

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
PUCRS

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

ILÍCITOS PENAIS E ADMINISTRATIVOS

(DISTINÇÃO EM CRITÉRIOS QUALITATIVOS E QUANTITATIVOS)

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação da
Faculdade de Direito como requisito
parcial para a obtenção do título de
Mestre em Ciências Criminais

PAULO ROBERTO CARDOSO MOREIRA DE OLIVEIRA

Orientador: Prof. Dr. Fábio Roberto D'Avila

Porto Alegre, novembro de 2010

PAULO ROBERTO CARDOSO MOREIRA DE OLIVEIRA

ILÍCITOS PENAIS E ADMINISTRATIVOS
(DISTINÇÃO EM CRITÉRIOS QUALITATIVOS E QUANTITATIVOS)

Dissertação apresentada como parte dos requisitos obrigatórios para a obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito da PUCRS, submetida à avaliação da banca examinadora em 06 de dezembro de 2010:

Porto Alegre, 1º de fevereiro de 2011.

Prof. Fábio Roberto D'Avila
Orientador

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

O48i Oliveira, Paulo Roberto Cardoso Moreira de
Ilícitos penais e administrativos (distinção em critérios
qualitativos e quantitativos) / Paulo Roberto Cardoso
Moreira de Oliveira. – Porto Alegre, 2010.
129 f.

Diss. (Mestrado em Ciências Criminais) – Fac. de
Direito, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Roberto D'Ávila.

1. Direito Penal. 2. Sistema Penal. 3. Política Criminal.
4. Ilícito Penal. 5. Ilícito Administrativo. I. D'Ávila, Fábio

Bibliotecária Responsável: Dênira Remedi – CRB 10/1779

<u>INTRODUÇÃO</u>	... 09
<u>ELEMENTOS INICIAIS. VANTAGENS E DESVANTAGENS DO SISTEMA PENAL</u>	... 14
a) Noções Gerais	... 15
b) Normas penais sem conteúdo característico	... 19
c) Direito disposto em sistema	... 21
d) Direito disposto em sistema lógico-formal	... 25
e) Direito penal em sistema fechado	... 28
f) A evolução do Direito penal	... 30
f.1) Origens do Direito penal moderno	... 30
f.2) A evolução dogmática, o abandono do positivismo	... 34
g) Questões atuais	... 37
h) Ação penalmente relevante. A oposição de Jakobs	... 39
i) Ação penalmente relevante. A posição de Liszt	... 45
j) Ação penalmente relevante. O funcionalismo de Roxin	... 49
<u>POLÍTICA CRIMINAL</u>	... 52
I – HISTÓRICO	... 53
II – AUTORES DESTACADOS	... 55
a) FRANZ VON LISZT	... 55
b) CLAUD ROXIN	... 57

c)	HANS-HEIRICH JESCHECK	... 59
	III - A POLÍTICA CRIMINAL APÓS A SOCIEDADE DE RISCO...	60
e)	RAÚL EUGENIO ZAFFARONI	... 63
	<u>ILÍCITOS PENAIS E ADMINISTRATIVOS</u>	... 67
	I - HISTÓRICO DA INTRODUÇÃO DO TEMA	... 70
	II – TEÓRICOS E A PROBLEMÁTICA	... 71
a)	JAMES GOLDSCHMIDT	... 71
b)	BELEZA DOS SANTOS	... 76
c)	EDUARDO CORREIA	... 84
	c.1) Conteúdo do ilícito administrativo	... 88
	c.2) Tipo de sanção	... 89
	c.3) Domínio processual	... 90
	c.4) Ponderação de critérios	... 92
d)	CLAUS ROXIN	... 93
e)	FIGUEIREDO DIAS	... 94
	e.1) Tendência criminalizante	... 95
	e.2) Persistência do quadro criminalizado no Brasil	... 99
	e.3) Contradição: contravenções/direito penal mínimo	...102
	e.4) Delimitação dos ilícitos	...104
	e.4.1) Autonomia material	...106
	e.4.2) Sanção própria	...110
f)	JOSÉ DE FARIA COSTA	...111

g)	AUGUSTO SILVA DIAS	...114
	g.1) Espaço do Direito penal tradicional	...114
	g.2) Espaço do Direito penal de risco	...116
	g.3) Expansão do Direito penal	...116
	g.4) Situações de risco	...119
	g.5) Diagnóstico de crise	...121
	g.6) Reconhecimento da crise	...122
	<u>CONCLUSÃO</u>	...123
	<u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u>	...127

RESUMO

O Direito penal fundado na dogmática, aparentemente, não mais consegue responder a todas as indagações da vida contemporânea. Sua estrutura fixada em rígidos pontos que traduzem garantias individuais perde consistência na medida em que são demandadas novas providências para administração da vida social. Os ilícitos relacionados com a possibilidade de se manter organizada a sociedade passam a se referenciar em estruturas estranhas à tradição do Direito.

O sistema é convocado a se abrir para integração de novos valores, ao mesmo tempo em que isso gera perda de garantias.

Propõe-se uma reflexão acerca das mudanças e garantias do Direito penal por meio da análise de ilícitos administrativos e penais.

ABSTRACT

The criminal law based on the dogmatic, apparently is incapable of answering the questions of modern life. Its structure founded on hard points that translate individual guarantees loses consistency. New arrangements for administration of social life are required. The offenses related to the possibility of keeping an organized society are related to strange structures for the tradition of law.

The system is called to open for integration of new values, while it generates loss guarantees.

It proposes a reflection on the changes and guarantees criminal law through the analysis of administrative and criminal offenses.

INTRODUÇÃO

É bastante atual a lição de **Eduardo Correia** ao tentar distinguir o ilícito criminal do ilícito administrativo e ao constatar nem mesmo o poder ou a disposição do legislador ser suficientes para aplacar a indefinição doutrinária entre um e outro. Definirem-se em códigos ou leis, em linhas divisórias claras, não é o bastante para entender ocorrente uma ou outra espécie de ilícito. A força do legislador impõe que sua atividade busque o máximo possível esclarecer e eliminar o problema por meio de critério qualitativo que entenda mais razoável para somente após classificarem-se aquelas infrações que se entendam administrativas. O meio de torná-la evidente será o estabelecimento de uma sanção¹.

Nessa proposta de identificação do problema distintivo há uma preocupação clara com a qualificação dos elementos que possam servir de traços peculiares a um e outro ilícito. A investigação nesse sentido é qualificada pelo efetivo enfrentamento da natureza infracional de maneira que se busquem pontos concretos e materiais suficientes para a solução do impasse.

De um modo bastante peculiar, ao tratar-se de distinguir infração jurídico-penal de infração administrativa, estabelece-se um refinamento distintivo pela própria natureza dos institutos do direito penal e do administrativo. A aproximação das disciplinas é bastante mais estreita do que a aproximação do

¹ CORREIA, Eduardo. Direito Criminal. Livraria Almedina. Coimbra. 1968. p. 34: “Mas se o problema se não elimina, facilita-se ao menos em larga medida a sua resolução. Pois o que o legislador deve fazer é procurar, ele próprio, tanto quanto possível aplicar o critério ou critérios qualitativos que repute mais razoável – temperando-os aliás com considerações de política criminal – e depois classificar, individual e coletivamente, aquelas infrações que devam reputar-se administrativas, v.g., distinguindo-as através da natureza da pena que para eles comina (e, portanto, através de um critério formal).”

direito civil com elas, mesmo que em todas haja a figura do delito como prática de uma conduta ilícita sujeita a uma sanção.

Há como que um estágio no movimento de distinção dos ilícitos, seguida pela linha que verifica a análise do delito e sua repercussão, o objeto protegido e o método de sua apuração.

Se de um lado o direito civil é privado e remete para sanções de natureza civil e essas a uma perda que de alguma forma se correlacionam com as sanções de natureza penal, ou administrativa, seu objeto é flagrantemente distinto. Mesmo que a pena seja um fator de distinção dos institutos é tão somente um critério estabelecido formalmente pelo legislador,

Prevalecerá, nesse caso, como parece ser o movimento jurídico-ideológico ocidental, a visão utilitarista daqueles que não vêem distinção nos ilícitos penais e administrativos; apenas julgam necessária a imposição de punição a uns e a outros. É a partir dessa (numa subversão da necessária distinção material de delitos), com base na sanção, que fazem a distinção classificatória deles. Ou seja, por uma opção quantitativa, abrem mão da investigação material de um e de outro ilícito.

É contra essa inversão, na busca de um critério eficaz, qualitativo, que se pretende estabelecer algum parâmetro por meio do qual possa oferecer resistência à administrativização do Direito Penal. Apenas dessa forma haverá a formação de uma categoria para cada um dos ramos. Contrariamente, a tendência ao critério quantitativo traz como consequência uma equiparação de ilícitos, desmerecendo a tradição do Direito Penal de intervenção subsidiária e mínima, uma vez que sua incidência tem cabimento, unicamente, em relação a condutas típicas, ilícitas e culpáveis.

A falta de distinção clara entre um e outro ilícito aproxima-os, por outro lado, no que concerne às consequências, semelhantes e advindas das punições previstas para ambos os

ramos do direito. Nesse sentido, WINFRIED HASSEMER alerta para a teoria do Direito penal voltado para as consequências, tendo a criminalização ampla e abrangente como elemento de proteção do Estado e da “moralidade”, de forma que os princípios fundamentais não valem mais ou valem apenas limitadamente. Não há mais uma distinção perfeita entre prevenção e repressão². Em muito se assemelham sanções previstas para a punição de condutas reconhecidas como crimes e condutas contra a administração. Seus critérios fundados em diminuição da capacidade cidadã dos autores de ilícito vêm a causar “confusão” quanto ao entendimento de incidência da norma penal ou da norma administrativa.

É contra esse aspecto quantitativo que favorece a aproximação das duas categorias de ilícitos que se deve opor a ciência do Direito. Há como que uma espécie de equiparação decorrente da gravidade das sanções e do necessário aumento de abrangência dos “braços” do Direito penal como resposta social a condutas consideradas ilícitas. Passam a ser abarcadas vedações, típicas do Direito administrativo, penalizando as condutas formal e meramente infringentes a regras, quando, na verdade, a índole do Direito penal é de retribuição a condutas que atinjam bens jurídicos penalmente tuteláveis – indispensáveis para a realização individual.

Essa “confusão”, fundada na mistura de elementos inconciliáveis para a superação de problemas, que tem como missão a aproximação de dois ramos distintos do Direito faz a equiparação de ilícitos materialmente inconciliáveis. Não se atém aos critérios típicos do Direito Penal, mas aproxima sistemas distintos com base na gravidade da sanção necessária à resposta correspondente à prática do ilícito.

² HASSEMER, Winfried. Três Temas de Direito Penal. Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre. 1993. p. 68.

Esse movimento acaba por trazer a penalização de condutas de natureza distinta da criminal por meio de normas criminais ou de aplicação de sanções de natureza grave, parapenais, a condutas meramente contra-administrativas.

A ciência do Direito não pode admitir, contudo, essa aproximação. A busca da estrutura de cada um de seus ramos, dentro de uma visão sistemática é a forma correta de manutenção das segmentações dentro dos princípios atinentes a cada um deles. A oscilação para o reconhecimento do ilícito, de forma que se analise o bem-jurídico penal juntamente com as meras desobediências, ou a tutela de funções em conjunto com questões de interesse da política criminal, onde “o conteúdo material do ilícito perde-se, ou no simples formalismo positivista, ou na insipidez de artificialismos politicamente orientados”³, marca a incerteza quanto à estreita (mas de existência necessária) fronteira sistematicamente constituída entre o ilícito penal e o ilícito administrativo.

O funcionalismo, adonou-se do espaço de reflexão, aproximou e conciliou interesses inconciliáveis em nome da política criminal, a fim de que o Estado tenha garantida a sua atuação, mesmo que o Direito penal (liberal e constitucional) a ele se oponha. Essa visão determinista submeteu o Direito e retrocedeu a linha de pensamento estabelecida desde o Iluminismo, quando se lançaram os fundamentos do pensamento humano moderno que sustentam as condições de aplicação do Direito, ainda em nossos dias.

Frente a tais esclarecimentos introdutórios, procura-se apresentar a questão sob os enfoques vistos como essenciais para o estabelecimento de um sistema que preserve os princípios de cada uma das áreas específicas em que atue, ao mesmo tempo em que

³ D'ÁVILA, Fábio Roberto. Ofensividade em Direito Penal. Liraria do Advogado. Porto Alegre. 2009. p. 83.

permita a evolução do quadro atual do direito, sem que, contudo, se percam os legítimos pontos sobre os quais foi estruturado.

CONCLUSÃO

No desenvolvimento do trabalho de dissertação foi possível observar o Direito penal sob a vertente proposta, tendo-se chegado às seguintes conclusões:

A intrincada sistemática do Direito penal decorre de um processo histórico que tem suas raízes fincadas no período de desenvolvimento social pelos ocidentais chamado de Iluminismo.

Seu aperfeiçoamento nesse período se deu frente à necessidade de libertação do homem, bem como à de oferecer resistência constante ao Poder absolutista; é com base no princípio fundamental de liberdade que se criaram e transformaram institutos de Direito. Foi sempre nessa busca que se legitimou ao caminho trilhado no passado e ainda seguido.

A forma utilizada para sua penetração no tecido social se dá a partir da conformação dos indivíduos com o valor que pode adquirir e a significação que possa ter para cada um dos membros da sociedade, de maneira que sempre representa o interesse maior de organização e igualdade. Todos os movimentos até hoje criados que pretenderam concentrar em mão de poucos os poderes do Estado

acabaram por definhar, fruto da constante aquisição de direitos que representem resistência ao Poder. Por meio do Direito, concede-se ao indivíduo as garantias decorrentes do processo de evolução social, ao mesmo tempo em que elege bens jurídicos sujeitos a sua proteção.

A tensão das forças que fazem surgir o Direito representa na evolução dos tempos o conflito de interesses entre as diversas classes, em regra, persistindo aquele que melhor atenda os da maioria, legitimando-se, assim, sob uma visão democrática.

Isso favorece a organização da sociedade que passa a exigir dos Estados garantias de consecução de seus direitos com a criação de mais outros de forma que, inevitavelmente, surjam, inclusive entre ela e o próprio Estado, conflitos que se podem solucionar pela tensão das forças dos direitos individuais e daqueles que servem à coletividade.

É em nome dessa que o Estado atua e tem à sua disposição as leis que lhes são entregues pelo próprio povo por meio de seus representantes.

O Direito penal também é fruto dessa tensão e sua instituição serviu e serve para garantir ao indivíduo a preservação de seus direitos fundados em princípios que não podem ser derogados. Profundos estudos os qualificaram, desde o início do século XX, sem que, contudo, tenham sido significativamente alterados.

A evolução da sociedade com a superação de barreiras que levam ao bem-estar, porém, traz novos desafios à dogmática que já não encontra todas as respostas para a perfeita adaptação aos novos quadros.

Essa aparente estagnação começa a dar sinais de mudança pela instituição de elementos estranhos ao Direito posto que, mesmo assim, se pretende manter firme na posição orientada a atingir de seus objetivos sociais. A tendência é de haver uma adaptação pela

abertura de sistemas e integração de novos valores que justifiquem os já conhecidos e formem outros derivados desses.

Há um estranhamento, ao mesmo tempo um excesso baseado no aumento da velocidade dos acontecimentos da vida, cheia de novas tecnologias.

Esse quadro se faz sentir no Direito penal que passa a se abrir para a política criminal e incorporar, fruto das necessidades por ela sentidas, elementos que não pertenciam a sua doutrina. Está ele estruturado para a solução de conflitos modelados para a sociedade do início do século XX, sem a complexidade dos que se apresentam pela sociedade nos tempos atuais.

Ao mesmo tempo em que aumentou a velocidade dos acontecimentos da vida, cheia de novas tecnologias e descobertas, percebe-se a perda do poder do Estado em manter os indivíduos consistentemente integrados ao interesse da coletividade dentro das regras que a ela servem.

Criam-se, assim, soluções impostas que se pretendem inserir no sistema existente, com aparentes sinais de anacronismo, pela quebra de garantias instituídas.

É, nesse quadro, perceptível a perda da essência que no trabalho se pretendeu mostrar com a exposição do pouco claro limite de separação entre os ilícitos. Em especial da distinção dos ilícitos administrativos e penais, pertencentes ao grande ramo do Direito público.

Daí, surge o ponto essencial enfrentado que aborda a questão relativa à abertura do sistema de Direito penal para a incorporação de novos valores ou de preservação daqueles já instituídos. As soluções apresentadas trabalham em todos os sentidos e demonstram a dificuldade que a dogmática tem em se adaptar aos tempos atuais sem perder a essência do Direito penal.

É contra essa inversão, na busca de um critério eficaz, qualitativo, que se pretende estabelecer algum parâmetro por meio do qual possa oferecer resistência à administrativização do Direito penal. Apenas dessa forma haverá a formação de uma categoria para cada um dos ramos. Contrariamente, a tendência ao critério quantitativo traz como consequência uma equiparação de ilícitos, desmerecendo a tradição do Direito penal de intervenção subsidiária e mínima – uma vez que sua incidência tem cabimento, unicamente, em relação a condutas típicas, ilícitas e culpáveis.