

A ESPECIAL TÉCNICA DE ESTRUTURAÇÃO DOS TIPOS DE DELITOS ECONÔMICOS

THE SPECIAL TECHNIQUE FOR STRUCTURING THE TYPES OF ECONOMIC CRIMES

*Andréa Walmsley
Soares Carneiro¹
Faculdade Damas*

RESUMO

O objetivo do presente estudo é compreender como se estruturam e classificam os delitos econômicos em razão de suas características peculiares, notadamente quanto aos bens jurídicos tutelados e a distinção entre os crimes em si e os crimes de mera proibição. As hipóteses foram analisadas em duas perspectivas: 1) identificação das mudanças ocorridas no direito penal quanto ao conceito tradicional de crime, com a abertura de espaço para novas características do tipo penal; 2.) definição da influência dos conceitos de mal em si e mero reforço de proibição dos tipos penais e na diferenciação entre direito penal de justiça e direito penal secundário e na compreensão do direito penal econômico. Conclui pela necessidade de reanálise de conceitos tradicionais da teoria do delito em razão de novas exigências trazidas pelo direito penal econômico.

PALAVRAS-CHAVE

Delitos Econômicos. Tipo penal. Bem jurídico. Crimes em si e Crimes de mera proibição.

ABSTRACT

The objective of the present study is to understand how economic crimes are structured and classified by reason of their peculiar characteristics, notably with respect to the juridical interests protected and the distinction between the crimes themselves and the crimes of mere prohibition. The hypotheses were analyzed in two perspectives: 1) identification of the changes that occurred in the criminal law regarding the traditional concept of crime, with the opening of space for new characteristics of the criminal type; 2.) definition of the influence of concepts of evil in itself and mere reinforcement of prohibition of criminal types and in the differentiation between criminal law of justice and secondary criminal law and in the understanding of economic criminal law. It

¹ Doutora em Ciências Criminais pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora de Direito Penal e Processual Penal da Faculdade Damas de Instrução Cristã.

concludes by the necessity of reanalysis of traditional concepts of the theory of the crime due to new demands brought by the economic criminal law.

KEYWORDS

Economic Crimes. Criminal type. Legal good. Crimes per se and Crimes of mere prohibition.

INTRODUÇÃO

Fomentada pelo exponencial crescimento da velocidade de comunicação, viu-se, pouco a pouco, a diminuição das distâncias entre os Estados e integração destes em zonas de livre comércio ou em organizações de feição verdadeiramente transnacional, com liberdade de trânsito para pessoas e bens.

Em contrapartida a esta mudança de características no espaço de convivência global, incrementou-se a complexidade das organizações criminosas, não mais restritas a país ou países determinados, mas agora com espaço de atuação global. Não raro, quando se trata de crime organizado, a perpetração da prática criminosa se dá em diferentes fases e muitas delas se operam em locais distintos e distantes do globo terrestre. Basta recordar a existência ainda nos dias atuais dos paraísos fiscais, captadores de recursos ilícitos auferidos nas práticas criminosas mais rentáveis, como o tráfico de drogas e de armas, destinados à lavagem e reintegração ao mercado lícito dos referidos ativos.

Pois bem. Frente a esses novos atores, mais estruturados e eficazes na prática delituosa, conceitos arraigados da dogmática penal passaram a ser rediscutidos, como nas temáticas da delinquência empresarial e da aplicação do princípio da territorialidade.

E mais, diante do desejo disseminado de maior proteção de uma série de outros direitos e interesses caros à sociedade atual, tais como meio ambiente, ordem econômica e outros com características de transindividualidade, verifica-se praticamente em todos os Estados a expansão do âmbito de regulação do direito penal.

Surge neste panorama verdadeira demanda pela repressão rigorosa de condutas econômicas indesejada, a priori estranhas ao direito penal e legadas a outros ramos jurídicos, mas agora inseridas em um contexto de reforço penal à ordenação de certos setores da atividade econômica.

Aqui se defende a ideia de que a exorbitância legiferante na criação de tipos penais que não reflitam as lesões mais relevantes aos bens jurídicos mais caros à comunidade pode e deve ser sindicada por meio dos controles de constitucionalidade.

Multiplicam-se os tipos penais de diferentes matizes e conformações, especialmente no âmbito da regulação da ordem econômica, notadamente complexa e plural.

O incremento da tipificação, em nítido reforço a condutas já proibidas e sancionadas em outros ramos do ordenamento jurídico, vai ao encontro dos anseios populares no reforço à segurança diante da permanente sensação coletiva de insegurança e perigo criada pelo incremento das atividades de risco. Parece ao sentimento popular leigo que a criação de figuras típicas delitivas tem o condão de coartar as práticas criminosas, quando, ao menos, desestimulá-las, a ponto de gerar significativa diminuição da criminalidade.

Ocorre que a história tem demonstrado o absoluto fracasso, para fins de prevenção pessoal, da mera previsão em tese de condutas proibidas. Não existe comprovação empírica de que os ordenamentos jurídicos mais amplos e alastrados produzam sociedades menos propensas à criminalidade.

E mais, a expansão desmedida do direito penal, impulsionada por exigências sociais, acaba por modificá-lo em sua essência, quando apartado da sua característica de *ultima ratio* ou da fragmentariedade.

Os tipos de imprudência devem constituir modalidades de exceção no sistema jurídico por conferirem sanção ao desvalor do resultado, em detrimento da inexistência de voluntariedade da conduta. Concebe-se modernamente que, para efeito de resposta penal legítima, deve ser somado o desvalor da ação ao desvalor do resultado, de modo que apenas resultados causados por

imprudência, negligência ou imperícia não devem ser a regra das hipóteses de condutas penalmente proibidas.

Por outro lado as normas penais em branco, a par de reconhecidamente constitucionais, tem seu conteúdo definido por outras normas, de mesma ou inferior hierarquia, que as complementam e definem seu sentido e alcance. Em certos sistemas sociais, notadamente no âmbito da regulação econômica, muito do conteúdo regulatório é relegado a normas infraconstitucionais, em razão da necessidade de detalhamento e de alteração por vias menos severas que a norma legal em sentido formal.

Ademais, torna-se prática usual na modelação dos tipos de Direito Penal Econômico a antecipação do momento da intervenção penal, multiplicando-se a profusão legislativa no que toca aos crimes de perigo, assim como a proteção de bens jurídicos ditos supraindividuais.

O Direito Penal Econômico, notadamente quanto à sua técnica legal, apresenta particularidades que o distingue da dogmática tradicional. Ademais, há efeitos relevantes desta natureza própria sobre questões internas à sua estrutura, especificamente no concernente ao conceito de dolo e à teoria do erro.

Técnicas especiais de estruturação dos tipos da delinquência econômica

Afirmou Soler, quando solicitado a tratar sobre o direito penal econômico, que se encontrava em situação similar a de um espanhol incrédulo que, por primeira vez, avistava um rinoceronte e, após olhá-lo com receio e realizado um detido exame, afirmou com segurança que este animal não existia².

² SOLER, Sebastián. El llamado derecho penal económico, in **Revista Mexicana de Derecho Penal**, n. 17 (1975), p. 34.

Não se pode concordar com Fejoo Sánchez quando assevera, de maneira simplista, que as normas penais que compõem o direito penal econômico apresentam funções idênticas às verificadas em outros ramos do direito. Por consequência, as categorias da teoria jurídica seriam aplicáveis de maneira perfeita a tais normas³.

Aceitar o entendimento do referido autor é interpretar as normas do direito penal econômico desconhecendo as características específicas do(s) bem(ns) jurídico(s) protegido(s) e as repercussões destas diferenças na análise e compreensão dos institutos jurídicos da teoria geral do crime.

Assevera ainda o segundo doutrinador que “no tiene sentido que una teoría general se aplique en unos ámbitos delictivos y se deje de tener en cuenta en otros y no hay ninguna razón para no extender los conceptos desarrollados en el ámbito de la parte general⁴”.

A questão aqui posta não é a impossibilidade de aplicação de conceitos da teoria geral do delito ao direito penal econômico, mas a impossibilidade de aceitá-los sem maiores discussões doutrinárias e sem as necessárias adaptações.

E conclui o citado autor que, por não ser o direito penal econômico um ramo da seara criminal voltado apenas à condução da economia, mas antes uma faceta do direito penal voltada a um específico setor da vida em sociedade – talvez atualmente mais relevante que o político – os critérios de legitimidade as categorias dogmáticas criadas no bojo da teoria do delito seriam perfeitamente aplicáveis aos crimes socioeconômicos⁵.

³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. **Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: B de f, 2009, p. 206.

⁴ Idem, p. 205. Tradução livre: não tem sentido que uma teoria geral se aplique em uns âmbitos delictivos e se deixe de ter incidência em outros e não há nenhuma razão para não estender os conceitos desenvolvidos no âmbito da parte geral”.

⁵ Idem, pp. 210-211.

Diga-se de logo que a questão da legitimidade não está – e nem poderia estar – afastada das discussões sobre o direito penal econômico e sua análise é indispensável ao estudo da matéria. Por outro lado, não se pode aceitar sem discussões a ideia que as categorias dogmáticas lhe seriam aplicáveis sem quaisquer questionamentos ulteriores, mormente quando se trata do erro de proibição.

Lecionam Miguel Bajo e Silvina Bacigalupo:

“[...] en efecto muchas de las tipificaciones de lege data, o de las que deberían crearse de lege ferenda, non son más que formas de peligro abstracto de bienes cuya lesión se castiga través de otras figuras delictivas. En este sentido, en el Derecho penal económico no se espera a que el acreedor o el consumidor resulte lesionado en su derecho de crédito o en su patrimonio para castigar la falsedad contable o de balances o la competencia lícita”⁶.

De fato, como inexistente sentido na criação de normas penais sem a existência de um bem jurídico subjacente, cumpre perquirir quais os valores⁷ mais caros à sociedade tutelados pelo direito penal econômico, tendo em vista a perspectiva de que a norma penal não se justifica por si mesma, mas em razão das necessidades da coletividade destinatária.

E mais, assim como a norma não se justifica em si mesmo, ela não tem o condão de conferir legitimidade a bens que não sejam previamente reconhecidos como necessários e indispensáveis à vida em sociedade.

Para Miguel Reale, deve-se partir do pressuposto de que a ordem econômica apresenta-se como objeto de proteção do

⁶ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 59.

⁷ Segundo Saldanha, “os valores, que são políticos e éticos, justificam as regras e portanto, as sanções nela prescritas”. SALDANHA, Néelson. **Ordem e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 169.

Direito Penal, a qual pode ser entendida como proteção ampla e restrita⁸.

A partir de uma visão ampla, inexistente individualização à tutela da ordem econômica em sentido técnico ou mesmo de forma direta, tendo em vista que a objetividade da tutela econômica ampla é a ordem jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços, podendo em face de um entendimento lato, inserir-se quaisquer desses elementos valorativos no âmbito da tutela econômica⁹.

A ordem econômica está regulada, na Constituição Federal, nos artigos 170 e seguintes, e está “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. A respeito do tema, já decidiu o Supremo Tribunal Federal no bojo da ADI 1.950¹⁰, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-11-2005, Plenário,

⁸ REALE, Miguel. **Legislação Penal Antitruste : Direito Penal Econômico e sua Acepção Constitucional.** p. 8. Disponível em <http://www.realeadvogados.com.br/opinioes/edu.pdf> . Acesso em 18/02/2015.

⁹ Idem, p. 8.

¹⁰ "É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da 'iniciativa do Estado'; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a

DJ de 2-6-2006 e RE 205.193¹¹, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-2-1997, Primeira Turma, DJ de 6-6-1997.

Por outro lado, em uma acepção restrita, a ordem econômica deve oferecer tutela à regulação jurídica do intervencionismo do Estado na economia de um determinado país, estando inserido no bojo da proteção o interesse Estatal, passível de efetivação em particular, como se podem citar os clássicos exemplos das infrações monetárias, das transações ilícitas com o exterior, dos crimes de sonegação fiscal, a liberdade da empresa no marco da economia de mercado, a livre concorrência das empresas. Insere-se no bojo do referido conceito os ditos interesses

garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (arts. 23, V, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição). Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer são meios de complementar a formação dos estudantes." (ADI 1.950, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-11-2005, Plenário, DJ de 2-6-2006.) No mesmo sentido: ADI 3.512, julgamento em 15-2-2006, Plenário, DJ de 23-6-2006.

¹¹ "A possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico não exonera o Poder Público do dever jurídico de respeitar os postulados que emergem do ordenamento constitucional brasileiro. Razões de Estado – que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, ex parte principis, a inaceitável adoção de medidas de caráter normativo – não podem ser invocadas para viabilizar o descumprimento da própria Constituição. As normas de ordem pública – que também se sujeitam à cláusula inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Política (RTJ 143/724) – não podem frustrar a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade." (RE 205.193, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-2-1997, Primeira Turma, DJ de 6-6-1997.)

transindividuais ou coletivos, exemplificados pelo meio ambiente¹², consumo¹³ e outros¹⁴.

¹² Constituição Federal

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; (Regulamento)

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; (Regulamento) (Regulamento)

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (Regulamento)

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; (Regulamento)

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; (Regulamento)

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (Regulamento)

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

Desta feita, a função da tutela ofertada pelo direito penal no combate aos crimes econômicos está condicionado pelos princípios da igualdade frente a norma penal a lei penal, o que importa questionar se serão de fato obtidos os desideratos de liberdade e progresso social, fins primordiais da tutela econômica, através do recurso à tutela criminal.

Conclui Reale que:

“[...] a própria interferência da via penal no âmbito econômico já constitui sinal do fracasso da convivência harmônica entre os cidadãos, não nos

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas

¹³ Constituição Federal

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

¹⁴ REALE, Miguel. **Legislação Penal Antitruste : Direito Penal Econômico e sua Acepção Constitucional.** p. 8. Disponível em <http://www.realeadvogados.com.br/opinioes/edu.pdf> . Acesso em 18/02/2015.

parecendo ser o castigo e a perseguição por meio da via criminal, o meio mais adequado para tutelar os dirigentes da comunidade que atentarem contra o livre mercado, fortificando tal pensamento, especialmente, em face dos fatos de que a maioria das punições penais econômicas já estão resguardadas por outras vias como a seara administrativa e a privada, cabendo muito mais pregar por uma reestruturação da Ordem Administrativa do que pela enunciação desenfreada da legislação penal¹⁵.

Trata-se do que a doutrina penal tem amplamente chamado de administrativização do Direito Penal, com as nefastas consequências de se lançar a tutela criminal como expediente de reforço a interesses secundários do Estado, descurando do caráter subsidiário e fragmentário do direito penal, em sua pura essência.

E mais, não se há falar, do ponto de vista ontológico, de distinção entre os bens jurídicos tutelados pelo direito administrativo econômico e pelo direito penal econômico, na medida em que conferem ou tentam conferir proteção ao normal funcionamento do mercado e à ordem econômica¹⁶.

Ora, a criação de crimes econômicos é informada pelo critério da utilidade/necessidade, para fins de reforço à proibição de condutas indesejadas, já proibidas em outros ramos do ordenamento, mas que razões de ordem utilitarista apontam para a necessidade de proibição penal.

Por outro lado, cumpre asseverar que dois dos mais hábeis instrumentos de suporte ao desenvolvimento econômico são, sem ordem de precedência: a informação e a organização administrativa¹⁷.

¹⁵ Idem, p. 8.

¹⁶ Idem, p. 9.

¹⁷ REALE, Miguel. **Legislação Penal Antitruste: Direito Penal Econômico e sua Acepção Constitucional.** p. 9. Disponível em <http://www.realeadvogados.com.br/opinioes/edu.pdf>. Acesso em 18/02/2015.

Resulta claro que a enunciação dos referidos instrumentos não é exaustiva. Outros existem que também conferem suporte, como estabilidade das relações de consumo, propício ambiente de negócios etc.

Ocorre que a informação evita o desmantelamento do mercado e suas repercussões na ordem econômica. Parece intuitivo que quanto mais informações sobre os crimes econômicos forem disponibilizadas à sociedade em geral, resultam mais eficazes as condutas de prevenção à ocorrência do delito, frente ao desestímulo disseminado à prática criminosa¹⁸.

O recurso à informação não é só meio de prevenção do ilícito no âmbito do direito penal econômico, mas também instrumento de tutela dos interesses dos cidadãos, a exemplo da importância que lhe é conferida na regulamentação dos direitos consumeristas.

Em paralelo e no mesmo sentido, trabalham as estruturas organizadas da economia, pois a maior presença de agentes estatais destinados à fiscalização econômica implica, pelo menos a priori, em maior respeito às normas de regulação¹⁹ vigentes, sendo menos relevante se a sanção a ser aplicada é de natureza meramente patrimonial ou restritiva²⁰.

A experiência demonstra que as hipóteses em que o Estado se omite do cumprimento de seus misteres, seja de forma voluntária ou involuntária, fomentam a prática das condutas indesejadas pela coletividade face a sensação de leniência e

¹⁸ REALE, Miguel. **Legislação Penal Antitruste**: Direito Penal Econômico e sua Acepção Constitucional. p. 9. Disponível em <http://www.realeadvogados.com.br/opinioes/edu.pdf>. Acesso em 18/02/2015. p. 9.

¹⁹ A noção de delito econômico não se aferra à conotação econômica do ato, mas à sua tendência em lesionar ou expor a perigo a estrutura econômica do país em geral.

²⁰ REALE, Miguel. **Legislação Penal Antitruste** : Direito Penal Econômico e sua Acepção Constitucional. p. 9. Disponível em <http://www.realeadvogados.com.br/opinioes/edu.pdf>. Acesso em 18/02/2015..

impunidade. De fato, não parece crível que a natureza da norma proibitiva – penal ou administrativa – importe em distinção de grau e intensidade para fins de desestímulo da conduta indesejada.

Segundo Miguel Reale:

“[...] os processos de despenalização ocorridos na Itália e na França bem demonstram como a escolha da via penal ou da via administrativa nada tem a ver com a importância do bem jurídico, tratando-se antes de uma escolha com base na conveniência política deste ou daquele caminho, com vista a alcançar os fins preventivos e retributivos de um direito punitivo que cada vez mais se faz único²¹”.

E mais, também o tipo de sanção imposta – embora não seja este o objeto de estudo do presente trabalho –, notadamente pela proliferação dos institutos despenalizadores do âmbito penal, é de muito pouca ou nenhuma relevância para a tutela do bem jurídico ordem econômica.

Desta feita, conclui-se que a diferença entre a intervenção penal ou administrativa na tutela da ordem econômica situa-se quase que exclusivamente na natureza política da sanção cominada em cada um dos setores. É meramente formal, portanto, a distinção entre os setores de atuação, notadamente em razão da estrutura de poder encarregada da aplicação da sanção²².

Parece muito mais razoável admitir que a tutela da ordem econômica se efetiva, no plano fático, de maneira muito mais intensa e eficaz a partir da construção de estruturas sólidas de

²¹ REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 7, n. 28, p. 116-129, out./dez. 1999, p. 122.

²² REALE, Miguel. **Legislação Penal Antitruste : Direito Penal Econômico e sua Acepção Constitucional**. p. 10. Disponível em <http://www.realeadvogados.com.br/opinioes/edu.pdf>. Acesso em 18/02/2015.

regulamentação e fiscalização do mercado, acrescida da presença eficiente do Estado através de agentes fiscalizadores e aplicadores do direito e, ainda, por meio da profusão de informações sobre a prática delitiva e suas consequências.

Miguel Bajo e Silvina Bacigalupo lecionam que o ilícito de natureza administrativa é a infração cuja sanção é aplicada por órgãos administrativos ou disciplinar. Por outro lado, tem-se um ilícito penal se à prática infracional se aplicam sanções previstas na codificação penal, por meio de Tribunais de Justiça, em virtude do exercício do *ius puniendi*. A pretensão da doutrina de encontrar uma distinção substancial entre o ilícito penal y o administrativo, ou seja, entre o crime e a mera infração administrativa, resultou absolutamente não exitosa²³.

Ora, por certo, não há que se falar em diferença substancial entre os ilícitos administrativo e penal se não há diferença de conteúdo com referência às imputações. A natureza da sanção aplicável e o órgão responsável pela aplicação – acrescidos de procedimentos distintos a serem observados – são traços distintivos meramente coadjuvantes.

Para Feijoo Sánchez, a doutrina dominante entende o Direito Penal econômico como Direito Penal, isto é, as normas que compõem este ramo do ordenamento jurídico-penal possuem as mesmas características do restante das normas penais e as penas assumem idênticas funções²⁴.

O direito penal foi engendrado para a proteção de instituições básicas do Estado e dos interesses mais básicos dos cidadãos, estabelecendo certas normas para tornar possível a convivência social. Poderia ser possível que uma sociedade que não estabelecesse proibições de matar e lesionar se mostrasse mais avançada, por uma série de circunstâncias, mas isto seria bastante improvável. O denominado direito penal nuclear está relacionado com as próprias razões pelas quais surgem os Estados modernos,

²³ Idem, p. 10

²⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. **Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: B de f, 2009, p. 206.

inclusive antes de que tais Estados adquiram uma legitimidade democrática mínima²⁵.

Ocorre que atualmente vive-se em sociedades que não apenas se dedicam a garantir um mínimo²⁶ essencial à convivência, mas se mostram bem mais complexas e apresentam elevado nível de juridicidade dos problemas sociais, de modo a se modificarem a estratégias de proteção jurídico penal, inclusive com incremento dos chamados crimes de perigo e o próprio sistema jurídico vai gerando novos bens jurídicos que não mais se resumem aos interesses mais básicos da comunidade²⁷.

Neste cenário desponta o direito penal econômico, como reposta a demandas sociais de proteção de novos bens jurídicos e também de novas espécies de lesões ou ameaça de lesões a bens jurídicos já tutelados.

Desta forma, conclui Fejoo Sánchez, no que respeita a um claro exemplo de como “la evolución del sistema jurídico da lugar a nuevas normas penales que tienen que ver con un reconocimiento jurídico previo de nuevos intereses sociales se encuentra en el ámbito del Derecho Penal económico²⁸”.

Assim, o direito penal nasce ligado à ideia de proteção de bens jurídicos vinculados ao Estado, especialmente no que tange à proteção da chamada ordem econômica.

Para Hassemer e Muñoz Conde:

²⁵ Idem, p. 206.

²⁶ O direito penal mínimo representa, em síntese, nos termos dos ensinamentos de Hefendehl, uma espécie de direito penal reduzido de feição reacionária. HEFENDEHL, Roland. **Uma teoria social do bem jurídico**. Tradução de Luis Greco. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 87, 2010, p. 104.

²⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. **Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: B de f, 2009, p. 206.

²⁸ Idem, p. 207. Tradução livre: “a evolução do sistema jurídico dá lugar a novas normas penais relacionadas a um reconhecimento jurídico prévio de novos interesses sociais se encontra no âmbito do Direito Penal econômico”.

“[...] a Constituição, assim, é um ponto de referência obrigatório para a seleção dos bens jurídicos, ainda que não ofereça as garantias de segurança necessárias para erigir-se no instrumento exclusivo para a seleção e hierarquização dos valores que o direito penal está chamado a proteger; seu caráter orientativo, a respeito de ambas as questões, todavia, parece estar fora de questão: assim, da Constituição se deriva a proteção penal dos direitos individuais clássicos, o que não pode esgotar a missão do direito penal, pois se se limitasse a protegê-los, estaria exercendo apenas uma função conservadora das orientações de valor já definidas e sentidas pelo grupo social”²⁹.

Entretanto, em sua marcha de desenvolvimento como ramo do direito penal, logra o direito penal desvincular-se ainda que parcialmente de sua feição originária e alcança outras condutas tidas por relevantes a bens jurídicos essenciais, ainda que praticadas por agentes que, em princípio, estariam alijados da órbita da sujeição ativa daquelas infrações.

Da distinção entre *Delicta in Se* e *Delicta Mere Prohibita*

De início, cumpre esclarecer que a opção pelas expressões latinas em destaque deve-se à influência dos ensinamentos de Augusto Silva Dias³⁰.

²⁹ HASSEMER, Wilfried; MUÑOZ CONDE, F. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valência: Tirant lo Blanch, 1989, p. 69.

³⁰ DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se**>> e << **Delicta Mere Prohibita**>> **Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 11.

Não se olvide, entretanto, que outras expressões podem ser utilizadas na presente tese como sinônimas, como já o foram na literatura, sem prejuízo à compreensão do texto³¹.

Ocorre que a expressa adoção das expressões acima referidas significa uma opção metodológica que visa a melhor compreensão dos institutos e simboliza a preferência por termos historicamente consagrados.

Em seguida, deve-se pontuar que a distinção pretendida, a par de possível, não está imune a críticas e, principalmente, não é exata ou matemática, sob a forma de tudo ou nada. Em realidade, diferenciações de naípe aritmético são a exceção, e não a regra, em se tratando de direito penal³².

Ocorre que as dificuldades que se impõem não podem servir de óbice ao desenvolvimento da tarefa pretendida, mas antes servem de estímulo ao trabalho do cientista e aplicador do direito.

De logo, afirme-se que a falta de coincidência entre as realidades do direito penal nuclear/secundário e *mala in se* e *mere prohibita*. Tal se atribui à circunstância de a primeira distinção ser tomada fundamentalmente sentido formal, relacionada com a localização topográfica dos tipos penais no Código Penal ou em legislação penal extravagante, enquanto segunda distinção, qual seja, *delicta in se* e *delicta mere prohibita* está baseada em critérios materiais respeitantes à determinação do que deve ou não ser considerando crime numa dada sociedade³³.

³¹ *Mala in se* e *mala quia prohibita*; *delicta juris gentium* e *delicta juris civili*.

³² Apenas a título de exemplificação: dolo eventual e culpa consciente, autoria e participação, atos preparatórios e atos executórios, etc.

³³ DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se** >> e << **Delicta Mere Prohibita** >> **Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008., p. 14. Vale acrescentar que o autor se utiliza das expressões alemãs <<Kernstrafrecht>> e <<Nebenstrafrecht>> para designar, respectivamente, o direito penal primário e o direito penal secundário e adverte que se os fundamentos daquela distinção “de alguma maneira se cruzem com aquele que preside à distinção entre <<delicta in

Admitir a localização topográfica como critério norteador importaria em aceitar que, revogadas as normas especiais e o código, fossem os tipos penais³⁴ novamente reunidos em um único corpo de normas, imediatamente todas as normas anteriormente consideradas como integrantes do direito penal secundário passariam, “como num passe de mágica”, a fazer parte do direito penal nuclear.

No âmbito do atualmente chamado Direito Penal moderno coexistem grupos de incriminações sistematicamente dispersos – situados alguns no corpo do Código Penal e outros na profusa legislação extravagante. Afora isso, mostram-se finalisticamente heterogêneos: ao passo que uns parecem externar novos atentados contra bens jurídicos individuais tradicionais, outros protegem novos e diferentes objetos jurídicos. Ademais, tutelam regimes jurídicos muito diversos, a exemplo da admissão da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas em alguns deles e a sua negação em outros, o que torna mais árdua a enunciação de princípios comuns e a possibilidade de uma racionalização dogmática uniforme³⁵.

se>> e <<delicta mere prohibita>>, a correspondência entre os dois grupos aumentará seguramente”.

³⁴ Em uma fase inicial do desenvolvimento do conceito de tipo penal, Ernst von Beling reduzia o Direito Penal a um rol de tipos delitivos, de modo que a tipicidade seria a adequação a este catálogo. Assim, os delitos-tipos possuíam natureza apenas descritiva, sem qualquer expressão de valoração jurídica do antijurídico no tipo. BELING, Ernest von. **Esquema de Derecho Penal – La Doctrina del Delito-Tipo**. Buenos Aires: Depalma, 1944, p. 37.

³⁵ DIAS, Augusto Silva. << Delicta in Se>> e << Delicta Mere Prohibita>> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 14-15. Prossegue o autor: “Se confrontarmos, por exemplo, a poluição prevista no art. 279, CP, a corrupção da genuinidade, qualidade ou composição de géneros alimentícios prevista no art. 24, n. I, do DL 28/84, de 20 de janeiro, e a exportação ilícita de bens prevista no art. 33 deste diploma, salta ao entendimento, numa perspectiva social-hermenêutica (necessariamente prévia aos conteúdos jurídico-positivos), que todas são condutas praticadas no exercício de actividades económicas de produção, circulação e consumo de mercadorias. O seu autor é o conhecido (homus

E parece natural que assim o seja, sob pena de o direito penal não acompanhar as modificações sociais que lhe são subjacentes. Admitir um sistema penal distanciado da realidade que pretende regular é abrir as portas para um hiato penal de proporções gigantescas, o que representa retirar a legitimidade do direito penal enquanto mecanismo de regulação da vida em sociedade utilizado apenas em situações de maiores danos ou relevantes perigos a bens jurídicos mais importantes.

Em delitos em si e em delitos de mera proibição o fundamento da incriminação penal, com parece intuitivo, reside em bases diversas. Basta ver os exemplos dos crimes de poluição, falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais e contrabando, previstos, no sistema penal brasileiro, respectivamente, no artigo 54, da lei 9.605/98 e nos artigos 273 e 334-A do Código Penal³⁶.

oeconomicus” cuja actuação é ditada pelas regras e imperativos do sistema económico de mercado em que se move. Essas regras e imperativos formam uma dinâmica sistemática, uma espécie de <<mão invisível>>, que funciona segundo uma racionalidade infinitista e globalizante, a qual, de acordo com alguns disgnósticos filosóficos e sociológicos do nosso tempo, é responsável pela crise das sociedades actuais e pelo prognóstico sombrio acerca do futuro da humanidade”.

³⁶ Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

§ 2º Se o crime:

I - tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana;

II - causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população;

III - causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade;

IV - dificultar ou impedir o uso público das praias;

V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

§ 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico. (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; ((Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

V - de procedência ignorada; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente. (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

Modalidade culposa

§ 2º - Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

Contrabando

Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida: (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

§ 1º Incorre na mesma pena quem: (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

I - pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando; (Incluído pela Lei

Ao passo que as duas primeiras espécies delituosas lesam ou põem em perigo valores ou bens correspondentes a necessidades básicas de um conjunto mais ou menos indeterminado de pessoas, a última perturba o interesse no funcionamento regular da economia, pois prejudica o controle administrativo sobre a exportação/importação de determinadas mercadorias³⁷. Ora, o objeto referido pelas primeiras tem um nítido caráter interpessoal, é eticamente tematizável e sentido como necessidade humana digna de proteção imediata e efetiva.

Por outro lado, o objeto de referência do contrabando tem um valor funcional ou de ordenação das exportações/importação de certos bens, erguido, do ponto de vista jurídico, na necessidade de corrigir disfuncionalidades num determinado subsistema econômico, de modo a ser instrumento desprovido de conteúdo prático-ético. Por consequência, as referências sociais e os

nº 13.008, de 26.6.2014)

II - importa ou exporta clandestinamente mercadoria que dependa de registro, análise ou autorização de órgão público competente; (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

III - reinsere no território nacional mercadoria brasileira destinada à exportação; (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

IV - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira; (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

V - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira. (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

§ 2º - Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências. (Incluído pela Lei nº 4.729, de 14.7.1965)

§ 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de contrabando é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial. (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

³⁷ Manoel Pedro Pimentel conceitua o crime econômico como as “condutas típicas sancionadas penalmente pelas leis editadas com o fim de prover a segurança e a regularidade da política econômica do Estado”. PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 25.

significados das duas espécies são absolutamente distintos. Tais diferenças, por óbvio, marcam a estrutura e as referências axiológicas de cada ilícito penal. Ao passo que na primeira série delitiva a conduta lesiva e as estruturas normativas ameaçadas correspondem a diferentes âmbitos, na última espécie, o objeto jurídico-penalmente tutelado e a conduta ilícita pertencem ao mesmo âmbito sistêmico, alimentam-se do mesmo sentido específico, opondo-se como função e disfunção. A ausência de conteúdo ético deve-se à circunstância de as regras buscarem não exatamente a orientação do agir, mas o impedimento das consequências funcionalmente prejudiciais da conduta³⁸.

Não se está aqui a afirmar que, no âmbito do direito penal de justiça, haja uma unanimidade com relação aos bens eleitos que demandam proteção. Apenas, neste âmbito, existe relativo consenso sobre a relevância do valor protegido e o entendimento sedimentado em uma coletividade indeterminada de que há necessidade de proteção. Por outro lado, no que tange aos crimes do direito penal secundário, neles incluído o contrabando, inexistente o compartilhamento do mesmo significado de pertença e necessidade de tutela. Ao revés, trata-se de norma penal voltada à regulação de um específico subsistema do Estado, cuja função se restringe a coibir a prática de condutas que alterem o equilíbrio e o funcionamento do referido subsistema, independente de qualquer conteúdo ético a priori.

A norma legal anteposta ao tipo³⁹ do contrabando é muito mais uma norma de organização do que uma norma de conduta, na

³⁸ DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se**>> e << **Delicta Mere Prohibita**>> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 17-18.

³⁹ “O o tipo de injusto ultrapassa o âmbito da matéria da proibição ou do mandato. O direito pode vedar unicamente a realização de ações dirigidas pela vontade do sujeito à produção da lesão de um bem jurídico e/ou que tragam consigo o perigo de dita lesão, mas não pode proibir a causação de um determinado resultado. O resultado real, isto é, a produção efetiva do resultado, não pode pertencer, por isso, à matéria da proibição ou do

medida em que o sujeito ativo do agir típico não é a pessoa ética, mas o indivíduo que desempenha um certo papel no subsistema econômico⁴⁰.

Mais do que preservar bens jurídicos caros a uma coletividade indeterminada de indivíduos, a norma acima referida volta-se a uma ordenação específica de um setor da atividade econômica, em reforço a prescrições meramente administrativas e desprovidas de um substrato ético fundante. Não por acaso, desempenha uma função de regulação, ordenação ou organização, não sendo possível encontrar a seu respeito um sentimento comum acerca de sua imprescindibilidade.

A distinção entre as duas espécies delitivas baseia-se em um fundamento social e não metafísico ou naturalístico e pressupõe uma hipótese mista, que contemple, quanto à constituição e à compreensão das figuras típicas, uma referência prático-ético e uma funcional, calcadas na realidade social⁴¹.

Entretanto, se é certo que é possível distinguir, ao lado de uma zona cinza de incerteza, hipóteses claras de uma e outra modalidade de injusto, tal dificuldade não deve ser obstáculo ao enfrentamento do tema, sob pena do operador do direito se ver manietado no exercício de seu mister. E mais, a análise destas situações de aparente dúvida não busca apenas alimentar a retórica da doutrina, mas tem uma razão fundamental, qual seja, de melhor interpretar os institutos dogmáticos a elas relacionados. Mais que uma análise de mera roupagem, tem-se uma tarefa de indiscutível validade e necessidade, frente às exigências da correta aplicação da norma penal.

mandato. Ao tipo pertencem, a meu sentir, todas aquelas circunstâncias ou elementos que fundamentam o injusto específico de uma determinada figura delitiva". Cerezo Mir, José. **Curso de derecho penal español**. Parte general, II, Teoría jurídica del delito. 6. ed., Madrid: Tecnos, 1998, p. 94.

⁴⁰ DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se**>> e << **Delicta Mere Prohibita**>> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. *Coimbra: Coimbra Editora, 2008*, p. 17-18.

⁴¹ *Idem*, p. 19.

Ao revés, as dificuldades transmudam-se em molas propulsoras da investigação⁴². Ademais, o que se pretende realizar, reafirme-se, representa a determinação e comprovação de validade de critérios técnicos para utilização da clássica distinção entre *in se* e *mere prohibita*⁴³ como recurso à compreensão de problemas do Direito Penal Moderno, especialmente quanto à expansão, funcionalização e administrativização em matéria penal⁴⁴.

Mais uma vez, deve-se aqui ponderar que a tarefa de encontrar critérios técnicos não se converte em uma tarefa fácil ou livre de críticas. Embora seja possível lograr tal desiderato, necessário advertir que não existem em direito, especialmente em direito penal, critérios definidores que tragam certezas matemáticas.

Admitida a distinção *in se* e *mere prohibita*, impõe-se analisar e comparar ambos os contextos delitivos mencionados com as referências do Direito Penal, isto é, as estruturas de validade de sua intervenção, de matiz notadamente iluminista, que, ainda nos termos atuais, permanecem válidas, ainda adaptadas aos reclamos da sociedade atual. As incriminações referentes ao tipo de

⁴² De fato, “não porque isso se deva a um qualquer defeito do tema, ou do método que seguimos para o seu tratamento, mas porque se trata de um <<risco>> normal de quem lida com questões de ciência prática, argumentativa, cuja resolução não se presta a disjunções excludentes de gênero”. DIAS, Augusto Silva. << *Delicta in Se*>> e << *Delicta Mere Prohibita*>> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 46.

⁴³ Segundo Dias, “com aquela distinção sempre se pretendeu expressar uma concepção dualista do ilícito punível, a qual, numa abordagem muito elementar, diferencia entre as condutas cuja qualidade criminosa é independente de sua positivação ou tipificação legal, pois atentam contra valores fundamentais da comunidade e, por isso, são alvo de elevada censurabilidade social e de reacção pública hostil e condutas destituídas desse quadro de referência e cuja danosidade social só assume relevância penal por via de um acto de qualificação do legislador”, in DIAS, Augusto Silva. *Idem*, p. 12.

⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 121 e ss.

contrabando (art. 334-A, do Código Penal brasileiro não são justificadas nem mesmo podem ser reconhecidas à luz daquele paradigma. Ao revés, são fruto da crescente funcionalização e administrativização do Direito Penal, catalisadores da descaracterização e da perda de sentido do Direito Penal atual⁴⁵.

As estruturas de um direito penal de justiça e os tipos penais a ele referidos possuem uma natureza substancialmente distinta daqueles tipos que buscam reforço às proibições administrativas. De fato, toda a teoria penal foi concebida e desenvolvida tendo por supedâneo as incriminações mais visíveis e sentidas na comunidade, razão pela qual merece esta teoria uma releitura adaptativa quando aplicada a incriminações que traduzem o movimento de funcionalização do direito penal.

Nos dias atuais, muitos são os sistemas jurídicos estatais em que se avolumam condutas formalmente definidas como crimes, mas estruturalmente semelhantes a contra-ordenações⁴⁶, pois desprovidas de um conteúdo ético, mas moldadas segundo uma técnica de cumprimento de deveres, especialmente encontradas no direito penal extravagante ou secundário⁴⁷.

O sentido desvalioso de tais condutas esgota-se na violação de comandos ou proibições, normalmente associados a determinados regimes jurídico-

⁴⁵ DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se**>> e << **Delicta Mere Prohibita**>> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 19.

⁴⁶ No direito português, o sistema sancionatório, a exemplo de outros sistemas europeus continentais, sustenta-se em três pilares de infrações de direito público: a criminalidade tradicional (Direito Penal nuclear ou de justiça), a criminalidade específica (Direito Penal secundário, onde está inserido o direito penal econômico) e as infrações não penais como as contra-ordenações (direito de mera ordenação social).

⁴⁷ DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se**>> e << **Delicta Mere Prohibita**>> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 20-21.

públicos, que prosseguem a ordenação e o funcionamento de determinados sectores da actividade económica. Esse sentido é estranho a um entendimento de legitimidade de intervenção penal, cujo acerto tentaremos comprovar, baseada essencialmente na protecção de necessidades humanas fundamentais individuais ou colectivas. Trata-se, pois de incriminações ilegítimas. Elas merecerão da nossa parte a denominação de <<delicta mere prohibita>>, por razões que se prendem à artificialidade e formalidade dos fundamentos e dos termos da sua punibilidade⁴⁸.

Embora as contra-ordenações sejam estruturas não verificadas no ordenamento pátrio, ainda que abundantes no ordenamento lusitano, as conclusões aqui encontradas também se aplicam à realidade brasileira.

Ora, a simples positivação de uma conduta como criminosa não tem, por si só, o condão de lhe conferir eticidade, pois o conteúdo ético não surge do mero atuar formal do legislador. Ao revés, a conduta tipificada recebe as marcas social-valorativas, a racionalidade social, que ela transporta consigo. As normas jurídicas guardam vínculo estreito a normatividade social, isto é, com as regras, valores e princípios que orientam o agir nos diversos setores sociais, que, porque daquela recebem eficácia e legitimidade, a ela concedem, por outro lado, vigor e penetração, mas são inábeis a lhes modificar a natureza. Assim, ao desvalor prático-ético de uma conduta corresponde um sentido e uma estrutura de ilícito-típico e de culpa diferentes daqueles atinentes a uma conduta meramente disfuncional do ponto de vista sistêmico⁴⁹.

Em outras palavras: a atividade legiferante de previsão de tipos penais não tem o condão de, por si só, conferir conteúdo ético a condutas dele desprovidas, pois a forma não determina a substância das incriminações. Por outro lado, não se desconhece

⁴⁸ Idem, p. 22.

⁴⁹ Idem, p. 21.

que podem existir e de fato existem tipos penais mais recentes que, malgrado previstos em normas especiais, encerram verdadeiro desvalor ético.

Não há olivar, entretanto, que, mesmo no bojo da descrita “crise”, surgem e persistem incriminações cujos contornos em nada devem aos clássicos crimes de homicídio e lesões corporais, na medida em que comungam – os antigos e os recentes – do desiderato de tutela de bens jurídicos das pessoas, numa perspectiva antropocêntrica, o que reflete no plano da validade jurídico-penal e na perspectiva jurídico-dogmática⁵⁰.

É indispensável, neste momento, perquirir em que consiste o fundamento de validade jurídico-penal, ou melhor, que qualidade determinante inspira o conceito material de crime, os *delicta in se*. Para tanto, deve-se buscar a resposta no racionalismo iluminista, o qual, em seu desenvolvimento, atribuiu dupla fundamentação ao ilícito penal propriamente dito.

Por uma vertente, Carmignani entende os delitos como as ações que contrariam os princípios de ética universal e os princípios do Direito Natural, desde que haja a produção de um dano social⁵¹. Por outra, Carrara conceitua o crime como uma ação punida “em razão da sua imoralidade intrínseca ou de um dano efetivo⁵²” e Basílio Souza Pinto, em sentido análogo, para o qual somente é considerado criminoso o fato que “for intrinsecamente imoral e que pela sua transcendência na sociedade seja necessário punir: e, por conseguinte, a pena só pode ser imposta quando se derem estas duas condições⁵³”.

⁵⁰ DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se**>> e << **Delicta Mere Prohibita**>> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 14.

⁵¹ CARMIGNANI, Giovanni. **Elementi di Diritto Criminale** (tradução italiana da 5. ed.). Milão: Editora Sanvito, 1863, *passim*.

⁵² CARRARA, Francesco. **Programma del corso di Diritto Criminale**, vol. II, 9. ed. Firenze: Editora Cammelli, 1923, p. 615.

⁵³ SOUZA PINTO, Basílio Alberto de. **Lições de Direito Criminal, redigidas segundo as preleções orais do ilustríssimo Basílio Alberto de**

De logo se afirme que apesar de dissentirem em pontos secundários, as conceituações acima possuem uma linha fundamental, que será empregada neste trabalho como eixo fundamental na delimitação da validade jurídico-penal, afastando-se do logo, entretanto, o recurso à imoralidade intrínseca das condutas como baliza para o alcance daquele desiderato.

Como bem sintetiza Augusto Silva Dias, atribui-se validade jurídico-penal àquelas condutas que causam dano a certas estruturas normativas que regulam a interação social (normas, direitos e bens jurídicos), assim como importam em ofensa, como a negação do reconhecimento recíproco, a frustração de expectativas, etc.⁵⁴

A questão fulcral na identificação destas incriminações de conteúdo ético compartilhado comunitariamente reside na necessária referência à pessoa humana como objetivo de proteção e fundamento de sua validade. Quando, ao revés, a norma proibitiva nega ou afasta-se do referencial mencionado, pode ser entendida como formalmente penal, mas traz em si o reflexo da funcionalização do direito penal, qual seja, presta-se a mero reforço de proibições administrativas.

Segundo Américo Alexandrino Taipa de Carvalho, a atuação penal que situa no centro o indivíduo e limita a intervenção estatal numa ordem de direitos individuais está calcada no ideal de reconhecimento pelo ente estatal das liberdades individuais, outorgando legitimidade apenas à intervenção criminal que se mostre realmente necessária⁵⁵.

Souza Pinto e adaptadas às Instituições de Direito Criminal Português do senhor Paschoal José de Mello Freire. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1845, p. 61.

⁵⁴ DIAS, Augusto Silva. << Delicta in Se>> e << Delicta Mere Prohibita>> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 214

⁵⁵ CARVALHO, Américo Alexandrino Taipa de. **Constitucionalidade sócio-cultural do direito penal: análise histórica. Sentido e limites.** Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1985, p. 48-49.

Com estas considerações reforça-se o rechaço à pretensão meramente topográfica de distinção entre *in se* e *mere prohibita*, a qual não tem - e nem pode ter, repita-se - quaisquer pretensões de coincidência entre o direito penal nuclear e o secundário, mas assenta-se em sólidas bases materiais na interlocução do que deve e do que não deve ser considerado crime na sociedade em um determinado momento histórico⁵⁶.

A referência à contingência do conteúdo ético é mais do que necessária. De fato, embora existam valores que se pretendem permanentes ou, ao menos, duradouros, defesa da vida, da integridade física, etc., as distinções espaciais e temporais apresentam fundamental importância na definição do conteúdo ético da incriminação. Determinadas condutas tidas por intoleráveis e criminalizadas em certos Estados em dados momentos históricos (homossexualismo, adultério, por exemplo), despem-se destes contornos em outros locais e momentos.

Ocorre que, em se tratando do ilícito penal nos dias atuais, mormente sua estrutura realça fragmentações que impedem seu entendimento a partir de única teoria de validade jurídico-penal, mas demanda diferenciações projetadas pelo objeto jurídico de referência ou por próprias características quanto à punibilidade⁵⁷.

Isto porque, conforme já dito, o nascedouro e o desenvolvimento da teoria penal se operou com referência às

⁵⁶ Para Hassemer, a repressão penal deve se dirigir a comportamentos intoleráveis para uma determinada sociedade. Assim, a repressão criminal pressupõe exercícios valorativos sociais referidos à lesão ou posta em perigo de certos objetos. Tais valorações estão calcadas em três vertentes: a frequência dos comportamentos, imperiosidade de preservação do objeto tutelado e a amplitude da ameaça contra o objeto. As nuances de cada um desses fatores depende dos diferentes contextos sociais e momentos históricos. HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1984, p. 36 e ss.

⁵⁷ DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se**>> e << **Delicta Mere Prohibita**>> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 15.

incriminações do direito penal de justiça. E é natural que assim tenha ocorrido, na medida em que o movimento de aparecimento e incremento das tipificações do direito penal econômico⁵⁸ é algo relativamente recente na história do direito penal.

Ora, diante da distinção explanada, diferentes são também as consequências que as estruturas normativas esboçadas têm no plano da configuração dogmática. Se ambos os grupos delitivos gozam de validade jurídico-penal, esta ideia há de se refletir no campo da dogmática. É que esta, na qualidade de sistema prático relacionado à imputação ou atribuição da responsabilidade penal, traduz em linguagem própria e específica nas bases da referida validade a, ainda, bebe da influência dos conteúdos de significação social das condutas tipificadas. Não há que se falar em autopoiese da ciência jurídica jurídico-penal, mas em abertura de forma plural aos âmbitos de sentido social de onde emergem os comportamentos jurídico-penalmente relevantes. Assim, necessário se faz concluir a existência de diferenças em sede pré-positiva cujos efeitos se projetam sobre as categorias dogmáticas, levando à sua ressignificação⁵⁹.

Ora, é mais que natural que tais diferenças a priori, anteriores à própria tipificação, importem em repercussões relevantes na leitura dos institutos jurídicos da teoria geral do direito penal, notadamente no que atine ao dolo, à culpabilidade e ao erro de proibição.

⁵⁸ Segundo Costa Andrade, no que tange aos bens jurídicos no Direito Penal Econômico, "são eles, em grande maioria um produto histórico do intervencionismo do Estado moderno na vida econômica". ANDRADE, Manuel da Costa. "A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-lei n. 26/84 de 20 de janeiro) à luz do conceito de 'bem jurídico'", in **Direito penal econômico**. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1985, p. 93.

⁵⁹ DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se**>> e << **Delicta Mere Prohibita**>> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 22-23.

Esta diferença fundamental reverbera na configuração do ilícito-típico das duas categorias delitivas, revelando disparidades assinaláveis no plano do desvalor da ação e no do desvalor do resultado, e, por consequência, na interpretação dos tipos legais correspondentes. Nas normas de mera proibição, os bens jurídicos tutelados não apresentam inserção e reconhecimento sociais comparáveis aos clássicos *delicta in se*⁶⁰.

Ou seja, nos tipos que encerram normas de proibição, em detrimento de verdadeiras normas de conduta, não há, por parte dos integrantes da comunidade social, um consenso de reconhecimento dos bens jurídicos⁶¹ protegidos na mesma intensidade do sentimento compartilhado quando se trata das incriminações primárias. E com isso não se quer dizer que as normas de proibição não possuem utilidade, mas que são úteis no sentido de regular determinado setor da atividade estatal.

Na criação de crimes *in se*, o legislador colhe da comunidade social valores interiorizados através do processo de socialização e os transforma em bens jurídico-penais. Assim, tipo penal, norma e bem jurídico, todos devidamente relacionados entre si, ingressam no processo de formação da consciência e fortalecimento da coesão da sociedade⁶².

Neste processo de internalização do significado da conduta proibida, o cidadão atua como difusor do sentido captado e,

⁶⁰ DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se**>> e << **Delicta Mere Prohibita**>> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 22-23.

⁶¹ GOLDSCHMIDT entende não haver verdadeiros bens jurídicos nos crimes econômicos, mas simples bens materiais e sem sujeitos, destinados a servir de campo de proteção antecipada dos interesses primários, verdadeiros bens jurídicos a serem definidos pelo Direito Penal. Citado por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS em artigo escrito na obra Ciclo de estudos do Direito Penal Econômico, Coimbra, 1985.

⁶² DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se**>> e << **Delicta Mere Prohibita**>> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 586.

simultaneamente, sofre os influxos de terceiros e da própria sociedade.

A clássica diferenciação entre “delicta in se” e “delicta mere prohibita” vem sendo recorrentemente usada com várias finalidades, desde a análise jusfilosófica sobre se, de fato, existem condutas intrinsecamente más ou delitos contra o Direito Natural até o tema da teoria da lei penal a respeito da exigência de determinação e clareza da lei, ou seja, se seria possível uma orientação a priori da conduta dos destinatários, de modo a poderem ser entendidas sem necessidade de exegese, ou se o fundamento resta colhido em momento posterior, na garantia de um processo justo⁶³.

De logo, diga-se que a questão jusfilosófica da possibilidade de identificação entre condutas boas ou más, ou, ainda, valiosas ou desvaliosas, não é objeto do presente estudo. Entretanto, esta afirmação não representa qualquer juízo sobre a importância do tema, mas é consequência do corte epistemológico realizado no presente trabalho.

Ainda, a despeito da importância da distinção clássica entre crimes em si e crimes de mera proibição, a desnecessidade de interpretação da norma penal é conclusão desautorizada, ainda na hipótese de “delicta in se”.

No âmbito do direito penal, a função da interpretação é ainda mais relevante em razão da incidência do princípio da legalidade. Diante da gravidade das consequências do Direito penal, tem-se que as exigências da legalidade são especialmente estritas para o legislador, que deve ao máximo atender o princípio da taxatividade e evitar a vagueza, abertura e excessiva indeterminação dos conceitos⁶⁴.

⁶³ Idem, p. 25.

⁶⁴ DIAS, Augusto Silva. << Delicta in Se >> e << Delicta Mere Prohibita >> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 121.

Cabe ao legislador estabelecer as hipóteses em que as condutas indesejadas serão penalmente sancionadas e o faz através da criação de tipos penais. Ocorre que de nada adiante conferir ao legislador dita incumbência se, ao enunciar as normas penais, aquele se vale de expressões vagas e ambíguas e transfere, de maneira indevida e inconstitucional, a definição da conduta proibida ao julgador. No bojo da repartição dos poderes e no contexto de autocontrole daqueles, ao juiz toca a tarefa de aplicar a lei ao caso concreto, colhendo a norma geral e abstrata e realizando uma atividade de subsunção.

De fato, a exigência da legalidade em direito penal é inicialmente dirigida à atividade do legislador na criação dos tipos incriminadores, os quais devem ser redigidos de forma clara e fechada, uma vez dirigidos aos cidadãos, os quais devem saber com segurança o teor das incriminações e não serem surpreendidos em sua atuação.

Por outro lado, a legalidade lança especiais exigências também ao intérprete da lei penal. Em primeiro lugar, vinculada às garantias derivadas daquele princípio, está a proibição da analogia⁶⁵.

⁶⁵ EMENTA: "Crime de Computador": publicação de cena de sexo infanto-juvenil (E.C.A., art. 241), mediante inserção em rede BBS/Internet de computadores, atribuída a menores: tipicidade: prova pericial necessária à demonstração da autoria: HC deferido em parte. 1. O tipo cogitado - na modalidade de "publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente" - ao contrário do que sucede por exemplo aos da Lei de Imprensa, no tocante ao processo da publicação incriminada é uma norma aberta: basta-lhe à realização do núcleo da ação punível a idoneidade técnica do veículo utilizado à difusão da imagem para número indeterminado de pessoas, que parece indiscutível na inserção de fotos obscenas em rede BBS/Internet de computador. 2. Não se trata no caso, pois, de colmatar lacuna da lei incriminadora por analogia: uma vez que se compreenda na decisão típica da conduta criminada, o meio

Apesar de vetado este recurso à integração, não pode olvidar o intérprete que, de acordo com o conteúdo que se atribua aos preceitos penais, decide-se ou pode-se decidir a punição ou impunidade de uma determinada conduta. Por esta razão, tem-se que os métodos de interpretação manejados pelos demais ramos do direito devem ser utilizados com redobrado cuidado no que atine às leis penais⁶⁶.

E mais, a exegese em matéria penal deve ser sempre realizada tendo por norte a dignidade da pessoa humana e a defesa do indivíduo contra os eventuais excessos do Estado.

Existe uma distinção, ainda que tênue, na generalidade dos conceitos utilizados, os quais suscitam uma maior atuação exegética do julgador penal, e indevida generalidade ou abertura de conceitos que transforma o tipo penal em uma espécie de delegação, conferindo-se ao juiz o papel do legislador de definição do comportamento proibido⁶⁷. A primeira situação, além de relativamente corriqueira, afigura-se mesmo necessária, tendo em vista que o legislador não pode prever antecipadamente a

técnico empregado para realizá-la pode até ser de invenção posterior à edição da lei penal: a invenção da pólvora não reclamou redefinição do homicídio para tornar explícito que nela se compreendia a morte dada a outrem mediante arma de fogo. 3. Se a solução da controvérsia de fato sobre a autoria da inserção incriminada pende de informações técnicas de telemática que ainda pairam acima do conhecimento do homem comum, impõe-se a realização de prova pericial. (HC76689/PB-PARAÍBA; Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; Primeira Turma. DJ 06.11.98; p. 00003).

⁶⁶ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal. Parte General**. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanc libros, 2010, pp. 121-122.

⁶⁷ Para Eduardo Correia, ainda que se admita um tipo de injusto, com junção de elementos de tipicidade e antijuridicidade, tal circunstância não tem o condão de afastar as garantias do tipo penal em sentido estrito, como a proibição de interpretação extensiva e de *analogia in malam partem*. CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. v. II. Coimbra: Almedina, 1988, pp. 3-4.

pluralidade quase infindável de situações práticas. A segunda, ao revés, representa uma flagrante inconstitucionalidade.

Assim como interpretar representa, em síntese, aplicar a lei penal, dúvidas não restam de que a tarefa do exegeta é indispensável, ainda que se esteja diante de normas aparentemente claras de tipos penais cujos conteúdos sejam eticamente reprováveis⁶⁸.

Entender de forma diversa significa subverter uma lógica que permeia não só o direito penal, mas também os demais ramos do direito.

A principal utilização da distinção *in se e mere prohibita* até os dias atuais destina-se à elaboração de uma verdadeira teoria da justiça criminal por meio da determinação de um conceito material de delito que se entenda anterior à atividade legiferante, para, a partir de seus contornos, estabelecer os limites do que pode ser legítima e autenticamente punível, para fins de determinação do âmbito de incidência do poder punitivo estatal⁶⁹.

Veja-se que a relevância desta tarefa implica em se considerar a existência de um injusto a priori, qual seja, condutas que devem ser previstas como típicas e ilícitas, as quais são apenas “descobertas” pela atividade legislativa, que as colhe do seio da convivência comunitária.

⁶⁸ Aduz Brandão: “a interpretação e aplicação do Direito Penal não devem ser feitas de forma autista, isto é, encerradas exclusivamente na dogmática daquele Direito. Se o que se atinge no Direito Penal são bens assegurados pela Carta Política, sua aplicação e interpretação devem ser feitas em consonância com os Princípios Constitucionais. Isso importa em reconhecer que, além do caráter técnico-dogmático, o Direito Penal tem um caráter político. Ocorre que o caráter político não é inócuo; ao contrário, ele condicionará o objeto e o método do Direito Penal, fazendo com que os mesmos tenham uma relação substancial com os Princípios Constitucionais”. BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 3.

⁶⁹ DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se**>> e << **Delicta Mere Prohibita**>> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 26.

A limitação e ligação do poder estatal de definição de tipos penais incriminadores a condutas largamente intuídas como reprováveis ou imorais (independentemente do fundamento invocado por essa reprovabilidade ou imoralidade) corresponde à intencionalidade histórica da distinção. A essas ações consideradas imoralmente caracterizadas foi criticamente contraposto um conjunto de condutas destituídas dessa qualidade, de conteúdo muito variável e de denominação muito diversa: delitos artificiais, delitos políticos, infracções administrativas, contravenções e, finalmente, nos nossos dias, contra-ordenações⁷⁰.

A distinção entre *delicta in se* e *delicta mere prohibita* encontra grande relevância no debate sobre o erro de direito⁷¹ (anteriormente) e sobre o atual erro de proibição. É exatamente o que, nesta tese, interessa mais de perto.

“Este aspecto prende-se, de resto, com os anteriores, pois tendo a questão do conceito material de crime e da natureza do ilícito penal a ver com os limites da intervenção penal e estes com as áreas do consenso social sobre valores e sobre a protecção dos mesmos face a ofensa insuportáveis, em termos breves, com a experiência ético-prática acerca do punível sediada no mundo da vida social, delas se valem também os cidadãos-leigos na

⁷⁰ DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se**>> e << **Delicta Mere Prohibita**>> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 27.

⁷¹ A teoria do *error iuris nocet* calca-se na distinção entre erro de direito e erro de fato, ao atribuir relevância este para fins de exclusão da responsabilidade dolosa, dando causa a uma responsabilidade culposa em caso de inescusabilidade. Ao revés, a ocorrência do erro de direito não produzia qualquer efeito no tocante à exclusão da responsabilidade penal. CEREZO MIR, Jose. **Curso de derecho penal español**. Parte General. Montevideu: B de f, 2008, p. 835.

avaliação quotidiana do carácter proibido ou permitido das condutas”⁷².

Parece intuitivo que a baliza adotada pelos sujeitos não especializados em normas jurídicas, quanto ao que é proibido ou permitido, na vida em sociedade, está centrada na análise do conteúdo ético da ação a ser praticada. A proximidade entre as esferas normativas do direito, da moral e da ética, embora não importe em absoluta identidade entre aquelas, sempre foi utilizada para fornecer um parâmetro relativamente seguro na identificação das condutas puníveis.

De fato, à medida que o tipo penal se aproxima de conteúdos éticos sedimentados na sociedade, mais facilmente se dará sua visualização e menor será a probabilidade de um sujeito socialmente integrado agir em erro sobre a ilicitude não censurável. Por outro lado, quando a norma penal punitiva se distancia dos referidos conteúdos éticos e se justificar pela necessidade de regulação de subsistemas sociais, mais complexos serão os tipos incriminadores, com maior segregação das representações de natureza ética e, portanto, maior será a probabilidade do sujeito ignorar a antijuridicidade da conduta por desconhecer a proibição formal. Por consequência, está a teoria do erro inexoravelmente jungida às modalidades de configuração social, pré-jurídica, do ilícito criminal⁷³.

Esta conclusão, embora pareça lógica, implica em desconstruir teses anteriormente assentadas na doutrina penal. A leitura dos institutos da dogmática jurídica depende diretamente de se tratar se um tipo de direito penal de justiça ou de direito penal

⁷² DIAS, Augusto Silva. << Delicta in Se>> e << Delicta Mere Prohibita>> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 34.

⁷³ DIAS, Augusto Silva. << Delicta in Se>> e << Delicta Mere Prohibita>> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 34.

secundário. Isto porque as figuras típicas neste ramo consideradas não se brotam da necessidade social de defesa de bens jurídicos socialmente aceitos, mas importam em reforço a proibições administrativas que visam tutelar determinados setores sócio-econômicos.

As consequências desta conclusão são as mais variadas. De fato:

“Il fenomeno del moltiplicarsi del numero delle fattispecie penalmente rilevanti contraddistingue i diversi ordinamenti giuridici europei, a partire già dalla seconda metà del XVIII secolo. Esso presentò, sin dall’inizio, certamente un aspetto di carattere “positivo”, ossia quello di intervenire a prestare tutela giuridica (penale) di nuovi interessi ritenuti esserne meritevoli, in un determinato contesto sociale. Dall’altro lato però, tale fenomeno ha mostrato un ulteriore aspetto di carattere, potremmo dire “negativo”, ossia si è posto come il risultato di un lungo e complesso processo di “inflazione” della pena ed un suo utilizzo indiscriminato”⁷⁴.

A dita expansão do direito penal recentemente verificada e que causou o largo incremento de delitos de mera proibição pôs em causa o antigo princípio da *ignorantia legis non excusat*⁷⁵.

⁷⁴ C.E. PALIERO. “**Minima non curat praetor**”-**Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari**”. Padova, Cedam, 1985. Tradução livre: “O fenômeno da multiplicação do número de tipos penalmente relevantes se verifica nos diversos ordenamentos jurídicos europeus, já a partir da segunda parte do século XVII. Apresentou, de início, certamente um aspecto de caráter positivo, qual seja de prestar tutela jurídica penal de novos interesses considerados dignos, em um determinado contexto social. De outro lado, contudo, tal fenômeno mostrou um ulterior aspecto, pode-se dizer, negativo, a saber, se é tido como resultado de um longo e complexo processo de inflação da pena e de sua utilização indiscriminada”.

⁷⁵ DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se**>> e << **Delicta Mere Prohibita**>> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal

Isto porque se torna impossível ao sujeito conhecer o arcabouço normativo que prevê a infinidade de delitos atualmente previstos nos mais diversos sistemas jurídicos. Se a exigência de conhecimento da lei é uma presunção ou mesmo uma necessidade dos ordenamentos normativos, não pode ser imposta como verdade incontestável, especialmente diante da inflação legislativa verificada.

Em outras palavras, diante de proibições penais desprovidas de conteúdo ético, mostra-se necessário rediscutir conclusões aceitas pela dogmática a respeito de crimes com real desvalor ético-jurídico, especialmente o velho princípio de que o erro de direito (ou melhor, erro de proibição) é despido de repercussão no plano das consequências penais.

Por outro lado, conclui-se que a solução do problema da consciência da ilicitude⁷⁶ e, por consequência, do erro de proibição não admite tratamento uniformizado, pois dependerá do contexto de significação social do comportamento. Se, por um lado, divisam-se condutas com desvalor jurídico-penal correspondente ao nível de representações éticas e sociais aceitas em determinado momento histórico, por outro assomam comportamentos incriminados despidos daquele conteúdo, os quais demandam necessariamente o real conhecimento da proibição formal⁷⁷. Desta forma, exsurgiria um regime diferenciado para o erro de proibição com a consequente necessidade, no âmbito dos delitos de mera proibição,

Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 36.

⁷⁶ Segundo Cláudio Brandão, “a consciência da antijuridicidade vem sendo o conceito mais difícil de se estabelecer em todo o Direito Penal, todavia, apesar dessa dificuldade, ela é o elemento mais importante da teoria do delito contemporânea”. BRANDÃO, Cláudio. “A consciência da antijuridicidade no moderno direito penal”. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 136, out-dez. 1997.

⁷⁷ DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se**>> e << **Delicta Mere Prohibita**>> **Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica.** Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 36.

de que a consciência da ilicitude abrangesse também a previsão legal.

A referida necessidade de uma consciência da antijuridicidade qualificada nos crimes de mera proibição resultaria da ausência de conteúdo ético subjacente a estas incriminações. Nestas hipóteses, não há como se exigir o sujeito que tenha interiorizado, em seu desenvolvimento social, o caráter desvalioso das condutas, porque este simplesmente não existe. Assim, inviável o recurso ao esforço de consciência, posto infrutífero.

Para os romanos, vigorava a exigência do dolo normativo. Posteriormente, com o desenvolvimento da teoria psicológica da culpabilidade, a utilização da metodologia das ciências naturais implicou na retirada dos elementos normativos da culpabilidade e a consciência da antijuridicidade do dolo, resumido a mera previsibilidade acrescida da vontade de realização da conduta⁷⁸.

Sem dúvida a distinção clássica aqui trabalhada, além das inúmeras consequências apontadas, permite uma estreita ligação entre a dogmática e a filosofia jurídica⁷⁹, na definição de um conceito material de crime⁸⁰.

Um conceito substancial de delitos está diretamente vinculado a uma ação prevista em lei que lesa ou põe em perigo bens jurídicos socialmente relevantes.

Entretanto, neste passo, uma consideração merece ser feita. Muito embora a distinção dos crimes em si e dos crimes de mera proibição, consoante já se pontuou, ter buscado desvendar o

⁷⁸ JAKOBS, Günther. **Moderna Dogmática Penal**. Estudios Compilados. 2. ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2008, p. 207.

⁷⁹ Segundo Cláudio Brandão, o tema da consciência da ilicitude é um dos mais árduas da teoria do crime, na medida em que sua análise une conceitos de filosofia e de direito penal. BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 2111.

⁸⁰ DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se**>> e << **Delicta Mere Prohibita**>> **Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 36.

conteúdo essencial do ilícito penal, tal tarefa nem sempre buscou a restrição do poder punitivo estatal⁸¹.

Ou seja, a realização da referida distinção nem sempre serviu para por freio ao poder punitivo do Estado, mas ao efeito contrário.

CONCLUSÃO

O turbilhão de mudanças ocorridas na segunda metade do século XX nos mais diversos setores da convivência humana forjaram uma nova formatação de sociedade bastante diversa da anteriormente vislumbrada. Os Estados se aproximaram virtualmente, assim como os cidadãos, conectados em tempo real e com acesso à troca imediata de informações.

A este fenômeno expansionista, complexo e multifacetário Uriel Beck convencionou chamar de globalização. Ademais, no campo da economia, do meio ambiente, da produção da energia e em outras searas incrementaram-se de maneira exponencial os riscos criados às presentes e futuras gerações. A sociedade de massa revelou uma coletividade de atores/consumidores com demandas e interesses congêneres.

Referidos riscos são cada vez mais relevantes e espraiados entre todos, além de representarem indesejada consequência do desenvolvimento das tecnologias e da indústria moderna. Ademais, são também repartidos entre seus próprios criadores, na medida em que, com o passar do tempo, também estes são atingidos. Segundo Beck, nem mesmo o dinheiro e o poder são instrumentos para imunização dos seus efeitos à saúde e à economia de uma forma ampla e generalizada. Paralelamente, produzem-se desigualdades transnacionais, a polarizar os países mais abastados e aqueles ainda em desenvolvimento.

⁸¹ Idem, p. 40.

O cidadão da época do liberalismo ansiava por liberdade e proteção frente ao Estado e seus desmandos. No Estado Social, os direitos apresentam-se numa outra dimensão. Do anseio por abstenção do ente político passa-se a uma expectativa justificada de atuação positiva do corpo estatal. Avulta a importância dos bens jurídicos meio ambiente, saúde coletiva, ordem econômica e outros com feição transindividual.

Modernamente se vislumbra a atuação de uma criminalidade transnacional, perpetrada por atores dispersos em países distintos e com atuação também difusa. Assim, a aplicação do princípio da territorialidade, a demandar a intervenção do Estado apenas, em regra, quando a conduta se consuma nos limites das fronteiras nacionais, mostra-se relativizada. As organizações criminosas transnacionais despertam a preocupação do Estado em sua repressão, de modo que outras soluções são propostas e muitos são os defensores de sua legitimidade, ainda que elas se afastem do minimamente tolerável e do direito penal humanizado de raiz iluminista.

A estrutura dos referidos tipos penais foi radicalmente alterada. No afã de servir de elemento regulador do sistema econômico, abundam os tipos penais de perigo. E se antecipa o momento da punição, na tentativa de desestimular a conduta do agente causadora de perigo e, paralelamente, criar um sentimento coletivo de maior segurança.

Por outro lado, também proliferaram as normas penais em branco, espécies nas quais o conteúdo da proposição é complementado por outra, de mesma ou inferior hierarquia. Parece consequência lógica de que, por complexa e detalhada a regulação infralegal dos setores econômicos, seja esta a complementar as normas penais, cujas peculiaridades e formalidades impedem tal nível de minúcia e permanente atualização. Há ainda a referir a previsão de inúmeros crimes culposos, nos quais o resultado previsível, desvalioso e indesejado não é produzido por conduta voluntária, mas decorre da inobservância de um dever objetivo de cuidado.

A par da expansão das criminalizações, verifica-se, por outro lado, a diminuição das garantias processuais. Semelhante mudança se vê de logo em Estados punitivos, com a multiplicação e agravamento das medidas derogatórias do direito comum, como a proteção de testemunhas e algumas técnicas de buscas e revistas. Referidas garantias são mitigadas e por vezes afastadas na busca de um mais exitoso combate à criminalidade.

Assim, conforma-se um direito penal econômico, cuja definição, segundo a doutrina, é a tarefa árdua. O direito penal econômico pode ser concebido, em sentido restrito, como ramo do direito penal voltado para a regulação da ordem econômica, bem jurídico supraindividual. Por outro lado, admite-se e defende-se uma concepção ampla, a significar que os crimes econômicos são as ofensas que lesam ou põem em perigo bens jurídicos supraindividuais e de conteúdo econômico, as quais transcendem o aspecto puramente individual.

O princípio da intervenção mínima vaticina que os ditos bens jurídicos devem ser protegidos pelo direito penal, mas também do direito penal. Desta feita, se o restabelecimento da ordem jurídica afrontada se torna possível com medidas administrativas ou civis, estas são as apropriadas, descartadas as alternativas penais.

Conclui-se que a distinção entre a intervenção penal e a administrativa na tutela da ordem econômica situa-se quase que exclusivamente na natureza política da sanção cominada em cada um dos setores. É meramente formal, portanto, a distinção entre os setores de atuação, notadamente em razão da estrutura de poder encarregada da aplicação da sanção.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. “A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-lei n. 26/84 de 20 de janeiro) à luz do conceito de 'bem jurídico'”, in **Direito penal econômico**. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1985.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

BELING, Ernest von. **Esquema de Derecho Penal – La Doctrina del Delito-Tipo**. Buenos Aires: Depalma, 1944.

BRANDÃO, Cláudio. “A consciência da antijuridicidade no moderno direito penal”. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 136, out-dez. 1997.

_____. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Direta de Inconstitucionalidade nº 1.950. Requerente: Confederação Nacional do Comércio - CNC. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 3 de novembro de 2005. *Diário da Justiça Eletrônico*, 2 jun. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 76689/PB. Impetrantes: Antonio Carlos Monteiro e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Pacientes: Wilson Furtado Roberto e Luiz Alberto Leite Filho. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 22 de setembro de 1998. **Diário da Justiça Eletrônico**, 6 nov. 1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 205193/RS. Recorrentes e recorridos: Caixa Econômica Federal – CEF, André Lempek e outros. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 25 de fevereiro de 1997. *Diário da Justiça Eletrônico*, 6 jun. 1997.

C.E. PALIERO. **“Minima non curat praetor”-Ipertrófia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagattellari**. Padova, Cedam, 1985.

CARMIGNANI, Giovanni. **Elementi di Diritto Criminale** (tradução italiana da 5. ed.). Milão: Editora Sanvito, 1863.

CARRARA, Francesco. **Programma del corso di Diritto Criminale**, vol. II, 9. ed. Firenze: Editora Cammelli, 1923.

CARVALHO, Américo Alexandrino Taipa de. **Constitucionalidade sócio-cultural do direito penal: análise histórica. Sentido e limites**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1985.

CEREZO MIR, José. **Curso de derecho penal español**. Parte general, II, Teoría jurídica del delito. 6. ed., Madrid: Tecnos, 1998.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal. Parte General**. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanc libros, 2010.

CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. v. II. Coimbra: Almedina, 1988.

DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se**>> e << **Delicta Mere Prohibita**>> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. **Cuestiones acutales de Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: B de f, 2009.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1984.

HASSEMER, Wilfried; MUÑOZ CONDE, F. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valência: Tirant lo Blanch, 1989.

HEFENDEHL, Roland. **Uma teoria social do bem jurídico**. Tradução de Luis Greco. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 87, 2010.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

REALE, Miguel. **Legislação Penal Antitruste: Direito Penal Econômico e sua Acepção Constitucional**. p. 8. Disponível em <http://www.realeadvogados.com.br/opinioes/edu.pdf> . Acesso em 18/02/2015.

REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 7, n. 28, p. 116-129, out./dez. 1999

SALDANHA, Nélon. **Ordem e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SOLER, Sebastián. El llamado derecho penal económico, in **Revista Mexicana de Derecho Penal**, n. 17 (1975).

SOUZA PINTO, Basílio Alberto de. **Lições de Direito Criminal, redigidas segundo as preleções orais do ilustríssimo Basílio Alberto de Souza Pinto e adaptadas às Instituições de Direito Criminal Português do senhor Paschoal José de Mello Freire**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1845.