. Almedina.

[460] E exemplos como esse não faltam no final do século XX. Alberto Silva Franco (Globalização e criminalidade dos poderosos, cit., p. 237) relembra a crise do petróleo de 73, a crise do sistema cambial e financeiro dos países emergentes da década de 80. Podemos lembrar ainda a crise econômica que afetou o mundo no começo dos anos 2000, também impulsionada pela flutuação do preço do petróleo.

distribuição dos riscos, pois os causadores, os principais contribuintes da causa, muitas vezes acabam não sendo afetados por eles, que recaem sobre outros componentes do sistema social que dele não se beneficia.

Para Beck esses riscos sociais apresentam-se no contexto da modernização reflexiva[461] da sociedade, marcada por um acelerado desenvolvimento tecnológico que abala as estruturas sociais e põe em cheque as certezas dos conhecimentos. Para o autor, o consumo predatório da natureza e da cultura é fato imprescindível à modernização, ao mesmo tempo em que o descontrole social aumenta vertiginosamente, ainda fruto da complexidade das relações sociais, cada vez mais transnacionais e descentralizadas, que acabam por fugir ao controle dos Estados. Esses fenômenos seriam consequência direta do desmantelamento da sociedade industrial ocorrida já na primeira metade do século XX.[462]

Já Giddens se aproxima da ideia de que as alterações sociais que são percebidas hodiernamente, ainda são o reflexo direto da alteração da estrutura social moderna, não havendo ainda uma nova sociedade pós-moderna, mas uma sociedade moderna que sofre um intenso e vertiginoso processo de reorganização, marcado pela separação entre espaço e tempo, que vai determinar o desencaixe de antigas estruturas sociais, que se recombinarão e criarão novas estruturas sociais. O autor segue a linha de Beck ao apontar a modernidade reflexiva como a responsável pela criação de riscos sociais[463], malgrado faça uma distinção entre risco e perigo,[464] de inexpressiva significância para o primeiro autor.

---

[461] Sobre a modernidade reflexiva e relação com criação de riscos sociais Beck (BECK, Urlich. La sociedad del riesgo. Hacía una nueva modernidad. Barcelona: Ed. Paidós, 1998, p. 200) assenta que: "La reflexividad del proceso de modernización también se puede explicar a partir del ejemplo de la relación de la producción de riqueza y riesgo: precisamente cuando el proceso de modernización destradicionaliza sus fundamentos industriales, irrumpe el monismo mediante el cias el pensamiento acorde con las categorías de la sociedad industrial subsume la distribución del riesgo según la lógica de la distribución de la riqueza. No es el alcance del riesgo, ni tampoco sólo la mayor cualidad y ámbito de los riesgos que originan por las nuevas tecnologías y racionalizaciones. Lo que es central es más bien el hecho de que las condiciones del contexto social han cambiado radicalmente en relación con el proceso de modernización reflexivo; al adquirir, los riesgos de la modernización, naturaleza científica, se eleva su latencia".

[462] Sintetizando o pensamento de Beck, Cláudio do Prado Amaral (*Bases teóricas da ciência penal contemporânea*, cit., p. 76) leciona que: "A proposição de Beck está sustentada por argumentos científicos universais, que podem ser resumidos nas seguintes premissas: 1) Com o advento do processo de modernização, a produção de riqueza gera riscos; 2) A distribuição dos riscos não obedece proporcionalmente à distribuição de riquezas e se irradia para todos os grupos sociais; 3) O desmoronamento dos esquemas tradicionais da sociedade industrial foi impulsionado por uma forte onda de individualismo nascida no pós-guerra; 4) O individualismo mina de inseguranças o processo de modernização, através de diversos fatores decorrentes; 5) A modernização é um processo complexo, sujeito a constantes (re)avaliações e transformações, em que o desenvolvimento democrático destrona o saber científico e a ação política de seus respectivos monopólios; 6) A relativização do saber científico e da ação política formam um círculo vicioso na produção de riscos".

[463] Essa noção fica clara quando o autor (GIDDENS, Anthony. *O mundo na era globalizada*. Lisboa: Ed. Presença, 2000, p. 33) assenta que "na verdade, a modernização não consegue fazer desaparecer completamente estas visões de mundo (se referindo ao misticismo). As noções de magia, de destino e de cosmologia continuam a ter o seu lugar. Mas, em muitos casos, apenas sobrevivem como superstições, nas

Finalmente, há de se apontar a influência da teoria dos sistemas autopoiéticos concebida por Niklas Luhmann, a qual parte de um paradigma metodológico inédito no campo das ciências sociais, ao qual se pode debitar as maiores críticas à sua formulação. Com efeito, Luhmann analisa o desenvolvimento da sociedade a partir de uma estrutura teórica que vai prescindir em um primeiro momento da análise empírica, retirando a influência humana do centro de observação de sua teoria social. Daí a crítica de muitos estudiosos e sociólogos, entre os quais Habermas, sobre a impossibilidade da erigição de uma teoria social que exclua o elemento formador da sociedade, precisamente o homem.[465] Para o autor, a sociedade pode ser concebida por sistemas autorreferentes, que são formados pela comunicação, tomada como a seleção das informações, sua expressão e sua compreensão. As comunicações é que se organizam em estruturas e dão origens a sistemas autônomos e complexos e não o agir comunicativo.[466] Esses sistemas, por sua vez, autoalimentam-se e se autorreferem, diferenciando-se na criação de subsistemas que, embora se liguem a outros sistemas e ao sistema matricial também por meio da comunicação, serão dotados de sua própria autonomia e autorreferenciabilidade.[467] Luhmann também irá trabalhar com a ideia de risco e com sua distinção do perigo, nesse ponto, se assemelhando da concepção de Giddens. Para ele o risco só pode surgir e ser percebido dentro do sistema e é erigido por meio da comunicação, de modo que sua

---

quais as pessoas não acreditam inteiramente e que aceitam com algum embaraço. Usam-nas para servirem de apoio a decisões de natureza mais calculada. Na maioria dos casos, os jogadores, e neles incluo os que jogam na bolsa, entregam-se a rituais que, em termos psicológicos, reduzem as incertezas que tem que enfrentar. O mesmo se aplica aos riscos que não conseguimos evitar, pois estar vivo já é por si só uma empresa arriscada".

[464] Em suas palavras (GIDDENS, Anthony. Op. cit., p. 32): "risco não é o mesmo que acaso ou perigo. O risco refere-se a perigos calculados em função de possibilidades futuras. Só tem uso corrente em uma sociedade orientada para o futuro, uma sociedade que vê o futuro precisamente como um território a ser conquistado ou colonizado". A distinção é de suma importância na dogmática penal na medida em que auxilia a compreensão da teoria do delito compreendida por Roxin e permite, também, a compreensão do modelo de incriminação dos crimes de perigo. A teoria da imputação objetiva de Roxin, precisamente, fala do incremento do risco, ou seja, a possibilidade de um dano compreendida por um agente e calculada a partir de estimativas subjetivas e cujos resultados de apuração serão aferidos objetivamente de acordo com critérios axiológicos de política criminal. Por outro lado, quando tratamos dos crimes de perigo, estamos tratando da possibilidade de danos que ainda não estão – e não precisam estar – mensurados pelo agente da conduta. Há uma estimativa prévia, do legislador, que ao incriminar uma conduta naquele modelo típico, já elimina a possibilidade de estimação e assunção de qualquer parcela do risco.

[465] Embora Cláudio do Prado Amaral entenda que essa concepção é equivocada. Em suas palavras (*Bases Teóricas da ciência penal contemporânea*, cit., p. 92-93), "O homem é colocado fora dos sistemas. Ele se aloca no entorno. Com isso, o sujeito não resta menosprezado, pois os subsistemas sociais cumprem suas funções em prol do indivíduo, permitindo o seu desenvolvimento e possibilitando que conheça o seu entorno. O sujeito assim, corresponde à noção de consciência nos sistemas psíquicos".

[466] Para um completo e simplificado panorama do conceito de agir comunicativo, HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*: complementos y estudios previos. Madrid: Ed. Cátedra, 1984, p. 479-507.

[467] Há de se pontuar por oportuno que a teoria dos sistemas autopoiéticos terá influência determinante na construção teórica do direito penal concebida por Jakobs e desenvolvida por seus seguidores, por eles denominadas funcionalismo sistêmico.

existência no entorno só se percebe de forma débil. É por isso que as sociedades não sistematicamente diferenciadas não poderiam lidar com o conceito de risco, mas apenas com o conceito de perigo. Da mesma forma, Luhmann observa que, a partir do momento em que se assume a existência de um risco, olvida-se uma parte do perigo, a partir de uma estimação razoável de danos.

A incorporação dessas ideias sociológicas atreladas à ideia do risco e da sistematização, assim como, acima de tudo, as novas e reais necessidades de tutela e harmonização social surgidas da expansão dos espaços de intervenção humana e da complexidade das relações sociais, econômicas, políticas e culturais, uma vez transportadas à pauta do direito penal, abalaram as estruturas dogmáticas clássicas e levantaram intrincadas dúvidas acerca dos caminhos da política criminal e da dogmática penal contemporânea.[468] O direito penal começa a enfrentar as transformações deduzidas por Adorno e Horkheimer como a "dialética da ilustração", ou, nas palavras de Hassemer na "dialética da modernidade", que, inserido nessa pauta de intervenção, acaba conduzindo o direito penal a uma situação até mesmo "anacrônica e contraproducente".[469]

Evidentemente, as complexas estruturas sociais consolidadas na pós-modernidade impõem novos e problemáticos desafios à dogmática penal, como o deslocamento do foco de imputação das pessoas individuais às pessoas coletivas, a dificuldade de delimitação da responsabilidade em um cenário de descentralização das tomadas de decisão, o esmaecimento da culpabilidade em contexto onde a consciência das consequências da ação não é clara e às vezes, até mesmo impossível de delimitação, a preocupação com a tutela de gerações futuras, que irão causar questionamentos quanto a sua legitimidade e sua adequação à teoria do bem jurídico penal e à exigência da ofensividade.

---

[468] Fábio Roberto D´Ávila (D'AVILA, Fabio Roberto. O espaço do direito penal no século XXI. In. Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais nº 64, jan-fev 2007. P. 81) pronunciando-se sobre o tema situa a discussão de maneira esclarecedora: "quer queiramos chamar o conjunto dessas transformações de contemporaneidade, pós-modernidade, modernidade tardia, ou, ainda, identificar determinados quadros sociais como sociedade do risco, sociedade de consumo sociedade de informação, ou qualquer coisa do gênero, - conceitos aliás freqüentemente referenciados a elaborações teóricas, no mais das vezes, abertas a críticas de diversas ordens -, o fato é que, e isso sim é indiscutível, tais transformações operam em uma contexto caracterizado pelo aumento da complexidade das relações e, por consequências, também dos respectivos espaços de conflitualidade, aos quais, acrescente-se, tem sido invariavelmente chamado a intervir o direito penal".

[469] Segundo Hassemer, o direito penal moderno, como se refere, caracteriza-se pelo desprezo aos conceitos metafísicos e fixação de metodologia de base empírica, focada essencialmente nas consequências das condutas. O autor entende que já se atingiu um estágio maduro da dogmática penal, pois, superado o apego ao direito natural da abstração dogmática, teria alcançado um considerável estágio de evolução, restando harmonizado e eficaz no que tange ao controle da atuação penal. Desse modo, a modernização e a tentativa de incutir essas novas pautas no direito penal é o que acaba comprometendo sua estrutura estabilizada (HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLV. fasc. I. jan./abr. 1992).

De tudo isso, além da expansão quantitativa de tipos penais incriminadores, importa fundamentalmente para nosso trabalho a importância que os conceitos de risco e de perigo passaram a exibir no campo da dogmática jurídico-penal, principalmente quando se adota o funcionalismo racional-teleológico como modelo reitor de estruturação do sistema de intervenção penal. Se no século XIX o direito penal de polícia era identificado por alguns autores como um direito de meros perigos e desobediências, hodiernamente, "meros perigos" passaram a representar grande preocupação na sociedade, sendo certo que sua prevenção por meio do direito penal é reconhecida como legítima por quase a unanimidade da doutrina jurídico-penal do ocidente.[470]

Dessa forma, mostra-se realmente inútil e desarrazoada a procura de distinções ontológicas entre as infrações penais e administrativas. O que não quer dizer, entretanto, que não existam diferenças, mesmo qualitativas, entre os ilícitos, no âmbito normativo. Na verdade, é possível perceber que grande parte da doutrina identifica a inexistência de diferenças ontológicas com a impossibilidade de diferenciações qualitativas entre os ilícitos, o que representa um erro categorial.

A possibilidade de uma distinção material entre as diversas esferas de exercício do *ius puniendi* não está adstrita, portanto, ao plano ontológico, podendo surgir em vários outros cortes analíticos, isolados ou conjugados. Desse modo, ainda que não exista diferença ontológica das infrações, podem existir traços distintivos extraídos das finalidades dos sistemas jurídicos e da sanção punitiva, traços distintivos relacionados à valoração ético-social das infrações e das sanções e traços distintivos relacionados ao modo de afetação do bem jurídico (e não apenas do objeto jurídico).

Em síntese, embora reconheçamos a inexistência de diferenças ontológicas entre as infrações penais e administrativas, consideramos que tal circunstância não é impeditiva de que se busquem critérios materiais normativos e axiológicos de definição dos âmbitos de intervenção punitiva do Estado.

Com essa noção podemos agora traçar uma reavaliação dos critérios clássicos de distinção das infrações penais e administrativas. Antes, no entanto, devemos ainda traçar

[470] Não faltam referências sobre o tema na doutrina atual. Com especial aprofundamento no tema, na doutrina nacional podemos citar AMARAL, Claudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea:* dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco. São Paulo: IBCCRIM, 2007; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal*: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005; NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. Ainda, com aprofundamento na doutrina estrangeira, REYNA ALFARO, Luis Miguel; CUARESMA TERÁN, Sergio (Dir). *Derecho penal y estado de derecho*: reflexiones sobre la tensión entre riesgos y seguridad. Montevideo. B. de F., 2008; MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

algumas linhas sobre a busca de distinção dos ilícitos baseada em critérios teleológicos dos sistemas jurídicos de intervenção punitiva.

6.3.4. Insuficiência da distinção teleológica

Uma das tentativas de definição material dos âmbitos de intervenção do direito penal e do direito administrativo no Brasil baseia-se na procura de identificação das finalidades de cada um dos sistemas de intervenção punitiva e, por conseguinte, da finalidade das sanções penal e administrativa. Nesse sentido, no campo da doutrina administrativista, já tivemos a oportunidade de analisar o pensamento de Fábio Medina Osório.

Na doutrina penal, Ana Elisa Bechara, ainda que se fundando na teoria do bem jurídico como centro de gravidade material do ilícito penal, também procura identificar a existência de uma delimitação de âmbitos de intervenção com base na distinção teleológica dos sistemas normativo-punitivos. A autora coloca o problema do contraste entre o direito penal e o direito administrativo na perspectiva da expansão do uso do primeiro âmbito normativo, por meio da tutela de bens jurídicos difusos, como instrumento de garantia de interesses supraindividuais, em um contexto de prevenção de riscos, inspirado no princípio da precaução. Isso engendraria uma "confusão entre os dois âmbitos de tutela", ocasionada pelo papel auxiliar impingido ao direito penal em relação ao direito administrativo.

Nesse sentido, a autora entende que é preciso encontrar os limites da intervenção penal e da administrativa já que o câmbio entre os âmbitos não pode colocar-se como uma simples "troca de etiquetas", devendo-se guiar pelo conteúdo próprio de cada um dos âmbitos de intervenção, o que seria de suprema importância para ambos os âmbitos de intervenção, já que o direito penal sofreria pela perda de garantias ligadas às liberdades individuais diante de sua aproximação com a defesa de tutelas coletivas e o direito administrativo sancionador poderia, se mal elaborado e interpretado, "construir um direito repressivo e autoritário".[471]

Logo, segundo a autora, devem ser procurados critérios de identificação entre os ilícitos criminais e administrativo, não podendo tal decisão recair apenas no âmbito político-criminal, como uma decisão arbitrária do legislador. Continua sua busca avaliando

[471] BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Critérios político-criminais da intervenção penal no âmbito econômico: uma lógica equivocada. In. FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael. (Coords.) *Direito penal econômico. Questões atuais*. São Paulo. Ed. RT, 2011. p. 59.

que inexistem critérios ontológicos de distinção, de modo que esses deveriam ser buscados na diferenciação dos objetos de atuação administrativa e de atuação penal.

Caminhando pela doutrina de Feuerbach, a autora chega à teoria de Goldschmidt, para sintetizá-la, dizendo que o autor propugnava por uma diferença qualitativa entre os ilícitos de modo que "enquanto o ilícito penal consistia em um lesão eticamente reprovável de um bem jurídico, o ilícito administrativo correspondia a um ato de desobediência ético-valorativamente neutro".[472]

Com a devida vênia, devemos discordar da leitura feita de Goldschmidt pela autora. Se por um lado é verdade que Goldschmidt reconheceu as bases ético-sociais do ilícito criminal, por outro, não é correto afirmar que esse é o fundamento de sua doutrina do direito penal-administrativo. Com efeito, conforme pudemos analisar amplamente no item 2.3.2, do presente trabalho, a distinção traçada pelo autor remanescia, principalmente, nos âmbitos ontológico da ação e teleológico da atividade do Estado, partindo da contraposição entre direito e administração, onde são válidas as críticas de Eduardo Correia sobre a dificuldade de identificação do sentido desse agir.

Há de se ponderar nesse sentido que, na obra de Goldschimdt, a esterilidade ética do ilícito penal administrativo é consequência de sua fundamental natureza administrativa, veiculada tão somente em forma, por meio de uma estrutura penal. Em verdade, o fundamento ético de distinção entre o ilícito penal e penal administrativo como critério primacial de distinção viria a ser ventilado em momento posterior pela obra de Erik Wolf.

De qualquer forma, isso não tira a razão da autora quando afirma que "antes que se possa estabelecer qualquer critério quantitativo, qualitativo ou político diferenciador, a distinção fundamental entre o delito e o ilício administrativo reside em um critério teleológico, isto é, nas diferentes finalidades perseguidas pelo Direito Penal e pelo Direito Administrativo".[473]

Sobre isso, impõe-se desfazer mais uma confusão reiterada pela doutrina: a de que o critério teleológico não pode gerar diferenciações de natureza qualitativa. E esse equívoco surge de uma tradição de identificar os critérios quantitativos e qualitativos com a existência de naturezas ontológicas diferentes dos ilícitos. Nesse sentido, não há qualquer impossibilidade de se procurarem critérios qualitativos fora da ontologia. Pelo contrário,

[472] BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Critérios político-criminais da intervenção penal no âmbito econômico: uma lógica equivocada, cit., p. 61.
[473] Idem, ibidem, cit., p. 62.

são eles mais facilmente encontrados em um âmbito normativo, justamente onde se encontram fixados os objetivos dos dois âmbitos do direito.

De qualquer forma, no decorrer do presente trabalho, pudemos perceber que só o critério teleológico não é suficiente para traçar as fronteiras entre os âmbitos criminal e administrativo de punição, aqui fazendo eco as críticas de Beleza dos Santos e Eduardo Correia à teoria de Goldschmidt,[474] o que se coaduna com o reconhecimento da própria autora de que "em alguns casos, pode-se verificar a efetiva existência de bens jurídicos supraindividuais cuja tutela transita em ambos os subsistemas jurídicos".[475] Além disso, como pudemos pontuar, não existem diferenças teleológicas entre as sanções penal e administrativa, conforme análise desenvolvida sobre as concepções de Fábio Medina Osório sobre a natureza da sanção administrativa.[476]

Em síntese, seguimos a orientação de que tanto as sanções administrativas quanto as penais estão voltadas à proteção de bens jurídicos. E esses bens jurídicos muitas vezes se identificam com interesses coletivos e difusos cuja proteção e fomento cabe também à administração pública. Logo, o critério crítico do adequado sistema de intervenção punitiva não se pode adstringir ao âmbito teleológico, devendo se ligar ao conceito de dignidade penal, tema sobre o qual nos debruçaremos oportunamente.

Isso não quer dizer, contudo, que tenhamos com isso abandonado por completo o critério teleológico e o reduzido à inutilidade. Pelo contrário, o critério teleológico pode servir de importante índice de distinção, para alocação dos ilícitos penais.

Nesse sentido, é-nos permitido trabalhar com os conceitos de interesse público primário e secundário. Enquanto no primeiro grupo estariam aqueles interesses ligados à harmonização social da coletividade, no segundo estariam ligados aqueles interesses individuais subjetivos do Estado, com vistas à sua própria preservação.[477]

---

[474] Tema abordado no item 3.6.3 do presente trabalho.

[475] BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Critérios político-criminais da intervenção penal no âmbito econômico: uma lógica equivocada, cit., p. 63.

[476] Mais uma vez, remete-se ao item 3.6.3, do presente trabalho.

[477] Sobre o tema, é lapidar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello. Diz o autor que "o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhes são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos *não são interesses públicos*, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob o prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito. Similares, mas não iguais. Isto porque a generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao passo que o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluem os qualifique como *instrumentais* ao interesse público e

É lícito que identificar a área de ação teleológica do Estado no desenvolvimento do interesse público secundário, como um âmbito que não deve intervir, *a priori*, o direito penal, mas que, sem prejuízo, pode ser defendido pelo direito administrativo sancionador, já que a preservação do Estado é indispensável para a preservação do próprio interesse público primário e, por consequência, para a defesa de bens jurídicos.

Bem assim, embora insuficiente, o critério teleológico da identificação dos fins de cada um dos sistemas de intervenção punitiva mostra-se insuficiente para a delimitação material dos âmbitos de punição, mas não deixa de ser um importante índice de delimitação do âmbito de intervenção de determinadas condutas.

Por outro lado, quando se busca um critério teleológico para a cisão do sistema penal entre primário e secundário, o critério teleológico ganha extrema importância e rendimento. Esse critério se traduz na busca dos âmbitos de atividade do indivíduo, a dizer, em sua esfera de individualidade e na sua esfera social.

Importante reparar, nesse sentido, que o critério de Goldschmidt, adaptado e aperfeiçoado por Figueiredo Dias, nada mais é do que um critério teleológico relativo ao âmbito do desenvolvimento humano – pessoal ou social – que a norma penal (primária ou secundária) pretende proteger.

6.3.5. Impropriedade do critério quantitativo

É possível vislumbrar a adoção de um critério quantitativo sem que essa distinção esteja baseada no plano ontológico, remanescendo tal distinção no grau e extensão do dano causado pela infração e no valor do bem jurídico protegido. Nesse sentido, as infrações administrativas teriam a mesma característica das infrações penais, inclusive o mesmo objeto de proteção jurídica, o qual não seria, entretanto, afetado com possibilidade confrontação penal. Tal distinção vem sendo defendida, entre outros, por Claus Roxin na Alemanha.[478]

---

na medida em que o sejam, caso em que sua defesa será, *ipso facto*, simultaneamente a defesa de interesses públicos, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação daqueles. Esta distinção, a que se acaba de aludir, entre interesses públicos propriamente ditos – isto é, interesses primários do Estado – e interesses secundários (que são os últimos que se aludiu), é de trânsito corrente e moente na doutrina italiana, e a um ponto tal que, hoje, poucos doutrinadores daquele país se ocupam de explicá-los, limitando-se a fazer-lhes menção, como referência a algo óbvio e de conhecimento geral" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 57).

[478] ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general.Tomo I*. Madrid: Civitas, 2007, p. 72.

O ilícito administrativo seria um *minus* em relação ao delito,[479] um pequeno delito que não poderia afetar o ordenamento jurídico como um todo, mas que importaria na manutenção da ordem. Ela se caracterizaria pela causação do perigo de uma situação indesejada, não chegando a colocar em risco os bens jurídicos protegidos, a menos que de forma mediata e de maneira não substancial. O pequeno dano ou mesmo a pequena potencialidade de dano é o que caracteriza a infração administrativa. Sobre isso, D´Avila pontua que:

> A relação entre a ilicitude penal e a administrativa, observa Mistch, é nada mais que uma relação *plus-minus*. Longe de ser um *aliud* em relação ao ilícito penal, como pretendem as distinções qualitativas, a infração administrativa passa a representar apenas um ilícito no qual as características penais estão presentes, porém em proporções mais brandas. Ou, em outras palavras, consiste em uma infração marcada apenas por um conteúdo de culpabilidade e ilicitude mais suaves, quando em comparação com a infração criminal, muito embora esse mesmo conteúdo, em termos essenciais, em nada se distinga daquele exigido em âmbito penal. Também as infrações administrativas buscam tutelar bens jurídicos, e também elas podem realizar esta tarefa em relação a bens jurídicos individuais – por conseguinte, em oposição à crítica de que tutelaria apenas valores supraindividuais –, como ocorre em âmbito viário, onde, no mais das vezes, o ilícito está orientado a evitar situações de perigo à vida, à saúde e à própria propriedade. A particularidade, prossegue Mistch, estaria em um bem jurídico de menor valor ou em uma exposição menos prejudicial – como, v.g., uma hipótese de perigo abstrato ao invés de concreto, ou um ato preparatório no lugar de tentativa –, ou ainda, em uma menor censurabilidade de fato, muitas vezes realizado por comodidade, esquecimento ou descuido.[480]

Apesar dos esforços doutrinários, resta uma fundamental questão: o que seria menor na infração administrativa em relação ao crime? Dizer-se apenas que a infração administrativa ou a contravenção é uma infração menor não concede nenhum conteúdo material distintivo. Seria a infração menor em quê?

Em um primeiro momento, poder-se-ia pensar que a relação de inferioridade se situaria no desvalor da conduta. Assim, a infração administrativa seria uma conduta menos desvalorada do que a conduta penal. Mas é possível também pensar na relação de inferioridade no desvalor do resultado, havendo na infração administrativa um resultado jurídico menos grave do que na sanção penal.

Em verdade, nenhuma das conclusões satisfaz. Pode haver uma conduta de desvalor que não traga consequências jurídicas materiais e nem ponha em perigo algum

[479] PIMENTEL, Manuel Pedro. *Contravenções penais*, op. cit., p. 8-9.
[480] D´AVILA, Fabio Roberto. *Direito penal e direito sancionador*, cit., p. 18.

bem jurídico protegido. Da mesma forma, é possível se pensar em uma conduta neutra que coloque em perigo ou até mesmo afete bens jurídicos tutelados.

O grande problema da teoria quantitativa, portanto, é propugnar uma relação de quantidade, mas não especificar o referencial que seria utilizado para dizer o que é maior e o que não é.

E isso se prende ao seu nascimento pela corrente de pensamento ontológico-causalista, que identificava a menor ou maior intensidade do dolo, ainda localizado no componente de culpabilidade do ilícito. É, portanto, uma corrente que, embora possa ser adaptada ao normativismo, ainda está presa ao pensamento ontológico do começo do século XX, o que se denota por sua adoção por Jimenez de Asúa, Ferri e Antolisei.[481]

Ainda, como ficou demonstrado no decorrer do trabalho, a intensidade da sanção não é apta a diferenciar os âmbitos criminal e administrativo, já que, como se viu, podem existir sanções administrativas tão ou mais gravosas, do ponto de vista objetivo, do que algumas das sanções penais. Isso se dá em razão da já abarcada cisão entre a gravidade objetiva da sanção e o grau de desvalor social da sanção.

De tal forma, não se vê como possível a adoção de um critério quantitativo para delimitação material do conteúdo dos ilícitos, já que sequer se consegue estabelecer em relação *ao que* se fará o juízo de intensidade e, ainda, porque a intensidade objetiva de uma sanção ignora diferenças materiais axiológicas claras entre as sanções dos diversos âmbitos de intervenção punitiva.

6.4. Possibilidade e necessidade de critérios materiais qualitativos

Na perspectiva qualitativa, existiria uma diferença material dos objetos de proteção e da maneira pela qual se afeta esse objeto de proteção. As primeiras teorias que se debruçaram sobre o assunto procuraram encontrar respostas para uma situação que já ocorria de fato na maioria dos ordenamentos jurídicos, derivada da delegação do poder de punir à administração. O que se procurava, então, era qual a natureza daquelas infrações que eram punidas pela administração e não pelo judiciário. E as primeiras respostas vieram no sentido de que haveria uma distinção ontológica dessas infrações.

A primeira resposta que se ofereceu foi a de que os crimes defenderiam direitos subjetivos individuais enquanto as contravenções de polícia se preocupavam com a defesa de valores de outra ordem, valores de convivência e de harmonização comunitária. Posteriormente, encontrou-se a resposta no bem jurídico afetado, de cariz individual para

[481] SZNICK, Valdir. *Contravenções penais*, cit., p. 8.

os crimes e de feições supraindividuais para as contravenções de ordem. Finalmente, construções mais elaboradas, como a de Goldschimidt e Wolf, vão colocar a distinção nos âmbitos de desenvolvimento humano e plano de afetação ética da conduta, como vimos detalhadamente anteriormente.

Segundo Valdir Sznick, a corrente qualitativa "procura distinção na natureza jurídica, na estrutura e essência mesma das infrações".[482] Assim, a distinção poderia localizar-se na natureza do objeto jurídico ou no elemento subjetivo. Na primeira hipótese, seria encarado crime como evento de dano e contravenção como um perigo. Na segunda hipótese, tratar-se-ia da alocação da diferenciação no conteúdo axiológico da conduta considerada ilícita.[483]

Manoel Pedro Pimentel assevera que, "segundo os partidários desta conceituação, o crime ataca os bens e interesses fundamentais lesando-os ou expondo-os a perigo, enquanto que a contravenção é apenas e circunstancialmente a revelação de um estado ou situação que revela o perigo nelas existentes".[484]

Na mesma linha, Rafael Munhoz de Mello assevera que, para as correntes qualitativas, algumas condutas, por sua natureza, seriam próprias do direito penal, enquanto outras seriam próprias do direito administrativo", sendo que "o ilícito penal descreveria uma conduta contrária aos interesses mais relevantes da sociedade, enquanto o administrativo teria por objeto uma conduta contrária a interesses meramente administrativos, ligados ao bom funcionamento da administração pública". Por fim, arremata que "ilícito administrativo e ilícito penal seriam fenômenos distintos" para essa corrente.

Pode-se perceber de forma clara a inspiração das descrições dos autores no pensamento ontológico inspirador das teorias. As simples palavras "condutas" e "fenômenos" escancaram a equivocada vinculação feita pelos autores das distinções qualitativas com as diferenças ontológicas. Sobre isso, Helena Regina Lobo da Costa é precisa ao sentenciar que:

> As teorias qualitativas que se baseiam em supostas diferenças ontológicas falham por adotarem um ponto de partida equivocado. Também pecam por acabar aceitando a existência de um núcleo duro de condutas que precisam ser sancionadas por meio do direito penal, estabelecendo, portanto, espaços de criminalização obrigatória, o que não se coaduna com um direito penal fragmentário. Se o ilícito é um conceito normativo,

[482] SZNICK, Valdir. *Contravenções penais,* cit., p. 9.
[483] Idem, ibidem, p. 9.
[484] PIMENTEL, Manuel Pedro. *Contravenções penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais,.1978, p. 6-7.

> eventuais diferenças entre o ilícito penal e o administrativo devem, evidentemente, ser buscadas na esfera normativa.[485]

Saindo da seara ontológica e adentrando a esfera normativa, abrem-se diversas possibilidades de delimitação material dos ilícitos criminal e administrativo. Isso quer dizer que, nesse sentido, dever-se-á analisar não a conduta em si, não o modo como foi veiculada (isto é, de maneira omissiva ou comissiva), nem o resultado material advindo da conduta (efetivo dano ou mero perigo de dano), mas sim os reflexos no ordenamento jurídico advindos do desvalor jurídico-valorativo da conduta e de seu resultado, que nesse caso pode ser avaliado a partir da categoria da ofensividade.

Bem assim, a diferença poderia estar no próprio bem jurídico afetado (com ou sem dignidade penal) ou no grau de reprovabilidade ética da conduta assumida pelo infrator (teoria do conteúdo de desvalor ético-social).[486] De acordo, não com o modo de agir do indivíduo, mas sim com sua valoração jurídica e social, perceber-se-ia a inclusão da conduta como crime, como ilícito administrativo (ou contravenção) ou como delito (de direito penal secundário).

6.4.1. Conteúdo material do ilícito criminal

O crime foi considerado durante muito tempo aqueles comportamentos escolhidos pelo legislador como tal, e aos quais se cominavam penas, assim consideradas um mal aflitivo do corpo e da alma, dado como retribuição à realização da conduta proibida. Bem se pode perceber que tal definição não supera o nível formal de caracterização, pois coloca o conceito com base em dados empíricos pré-observados, mas que não consegue oferecer referenciais críticos de incriminação. Esse conceito formal, certamente, já não é suficiente para orientação político criminal de produção legislativa e são vazios dos conteúdos condicionantes oferecidos pela dogmática jurídico-penal.

Para a observação das distinções entre os diferentes tipos de infrações particulares, bem como das suas consequências jurídicas, é preciso, indispensavelmente, socorrer-se daos fundamentos materiais das intervenções estatais. Nesse sentido, é preciso que busquemos o conceito material de crime, definição essa que "indica ao legislador

[485] COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental,* cit., p. 202-203.
[486] D´AVILA, Fabio Roberto. Direito penal e direito sancionador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. nº 60, p. 18, maio/jun. 2006.

aquilo que pode e deve criminalizar e aquilo que ele pode e deve deixar de fora do âmbito penal".[487]

Desde Beccaria e, sobretudo, em von Liszt, já se observava a procura por um conceito mais do que o meramente formal de crime, que pudesse indicar de um ponto de vista material quais seriam os componentes mínimos que deveriam ostentar as condutas as quais se pudesse ser atribuída à mácula de criminosa. Uma definição que ultrapassasse a mera escolha do soberano ou do legislador.

Em uma primeira investida nesse sentido, fundou-se a concepção do material segundo uma ótica *jusnaturalista*, na qual se militava pela existência de direitos individuais inatos, sejam eles de titularidade do indivíduo, sejam eles de titularidade do Estado soberano. Essa ótica se adequava ao contratualismo, ainda vigente de forma marcante no pensamento dos séculos XVIII e XIX.

Dessa forma, enxergava-se o crime como uma ofensa a um direito subjetivo individual inato, o qual estaria fundado em valores pré-jurídicos, derivados da própria organização social e do Estado. O crime apenas era reconhecido pelo legislador como tal, sendo certo que, alheio a isso, já era uma conduta intolerada socialmente por sua danosidade ao tecido social que dependia da não invasão dos direitos individuais pelas ações de outros indivíduos.

A primeira busca sistemática no sentido de identificação do conteúdo material do delito surgiria com a escola positiva, cujo legado está no pioneiro esforço de buscar um conceito pré-legal de crime. Estabelecia-se o conceito de crime amparado na ofensividade ou danosidade social dos comportamentos, que se materializariam por meio de uma ofensa a um direito individual. Com efeito, embora pioneira, a conceituação da escola positiva se demonstraria insatisfatória, adiante da imprecisão da definição do que seria essa danosidade social, representada por uma conduta. Danosidade essa que, muitas vezes, só podia ser percebida em face da existência de uma criminalização posta, o que tornava a definição, em certo ponto, tautológica.

[487] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral, cit., t. I, p. 107. No mesmo sentido, acrescenta o autor que: "Com um tal conceito deve poder medir-se a correcção ou incorrecção político-criminal de cada uma das incriminações constituídas ou a constituir; alimentar a discussão científica sobre a criminalização ou descriminalização; e lograr a ligação (...) entre os três domínios da ciência penal global: o da política criminal, o da dogmática jurídico-penal e o da criminologia, bem como a colaboração frutuosa entre estes domínios e a enciclopédia das ciências criminais ou ciências auxiliares do direito penal. Todas estas *funções* do conceito de crime – e por aí do próprio direito penal – se tornam inalcançáveis (e na verdade sem sentido) perante um conceito como o agora em consideração" (conceito formal).

Também não é possível trabalhar com um conceito absoluto de danosidade social. É certo que muitas condutas toleradas na sociedade são carregadas de danosidade social e outras, ainda que não toleradas, não chegam ao extremo de carecer de intervenção penal. A mera danosidade social não oferece um referente material preciso para o conceito do crime, podendo fundamentar, nesse sentido, um genérico poder de intervenção do Estado (exercício do *ius puniendi*), não chegando, contudo, a delimitar com mais ou menos precisão o espaço de intervenção jurídico-penal.[488]

Na atualidade a concepção mais aceita na delimitação material do crime é aquela que o concebe como instrumento de tutela subsidiária de bens jurídicos com dignidade penal, orientado por uma função teleológica do sistema criminal. É natural, portanto, que dentro dessa definição indispensavelmente estarão vinculados os conceitos de bem jurídico e dignidade penal.

Não buscaremos nossa delimitação material no conceito ou no conteúdo material de bem jurídico. Já ficou mais do que demonstrado no transcorrer do presente trabalho que tanto o direito penal como o direito administrativo e como os sistemas intermediários propostos também têm a função de tutelar bens jurídicos, entendidos, assim, como os valores selecionados pela ordem jurídica, como dignos de tutela do Estado.[489]

A tutela de bens jurídicos inclui não apenas a sua proteção, como também o seu fomento e incremento. Nesse sentido, quando alçamos o meio ambiente à categoria de bem jurídico, não estamos apenas intencionando que ele seja preservado, mas também que seja desenvolvido, com o objetivo de corrigir as seculares falhas de proteção. O mesmo se aplica a outros interesses difusos como o funcionamento da economia, das relações de

---

[488] Figueiredo Dias ressalta nesse sentido que "mesmo que possa concordar-se que todo o crime se traduz num comportamento determinante de uma danosidade ou ofensividade social, a verdade é que nem toda aquela danosidade deve legitimamente constituir um crime" e a seguir colaciona os interessantes exemplos de como um comportamento mentiroso pode carregar em si uma danosidade social, mas que nem por isso pode ser taxado de crime, assim como os atos grosseiros e rudes e o comportamento desleal (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral, cit., t. I, p. 111). Mas, fundamentalmente, "os critérios da ofensividade ou danosidade social não auxiliam a resolver os casos de fundada dúvida sobre a legitimidade de incriminações de condutas como, *v. g.*, o do mero consumo de drogas, o do incesto entre adultos, o do auxílio à prostituição consciente e desejada, o da prática em círculo privado de jogo de fortuna ou azar, o da tentativa de suicídio, etc., quando não apontam para uma solução incorrecta do problema" (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral, cit., t. I, p. 110-111).

[489] De maneira mais direta, Fábio Roberto D´Avila também assenta que não é possível se extrair uma diferenciação dos âmbitos de intervenção do direito penal e do direito administrativo a partir da existência ou não de proteção a um bem jurídico, assumindo que tanto do direito penal como o de ordenação social existe a função de proteção a bens jurídicos. Em suas palavras: "Da mesma forma, agora no que tange ao bem jurídico, afirma Figueiredo Dias que não se pode sustentar que nas contraordenações não está presente a tutela de bens jurídicos, na medida em que 'todo ilícito ofende um bem juridicamente protegido'" (D'ÁVILA, Fábio Roberto. Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 60, maio/jun. 2006, p. 21).

consumo, do sistema financeiro, do mercado de valores mobiliários, das estruturas de telecomunicação, etc.

Mas, mais do que isso, ficou amplamente exposto do decorrer do presente trabalho que a tutela de um bem jurídico não é tarefa exclusiva do direito penal, um aparato estatal nitidamente repressivo. Pelo contrário, o Estado possui ampla liberdade de organização de outros sistemas jurídicos de proteção e fomento de bens jurídicos, como é o caso do direito administrativo estruturador e ordenador, do direito econômico, e de setores do direito civil e como seria o direito penal secundário, de velocidades ou de intervenção.

Com efeito, todos esses sistemas têm em comum a proteção de bens jurídicos individuais ou supraindividuais, sendo certo que não existem, aprioristicamente, bens jurídicos específicos do direito penal e de outras áreas do direito, sendo tal concepção um retrocesso a um ontologismo jusnaturalista, que não se adapta à concepção finalista do sistema penal.

Para a proteção de um bem jurídico pelo direito penal são necessários certos requisitos especiais, já que se põe essa esfera de intervenção estatal como a que impõe as mais severas – possivelmente no âmbito objetivo e com absoluta certeza no campo axiológico – sanções que o Estado pode cominar legalmente. É por isso que se diz que o direito penal tem a finalidade de tutelar subsidiariamente bens jurídicos com dignidade penal.

Nesse ponto é importante notar que do princípio da proteção subsidiária emerge a afirmação de que mesmo a existência de um bem jurídico com dignidade penal pode, sem que seja certa a existência de um déficit de proteção, resultar na incriminação de uma conduta, desde que não haja fundamentos de eficácia satisfatórios para tanto. A lição de Santiago Mir Puig é lapidar nesse sentido:

> Que o direito penal *só* deva proteger "bens jurídicos" não significa que *todo* "bem jurídico" tenha que ser protegido penalmente, nem que todo ataque a bens jurídicos penalmente tutelados deva determinar a intervenção do Direito penal. Ambas as coisas se oporiam, respectivamente, aos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade. O conceito de "bem jurídico" é, pois, mais amplo do que o de "*bem jurídico-penal*".[490]

[490] MIR PUIG, Santiago. *Direito penal. Fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 34. No mesmo sentido, Manuel da Costa Andrade assenta que "hoje é pacífico o entendimento de que a dignidade penal de uma conduta não decide, só por si e de forma definitiva, a questão da criminalização. À *legitimação negativa*, mediatizada pela dignidade penal, tem de acrescer a *legitimação positiva*, mediatizada pelas decisões de *técnica de tutela*. É a redução desta complexidade sobrante que espera do conceito e do princípio de *carência de tutela penal*" (COSTA ANDRADE, Manuel da. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime, cit., p. 186).

Em síntese, a violação de um bem jurídico não gera, necessariamente, a ilicitude penal material. Na mesma linha, a existência de um bem jurídico com dignidade penal não induz a certa incriminação. Por outro lado, a ilicitude penal depende, imprescindivelmente, da efetiva proteção de um bem jurídico com dignidade penal. Nesse ponto, podemos extrair duas conclusões imprescindíveis para os nossos objetivos.

A primeira é que a ilicitude material do direito penal é particular e autônoma. O direito penal conforma uma região de ilicitude própria que contrasta dos demais âmbitos do direito e se revela por categorias jurídicas particularizadas, seja no que concerne à conformação das condutas, seja no que reverte a elas uma sanção própria. No entanto, essa particularização não pode ser determinada pelo bem jurídico que o direito penal visa proteger, já que esse bem jurídico, materialmente, não difere de outros bens jurídicos do direito.[491]

Segundo nosso entendimento, a teoria do bem jurídico é uma conformação heurística de utilidade incontestável para a delimitação do âmbito de extensão das punições, para a crítica das incriminações (quando, por exemplo, não se consegue demonstrar a existência de um bem jurídico), para a interpretação dogmática da aplicação da norma penal e para a segregação intrassistêmica dos ilícitos, mas não possui rendimento suficiente para a delimitação material do ilícito penal.

A segunda é a de que, diferentemente, a categoria da dignidade penal é quem possui o condão de diferenciar a ilicitude penal das demais ilicitudes do ordenamento jurídico. É ela quem comporta a especialização da área de intervenção do direito penal e é por meio de sua observância que se opera o processo de segregação de condutas que deverão habitar cada um dos âmbitos de intervenção punitiva do Estado.[492]

Porém, mais do que isso, veremos no tópico a seguir que a estrutura de configuração da dignidade penal, baseada no princípio de proporcionalidade, não se adstringirá à bifurcação entre os âmbitos penal e não penal, mas permitirá a segregação dos

---

[491] Em outras palavras, não existe um bem jurídico-penal e um bem jurídico-administrativo. Materialmente, os valores objetivados na forma de um bem consagrado pelo ordenamento jurídico não são segregados em cada um dos sistemas de intervenção do Estado. Isso é claro por um lado quando se vê que não há uma exclusividade de proteção da ordem econômica pelo direito penal nem pelo direito administrativo sancionador. Pelo contrário. Ambos os sistemas protegem o mesmo valor jurídico objetivado. Não há também qualquer relação de condicionamento ou de intersecção entre os âmbitos. Isso quer dizer que um mesmo bem jurídico pode ser protegido de várias formas diferentes, em vários âmbitos diferentes.

[492] Isso fica claro nas palavras de Manuel da Costa Andrade quando assevera que "no plano jurídico-sistemático, a dignidade penal mediatiza e actualiza o postulado segundo o qual o ilícito penal se distingue e singulariza face às demais manifestações de ilícito conhecidas da experiência jurídica" (COSTA ANDRADE, Manuel da. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime, cit., p. 184).

comportamentos dentro do próprio direito penal, entre seus âmbitos primário e secundário. Sendo assim, encaminhemo-nos para as considerações sobre a categoria da dignidade penal.

6.4.2. Dignidade penal como categoria de chave alocação de ilícitos

A dignidade penal já era identificada na doutrina alemã do século XIX como conceito auxiliar para delimitação do conteúdo material do ilícito criminal e ganharia *status* de conceito-chave para a delimitação do ilícito criminal a partir das décadas de 50 e 60, em um resgate doutrinário após a adoção da teoria do bem jurídico como referencial de incriminação. Em verdade, a partir da segunda metade do século XX, viu-se uma reconciliação entre a teoria do bem jurídico-penal e a categoria da dignidade penal das incriminações.[493]

Nesse sentido, firmou-se a concepção de que o ilícito criminal poderia ser considerado como aquele comportamento que atinge ou coloca em perigo um bem jurídico com dignidade penal, ou seja, um bem jurídico cuja afetação merece a aplicação de uma pena criminal.

É possível perceber, já de início, que no conceito de dignidade penal infere-se uma íntima relação entre o comportamento e a pena cominada. Isso fica claro na definição de Gallas, segundo a qual é digno de pena "aquele comportamento antissocial, tão perigoso e reprovável e tão intolerável como exemplo, que para a defesa da sociedade aparece como necessária e ajustada uma reação como a pena, o meio mais drástico de correção estadual e a expressão mais forte da censura social".[494]

Ainda, vê-se como elemento marcante da categoria da dignidade penal o desvalor ético-social da conduta que, para além da afetação do bem jurídico, que já é elemento próprio da teoria do bem jurídico-penal, exige um juízo de intolerabilidade, do ponto de vista social, da conduta. Esse é um traço marcante da definição de Manoel da Costa Andrade:

[493] COSTA ANDRADE, Manuel da. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime, cit., p. 175.
[494] GALLAS,Wilhelm. Gründe and Grenzen der Strafbarjeit. Gedanken zum Begriff des Verbrechens. In. *Heidelberg Jahrbücher*. 1965, p. 14. Apud COSTA ANDRADE, Manuel da. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime, cit., p. 176.

> Podemos, assim, definir a dignidade penal como a expressão de um juízo qualificado de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva da sua criminalização e punibilidade.[495]

A teoria do direito penal secundário de Figueiredo Dias está de acordo com tal concepção. Isso porque, segundo o Professor de Coimbra, a grande diferença entre o direito penal, clássico ou secundário, do direito de ordenação social, estará, fundamentalmente, na reprovação ético-social da conduta. Bem assim, a concepção clássica de dignidade penal é profícua em um primeiro momento para circunscrever aquilo que é penal e aquilo que não o é.

E assim o faz em termos simples e iniciais por meio da aplicação do princípio de proporcionalidade. O raciocínio nessa dimensão é até certo ponto simples. A dignidade penal atuaria como um juízo de adequação, necessidade e razoabilidade entre o comportamento tomado e a pena cominada.[496] Nesse sentido, torna-se necessária a avaliação dos dois caracteres polarizados na estrutura: o comportamento e a sanção. Aqui, contudo, devem ser feitas duas ressalvas de extrema relevância.

A primeira é a de que o referencial de avaliação do juízo de proporcionalidade está no comportamento e não no bem jurídico. O comportamento deve, necessária e imprescindivelmente, afetar um bem jurídico, como exigência de punição. Contudo, não é o bem jurídico que é submetido a uma avaliação de proporcionalidade em relação à sanção, mas sim o comportamento que se pretende incriminar.

Pensamento diferente desse levaria à absurda conclusão de que um determinado bem jurídico, de alta relevância, poderia ter a proteção penal, não importando se a conduta incriminada em abstrato fosse ético-socialmente ajustada. Isso abriria as portas do direito penal para responsabilização objetiva, retirando da arquitetura funcionalista os predicativos racional e teleológico e, aproximando-se, nesse sentido, do funcionalismo sistêmico descrito por Günter Jacobs.[497]

---

[495] COSTA ANDRADE, Manuel da. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime, cit. 184.

[496] Suportando nossa afirmação, Manuel da Costa Andrade destaca que, "no plano transistemático, a dignidade penal assegura eficácia ao mandamento constitucional de que só os bens jurídicos de eminente *dignidade de tutela (Schutzwürdigkeit)* devem gozar de proteção penal. Nesta medida e com este alcance, o conceito e o princípio da dignidade de tutela dão já guarida ao princípio constitucional de *proporcionalidade*" (COSTA ANDRADE, Manuel da. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime, cit., p. 184).

[497] Sobre isso, não redunda relembrar que o funcionalismo racional-teleológico tem como decorrência a incorporação de uma esfera de avaliação axiológica constitucional, no plano normativo, e ético-social, no plano intrassistêmico. Nesse sentido, uma das prioridades do direito penal funcionalista-racional é a proteção dos próprios bens jurídicos individuais e a suprema salvaguarda da dignidade da pessoa humana. De tal sorte, não pode ignorar que funcionalidade social depende da guarida do espaço do indivíduo, razão pela qual não

A segunda é a de que nossa proposição por uma remodelagem sistêmica implicará em uma substancial alteração dos componentes analisados no clássico juízo de proporcionalidade da dignidade penal. E isso porque, colocando-se três subsistemas como integrantes do direito punitivo geral, deve-se categorizar não apenas a dignidade penal, mas também a dignidade penal primária e secundária. E mais do que isso, esse juízo pode e deve ser feito de maneira unitária, com o fito de categorizar precisamente as condutas entre os âmbitos de intervenção punitiva estatal.

Feita tal ressalva é possível retomar nossa construção a partir da constatação de que a dignidade penal agirá por meio da incorporação do princípio de proporcionalidade aplicado aos referenciais conduta e sanção.[498] Naturalmente, se vamos trabalhar com os dois conceitos, para uma análise transistemática de alocação dos ilícitos dentro de uma organização assente em um direito punitivo geral, é preciso que retomemos o que já ficou demonstrado no decorrer do trabalho de forma bastante exaustiva, sobre os tipos fundamentais de sanções e de condutas que nortearão o processo de alocação dos ilícitos que agora começa a entrar em seu estágio mais complexo.

Tanto no polo das condutas como no das penas, veremos uma divisão entre duas dimensões diferentes: uma relativa à carga axiológica e outra relativa ao âmbito de atuação da conduta e da sanção. Em cada uma dessas dimensões encontraremos dois conjuntos de tipos fundamentais que se interseccionarão transdimensionalmente, mas jamais na mesma dimensão, já que os conjuntos em cada dimensão particular não poderão interagir diante das distinções qualitativas que os tornarão excludentes.

Tomemos em primeiro lugar o polo das condutas, onde se buscou o conteúdo material do direito penal secundário e do direito de ordenação social por Figueiredo Dias. Para os fins da presente análise, embora não o seja ainda, trataremos o direito administrativo sancionador de maneira equivalente ao direito de ordenação social no que tange ao seu conteúdo material, já que, como veremos ao final das construções que

importa a relevância de um bem jurídico, ele deve ser tomado apenas como referencial limitador negativo da incriminação. Ou seja, não pode haver incriminação sem a proteção de um bem jurídico. Mas a simples existência de um bem jurídico a se proteger, independentemente de sua relevância, não faz surgir uma necessária incriminação. Esses pressupostos são reafirmados por Manuel da Costa Andrade quando aponta que "não se pode desatender que a racionalidade funcional está aqui preordenada à salvaguarda e proteção de bens jurídicos fundamentais. Em linha, os bens jurídicos correspondem às dimensões e liberdades fundamentais da pessoa humana. Precisamente aquelas liberdades que garantem à pessoa a necessária *distanciação* e *diferença* e aquela 'reserva de solidão frente às totalidades sistemáticas', reclamadas pelos filósofos. Pelo menos nos termos do paradigma desenhado, a indispensável racionalidade funcional está inteiramente 'colonizada' pela densidade axiológica própria da *Wertrationalität*" (COSTA ANDRADE, Manuel da. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime, cit., p. 182).

[498] E não mais pena, pois, como veremos, a sanção poderá ser a penal ou administrativa.

faremos a seguir, ele deverá necessariamente, por uma questão lógico-racional, apresentar-se qualitativamente diverso dos outros âmbitos de intervenção punitiva que compõe o sistema social.

Encontramos na dimensão axiológico-social o grupo das condutas desvaloradas ético-socialmente e das condutas toleradas (doravante referidas apenas desvaloradas e toleradas). Esse juízo é feito no campo das ciências sociais, mas depende, imprescindivelmente, de um filtro axiológico-constitucional, com o fito de dar o "tratamento racional da irracionalidade social" referido por Manuel da Costa Andrade.[499]

Já no que tange ao âmbito de atuação da conduta, remetemo-nos à distinção de Goldschmidt, reajustada ao Estado material de direito por Figueiredo Dias, onde teremos de um lado uma atividade enquanto agir circunscrito na esfera da individualidade, onde impera a liberdade plena apenas limitada negativamente pelas proibições legais, e, de outro, a esfera de atuação e desenvolvimento enquanto ente social ou cidadão membro, em que subjazem obrigações das quais o indivíduo deve se desincumbir para seu ajuste no tecido social.

Já no polo das sanções, como pudemos demonstrar, elas também se diferenciarão entre quatro grandes conjuntos divididos nas mesmas duas dimensões: na primeira estarão as sanções de reprovação meramente jurídica (neutras) e as sanções de conteúdo de desvalor ético-social (desvaloradas); na segunda estarão as sanções que invadem a esfera de individualidade do indivíduo de maneira direta e as sanções que refletem prejuízos ao desenvolvimento social do indivíduo.

Na dimensão axiológica, como vimos, remanesce o grande diferencial entre a sanção penal e a administrativa, existindo a reprovação ético-social na primeira, enquanto carente na última. Essa dimensão restará intimamente ligada ao sistema jurídico-punitivo que emprestará à sanção, ainda que de maneira artificial (ou simbólica) o desvalor social da reprovação, sendo, portanto, uma distinção axiológico-normativa e não ontológica.

E isso quer dizer que, do fato de se escolher um sistema para aplicação de uma sanção (no caso o direito penal ao invés do direito administrativo ou ordenacional), já decorre a reprovação axiológica de uma sanção. É por isso que a multa penal difere da multa administrativa, mesmo que, ontologicamente, a última possa ser mais gravosa que a primeira, mas axiologicamente ocorre o contrário.

[499] COSTA ANDRADE, Manuel da. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime, cit., p. 188.

Na campo do modo de afetação da sanção, trataremos da sanção que invade determinantemente a esfera de individualidade do cidadão e das que afetam o cidadão enquanto membro da sociedade. Na primeira, a que impede de forma direta o desenvolvimento da personalidade individual, encontraremos a sanção privativa de liberdade. Nas segundas, teremos as sanções que, embora se afigurem como uma invasão à esfera de individualidade do cidadão (o que é próprio de qualquer sanção punitiva), teremos reflexos determinantes na esfera de prosperidade social do indivíduo. Bem assim, trataremos, nesse campo, das restrições de direito e das sanções pecuniárias.[500]

Dado esse primeiro passo podemos agora analisar como esses conjuntos interagem em cada um dos polos e, depois, como deverão se relacionar entre si na relação de proporcionalidade.

No campo das condutas, conforme se extrai da teoria do direito penal secundário, temos que a dimensão ético-social é a que definirá a linha divisória entre o direito penal e o direito administrativo sancionador. Em outros termos, é nesse campo onde se cristalizará a ilicitude material do direito penal, a valer, na dimensão ético-social desvalorada da conduta, onde já se presume a afetação de um bem jurídico.

Ainda nesse polo, quando atravessarmos para a dimensão do âmbito de atuação do sujeito que pratica o ilícito, podemos ter as seguintes combinações. Para as condutas desvaloradas em que o sujeito age em sua esfera de individualidade cabe a atuação do direito penal clássico. Já para as condutas desvaloradas em que o sujeito age em sua esfera de atuação social, caberia a atuação do direito penal secundário. No entanto, para as condutas toleradas ético-socialmente, cometidas como decorrência de sua personalidade social, agiria o direito administrativo sancionador, independentemente da esfera de atuação do cidadão.[501]

---

[500] Essa distinção na dimensão do modo de afetação do indivíduo no polo das sanções pode dar a equivocada impressão de que nos estamos servindo de uma distinção ontológica entre as sanções. Antes que se levantem vozes nesse sentido, façamos aqui um esclarecimento. Quando traçamos uma distinção entre privação de liberdade e não privação de liberdade, estamos, antes, tratando de bens jurídicos afetados pela sanção, o que vale dizer, se há ou não afetação do direito de liberdade do sancionado. Veja-se, assim, que continuamos no campo normativo e não no campo ontológico, em que pese os reflexos nessa seara sejam notáveis diante de tal distinção. Ainda, deve-se aqui confessar que a eleição da distinção entre afetação ao direito de liberdade ou não é uma particular escolha desse autor, pois tal modelo se mostra profícuo à resolução de um grande número de situações de dificuldade de identificação do âmbito de incriminação. Nada obstaria que no campo de afetação dos direitos proveniente das sanções, elegêssemos uma classificação mais detalhada, com uma divisão entre as sanções que afetam a liberdade, o patrimônio, a liberdade de exercício profissional, etc. No entanto, segundo nosso entendimento, esse nível de detalhamento adicionaria um grau de complexidade significativo, ao qual, entretanto, não corresponderia um incremento de nitidez ao balizamento dos âmbitos de incriminação.

[501] Poder-se-ia, nesse ponto, pensar na conveniência de uma divisão também dentro do direito administrativo sancionador, entre as condutas neutras cometidas no âmbito da esfera de individualidade e as cometidas no

No polo das sanções, os conjuntos interagem de forma semelhante. Na dimensão axiológica é onde se fará a distinção entre a sanção penal e a sanção administrativa, o que já ficou assentado de maneira exaustiva no decorrer do presente trabalho. Na dimensão da esfera de invasão dos direitos teremos a seguinte interação. O conjunto das sanções privativas de liberdade está, necessariamente, contido no conjunto das sanções que possuem uma carga de desvalor ético-social. E isso porque o encarceramento ou sua possibilidade já é por si só estigmatizante e infamante. De tal sorte, o conjunto das sanções privadoras da liberdade não interage com o conjunto das sanções ético-socialmente neutras. Já o conjunto das sanções não privativas de liberdade pode se interceder tanto com o conjunto das sanções de desvalor quanto com o conjunto das sanções neutras.

Avançando em tais interações, teremos três produtos em cada um dos polos referenciais de aplicação do princípio de proporcionalidade, a saber: condutas axiologicamente desvaloradas no âmbito individual, condutas axiologicamente desvaloradas no âmbito de atuação social e condutas axiologicamente neutras no âmbito de atuação social. No polo das sanções, teremos as sanções de desvalor que impõe restrição ao direito de liberdade, as sanções de desvalor que não restringem de maneira direta o direito de liberdade e as sanções neutras, que necessariamente não impõe restrição à liberdade.

A partir desse ponto, podemos passar a aplicar o princípio da proporcionalidade de maneira direta, para que alcancemos nosso objetivo de definição da dignidade penal primária e secundária das condutas, tocando, dessa forma, o conceito material das ilicitudes penais primária e secundária das incriminações. Mas aqui, no entanto, mais um parêntese deve ser aberto.

O princípio de proporcionalidade aplicado à alocação dos ilícitos deve seguir uma ordem diversa da aplicação do referido princípio da maneira que tradicionalmente se o aplica no plano constitucional quanto aos choques aparentes entre direitos fundamentais. E isso porque a dignidade penal só pode ser entendida como um requisito de legitimidade negativa da incriminação (não pode haver incriminação sem que exista dignidade penal

---

âmbito de espaço de desenvolvimento social. Essa conveniência, contudo, não é foco de nossas reflexões, devendo essa problemática ser remetida ao campo doutrinário do direito administrativo. E, segundo nos parece, haveria relevância na discussão, já que a punição de condutas neutras cometidas no âmbito da individualidade é um campo de notável fertilidade para a discussão dos limites do poder de punir do Estado. Em outras palavras, parece-nos que esse ponto representa a fronteira final do direito de punir do Estado, já que estaria invadindo o direito do particular e lhe infligindo um mal, como uma resposta que o particular estaria cometendo contra ele mesmo ou contra um terceiro, sem que haja um reflexo de desvalor ético-social da conduta. Em outras palavras, trata-se de violação da esfera do particular com menos legitimidade no ordenamento jurídico. Ainda assim, sancionamentos nesse âmbito existem e parecem ser incontestáveis, como, por exemplo, a proibição de direção de veículo automotor sem a utilização de cintos de segurança. Lancemos então a discussão para a doutrina especializada.

para tanto). Mas isso não esgota a necessidade de um necessário acréscimo de legitimidade positiva à incriminação, espaço onde atuarão as categorias da subsidiariedade e fragmentariedade da tutela penal.

Na concepção de um sistema punitivo geral, a dignidade penal e a carência de tutela não atuarão de maneira automática e excludente. Em termos simples, isso significa que da carência de tutela não emerge automaticamente a dignidade penal, mas, tão somente, uma pretensão punitiva do Estado, que pode refletir-se em qualquer um dos subsistemas do direito punitivo geral, a saber, direito penal, direito penal secundário e direito administrativo sancionador. Dessa forma, após o juízo de razoabilidade ou proporcionalidade em sentido estrito (legitimidade negativa) atuarão os juízos de necessidade e adequação da sanção em relação à conduta.[502]

Nesse posterior juízo de adequação e necessidade é onde se refratarão, no campo jurídico-penal, os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade do direito penal, que deverão atuar ainda em três níveis sucessivos, sendo que o direito penal primário seria subsidiário e fragmentário em relação ao direito administrativo sancionador e direito penal secundário, ao passo que este último também se arranjaria em uma posição residual em relação ao direito administrativo sancionador.

Feita essa ressalva e já efetuados os produtos das interações dos conjuntos dos dois polos, podemos partir, agora de maneira facilitada, para a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito para os polos conduta e sanção, observando assim, como resultado, as regras de aferição da dignidade penal primária e secundária.

Tomemos, em primeiro lugar, as sanções privativas de liberdade, que, como se expos, são, necessariamente, carregadas de desvalor ético-social, e procuremos, no polo das condutas, qual se mostra legítima de receber referida punição. Dos produtos finais de nossas operações, vemos que apenas as condutas de desvalor ético-social, cometidas no

[502] Nossa concepção reflete de maneira harmônica o pensamento de Manuel da Costa Andrade. Segundo o autor, "hoje é pacífico o entendimento de que a dignidade penal de uma conduta não decide, só por si e de forma definitiva, a questão da criminalização. À *legitimação negativa*, mediatizada pela dignidade penal, tem de acrescer a *legitimação positiva*, mediatizada pelas decisões de *técnica de tutela (Shutztechnik)*. É a redução desta complexidade sobrante que se espera do conceito e do princípio da *carência de tutela*. No plano transistemático, que empresta racionalidade e legitimação ao discurso da criminalização, a carência de tutela penal dá expressão ao princípio da *subsidiariedade* e de *ultima ratio* do direito penal. O direito penal só deve intervir quando a proteção dos bens jurídicos não possa alcançar-se por meios menos gravosos para a liberdade. A afirmação da carência de tutela penal significa 'que a tutela penal é também *adequada* e *necessária* (*geeinet* und *efordelich*) para a prevenção da danosidade social, e que a intervenção do direito penal no caso concreto *não desencadeia efeitos secundários, desproporcionalmente lesivos*'" (COSTA ANDRADE, Manuel da. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime, cit., p. 188).

âmbito da individualidade, é que podem receber como resposta uma sanção privativa de liberdade. A partir disso, podemos extrair a seguinte conclusão: só as condutas que se postam no âmbito social como intoleráveis e que sejam cometidas no âmbito de espaço de liberdade individual do cidadão é que podem ser apenadas com a pena privativa de liberdade. Sendo assim, fica delimitado o espaço de legitimidade negativa do direito penal clássico.

Seguindo nossa linha de ideias, podemos ver de maneira clara que as sanções de desvalor social que não apontem para uma privação de liberdade, também podem ser aplicadas às condutas desvaloradas do campo individual, podendo, também para essas condutas, ser aplicadas penas (sanções de desvalor), mas que não imponham a privação da liberdade.

No entanto, esse tipo de sanção (penas não privativas de liberdade) estaria ligado, de maneira muito mais íntima, às condutas de desvalor ético-social cometidas no âmbito de desenvolvimento social do cidadão, onde proliferam obrigações positivas legais, que refletem o papel social do indivíduo para a manutenção e desenvolvimento da sociedade. Esse seria, precisamente, o espaço de intervenção precípuo do direito penal secundário.

Dessa forma, podemos concluir as sanções de desvalor não privativas de liberdade, que intervêm na esfera de individualidade ligada ao desenvolvimento social do cidadão, só podem ser cominadas para aquelas condutas socialmente intoleradas, sejam cometidas no âmbito do desenvolvimento individual, mas, principalmente, cometidas no espaço de desenvolvimento social do indivíduo.

Por fim, conseguimos ver, residualmente, que as condutas que não possuem qualquer desvalor social não podem ser respondidas com sanções que possuam um desvalor ético-social. Dessa forma, essas condutas devem se circunscrever ao âmbito do direito administrativo-sancionador, necessariamente, jamais podendo adentrar o âmbito do direito penal, seja o primário, seja o secundário. Nesse âmbito, podem ser perseguidas condutas tomadas tanto na esfera da individualidade como no âmbito do desenvolvimento social.

Desse modo, podemos extrair a máxima segundo a qual as condutas que não possuem qualquer desvalor ético-social não podem ser apenadas condutas infamantes, nem mesmo se revelar por um sistema cuja própria persecução já possua tal característica. Eis aí, portanto, as linhas divisórias do direito administrativo sancionador.

Por fim, conforme salientamos acima, ainda resta um espaço de liberdade de alocação dos ilícitos entre os sistemas de intervenção punitiva onde se deverá nortear-se de maneira unidirecional pelas categorias da necessidade e da adequação da sanção. Isso, que dizer aquilo que já se repetiu, mas que agora ganha contornos próprios à luz do referencial da dignidade penal: mesmo para condutas que preencham as condições do direito penal primário (desvalor + atuação da esfera da individualidade), pode se afigurar desnecessária ou inadequada a sanção privativa de liberdade.

Da mesma forma, mesmo para condutas que possuam certo desvalor social, mas que estejam no âmbito de atuação do desenvolvimento social da personalidade, a sanção infamante pode não ser necessária ou mesmo contraproducente para o sistema geral de intervenção punitiva e, acima de tudo, para o próprio sistema social. De tal sorte, resta ainda nesse modelo de alocação dos ilícitos entre os sistemas de intervenção punitiva, espaço para a aplicação dos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade do direito penal.

Uma última consideração. É certo que o principal ataque que se poderá tecer sobre a concepção acima esboçada é da dificuldade de se analisar o desvalor social de uma conduta *per se*. E naturalmente mencionada objeção não é infundada. Tobias Barreto já chamaria tal tarefa como uma tal "mataquímica" do direito para a qual não estava preparado. No entanto, entendemos que tal tarefa já pode hoje ser desenvolvida.

Em primeiro lugar, há de se pontuar que entendemos que a análise das condutas socialmente desvalidadas não poderá jamais ser feita exclusivamente no âmbito jurídico. O sistema jurídico não possui elementos suficientes para tanto, razão pela qual é de se recorrer a ciências auxiliares ao direito penal como as ciências sociais e a economia. É somente por meio da análise empírica e atualizada que se poderá identificar a intolerabilidade de uma conduta.

Isso não quer dizer, contudo, que no âmbito jurídico não possam existir *standards* prefixados que imponham de maneira automática o desvalor ético-social de uma conduta. Creio que esses índices podem ser encontrados nas categorias da violência física, da grave ameaça e da fraude, aqui tomada em uma acepção ampla que se inspira na ideia de deslealdade.

Outras categorias também poderiam ser adicionadas como índices legais de desvalor ético-social. Isso dependeria, naturalmente, de estudos multidisciplinares que afiançassem o valor unificador e agregador dessas categorias.

6.4.3. Vinculação da proposição ao âmbito legislativo

Fundamentalmente, nossos critérios materiais de alocação sistêmica não trazem substanciais novidades no âmbito jurídico-penal e refletem a evolução da doutrina da dignidade penal colocada em um contexto diferente, de um sistema punitivo geral reitor dos particulares âmbitos de intervenção punitiva.

Com efeito, Manuel da Costa Andrade já chegara a conclusões semelhantes por uma estruturação semelhante – embora com referenciais diferentes de polaridade, socorrendo-se do binômio unidade categorial e unidade estrutural – que permitia uma alocação material dos ilícitos entre o direito penal primário, secundário e de ordenação social.[503]

Apesar da prévia existência de construções doutrinárias que já assentavam a necessária vinculação da política-criminal à dogmática e estabeleciam critérios materiais de alocação dos ilícitos, o que se vê, na prática, é um desarrazoado crescimento assistemático do direito penal, cujas razões materiais foram de maneira notável descritas por Silva Sánchez.

Cremos que toda a irracionalidade da expansão do direito penal poderia e deveria, precisamente, ser refreada pela racionalidade do direito punitivo geral e, por conseguinte, do direito penal. Nesse sentido, ao que parece, a grande causa da expansão do direito penal não está nos problemas contingenciais da pós-modernidade, mas sim no déficit de efetividade da vinculação da dogmática jurídico-penal à política criminal. Ou ainda, já incorporando nossas proposições à afirmação, dever-se-ia ao déficit de vinculação dos critérios de alocação dos ilícitos entre as formas de expressão do direito de punir, consubstanciada em seus subsistemas, à política de intervenção punitiva do Estado.

Logo, sem que se contorne esse problema estrutural da interação entre a política de intervenção punitiva e os critérios dogmáticos de alocação de ilícitos, toda e qualquer construção doutrinária não passará de mero suspiro de esperança ou até mesmo de direcionamento utópico, cuja efetividade prática jamais será alcançada. Isso vale, inclusive, para as já excessivas linhas gastas no presente trabalho.

Nesse sentido, entendemos que a vinculação da política interventiva do Estado à dogmática se afigure materializada no plano constitucional, expressa pelo condicionamento

[503] Mencionada construção encontra-se no trabalho: COSTA ANDRADE, Manuel da. Contributo para o conceito de contraordenação (a experiência alemã). In: *Direito penal económico e europeu*. Coimbra: Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, 1998, v. I, p. 100-103.

jurídico-positivo do processo legislativo de formação de normas penais aos pressupostos de alocação dos ilícitos.

Destarte, uma norma-quadro de hierarquia constitucional deveria condicionar o processo legislativo de edição de normas à adoção prévia de estudos científicos empíricos que pudessem levantar dados sobre a recepção e refração valorativa da sociedade acerca de determinados comportamentos que se pretenda sancionar, bem como sobre a perspectivação da adequação e da necessidade das medidas que se pretendem adotar em relação ao comportamento que se pretende proscrever ou prescrever. Mencionados estudos, que saem da esfera das ciências jurídico-penais e vão encontrar campo fértil nas ciências sociais e econômicas, seriam, assim, indispensáveis para a conformação legislativa de normas penais. Outras novas ciências e tecnologias, como a jurimetria e as pesquisas digitais de longo alcance poderiam ser utilizadas para esse fim.

Naturalmente, as conclusões desses estudos não seriam ainda o extrato final do conteúdo material do crime primário ou secundário, mas apenas serviriam de substrato material para a aferição dos critérios elencados no item anterior.

Segundo nossa ótica, o que se acaba de propor não possui qualquer impedimento prático e se vê presente e operacional em vários outros âmbitos do direito. Sobre isso, basta ver que, hoje em dia, qualquer lei em matéria de direito econômico e administrativo de implantação de projetos de infraestrutura ou de implantação de planos econômicos não é jamais editada sem uma prévia análise científica da adequação e necessidade. À luz de tal realidade, a existência de semelhante exigência para o direito de punir não só parece extremamente pertinente, como sua inexistência acaba sendo absurda!

Não é mais admissível a edição de leis penais porque se "acha" que elas poderão ser eficazes para a equalização de determinada demanda social. Ora, nenhum estado sério implanta um plano econômico sem um aprofundado estudo das implicações das medidas que serão adotadas. Nenhuma obra de infraestrutura seria pensável sem o estudo das consequências colaterais, seja a título ilustrativo, para o fluxo de transporte, para o bem-estar da comunidade ou para o meio ambiente.

No entanto, espantosamente, as leis penais não seguem a mesma lógica, embora suas consequências possam ser tão ou mais devastadoras, não apenas para o particular afetado, mas também para determinados setores da economia. Segundo a prática atual, a edição e alteração de normas penais incriminadoras assemelha-se ao tratamento de doenças pouco conhecidas com remédios cujos efeitos não se tem a ideia exata de quais serão.

Em síntese, entendemos que deveria ser criada uma obrigação jurídico-positiva, que vinculasse o legislador à fundamentação científica das normas sancionadoras, com a análise dos componentes acima apontados, principalmente no que concerne ao desvalor ético-social da conduta e à necessidade e adequação da sanção para o atingimento dos objetivos político-criminais prefixados.

Mencionada exigência poderia ainda ser utilizada como critério de revisão de todo o sistema penal positivado, servindo como critério crítico que poderia levar a um processo de descriminalização de condutas, que se faz cada vez mais urgente no atual cenário jurídico brasileiro.

Conclusão

1. A teoria do direito penal secundário se erige pela proposição de uma divisão científica e dogmática do direito penal a partir das concepções que embasaram a teoria do direito penal administrativo. Parte do pressuposto de que o direito penal deve guardar, imprescindivelmente, o desvalor social das condutas, mas que essas podem ser tomadas em duas dimensões do desenvolvimento do ser humano: uma da personalidade individual e uma da personalidade social, enquanto membro da comunidade.

2. A teoria do direito penal administrativo surgiu na evolução doutrinária como alternativa às teorias do direito penal de polícia, cujos critérios de diferenciação, em relação ao direito penal, baseavam-se na ligação com a afetação do direito natural e/ou no modo de afetação dos direitos e, posteriormente, dos bens jurídicos protegidos.

3. O direito penal administrativo surgiu, contudo, da contraposição entre administração e justiça, as quais, segundo a concepção do século XIX e início do século XX possuíam âmbitos de influência e interesses divergentes. Dessa cisão, haveria uma dimensão do homem que se manteria no âmbito das relações individuais, que interessaria à justiça e outra dimensão que se projetaria no âmbito da comunidade, onde seria da administração o papel de controle.

4. A teoria do direito penal administrativo ainda seria, em um segundo momento, alterada para incorporar a ideia de desvalor ético-social das condutas como modo de distinção entre os ilícitos penal e administrativo. Essa distinção acabaria redundando nas teorias do direito penal de ordem, que por fim seriam positivadas na Alemanha e em Portugal.

5. O surgimento do direito de ordenação social se deveu, fundamentalmente, à necessidade de retirar das mãos da administração a faculdade de criar ilícitos e puni-los, o que permitiu no decorrer da história a utilização de mencionado artifício para programas governamentais autoritários. Não apenas isso, o poder de punir nas mãos da administração pública permitia que sua utilização fosse desviada dos fins do Estado, flutuando segundo as conveniências oportunísticas dos detentores do poder.

6. Se por um lado Portugal e Alemanha recorreram a uma espécie de judicialização do direito administrativo por meio do direito de ordem, para contornar o mesmo problema, na Espanha, caminhou-se por outra direção, no sentido de municiar o direito administrativo sancionador com as garantias do direito penal. Tal direcionamento

partiu da concepção cristalizada naquele país de que o *ius puniendi* do Estado era único, razão pela qual os princípios de direito penal deveriam ser aplicados, de forma "matizada", ao direito administrativo sancionador.

6. O Brasil seguiu a mesma tendência dos países analisados até a metade do século XX. Com efeito, o direito penal de polícia do Império seria substituído na República Velha por um direito contravencional qualitativo que perduraria até 1940, quando foram editados os atuais Código Penal e Lei de Contravenções Penais. Sacramentava-se, assim, a concepção de que não haveria distinções materiais entre o ilícito penal e o ilícito contravencional, mas que tal distinção remontaria, tão somente, ao grau de gravidade das infrações. Essa concepção restaria enfim cristalizada pela distinção trazida pela Lei nº 9.099/95, entre crimes "de menor" e "de maior" potencial ofensivo.

7. Paralelamente ao desenvolvimento do direito penal, cresceu o poder sancionador da administração pública, o que se fomentou pela existência de dois grandes regimes autoritários no século XX, no Brasil. Esse direito administrativo sancionador se desenvolveu de forma assistemática e englobou parte das concepções gestadas na Espanha, principalmente no que tange ao dogma da unidade do *ius puniendi* e da necessária aplicação dos princípios de direito penal ao direito administrativo sancionador, embora com nuances.

8. Na segunda metade do século XX, como forma de contenção da expansão pós-moderna do direito penal, foram elaborados, além do direito penal secundário, outros modelos alternativos ao direito penal que não se filiassem exclusivamente a um direito de ordem ou a um direito administrativo sancionador. Esses modelos, contudo, ao contrário do direito penal secundário de Figueiredo Dias, não possuem uma nítida distinção material entre os ilícitos, embora a teoria do direito de intervenção de Hassemer chegue perto disso, ao reservar para o direito penal apenas a proteção de bens jurídicos individuais.

9. A teoria do direito penal secundário tem como qualidades a clara delimitação dos âmbitos de intervenção dos diferentes sistemas de intervenção punitiva, oferecendo critérios materiais distintivos que evitam a chamada "burla de etiquetas" das infrações. Também, a teoria do direito penal secundário oferece a possibilidade de intervenção penal nos novos espaços de intervenção jurídica da atualidade de maneira mais inteligente, pois livra o direito penal do monopólio da pena privativa de liberdade, sem que, com isso, perca o potencial persuasivo do sistema interventor.

10. Por outro lado, a teoria do direito penal secundário pode levar ao enfraquecimento das garantias fundamentais do direito penal. A troca da pena privativa de liberdade pela diminuição de garantias pode levar a situações de injustiça, já que a gravidade do direito penal não remonta apenas à pena privativa de liberdade, mas também, e com especial significação, no desvalor ético-social que permeia a sanção penal. Sendo assim, existe um perigo subjacente à teoria do direito penal secundário que, ao contrário do direito administrativo sancionador, que pode ser contido pelos princípios importados do direito penal, o direito penal secundário já nasce como um direito penal de princípios suprimidos, com tendência ao enfraquecimento de garantias.

11. É possível contornar essa colateralidade de efeitos do direito penal secundário por meio de uma remodelagem sistêmica das expressões do direito de punir do Estado, o que se operacionalizaria por meio da criação de um sistema jurídico reitor: o direito punitivo geral. Esse sistema reitor englobaria tanto o direito penal, como o direito administrativo, assim como qualquer outra forma de expressão sistêmica do direito de punir do Estado.

12. A fundamentação da necessária criação de um sistema punitivo geral coincide com a observação de um unitário *ius puniendi* do Estado, que, contudo, pode se manifestar de diversas maneiras. Existindo apenas um direito de punir, devem existir princípios gerais que orientam quando se pode punir e como se pode punir. Assim, esse sistema reitor conglobaria esses princípios basilares, impedindo qualquer redução de garantias nos diversos sistemas que expressam o *ius puniendi* do Estado.

13. Os princípios gerais do direito punitivo poderiam ser encontrados dentre os princípios do próprio direito penal. Dentro da principiologia do direito penal foram sedimentados conceitos que, mais do que ligados ao direito penal, estão ligados ao próprio direito de punir do Estado. Isso se deveria à circunstância histórica de que na gênese desses princípios sequer imaginava a existência de múltiplos sistemas de intervenção punitiva, restando como única expressão do direito de punir o direito penal. Nesse sentido, far-se-ia necessária uma ampla revisão da dogmática jurídico-penal com objetivo de identificar quais princípios, garantias e categorias – e em que extensão – poderiam ser transferidos para o direito punitivo geral.

14. A alocação dos ilícitos entre os diversos sistemas de intervenção punitiva devem seguir estritos critérios dogmáticos. E isso porque existe de fato um genuíno e autônomo ilícito criminal que não pode ser igualado a outras formas de ilicitude do

ordenamento jurídico. Essa ilicitude particular reside, precisamente, na dimensão axiológica de desvalor-social inerente ao direito penal.

15. Disso decorre a impossibilidade de aceitação de que a ilicitude penal ou administrativa deriva tão somente da escolha discricionária do legislador. Com efeito, tanto pela concepção clássica já desenhada por von Liszt quanto pela moderna concepção funcionalista racional-teleológica, a dogmática penal coloca-se como limite instransponível da política-criminal, não podendo essa submeter-se àquela.

16. A identidade ontológica dos ilícitos criminal e administrativo não impede a busca por critérios materiais de delimitação dos âmbitos de intervenção de cada um dos sistemas de intervenção punitiva. Isso porque quando se toma o problema na dimensão normativa, abre-se a possibilidade de identificação de distinções nos âmbitos do objeto jurídico de proteção, da finalidade do sistema de expressão do direito de punir, na valoração axiológica dos comportamentos e sanções e no âmbito de atuação do indivíduo.

17. O critério teleológico não é, de forma isolada, suficiente para a delimitação dos âmbitos de atuação das diferentes formas de expressão do direito de punir. Ficou demonstrado que tanto o direito administrativo como o direito penal comungam a função da proteção de bens jurídicos, tanto individuais como coletivos. Contudo, o critério teleológico pode servir como método de refinamento final das distinções materiais dos ilícitos.

18. O critério quantitativo está intimamente ligado ao âmbito ontológico, no qual não é possível, de fato, traçar distinções materiais entre os ilícitos. Ainda, a maior ou menor "gravidade" de uma conduta ou de uma sanção não reflete, necessariamente, o desvalor ético-social de cada um dos polos da infração.

19. É possível se extrair uma definição material qualitativa do ilícito criminal primário e secundário e, de maneira residual, do ilícito administrativo sancionador. Essa possibilidade, como já se afirmou, só se abre, no entanto, quando se avança para uma dimensão normativa de afirmação.

20. Nessa dimensão normativa a primeira possibilidade que se abre é a diferenciação segundo o critério de proteção a bens jurídicos. Contudo, tal critério falha em rendimento já que tanto o direito administrativo sancionador como o direito penal comungam da missão de proteção a bens jurídicos. Ainda, não há substanciais diferenças nos tipos de bens jurídicos protegidos, razão pela qual a ofensividade a bens jurídicos deve

ser pressuposto de qualquer punição, sendo um princípio basilar do direito punitivo, mas não um critério de diferenciação dos sistemas que expressam o direito de punir do Estado.

21. A categoria da dignidade penal é a que se mostra mais profícua para a missão da alocação dos ilícitos entre os âmbitos de intervenção punitiva. Por meio de sua estrutura é possível vincular as tipos de comportamentos proscritos ou prescritos à adequada qualidade de sanção jurídica particular de cada um dos sistemas de intervenção punitiva do Estado. Ainda, por meio de tal mecanismo, permite-se que as categorias da necessidade e da adequação se tornem critérios de legitimidade positiva, resguardando o espaço necessário de maleabilidade do sistema, que refletirão os princípios da fragmentariedade e subsidiariedade.

22. Não basta, contudo, a adoção de uma definição material dos diversos tipos de ilicitude que manifestam o direito de punir do Estado. É necessário que o processo legislativo esteja jurídico-positivamente vinculado a essas definições, do que decorre a necessidade de uma prévia análise dos componentes delineados na estrutura da categoria da dignidade penal, a saber, tolerabilidade da conduta, adequação e necessidade da sanção, o que se fará com recorrência não apenas às ciências penais, como também e, em certa medida, principalmente, em outros âmbitos de conhecimento científico.

Referências Bibliográficas

ADAM, Barabara; BECK, Ulrich; VAN LOON, Joost (coord.). *The Risk Society and Beyond. Critical Issues for Social Theory*. Thousand Oaks- CA. Ed. Sage, 2000.

ALCÂNTARA MACHADO. *Projeto do Código Criminal Brasileiro*. Org. Francisco Campos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemprânea*: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco. São Paulo: Ed. IBCCRIM, 2007.

ANDRADE, João da Costa. O erro sobre a proibição e a problemática da legitimação do direito penal econômico. In: *Temas de direito penal econômico*. Coord. José de Faria Costa. Coimbra: Coimbra Editora, 2005

ANDRADE, Manuel da Costa. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 2, fasc. 2, p. 173-205.

_____. Contributo para o conceito de contraordenação (a experiência alemã). In. *Direito Penal Económico e Europeu*. Instituto de Direito Penal Económico e Europeu. Coimbra, 1998. v. I.

ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ANTUNES, M. A. Ferreira. Polícia Criminal e Criminalidade Econômica. *Polícia e Justiça. Revista de Formação*, nº. 5, p. 65-88.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Empresa y derecho penal*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999. v. II.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

BALDAN, Édson Luís. *Fundamentos do direito penal econômico*. Curitiba: Ed. Juruá, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo. Ed. Malheiros, 2003.

BARRETO, Tobias. Fundamento do direito de punir. In: *Menores e loucos.* Sergipe: Editora EGE, 1926.

BATISTA, Nilo. Algumas palavras sobre descriminalização. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, 13/14, p. 28-40, jan./jun. 1974.

_____. Concepção e princípios do direito penal econômico, inclusive a proteção dos consumidores, no Brasil. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 33, p.78-89, jan./jun. 1982.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Critérios político-criminais da intervenção penal no âmbito econômico: uma lógica equivocada. In: FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael. (Coord.) *Direito penal econômico. Questões atuais*. São Paulo: Ed. RT, 2011.

_____. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 1, p. 16-29, mai./ago. 2009.

_____. Delitos sem bens jurídicos? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 15, n. 181, p. 4-5, dez. 2007.

BECK, Urlich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona. Ed. Paidós, 1998.

BELEZA DOS SANTOS, José. Ilícito Penal Administrativo e Ilícito Criminal. *Revista da Ordem do Advogados*, I/II, 1945.

BENTO DE FARIA. *Código Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro. Livraria Jacintho Editora, 1942. v. I.

_____. *Das contravenções penais*. Rio de Janeiro: Ed. Record, 1958.

BURKHARDT, Björn; ESER, Albin; HASSEMER, Winfried (Coord). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio.* Valencia: Ed. Valencia, 2004.

BUTELER, José Antônio. Garantías y bien jurídico. In: *Teorías actuales en el derecho penal*. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 1998.

CAEIRO, Pedro. Economic Criminal Law in the Portuguese legal system: an overview. In: *Onderneming en Strafrecht*, ano 2005, fasc. 1/2.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Métodos de proteção de direitos, liberdades e garantias. *Boletim da Universidade de Coimbra,* volume comemorativo do 75º tomo do Boletim da Faculdade de Direito, 2003, p. 793-814.

CARLO, Francesco. Bene giuridico e tipi di sanzioni. *L'Indice Penale*, Padova, v. 26, n. 2, p. 209-230, maio/ago. 1992.

CAVERO, Percy Garcia. *Derecho penal económico*. Lima: Ed. Grijley, 2007.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *El derecho penal de la empresa*: desde una visión garantista: metodología, criterios de imputación y tutela del patrimonio social. Buenos Aires: Julio César Faira, 2005.

CONS GARCÍA, Javier. Tipos penales en blanco: puede ser delito lo que no es infracción administrativa. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario,* Madrid, nº 24, 2006.

CARLOS DE OLIVEIRA, Ana Carolina. *Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*. São Paulo, 2012. Dissertação. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Coimbra: Editora Almedina, 2010. v. I.

_____. El derecho penal de justicia y el llamado derecho penal administrativo. In: *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*. Madrid, 1972.

_____. Introdução ao direito penal econômico. *Revista de Direito e Economia,* ano 3, nº. 1, p. 3-35.

_____. Notas críticas à penalização de atividades económicas. In: *Ciclo de estudos de direito penal económico*. Coimbra, 1985.

CORREIA, Eduardo; FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito criminal*. Coimbra: Almedina, 1993.

COSTA, José Francisco de Faria. A criminalidade em um mundo globalizado ou *plaidoyer* por um direito penal não securitário. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 135, nº 3934, p. 26-33, set./out. 2005.

_____. *Direito penal económico*. Coimbra: Editora Quartelo, 2003.

_____. *Noções fundamentais de direito penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 9, nº. 34, p. 9-25.

COSTA, José Francisco de Faria, SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais.* São Paulo: Quartier Latin, 2006.

COSTA, Helena Regina Lobo da. O sancionamento de condutas entre a judialização e a administração. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; MAGRINI, Rachel de Paula (Coord.). *Estudos de direito público*. Campo Grande: Cepejus, 2009.

_____. *Proteção penal ambiental. Validade, efetividade e tutela por outros ramos do direito.* São Paulo: Ed. RT, 2010.

CRETELLA JUNIOR, José. *Prática do processo administrativo.* São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

CUADRADO RUIZ, María Ángeles. *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*: análisis crítico del art. 363 del código penal. Barcelona: José María Bosch, 1998.

D´ÁVILA, Fabio Roberto de; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de (Org.). *direito penal secundário – Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

D´ÁVILA, Fabio Roberto Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 60, p. 9-35, maio/jun. 2006.

_____. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 17, n. 80, p.7-34, set./out. 2009.

_____. O espaço do direito penal no século XXI: sobre os limites normativos da política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. p. 78-98.

_____. Meias reflexões sobre o estado atual do Direito penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 15, n. 179, p. 19, out. 2007.

_____. Primeiras linhas sobre o fundamento ontoantropológico do direito penal e sua ressonância em âmbito normativo. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 10, n. 37, p. 83-98, abr./jun. 2010.

DA SILVA, Henriques. *Lições de direito penal*. Lisboa: [s.n.], 1899.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do estado*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. *Derecho penal económico*. Mendoza: Jurídicas Cuyo, 2003.

DELMAS-MARTY, Mirelle. *Os grandes sistemas de política criminal*. Barueri: Ed. Manole, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral. 1. ed. brasileira. São Paulo: Ed. RT, 2007. t. I.

_____. *Direito penal*: parte geral. Questões fundamentais, a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. I.

_____. O direito penal entre a sociedade industrial e a sociedade do risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 33, 2001.

_____. O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social. In: *Direito penal econômico e europeu*: textos doutrinários. Problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. I.

_____. O papel do direito penal na proteção das gerações futuras. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 2003.

_____. *Prolegómenos para la lucha por la modernizacón y expanción del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch Editora, 2003.

_____. Um contributo para a reforma do direito penal econômico. Para uma dogmática do direito penal secundário social português. In: *Direito penal secundário*: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. Coord. Fábio Roberto d´Ávila, Paulo Vinícius Spordeler de Souza. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo; COSTA ANDRADE, Manuel da. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. In: *Temas de direito penal econômico*. Coord. Roberto Podval. São Paulo: Ed. RT, 2000.

DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo. Ed. RT, 2009.

DIREITO penal econômico e europeu: textos doutrinários: problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 1.

DOMINGUES VIANNA, Paulo. *Direito criminal segundo as preleções professados pelo Dr. Lima Drummond*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. F. Briguet, 1930.

ENTERRÍA, Eduardo García de. El problema jurídico de las sanciones administrativas. *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 10, p. 409-416, 1976.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 5. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1998. v. II.

ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do direito penal. Panorama de alguns problemas comuns*. Coimbra: Ed. Almedina, [s.d.].

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. *Estudios de derecho penal económico*. Madrid: Dykinson, 2003.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. Bien jurídico y sistema del delito. In: *Teorías Actuales en el derecho penal*. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995.

_____. *Garantismo*: debate sobre el derecho y la democracia. Madrid: Trotta, 2006.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Giessen: Ed. Hamurabi, 1801.

FIANDACA, Giovanni. Diritto penale del nemico: una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere. In: GAMBERINI, Alessandro; ORLANDI, Renzo. *Delitto politico e diritto penale del nemico*. Bologna: Monduzzi, 2007.

_____. Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 25, p. 42-81, 1982.

_____. Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 42-81.

_____. La legalidad penal en los equilibrios del sistema político-constitucional. In: REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coord.). *Derecho penal y modernidad*. Lima: Ara, 2010.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. Perdita di legittimazione del diritto penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 23-63.

FIERRO, Guillermo J. La creciente legislación penal y los discursos de emergência. In. *Teorías actuales en el derecho penal*. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 1998.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 15. ed. Rio de Janeiro. Ed. Graal, 2000.

GALDINO SIQUEIRA. *Curso de processo criminal*. 2. ed. São Paulo: Livraria Magalhães, 1930.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico*: parte general. 2. ed. Lima: Grijley, 2007. t. I.

GIDDENS, Anthony. *O mundo na era globalizada*. Lisboa: Ed. Presença, 2000

GOLDSCHMIDT, James. ¿Que és el "derecho penal administrativo"? Trad. Jocob López Braja de Quiroga e León García-Comendador Alonso. In: *Derecho, derecho penal y proceso*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Ed. Marcial Pons, 2010.

_____. Concepto y cometido del derecho penal administrativo. Trad. Jocob López Braja de Quiroga e León García-Comendador Alonso. In: *Derecho, derecho penal y proceso*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Ed. Marcial Pons, 2010.

_____. El derecho administrativo en relación con la moderna teoría del derecho y del Estado. Trad. Jocob López Braja de Quiroga e León García-Comendador Alonso. In: *Derecho, derecho penal y proceso*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Ed. Marcial Pons, 2010.

GOMÉZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Ínigo. *Derecho administrativo sancionador*. 2. ed. Navarra: Editora Aranzandi, 2010.

GOTI, Jaime E. Malamud. *Política criminal de la empresa*: cuestiones alternativas. Buenos Aires: Hammurabi, 1983.

GRACIA MARTÍN, Luís. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "derecho penal del enemigo". *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, fasc. 16, 2005.

GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 58, p.152-194, jan./fev. 2006.

_____. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. *Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*, Cuiabá, v. 2, n. 3, p. 249-276, jul./dez. 2007.

_____. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 120-163, out./dez. 2000.

_____. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 3, p.47-58, jan./abr. 2010.

_____. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 82, p. 165-185, jan./fev. 2010.
_____. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 56, p. 80-112, set./out. 2005.
_____. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004.

GRINOVER, Ada Pelegrini et al. *Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Teoría de la acción comunicativa*: complementos y estudios previos. Madrid: Catedra, 1989.

_____. *Teoría de la acción comunicativa*: complementos y estudios previos. Madrid: Ed. Cátedra, 1984.

HASSEMER, Winfried. Bienes jurídicos en el derecho penal. In: *Estudios sobre justicia penal*. BAIGÚN, David et al. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

_____. A preservação do ambiente através do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* p. 27-35.

_____. Características e crises do moderno direito penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 54-66, 2003.

_____. *Critica al derecho penal de hoy.* Buenos Aires: Ad-Hoc Editora, 1998.

_____. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Pena y Estado,* p. 23-36.

_____. El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal eficaz. *Doctrina Penal*: teoria y practica en las ciencias penales, p. 193-204.

_____. Función simbólica de la pena. *Pena y Estado,* nº 1- 1999, p. 23-36.

_____. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: José María Bosch, 1984.

_____. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 2, n. 6, p. 36-71, abr./jun. 1994.

_____. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal. Teoría y Prática en las Ciencias Penales,* ano 12, nº 46, p. 275-286.

_____. Líneas de desarrollo del derecho penal alemán, desde la época de pos-guerra hasta la actualidad. In: *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat II*. Madrid: Edisofer, 2008.

_____. *Política criminal moderna*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1993.

_____. Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* t. XLV, fasc. I, jan./abr. 1992.

_____. Contra el abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal. *Revista Penal*, Barcelona, n. 11, p. 31-40, jan. 2003.

HASSEMER, Winfried; BITENCOURT, Cezar Roberto (trad.). Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 8, p. 41-51, out./dez. 1994.

HASSEMER, Winfried; HINESTROSA, Fernando (Reitor); ZIFFER, Patricia S. (Tradutor). *Crítica del derecho penal de hoy*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?. Madrid: Marcial Pons, 2007

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien juridico y estado social y democrático de derecho*: el objeto protegido por la norma penal. 2. ed. Santiago: ConoSur, 1992.

HUNGRIA, Nelson. *Novas questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro. Ed. Nacional de Direito, 1945.

IRWIN, Alan; WELSH, Ian. Nuclear Risks: Three Problematics. In: *The Risk Society and Beyond. Critical Issues for Social Theory*. Coord. Barbara Adam, Ulrich Beck e Joost van Loon. Thousand Oaks- CA: Ed. Sage, 2000.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos del derecho penal.* Buenos Aires: Editora Ad-Hoc, 1996.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo.* Buenos Aires: Hamurabi Editora, 2005.

JAKOBS, Günther; POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El derecho penal ante las sociedades modernas*: dos estudios de dogmática penal e política criminal. Lima: Grijley, 2006.

JAKOBS, Günther; POLAINO-ORTS, Miguel. *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*. Lima: Ara, 2010.

JALVO, Belén Marina. *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*. 3. ed. Espanha: Ed. Lex Nova, 2006.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; PEREIRA, Daniel Queiroz. Direito penal econômico e tributário: uma análise histórica e comparada. In: *Inovações no direito penal econômico. Contribuições criminológicas. Político-criminais e dogmáticas.* Org. Artur de Brito Gueiros Souza. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *Curso de política criminal*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2003.

LUHMANN, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*. São Paulo: Paulus, 2005.

_____. El derecho como sistema social. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de sistemas y derecho penal*: fundamentos y posibilidades de aplicación. Granada: Comares, 2005.

LUMBRALES, Nuno Botelho Moniz. *Sobre o conceito material de contraordenação*. Lisboa: Universidade Católica de Lisboa Editora, 2006.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal*: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo, IBCCRIM, 2005.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. O garantismo penal integral: enfim uma proposta de revisão do fetiche individualista. In: *Inovações no direito penal econômico. Contribuições criminológicas. Político-criminais e dogmáticas.* Org. Artur de Brito Gueiros Souza. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

MAIER, Julio B. J.; CÓRDOBA, Gabriela E. (Comp.). *Tiene un futuro el derecho penal?*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.

MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*: parte general. 2. ed. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2007.

MASIERO, Clara Moura. *Direito penal econômico*: aplicabilidade dos procedimentos investigatórios previstos na Lei nº 9.034/95. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

MATTES, Heinz. *Problemas de derecho penal administrativo. Historia y derecho comparado*. Trad. José Maria Rodriguez Devesa. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª Ed. São Paulo. Ed. Malheiros, 2002.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador.* São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid. Civitas, 2001.

MIR PUIG, Santiago. *Direito penal*: fundamentos e teoria do delito. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*: las orígenes ideológicas de la polémica entre causalismo y finalismo. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

MUSCO, Enzo. Política criminal en Europa. *Doctrina Penal*: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales, Buenos Aires, v. 5, 17/20, p. 99-109, 1982.

NAUCKE, Wolfgang; BROND, Leonardo G. (Tradutor). *Derecho penal*: una introducción. Buenos Aires: Astrea, 2006.

NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1994

NIÑO, Luis Fernando. *El bien jurídico como referencia garantista*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008.

OLIVEIRA JUNIOR, Gonçalo Farias de; GOMES, Luiz Flávio; TASSE, Adel El (Coord.). *Ordem econômica e direito penal antitruste*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Infrações e sanções administrativas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PAGLIARO, Antonio. La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 22, n. 4, p. 1189-1208, out./dez. 1979. _____. Informatica e crimine organizzato. *L'Indice Penale*, Padova, v. 24, n. 2, p. 411-415, maio/ago. 1990.

PALAZZO, Francesco Carlo. A evolução do sistema sancionatório em Itália. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, p. 45-59.

_____. Direito penal e constituição na experiência italiana. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 9, n. 1, p.31-44, jan./mar. 1999.

_____. Direito penal e sociedade tecnológica: princípios em crise e reformas esperadas. *Fascículos de Ciências Penais*, p. 36-46.

_____. Principio de última ratio e hipertrofia del derecho penal. In: NIETO MARTÍN, Adán. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memorian I*. Cuenca: Ediciones de la

Universidad de Castilla, La Mancha: Universidad Salamanca, 2001.
_____. Estado constitucional de derecho y derecho penal. *Revista Penal*, p. 49-60.

PALAZZO, Francesco Carlo; SANTOS, Gérson Pereira dos (Trad.). *Valores constitucionais e direito penal*: um estudo comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. Aspectos político-criminais das sanções penais econômicas no direito brasileiro. In: *Inovações no direito penal econômico. Contribuições criminológicas. Político-criminais e dogmáticas.* Org. Artur de Brito Gueiros Souza. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Ingerência indevida*. *Os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.

PIMENTA BUENO, José Antônio. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro. Companhia Portuguesa Editora, 1922.

PIMENTEL, Manuel Pedro. *Contravenções penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

PINTO, Frederico Lacerda da Costa. Tendências da jurisprudência sobre contraordenações no âmbito dos Mercados de Valores Mobiliários. *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, v. XLI, nº. 1.

PIRANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil. Evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. *Lavagem de dinheiro*: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constitucional*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. RT. 2009.

_____. *Curso de direito penal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. I.

_____. *Direito penal contemporâneo*: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Direito penal econômico*: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

QUIROGA, Joacob López Barja de. Presentación. In: GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Ed. Marcial Pons, 2010.

RAPOSO, Guilherme Guedes. Bem jurídico tutelado e direito penal econômico. In: *Inovações no direito penal econômico. Contribuições criminológicas. Político-criminais e dogmáticas.* Org. Artur de Brito Gueiros Souza. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. São Paulo. Livraria Martins Editora, 1960.

REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização do direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, fasc. 28, out./dez. 1999.

_____. Caminhos do direito penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 85, p. 41-76, jul./ago. 2010.

_____. Crime organizado e crime econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 4, n. 13, p. 182-190, jan./mar. 1996.

_____. Ilícito administrativo e o jus puniendi geral. In: *Direito penal contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

_____. *Instituições de direito penal*: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Prefácio - Reavivando os Despojos. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo (Coord.). *Comentários à Lei das Contravenções Penais*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2006.

_____. *Problemas penais concretos*: crimes contra a ordem financeira, crime contra a ordem econômica, crimes contra a ordem tributária, crimes culposos, crime contra os costumes. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Razão e subjetividade no direito penal. *Ciências Penais*: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, ano 1, v. 0, p. 226-249, 2004.

_____. *Teoria do Delito.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coord.). *Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*. Lima: Ara, 2005.

REYNA ALFARO, Luis Miguel; CUARESMA TERÁN, Sergio (Dir.). *Derecho penal y estado de derecho*: reflexiones sobre la tensión entre riesgos y seguridad. Montevideo: B. de F., 2008.

RIGHI, Esteban. *Derecho penal económico comparado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991.

_____. *Los delitos económicos*. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 2000.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista. In: *Teorías actuales en el derecho penal*. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 1998.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Estudios de derecho penal económico*. Navarra: Thomson Reuters, 2009.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Acerca del desarrollo reciente de la política criminal. *Cuadernos de Política Criminal*, p. 795-810.

_____. *Derecho penal*: parte general. Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editora Civitas, 1997. t. I.

_____. El legislador no lo puede todo. *Iter Criminis*: Revista de Ciencias Penales, México, n. 12, p. 321-347, out./mar. 2004/2005.

_____. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 65, p. 9-25, mar./abr. 2007.

_____. El injusto penal en el campo de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad individual. In: REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coord.). *Derecho penal y modernidad*. Lima: Ara, 2010.

_____. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. In: CONGRESO INTERNACIONAL. FACULTAD DE DERECHO DE LA UNED.

Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001.

_____. La teoría de la protección del bien jurídico como base del derecho penal en la época de la globalización. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009.

_____. Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal. In: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *O novo sistema jurídico-penal.* Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Problemas fundamentais de direito penal.* Trad. Ana Paula dos Santos Luís Nascimento e outras. Coimbra: Coimbra Editora, 1986.

_____. Que comportamentos pode o estado proibir sob ameaça de pena: sobre a legitimação das proibições penais. *Revista Jurídica,* p. 69-81.
_____. Problemas atuais da política criminal. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 2, n. 4, p. 11-18, set./dez. 2001.

_____. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 82, p. 24-47, jan./fev. 2010.

_____. La política criminal y el sistema de derecho penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 44, n. 3, p. 693-713, set./dez. 1991.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena*: conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. *Tipicidade e sociedade de risco*. São Paulo. Ed. Quartier Latin, 2006.

SÁ, Alvino Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade. O direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e insuficiência*. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CDAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.georgemlima.xpg.com.br%2Fsarlet.rtf&ei=_ZLAUNWbDYam8gSWk4GwBA&usg=AFQjCNG7Mzu_xJzqbB4lxjTVABcuUDTb8Q>. Acesso em: 6 dez. 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 49, n. 1, p. 187-217, jan./abr. 1996.

_____. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 41, n. 2, p. 529-558, mai./ago. 1988.

_____. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal**.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 11, n. 44, p. 11-33, jul./set. 2003.

_____. O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos: sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 9-37, mar./abr. 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Eficiencia y derecho penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 49, n. 1, p. 93-127, jan./abr. 1996.

_____. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. ampliada y actualizada. Buenos Aires: Editora B. de F., 2010.

_____. *Delitos contra el medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

_____. Estructuras de imputación de responsabilidad en delitos contra el medio ambiente. In: REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coord.). *Derecho penal y modernidad*. Lima: Ara, 2010.

_____. *La expansión del derecho penal*. Madrid: Editora Edisofer, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; HINESTROSA, Fernando (Reitor). *?Crisis del sistema dogmático del delito?*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. As duas faces de janus: a criminalização e a descriminalização do direito ambiental. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva*: criminalista do século. São Paulo: Método, 2001.

_____. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Direito penal supraindividual*: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal: direito penal econômico e o novo direito penal. In: *Inovações no direito penal econômico. Contribuições criminológicas. Político-criminais e dogmáticas.* Org. Artur de Brito Gueiros Souza. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do direito penal e globalização*: 17/04/85. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2009. 2 v. (Congresso Brasil-Uruguai de Ciências Criminais; v. 1).

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo. Ed. Malheiros, 2003.

SZNICK, Valdir. *Contravenções penais*. 4. ed. São Paulo: Ed. Universitária de Direito, 1993.

TAVARES, Juarez. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. In: *Teorías actuales en el derecho penal*. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 1998.

TERRADILLOS BASOCO, Juan M. *Empresa y derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico*: introduccion y parte general. San José: Ed. Grijley, 2009.

_____. *Poder económico y delito*: introducción al derecho penal económico y de la empresa. Barcelona: Ariel, 1985.

TIEDEMANN, Klaus; HERNANDEZ BASUALTO, Hector (Trad.). *Derecho penal económico*: introducción y parte general. San José: Ed. Grijley, 2009.

TOMILLO, Manuel Gómez. *Derecho administrativo sancionador*: parte general. 2. ed. Navarra: Ed. Aranzandi, 2010.

VADILLO, Enrique Ruiz. La aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el derecho administrativo sancionador, examinados desde la vertiente constitucional, administrativa y penal. In: *Las fronteras del Código Penal y el derecho administrador sancionador. Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 11.

VILELA, Alexandra Maria dos Santos Esteves. *O direito de mera ordenação social*: entre a ideia de "recorrência" e a de "erosão" do direito penal clássico. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2010.

VITTA, Heraldo Garcia. *Poder de polícia*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão.* Trad. Min. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: F. Briguiet & C. Editores, 1899. t. I.

WESSEL, Johannes. *Direito penal*: parte geral. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro. Ed. Revan, 2003. v. I.

_____. *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

_____. Desafios do direito penal na era da globalização. *Cidadania e Justiça*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 5, p. 200-204, 1998.

_____. El marco constitucional iushumanista del saber penal. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, v. 5, 9C, p. 33-40, dez. 1999.
_____. El iluminismo y el liberalismo. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

_____. Es posible un derecho penal del enemigo no autoritario. In: *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo.* Navarra: Aranzadi, 2005.
_____. El renacimiento de la persona y las amenazas de la globalización. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

_____. Globalização, sistema penal e ameaças ao estado democrático de direito. In: KARAM, Maria Lúcia (Org.). *Globalização, sistema penal e ameaças ao Estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Globalización y sistema penal en América Latina: de la seguridad nacional a la urbana. In: BELLO RENGIFO, Carlos Simón; ROSALES, Elsie. *Libro homenaje a José Rafael Mendoza Troconis*. Caracas: Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela, 1998.

_____. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. In: *Teorías actuales en el derecho penal*. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 1998.

_____. La evolución del saber penal y sus contratiempos. In: COPPOLA, Patricia (Comp.). *Derechos fundamentales y derecho penal*. Córdoba: INECIP / Advocatus, 2006.

_____. La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal en el mundo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 42, n. 2, p. 521-551, maio/ago. 1989.

_____. *Manual de derecho penal.* Buenos Aires: Cardenas Editor, 1985.

_____. Política y dogmática jurídico penal. *Direito e Democracia*, Canoas, v. 3, n. 1, p. 197-217, jan./jun. 2002.

_____. Qué queda del finalismo en Latinoamérica. In: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (Ed.). *Serta*: in memoriam Alexandri Baratta. Salamanca: CISE / Universidad Salamanca, 2004.

_____. Una experiencia notable: el nuevo derecho penal austríaco. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, p. 707-729.

_____. Reflexiones sobre el derecho penal ambiental. In: *Estudios sobre justicia penal:* homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. A lei penal em relação ao tempo e a pessoas que desempenham determinadas funções. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 15, p. 43-49, ago./set. 2002.

ZAPATERO, Luis Arroyo. El "ne bis in idem" en las infracciones al orden social, la prevención de riesgos laborales y los delitos contra los derechos de los trabajadores y la seguridade social. In: *Las fronteras del Código Penal y el derecho administrador sancionador. Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 11, 1997.