



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO "PROF. JACY DE ASSIS"
GRADUAÇÃO EM DIREITO

BETHÂNIA FERREIRA E SILVA

A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO: ANÁLISE DE UM
NOVO MODELO PENAL FRENTE AO MUNDO GLOBALIZADO E A SOCIEDADE
DO RISCO

Uberlândia
2022

BETHÂNIA FERREIRA E SILVA

A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO: ANÁLISE DE UM
NOVO MODELO PENAL FRENTE AO MUNDO GLOBALIZADO E A SOCIEDADE
DO RISCO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na
Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis”,
como requisito básico para a obtenção do título de
Bacharela em Direito e aprovação na disciplina de
TCC II.

Orientador: Karlos Alves Barbosa

Uberlândia

2022

BETHÂNIA FERREIRA E SILVA

A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO: ANÁLISE DE UM
NOVO MODELO PENAL FRENTE AO MUNDO GLOBALIZADO E A SOCIEDADE
DO RISCO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na
Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis”,
como requisito básico para a obtenção do título de
Bacharela em Direito e aprovação na disciplina de
TCC II.

Uberlândia, 18 de março de 2022

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Karlos Alves Barbosa
Universidade Federal de Uberlândia

Prof^ª. Dr^ª. Simone Silva Prudêncio
Universidade Federal de Uberlândia

Dedico esse trabalho aos meus queridos pais, irmãos, meu namorado que tanto amo, aos meus insuperáveis amigos da faculdade de direito de Uberlândia e ao meu cachorro, a criatura mais amável que conheci.

AGRADECIMENTOS

Desde que eu descobri que gostava de estudar e de conhecer uma imensa variedade de assuntos, meu pai, Edson e Isabel, foram os primeiros a fazerem absolutamente de tudo para apoiarem minha trajetória. Não tínhamos muito dinheiro, mas todas as vezes que precisei de coisas caras (e coisas baratas também) para a escola, os dois fizeram o um gigantesco sacrifício para que eu as obtivesse. Essa lógica foi perpetuada desde a pré-escola e perdura até os dias atuais. Para mim, é impossível mensurar o amor e sacrifício de vocês, principalmente agora, com a filha do meio concluindo o curso de Direito em um Universidade Federal.

Meus irmãos, apesar de não entenderem muito bem o que eu faço e todas as coisas que precisei sacrificar para chegar até aqui, foram dois seres humanos indispensáveis na minha trajetória. Nossas brincadeiras, risos, brigas e conversas me ajudaram a ser quem sou e me auxiliaram na definição da ideia do tipo de pessoa e profissional que pretendo ser.

Ao Lucas, meu companheiro, que se juntou a mim na segunda metade da minha graduação, mas que faz tanta diferença. Segurou os meus descontroles, desesperos e ansiedades sempre com a serenidade e o brilho no olhar que traziam-me de volta ao meu centro gravitacional. Impossível não dedicar esse trabalho a você, que me comprou tantos livros, que tantas canetas e marca-textos me deu - porque você sabe o quanto eu gosto de itens de papelaria -, que tanto me ofereceu seu ombro para chorar e me ofereceu seu ouvido e atenção para praticar minhas infundáveis apresentações sobre temas do direito (que você sequer entendia). Você é a parte mais linda da minha vida e eu te agradeço por tudo.

Ao meu cachorro, Chimbinha, que foi um companheiro essencial durante meus estudos para a OAB, que esteve comigo nas minhas aulas de inglês, da faculdade, nos meus projetos e inúmeros compromissos que precisei assumir no fim da graduação. Se eu não estivesse acompanhada do seu amor e compromisso, jamais conseguiria me despedir dessa fase com tanta gratidão e esperança, como agora me despeço. Obrigada por me ajudar a aliviar a tensão com nossos passeios e brincadeiras.

Agradeço, ainda, aos meus professores e escolas, principalmente ao Instituto Federal do Triângulo Mineiro e Universidade Federal de Uberlândia, que transformaram em realidade meus mais ambiciosos sonhos. Sem o apoio e crescimento que essas instituições me proporcionaram eu jamais poderia ter escrito tal trabalho, jamais poderia me dar ao luxo de sonhar e, sobretudo, de realizar esses anseios. Obrigada por me permitirem ser aluna cotista e fazer jus ao voto de confiança que me depositaram.

"Diante da lei está um porteiro. Um homem do campo chega a esse porteiro e pede para entrar na lei. Mas o porteiro diz que agora não pode permitir-lhe a entrada. O homem do campo reflete e depois pergunta se então não pode entrar mais tarde.

– É possível – diz o porteiro – mas agora não.

Uma vez que a porta da lei continua como sempre aberta e o porteiro se põe de lado o homem se inclina para olhar o interior através da porta. Quando nota isso o porteiro ri e diz:

– Se o atrai tanto, tente entrar apesar da minha proibição. Mas veja bem: eu sou poderoso. E sou apenas o último dos porteiros. De sala para sala porém existem porteiros cada um mais poderoso que o outro. Nem mesmo eu posso suportar a simples visão do terceiro.

O homem do campo não esperava tais dificuldades: a lei deve ser acessível a todos e a qualquer hora, pensa ele."

(Franz Kafka, Diante da Lei)

RESUMO

Diante do crescente embate doutrinário acerca da utilização do direito administrativo em complementação ao direito penal, abre-se um gigantesco leque de questionamentos confrontando essa hipótese ao renomado garantismo penal, refletido, para o objetivo do presente trabalho, no pujante princípio da legalidade, adotado na conformação do Estado Democrático de Direito brasileiro. Dessa forma, optou-se por aproximar esse debate da ótica fornecida pelo direito penal econômico, terreno fértil para o estudo do fenômeno da assessoriedade administrativa no direito penal, sobretudo com as recentes operações anticorrupção e a proeminência dos debates acerca do delito econômico nos dias atuais. Esses fatores trazem à luz a necessária discussão sobre os limites e críticas desse novo modelo penal e, principalmente, a crescente necessidade do legislador brasileiro recorrer a tal técnica legislativa, sendo utilizadas como ferramentas para o cumprimento desses objetivos de pesquisa a análise bibliográfica e jurisprudencial. Os problemas envolvendo o uso da assessoriedade administrativa não devem dizer respeito apenas aos seus confrontos com o sistema jurídico brasileiro e seu garantismo, é imprescindível que se analise seu contexto histórico sob o viés do fenômeno da globalização e da sociedade do risco, para que seja possível a total compreensão do surgimento desse fenômeno, as tendências globais que levaram ao aparecimento desse novo modelo e se a administrativização do direito penal clássico é a saída mais viável para a repressão da criminalidade econômica.

Palavras-chave: direito penal econômico, assessoriedade administrativa, globalização, sociedade do risco, novo modelo.

ABSTRACT

Faced with the growing doctrinal clash about the use of administrative law in addition to criminal law, a huge range of questions opens up confronting this hypothesis to the renowned criminal guaranteeism, reflected in the strong principle of legality and in the legacy of Civil Law adopted in the conformation of the system Brazilian legal. In this way, it was decided to approach this debate from the perspective provided by economic criminal law, fertile ground for the study of the phenomenon of administrative assistance in criminal law, especially with the recent anti-corruption operations and the gigantic scandals involving economic crime. These factors bring to light the necessary discussion about the limits and criticisms of this new penal model and, mainly, the growing need of the Brazilian legislator to resort to such a legislative technique, using bibliographic and jurisprudential analysis as tools to fulfill these research objectives. Problems involving the use of administrative advice should not only concern its confrontations with the Brazilian legal system and its guarantee, it is essential to analyze its historical context under the bias of the phenomenon of globalization and the risk society, so that it is possible a full understanding of the emergence of this phenomenon, the global trends that led to the emergence of this new model and whether the administrativeization of classical criminal law is the most possible and viable way out for the repression of economic crime.

Keywords: administrative assistance, economic criminal law, globalization, risk society, new penal model.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	HISTÓRICO DA TUTELA JURÍDICA DA ORDEM ECONÔMICA	13
3	A GLOBALIZAÇÃO E A SOCIEDADE DO RISCO COMO REFLEXOS NA CRIMINALIDADE ECONÔMICA	18
4	A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DO RISCO	24
5	A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO	29
5.1	AS LEIS PENAIS EM BRANCO	32
5.2	RUMO A UMA NOVA FORMA DE PENSAR O DIREITO PENAL	39
6	CONCLUSÃO	41
	REFERÊNCIAS	43
	GLOSSÁRIO	47

1 INTRODUÇÃO

Com a derradeira modificação do modelo de sociedade¹ experimentada a partir do século XVIII, com a migração do mercantilismo² para o capitalismo industrial³, e início do século XX, com as grandes revoluções tecnológicas e informacionais, o mundo se tornou local cada vez mais interconectado, capaz de cruzar dados, transportar pessoas e recursos quase instantaneamente, obter informações e concretizar negócios em uma velocidade nunca imaginada.

De forma simultânea, o capitalismo se desenvolveu e floresceu, gerando sementes que perduraram até os dias atuais através da teoria do liberalismo econômico⁴, cujos expoentes são John Locke e Adam Smith, e criando grandes Estados liberais, potências econômicas e detentoras de todo aparato tecnológico e informacional da atualidade.

Com o objetivo de modificação das relações comerciais e a ampliação do mercado consumidor pelo rompimento de barreiras geográficas, fervorosos esforços foram empregados na ampliação, inovação e acessibilidade do campo técnico-científico, principalmente no que se refere à rede mundial de computadores e demais aparatos digitais. Atualmente é possível abrir companhias nos mais longínquos territórios, realizar a gestão de empresas milionárias sem nunca estar presente fisicamente, fechar contratos e administrá-los com a facilidade de um clique, é

¹ Trata-se de modificação histórica a ser mais bem explorada no capítulo sobre o histórico da tutela jurídica na ordem econômica, mas em linhas gerais refere-se às alterações nas relações humanas, a forma de se comunicar e ocupar o espaço físico, de negociar, trabalhar, arrecadar bens, oferecer e adquirir serviços, entre outras inúmeras mudanças que impactaram diretamente o mundo jurídico e levaram ao surgimento de novos meios de se raciocinar o direito.

² O mercantilismo surgiu entre os séculos XV e XVIII, no período que conhecemos como Idade Moderna. Ele é considerado um conjunto de práticas econômicas adotadas pelos estados nacionais, com o objetivo de acumular riqueza e dar poder ao rei. Os principais países representantes dessa prática foram Portugal, Espanha, França, Inglaterra e Holanda (MOTA, 2018).³ O capitalismo industrial é uma nova fase de desenvolvimento econômico que surge em meio a um processo de revoluções políticas e tecnológicas, primordialmente a partir da segunda metade do século 18. Com essa nova fase é superada o capitalismo comercial, também chamado de mercantilismo. Sendo mais bem explorado no capítulo que aborda as evoluções históricas no direito penal econômico.⁴ Liberdades para o comerciante e limitação da influência do Estado nas decisões econômicas.

³ O capitalismo industrial é uma nova fase de desenvolvimento econômico que surge em meio a um processo de revoluções políticas e tecnológicas, primordialmente a partir da segunda metade do século 18. Com essa nova fase é superada o capitalismo comercial, também chamado de mercantilismo. Sendo mais bem explorado no capítulo que aborda as evoluções históricas no direito penal econômico.

⁴ Liberdades para o comerciante e limitação da influência do Estado nas decisões econômicas.

possível até mesmo acumular estrondoso capital em moeda existente unicamente no meio digital.

Essas inovações ocorreram de forma nunca vista na história do mundo: um novo modelo de negócio a ser explorado, uma nova forma de se conectar com profissional, uma nova maneira de empregar, uma nova forma de trabalhar. Em linhas gerais, a globalização foi a grande precursora dessa nova realidade, sendo que desde a Terceira Revolução Industrial – ou Revolução Técnica- Científica-Informacional -, pode-se notar esse fenômeno de forma cada vez mais evidente.

A globalização e seus avanços obrigam o operador do direito a raciocinar novas formas de tutela aos bens jurídicos que surgem com essa realidade, principalmente quando o direito penal clássico se ocupou em consolidar um sistema punitivo que prevê a sanção de pessoas físicas determináveis. No entanto, o atual cenário torna imperioso deslocar essa lógica para a sanção de pessoas jurídicas, sejam elas de direito público ou privado.

De forma inédita exsurge a matéria do Direito Penal Econômico, voltado à repressão e prevenção do delito na órbita econômica, onde muito se discute a respeito da possibilidade (ou necessidade) da utilização da assessoriedade administrativa à lei penal incriminadora, principalmente quando se tem o princípio da legalidade como princípio balizador do poder de punir do Estado, um grande arauto do Estado Democrático de Direito e elevado ao status de norma intransponível para alguns estudiosos do direito penal.

Tendo em vista a singularidade dos crimes econômicos, a contemporaneidade do surgimento da matéria e as constantes críticas doutrinárias acerca do tema, o presente trabalho debruçou-se na compreensão dos parâmetros de legalidade e nas técnicas de complementação da norma penal, além de trazer luz à reflexão do fenômeno da criminalidade sob a ótica da sociedade do risco do sociólogo Ulrich Beck, que é largamente citada nas referências legitimadoras desse novo modelo penal. Também se utilizam das concepções sobre a globalização, que contribuíram para o entendimento das verdadeiras proporções do ilícito econômico na pós-modernidade transnacional.

Nesse pano de fundo, o presente trabalho realizou pesquisa sistemática pelo método bibliográfico, reunindo as principais informações e comparando-as, na intenção de construir um entendimento analítico acerca da aplicação do direito

administrativo ao direito penal econômico e sendo abordadas as principais teorias e exemplificações no decorrer das reflexões. Não se pretende firmar entendimento sobre a viabilidade ou inviabilidade da assessoriedade administrativa, mas sim trazer à luz importantes considerações sobre o tema, especialmente ao aplicar esses conhecimentos à lógica da globalização e da sociedade de risco.

Por último, mas não menos importante, recorreu-se à técnica de pesquisa exploratório-descritiva, de modo que os instrumentos de pesquisa (materiais bibliográficos, áudios, vídeos, jurisprudência) foram avaliados de forma qualitativa para correspondência aos objetivos de pesquisa, anteriormente elencados.

2 HISTÓRICO DA TUTELA JURÍDICA DA ORDEM ECONÔMICA

Primordialmente, com o intuito de bem instruir o presente trabalho, faz-se necessário assimilar no que consiste a tutela jurídica penal da ordem econômica, até ao que entendemos na atualidade com a nomenclatura de direito penal econômico.

Historicamente, da análise do período de transição entre o feudalismo⁵ e o mercantilismo, havia uma urgente necessidade de consolidação de um forte Estado-Nacional, potente, rico e desenvolvido no contexto da monarquia, sendo seus principais objetivos o acúmulo de metais preciosos, obtenção de uma balança comercial favorável através do protecionismo alfandegário, o incentivo estatal às manufaturas e formação de colônias de exploração nos territórios recém-descobertos.

Embora as primeiras organizações pré-empresariais surgirem na época da expansão do Império Romano, onde as cidades sob o domínio de Roma perdiam a existência política, mas continuam a possuir capacidade ativa⁶, foi somente durante o período de expansão do mercantilismo, com o acentuado desenvolvimento das grandes navegações⁷ e com o aparecimento das corporações de artesãos⁸ que surgiriam as primeiras pessoas jurídicas de direito privado, sendo que anteriormente haviam aparecido apenas algumas pessoas jurídicas de direito público (RODAS, 2016).

Após o fim do período conhecido como mercantilista, emerge-se o período industrial, com grande influência das corporações de artesãos e enormes diferenças. A partir da Revolução Industrial, no século XVIII, ocorreram drásticas mudanças na

⁵ Feudalismo foi um sistema econômico, político, social e cultural que perdurou na Europa Ocidental entre os séculos V a XV, no período da Idade Média. (BASTOS, 2013, com adaptações).

⁶ Apesar desses territórios terem sido tomados por Roma e, consequentemente, tendo perdido a existência política, ainda lhes restava a capacidade privada, sendo comparado, grosso modo, a uma instituição privada com autonomia para praticar atos atinentes ao mundo jurídico (RODAS, 2016, com adaptações), domínio material sobre todo tipo de bens jurídicos envolvidos na atividade. Conforme definição do termo pela professora Roberta Mota (MOTA, 2018).

⁷ Também denominadas como Expansão Marítima, as grandes navegações consistiram no processo de exploração e navegação do Oceano Atlântico que se iniciou no século XV. Esse processo implicou no “descobrimto da América”, incluindo o Brasil (A pesquisadora, 2021).

⁸ As corporações de artesãos, apesar de terem se adequado às exigências do mercado consumidor, foram substituídas por um modelo de produção mais célere. Conforme ensina Adam Smith: um exemplo tirado de uma manufatura pequena, mas na qual a divisão do trabalho tem sido notada: a fábrica de alfinetes. Um operário não treinado para a atividade nem familiarizado com a utilização das máquinas ali empregadas, dificilmente poderia fabricar um único alfinete em um dia, empenhando o máximo de trabalho não conseguirá fabricar vinte. Agora, com a divisão do trabalho, a atividade de fabricar um alfinete, dividida em 18 operações distintas e executadas por 10 empregados, produz-se 48 mil alfinetes por dia, sendo 4.800 alfinetes por pessoa (SMITH, 2005).

organização do trabalho da população e a forma de consumo dos produtos se transformou com a produção em larga escala dos bens consumíveis, passando a serem mais acessíveis pelo baixo custo que a alta produção proporcionou.⁹ Foi com a Revolução Industrial que o comércio de produtos e serviços se intensificou, surgindo organizações próprias para o desenvolvimento da atividade econômica industrial e distanciando-se cada vez mais da figura do artesão como dono da linha de produção.

A industrialização tornou possível que se formassem as primeiras sociedades empresariais com alguma ideia de personalidade jurídica (RODAS, 2016) sendo forjadas sob o prisma da expansão do pensamento teórico do liberalismo econômico de Adam Smith, grande crítico do mercantilismo e da forte intervenção da monarquia na economia, suas ideias foram o motor propulsor do ideário da liberdade da iniciativa privada e empresarial juntamente ao filósofo John Locke, conforme cita em sua obra “A Riqueza das Nações”.

Tal apanhado histórico do início da atividade empresarial é de extrema relevância para a plena compreensão da ordem econômica enquanto objeto da tutela do direito, sendo que a atividade empresarial está intimamente relacionada à atividade econômica. Nesse sentido, o célebre mestre Gracia-Martin leciona que a economia se relaciona com frequência e de um modo típico na prática de atividade econômico-empresarial” (GRACÍA, 2003).

Apesar do anterior surgimento das pessoas jurídicas¹⁰ e da formação do Estado liberal, foi somente após a Primeira Guerra Mundial (1911 a 1918), que os governantes se viram compulsados a agir, no que diz respeito aos impactos decorrentes dos conflitos armados, visando resguardar aqueles Estados atingidos pela guerra. "Naquela época, foi necessário que existisse uma disciplina da ordem econômica, através do controle de suas operações, a fim de possibilitar um direcionamento e equilíbrio do capital industrial" (SILVA, 2014, <https://jus.com.br/artigos/27309/direito-penal-economico>).

⁹O aumento da produção e crescimento da demanda foram possíveis pelas formas de estruturação e administração inauguradas pelo novo modelo de organização das pessoas jurídicas. A cada um couberam diferentes funções, o que tornava as atividades e operações de toda empresa algo mais que a mera soma de suas atividades, fazendo com que essa estrutura organizacional demandasse de uma existência própria no mundo fenomênico (BACELAR, et al, 2020).

¹⁰ Entidade geralmente constituída por um grupo de pessoas, a quem a lei confere personalidade jurídica para atuar na ordem civil, tendo direitos e obrigações, como uma pessoa natural (GONÇALVES, 2007, com adaptações).

É através das problemáticas econômicas trazidas pela guerra - além de outros acontecimentos, como o surgimento das constituições sociais, com especial enfoque das constituições alemã e a mexicana, além da crise na Bolsa de Valores de Nova Iorque de 1929 – “foi possível que o Estado se apropriasse de uma conduta mais intervencionista para resolução das questões econômicas, introduzindo, a partir desse momento, a disciplina jurídica a respeito da ordem econômica” (SILVA, 2014, <https://jus.com.br/artigos/27309/direito-penal-economico>).

Para Antolisei, Conti e Grosso (2007), a ordem econômica, *lato sensu*, deve ser apreendida como ordem econômica do Estado, sendo abrangida pela intervenção estatal na economia, pela organização, pelo desenvolvimento e conservação dos bens econômicos - inclusive serviços -, bem como sua produção, circulação, distribuição e consumo (ANTOLISEI; CONTI; GROSSO, 2007, p. 150-151).

Contudo, “a tutela penal da ordem econômica se endereça às atividades realizadas em âmbito econômico, sobretudo as atividades empresariais” (PRADO, 2018, p. 6) sendo que, “a atividade empresarial constitui na fonte principal do domínio material sobre todos os tipos de bens jurídicos envolvidos na atividade econômica: livre concorrência, meio-ambiente, entre outros” (PRADO, 2018, p. 6).

A conceituação de ordem econômica mais ampla, trabalhada acima, abarca, também, a ordem tributária, financeira, monetária e as relações de consumo, além de outros setores, mas em todos os casos, “constitui um bem jurídico-penal de natureza supraindividual¹¹, genericamente considerado e que, por si só, não é capaz de excluir a proteção dos interesses individuais” (PRADO, 2006, p. 5-8). Nesse entendimento, o ilícito econômico surge para tutelar, em cada tipo legal, um bem jurídico específico ou em sentido estrito, partindo-se então à sistematização do direito penal econômico enquanto doutrina jurídica.

O “direito penal econômico constitui um extenso e complexo ramo do direito que goza de atualidade e interesse prático, sendo que a sua maior parte é acessória e dependente de regulamentações extrapenais”¹² (TIEDEMANN, 2009, p. 44). Seus

¹¹ As terminologias bens jurídicos difusos, supraindividuais, metas-individuais e coletivas utilizadas ao longo do presente trabalho serão usadas de forma indistinta, em apartado aos doutrinadores que buscam explicá-las de forma individualizada, pois a autora busca se referir à classe de bens jurídicos que não está contida unicamente ao indivíduo.

¹² O termo refere-se à esfera exterior à delimitada pelas leis penais, que passam por um rigoroso exame legislativo de legalidade e deve obedecer às estipulações de forma e conteúdo determinado pela

componentes empíricos e valorativo-normativos são configurados mediante normas sociais, jurisprudência e doutrina, o que torna a “maioria dos delitos e contravenções dependente do sistema, isto é, está condicionada por uma configuração do sistema econômico” (TIEDEMANN, 2009, p. 47-48).

No desenvolvimento da pós-modernidade o denominador comum é o capitalismo, sendo seus expoentes as relações comerciais e o intenso fluxo de capital em um contexto que não conhece barreiras geográficas. Por essa razão, o direito penal clássico encontra cada vez mais dificuldade em acompanhar as constantes evoluções do cenário capitalista, impulsionadas pelos avanços tecnológicos e as novas formas de negociar, que levam, por conseguinte, ao dinamismo na modificação do contexto em que os jurisdicionados coexistem ao sistema normativo-jurídico.

Tudo isso resulta numa dificuldade cada vez maior dos legisladores conseguirem se adequar ao modelo penal clássico¹³, levando-os a desconsiderarem o garantismo penal¹⁴ com a remota esperança de evitarem a insegurança social- que frutificou o termo cunhado pelo professor Jesus-María Silva Sánchez, a sociedade do medo¹⁵(SÁNCHEZ, 2001).

Como consequência das inúmeras falhas no diploma penal atual, ocorre o seu esvaziamento, uma ilegitimidade da lei penal (SOUZA, 2007, p. 26), sendo que o direito penal econômico tenta encontrar respostas aos principais problemas que

Constituição Federal. Aqui, utiliza-se a expressão para explicar que o direito penal econômico utiliza em seu universo de leis, complementações que fogem às regras impostas pelas demais leis penais.

¹³ O Direito Penal clássico, ou também nomeado de Direito Penal Liberal, surge com Beccaria, Montesquieu e Carrara como manifestação do poder de punir estatal, devendo ser utilizado de forma equilibrada e de forma que a sanção penal com manifestação na privação de liberdade seja utilizada quando estritamente necessária, essencialmente quando outros meios não forem eficazes para sanar a lesão ao bem jurídico (fala-se aqui na fragmentariedade do direito penal). Vale ressaltar que de acordo com esse modelo penal o princípio da legalidade é visto como garantia para o cidadão, visando portanto a evitar a punição arbitrária do Estado (ROCHA, 2006).

¹⁴ Garantismo penal é termo cunhado por Luigi Ferrajoli a partir de 1970, quando integrou um movimento intelectual na Itália, em reação a uma legislação penal de emergência. Desse modo, explica que a expressão sugere um sistema de contenção ao poder de punir estatal, que deve levar em consideração as regras do jogo democrático, as garantias do direito penal e do processo penal (LUCENA, 2020).

¹⁵A insegurança social é trabalhada na obra de Luciano Anderson de Souza, anteriormente citada, em que atribui aos meios de comunicação em massa a exploração da sensação de insegurança física e patrimonial. O constante sentimento é revisitado sempre que o cidadão vê a televisão, o jornal ou o computador, e acaba por resultar em um permanente estado de medo, que leva a população a desconfiar das instituições democráticas. Trata-se de um efeito em cascata, em que a insegurança leva ao medo, o medo torna-se desconfiança das instituições jurídicas (da sua efetividade e capacidade), depois surge um clamor social, que reverbera nos espaços de convivência e leva ao desesperado apelo pelo endurecimento das leis (SOUZA, 2007).

originaram essa forma de tutela jurídica, através da técnica legislativa da lei penal em branco¹⁶(FALAVIGNO, 2020). Busca-se, aqui, a prevenção e a repressão da criminalidade econômica, que possui exemplos paradigmáticos como a organização mafiosa transnacional, o financiamento de instituições financeiras com o dinheiro do tráfico de drogas (e a conseqüente lavagem de capitais), a evasão de divisas, o contrabando, entre outros (SOUZA, 2007, p. 26).

De forma introdutória, o presente tópico buscou trazer os principais dados históricos e conceituais que serão utilizados durante o texto, para que o leitor compreenda adequadamente como se desenvolveram os desdobramentos acerca da consolidação da disciplina e qual a sua correlata função junto ao sistema jurídico brasileiro.

¹⁶ A complementação do direito penal, apesar de ser termo amplo, será utilizada no presente trabalho com a finalidade de referência apenas à terminologia assessoriedade administrativa ou administrativização do direito penal, sobretudo aos estudos das leis penais em branco. A administrativização do direito penal, por sua vez, é expressão frequentemente utilizada por doutrinadores da seara penal econômica para se referir à utilização de conjunto de normas específicas do direito administrativo aplicado à lógica da lei penal, em dissociação dos parâmetros garantistas que o direito penal exige.

3 A GLOBALIZAÇÃO E A SOCIEDADE DO RISCO COMO REFLEXOS NA CRIMINALIDADE ECONÔMICA

Em correspondência ao contexto traçado em tópico anterior, serão necessárias mais considerações para o entendimento do fenômeno da criminalidade econômica, dessa vez tendo em perspectiva a alcunha inaugurada por Ulrich Beck (2011, p.12) como “sociedade de risco”, com base em sua obra de mesmo nome. Também trazendo à questão o fenômeno da globalização, de acordo com a definição do doutrinador José Eduardo Faria, cujos dizeres merecem destaque:

A globalização pode ser entendida como um fenômeno instrumentalizador de uma sociedade mundial, que apresenta como ponto fundamental a existência de um mercado global, que não conhece fronteiras. Há intensa circulação de bens, serviços, tecnologias, capitais, culturas e informações, em escala global, comprometendo-se o exercício do poder estatal. (FARIA, 2004, p. 7-13).

Com ênfase na conceituação acima é possível afirmar que a sociedade do risco e a globalização se complementam mutuamente: através da globalização foi possível a existência e manutenção de um mercado global, baseado no consumo em massa e distribuição em escala global. Atualmente, convive-se com consequências de desastres econômico-financeiros, naturais e consumeristas sem precedentes, frutos do estilo de vida pós-moderno¹⁷(SOUZA, 2007, p. 25), advindo dessa noção a concepção de sociedade do risco.

Apesar de haver críticas sobre o contexto de surgimento do termo¹⁸, a sociedade do risco desenvolve-se em contornos traçados pela globalização, que nos tempos presentes reflete-se na substituição da lógica de produção social de riquezas

¹⁷ Em correspondência ao termo cunhado por Ulrich Beck, a sociedade do risco corresponde ao rompimento da lógica surgida com o capitalismo de mercado de produção de riquezas, para a lógica de produção social de riscos com o capitalismo industrial, sendo essa mudança bem observada a partir do século XX, em que a comunidade internacional vislumbrou as malformações fetais provocadas pela ingestão do tranquilizante Contergan, a epidemia espanhola decorrente do consumo do azeite de Colza francês, o acidente radioativo de Chernobyl, e, ainda, no caso brasileiro, o derramamento de petróleo na Vila Parisi, em São Paulo (SOUZA, 2007).

¹⁸ Jorge Figueiredo Dias (1998) questiona a utilização da expressão Sociedade de Risco apenas no contexto da modernidade globalizada, sendo certo que, para ele, a sociedade sempre envolveu riscos. (DIAS, 1998). Além disso, Fernandes (2000, p. 51-52) elucida que: “O requiem pela sociedade industrial (seguido do advento do prefixo “pós” e subsequente baptismo da nossa era com esta designação) coincide com a transmutação dos riscos, de local e temporalmente localizados e definidos, em universais e de difícil delimitação temporal e, também, do aparecimento de terríveis catástrofes derivadas de, já se disse, decisões humanas”.

pela lógica da produção social de riscos (BECK, 2011), sendo que os avanços tecnológicos, grande motor propulsor da atual mudança da lógica social¹⁹, tinham como objetivo facilitar essas novas relações sociais, quando em verdade promoveram uma universalização dos riscos.²⁰

Ainda sobre a construção da ideia de Sociedade do Risco, Ulrich Beck (2011) leciona, ainda, sobre a alta aceitação da produção de riscos²¹, sejam eles sociais, ambientais ou do mercado de consumo:

Não é a falha que produz a catástrofe, mas os sistemas que transformam a humanidade do erro em inconcebíveis forças destrutivas [...], na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos (BECK, 2011, p. 8).

Tal trecho é um dos mais importantes para a compreensão da ideia geral por trás da construção da expressão e refere-se ao papel antagonista que a modernidade acabou assumindo para si: não é possível atribuir a culpa do perigo às situações externas; a modernidade se diferencia de todas as outras épocas por produzir os seus

¹⁹ De acordo com Beck (2011), o conhecimento técnico-científico, que propiciou as transformações da vida moderna, está sujeito aos padrões e conceitos voltados às variáveis políticas dominantes. Ou seja, nesse conceito, levando em consideração, também, a teoria de Max Weber sobre o conteúdo político latente da ciência objetiva, é possível afirmar que ainda que a ciência esteja respaldada no método científico, existe uma manipulação implícita que subjuga o próprio conhecimento científico, já que os próprios cientistas podem se basear em implicações políticas como parâmetros de investigação. Além disso, outro ponto suscitado pelo autor diz respeito à própria aplicação e utilização da pesquisa científica, já que os cientistas estão excluídos do uso de seus resultados e não possuem qualquer possibilidade de influência na sua aplicação. Nesse último ponto, em verdade, são os administradores, os políticos, os gestores e outros profissionais, os responsáveis pela aplicação dos resultados científicos, sendo estes profissionais também incumbidos pela produção de conhecimentos socialmente válidos na prática, o que pode, por si só, modificar empiricamente o conhecimento científico inicialmente produzido (BECK, 2011).

²⁰ Agora, mesmo com o aumento do abismo da distribuição desigual das riquezas sociais, existe uma tendência aos riscos serem universalizados. Não existem maneiras aptas a isolarem o risco a uma região, continente ou classe social, mesmo quando se utiliza um agrotóxico altamente prejudicial à saúde no Brasil, o país desenvolvido que o comprar vai receber essa toxicidade; quando houver a instalação de uma indústria altamente poluidora em um país de terceiro mundo, ainda assim pessoas ricas ou pobres, em países desenvolvidos ou subdesenvolvidos irão presenciar os desdobramentos oriundos dessa poluição. O mundo é uma grande cadeia de intrincadas ligações, não ilhas isoladas.

²¹ A alta aceitação dos riscos produzidos pela modernidade está intimamente relacionada às promessas de empregabilidade e capacitação das populações miseráveis, que se veem obrigadas a concordarem com a instalação de grandes empreendimentos nos seus entornos sob o pretenso pacto do progresso. Além disso, a própria modernidade e suas evoluções tecnológicas trazem, como consequência desse desenvolvimento, o agravamento da desigualdade social, que torna cada vez mais difícil a experiência do emprego formal e do salário-mínimo pelas populações altamente vulneráveis (BECK, 2011).²³ Para Ulrich Beck (2011), o risco pode ser entendido como a antecipação de catástrofes planetárias, e que abrangem, além dos centrais riscos ambientais, os econômicos e aqueles decorrentes do terrorismo.

próprios riscos; não é mais possível atribuir como causa do perigo o desconhecimento, a sua fonte é o próprio conhecimento; a destruição da humanidade não mais é resultado da dominação deficiente da natureza, e sim da sua dominação aperfeiçoada (BECK, 2011, p. 275, com adaptações).

Além disso, esse trecho também cita sobre as gigantescas transformações sociais de grande impacto humanitário, sendo que o autor explica a origem da escalada dessas mudanças da seguinte forma: (i) pelo conhecimento técnico-científico aplicado à lógica de servidão ao progresso; (ii) pela invisibilidade dos riscos, já que são de difícil previsão;²² (iii) pela exploração dos riscos enquanto nicho de potencial ganho econômico pelos capitalistas; (iv) pela ausência do conhecimento sobre os riscos na sociedade da vulnerabilidade socioeconômica; (v) a negação dos riscos por parte daqueles envolvidos na sua produção ou por aqueles responsáveis por sua prevenção.²³

No entendimento das causas que levaram a origem da expressão sociedade do risco, é possível que a compreensão do seu potencial destrutivo seja aplicada no campo econômico, principalmente quando se parte da análise da distribuição dos riscos no capitalismo pós-moderno.²⁴ Hodiernamente, a modernização é uma condição de existência do próprio modelo de capital em voga e, conseqüentemente, essa modernização, conforme anteriormente abordado, é condição para a assunção de riscos. Na sociedade do consumo, “os riscos são tratados como grandes negócios, insaciáveis para os capitalistas envolvidos na cadeia produtiva dos bens e valores, independente do campo de satisfação das necessidades humanas mais básicas” (BECK, 2011, p. 28).

Na predação capitalista pela busca incessante do capital, as especulações imobiliária e financeira são cenários perfeitos para grandes desastres econômicos,

²² No risco, o passado perde o seu poder de determinar o presente. É o futuro, algo que é construído, não existente, que constrói o presente, e os riscos são sempre locais e globais, assumindo uma dimensão transescalar (MENDES, 2016, p. 23).

²³ Para melhor compreensão, acrescentam-se as cinco teses do surgimento dos riscos na sociedade globalizada pós-moderna do autor Ulrich Beck.

²⁴ Serão utilizadas as expressões capitalismo pós-moderno, sociedade do consumo, capitalismo industrial e era da modernização em equivalência, para trazer a concepção da realidade atual: a era dos megaempreendimentos, das grandes catástrofes, dos novos bilionários da tecnologia, da especulação do mercado de capitais digital, da nova organização da lógica trabalhista, entre outras modificações que fazem dessa era a da Revolução Técnico Científica.

que impactam diretamente o mundo todo, mesmo em locais onde essa prática esteve longe de ser praticada²⁵.

Nesse sentido, a história recente conseguiu comprovar em rica exemplificação - como na crise de 1929, na crise de 1997 dos países asiáticos e a crise da bolha imobiliária de 2008 - que quando as crises econômico-financeiras atingem uma região estratégica no globo, o mundo todo participa da assunção das consequências: o encarecimento de bens de consumo, o desemprego em massa de trabalhadores, fechamento de estabelecimentos comerciais sem o fôlego do acúmulo de grandes somas de capital (micro, pequenos e médios negócios), a retração das faixas de renda, sobretudo da classe média para a classe pobre e da classe pobre para a extrema pobreza.

No contexto da exploração dos riscos e dos impactos dessa produção de desastres na sociedade, origina-se a expressão mencionada anteriormente, extremamente plausível para a explicação do fenômeno da assessoriedade administrativa pelo direito penal econômico: a sociedade do medo. Esse termo se vincula a vitimização social²⁶ causada pela mídia de massa e refere-se às formas em que os meios de comunicação encontram audiência na superexposição do ato criminoso. Dessa forma, essa exposição acaba contribuindo para uma sensação de insegurança generalizada e na crescente demanda popular pela aprovação de normas penais capazes de reprimir a criminalidade que se alastra através dos meios de comunicação.

²⁵ Vide a crise de 1929 nos EUA, onde a exportação de bens consumo à Europa decaiu após a Primeira Guerra Mundial, o que levou à desconfiança dos investidores da Bolsa de Valores de Nova York e a retirada em massa de investimentos, levando ao famoso *crash* que perdurou até 1933 com o New Deal. A especulação financeira levou à crise de 1977 dos Tigres Asiáticos, sendo necessário que reduzissem suas moedas de circulação pela fuga de capital externo e criando uma crise financeira sem precedentes. Com a oscilação da Bolsa de Valores de Hong Kong, fábricas fecharam, o desemprego aumentou e a inflação disparou, além de ter afetado as bolsas de valores de diversos países. Outro exemplo marcante foi a crise de 2008, chamada também de *Subprime*, onde sua base foi no mercado imobiliário dos Estados Unidos. Em um cenário de oferta de financiamentos sem garantia de pagamento, houve um grande aumento na inadimplência dos financiamentos imobiliários no país. A consequência foi a falência de grandes instituições financeiras, levando a implicações no restante do mundo.

²⁶ Parte da consideração de que a presença da violência nas sociedades é constante e não se modifica, alterando-se apenas a predisposição do sujeito para percebê-la. Assim, afirma, “fenômenos violentos impregnam com muito maior intensidade que antes nossa capacidade de percepção social e cultural [...] as possibilidades de dramatizar a violência [que chega ao conhecimento do cidadão pelos meios de comunicação de massa] e de politizá-la são extraordinariamente grandes” (SOUZA, 2007, p. 58 apud HASSEMER, 1999, p.39).

Precisamente quanto ao delito econômico, quando se trata de grandes escândalos que envolvem banqueiros e bancos, grandes empresas de capital milionário e seus dirigentes, ou ainda, políticos, a mídia extirpa cada gota de acontecimentos capazes de ensejar uma grande manchete jornalística. Para o pesar dos princípios de direito penal, isso significa essa pressão midiática leva à "aprovações apressadas de leis penais de perigo abstrato e da constante utilização da técnica legislativa de leis penais em branco, além de outras técnicas de reenvio normativo" (FALAVIGNO, 2020, p. 35).

De fato, a sociedade do medo é corroborada com grande incentivo da mídia, mas não sozinha. As notícias viralizadas e recorrentemente reproduzidas nos canais de comunicação são frutos da interconexão propiciada em um cenário que a realidade social não mais encontra barreiras geográficas. Para o autor Faria (2004, p. 61-62) "o fenômeno da globalização atua com uma capacidade social sem precedentes de integração transnacional nos âmbitos econômico-financeiro, informacional e tecnológico", sendo que:

O que parece ser realmente novo é sua aplicação a um inédito processo de superação das restrições de espaço pela minimização das limitações de tempo, graças ao vertiginoso aumento da capacidade de tratamento instantâneo de um gigantesco volume de informações; a um fenômeno complexo e intenso de interações transnacionais, onde a empresa privada progressivamente substituiu o Estado como ator principal, criando algo qualitativamente diferenciado de quase tudo o que teve até agora em matéria de ordenação socioeconômica e de regulação político-jurídica; à avassaladora dimensão alcançada pelos movimentos transnacionais de capital, especialmente o financeiro; e à formação de uma hierarquia dinâmica de acesso e trocas desiguais entre os fatores de produção com amplitude mundial (FARIA, 2004, p. 61-62).

Em suma, a transnacionalidade é circunstância e consequência do próprio desenvolvimento do fenômeno da globalização. Inicialmente, buscou-se na órbita econômica a derrubada de barreiras entre os mercados produtores e consumidores, livrando-se, assim, dos impeditivos causados pelo deslocamento físico de pessoas, mercadorias e recursos, mas, em longo prazo revelou problemas desconhecidos no terreno da regulação jurídica, como o controle de transações comerciais, contratos de grande importância mundial sendo firmados à distância, enormes quantias de bens e valores sendo deslocados virtualmente.

“Essa integração causou uma séria dificuldade de acompanhamento e regulação dessas atividades pelo poder público e pelo próprio sistema normativo” (SOUZA, 2007, p. 61), sendo que, de maneira lógica, cedo ou tarde surgiriam questões acerca da ausência de repressão e prevenção de crimes envolvendo a transnacionalidade e esse novo modelo de economia. Tal questão é em demasiado complexa e pela própria complexidade das circunstâncias o legislador encontra dificuldades na estipulação de tipos penais que envolvam a lógica dos rompimentos dos limites geográficos.

Em resumo, o presente capítulo objetivou explicar como a tutela penal econômica surge em um cenário cujos impactos e modificações da ordem anterior ocorrem em velocidade e intensidade muito superiores à capacidade do ordenamento jurídico em acompanhá-las.

Nesse entendimento, o direito penal econômico objetiva exercer a tutela jurídica sob a ordem econômica de maneira a abarcar as complexidades inerentes ao tema, combinando o uso da complementação pelo direito administrativo, sendo aqui, reservadas várias críticas a esse formato.²⁷

²⁷ Tais críticas serão mais bem trabalhadas nos capítulos posteriores, onde serão trazidos os trabalhos de vários autores que se debruçam à temática, principalmente no que se refere ao esvaziamento da norma penal, o seu confronto com o princípio da legalidade e a efetividade da utilização de tais técnicas de reenvio normativo na repressão e prevenção do delito econômico.

4 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DO RISCO

Em conformidade às noções trabalhadas em capítulos anteriores, a sociedade do risco e a realidade da pós-modernidade tecnológica promovem a ruptura da lógica social anterior, trazendo à tona uma rápida escalada da noção do risco pelo cidadão comum, sobretudo pela concretização dos riscos através dos graves desastres e crises exibidos pela mídia. Nesse sentido, os autores Hassemer e Conde (1994):

[...] causa direta dos novos riscos advindos principalmente a partir da segunda metade do século XX, causando muitos questionamentos na doutrina. É bem de ver que o homem, em sua vivência em sua comum, sempre se viu deparado com inúmeros riscos; mas, por igual, inegável é que, principalmente a partir da segunda metade do século XX, com o advento de novas situações de risco, foi ele também submetido a uma inesperada vida mais perigosa. Na Europa, por exemplo, verificaram-se situações paradigmáticas, como o desastre de Chernobyl ou as dramáticas ocorrências relativas ao Contergan, Lederspray ou do Azeite de Colza. Em particular no Brasil, de se notar além dos inúmeros desastres naturais como os referentes a derramamentos de petróleo, a catástrofe ocorrida na Vila Parisi, em São Paulo (HASSEMER; CONDE, 1994, p. 49).

No estudo do capítulo três, apesar de ser possível a delimitação dos conceitos de sociedade do risco e globalização, não foi traçado o significado valorativo da noção de risco. Tal caracterização foi reservada para o presente capítulo por ser expressão que carrega consigo a razão dos elementos justificadores para a expansão da tutela penal nos dias atuais, sendo que José Francisco de Faria Costa leciona a situação de risco como “nos colocarmos em uma atitude intelectual que assuma projectivamente os dois resultados (o positivo e o negativo)” (COSTA, 1991, p. 25-30).

Nessa mesma conceituação, Souza (2007) afirma que a situação de risco pode ser entendida como uma contraposição entre uma situação quo ante positiva, sem dano específico, e uma situação posterior de cunho negativo, causada por uma decisão racional²⁸, cujo dano é provável ou já tenha se concretizado:

Apenas o risco - que gera insegurança - é suficiente para que os cidadãos ameaçados clamem por proteção. Em vista disso é que já se afirmou que o

²⁸ O sociólogo Niklas Luhmann foi o responsável por diferenciar as noções de risco e perigo, afirmando que o risco se atrela a uma decisão racional, ainda que se desconheçam suas consequências, enquanto a ideia de perigo liga-se a um dano eventual decorrente de uma causa exterior sobre a qual não se tem domínio. (LUHMANN, 1996, p.12).

discurso do risco começa ali onde a crença na segurança termina (SOUZA, 2007, p. 108).

O risco é o elemento central na concepção de insegurança pós-moderna. Essa nova realidade insegura assume novos contornos em que são constantemente noticiados acidentes aéreos, ferroviários e rodoviários, derramamentos de petróleo, a extinção de diversas espécies de animais, afetando o equilíbrio dos ecossistemas, o rompimento de barragens de rejeitos que extinguem cidades inteiras, os grandes desastres econômicos causados pela especulação de grandes empresas do setor financeiro, os escândalos de corrupção envolvendo dinheiro público que vitimam países e cidadãos ao redor do globo.²⁹ Com isso, a terminologia “sociedade do medo”, citada no capítulo anterior, assume o posto de legitimação de um direito penal cada vez mais expandido.

A expansão do direito penal é tema caro aos estudiosos do direito penal, já que se refere ao atendimento do clamor social, fruto da própria condição de vitimização da sociedade do medo, pelos governantes e legisladores, responsáveis pelo recrudescimento penal através da supressão de direitos e garantias penais e processuais penais através de um discurso recriminador em perfeito molde à propaganda política de repressão do crime.³⁰

Desse crescente clamor social, é possível observar que existe uma tendência global ao recrudescimento das normas penais, sobretudo adotada após os anos 70, em que o governo do presidente Richard Nixon baseou sua política criminal na guerra às drogas e na repressão ao crime organizado, influenciando, posteriormente, governos no mundo todo a adotarem a mesma posição punitivista enquanto máxima expressão da política criminal.³¹

²⁹ A corrupção corporativa e governamental assume contornos desastrosos na sociedade globalizada e transnacional, principalmente quando se tem em mente os acontecimentos que originaram a operação Lava Jato, no Brasil, e o caso do fundo bilionário 1MDB da Malásia, envolvendo o governo malasiano e o banco Goldman Sachs.

³⁰ Vários chefes do poder executivo de diferentes países utilizaram-se do discurso da repressão à criminalidade como propaganda política, pois este é um recurso altamente rentável do ponto de vista da obtenção de votos na sociedade do medo. Alguns exemplos daqueles que se utilizaram desse recurso são: Jair Bolsonaro, Jânio Quadros, Emílio Médici, nos discursos brasileiros de combate ao crime de maior expressão, e, nos Estados Unidos, com políticas de repressão ao crime, os seus maiores expoentes são Donald Trump, George W. Bush, Ronald Reagan e Richard Nixon. A 13ª EMENDA. Ava DuVerney. Ava DuVerney e Spencer Averick. Netflix, 2016. Documentário (100 min). Disponível em: <https://www.netflix.com/search?q=emenda&jbv=80091741>. Acesso em: 24 fev. 2020.

³¹No caso brasileiro, em específico, a criminalidade é tema recorrentemente revisitado pelo legislador, sendo que em 24 de janeiro de 2020 aprovou-se o dito Pacote Anticrime, Lei nº 13.964/2020, para fins

Na órbita do recrudescimento das leis penais, diversos países do mundo, principalmente os latino-americanos, ao se depararem com o crime organizado e sua ascensão espelharam-se, em demasia, na gestão da criminalidade desenvolvida nos Estados Unidos, que havia sido exportada para o restante do mundo desde a guerra às drogas em 1970 e com a lei do “three strikes out”³² na década de 90. Os governantes responsáveis pela aplicação das políticas de endurecimento conferiam um ar de legitimidade às medidas tomadas através da apresentação de dados imprecisos e manipulados^{33 34}, o que poderia contribuir ao apoio popular e a aderência de nichos da sociedade a esse tipo de discurso.³⁵

Com a ajuda dos meios de comunicação e de camadas populares específicas, como a classe média, a América Latina aderiu ao discurso simplista e autoritário norte-americano, impondo o que Zaffaroni chama de “autoritarismo cool na América Latina” (ZAFFARONI, 2006, p. 70-72). Sendo que o referido autor ainda explica:

Nestas sociedades, a polarização de riqueza acentuada pela economia globalizada deteriorou gravemente as classes médias, tornando-as anômicas. Isso as leva a exigir normas, embora sem saber quais. São anômicos patéticos, que clamam por normas e, desconcertados, acabam

de aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal. Dita lei compilou diversos projetos legais, contendo contradições, pois enquanto expande possibilidades de acordos de não persecução penal, aumenta o tempo de cumprimento de pena. Ainda, cria hipóteses de prisão preventiva obrigatória, em contradição aos objetivos da recente Lei nº 12.403 de 2011 — que criou as medidas cautelares alternativas e a recente audiência de custódia. (FALAVIGNO, 2020).

³² A lei dos “three strikes out” foi aprovada na década de 90 e trouxe a máxima expressão do punitivismo penal nos Estados Unidos, em que consistia no afastamento definitivo do convívio em sociedade da pessoa com mais de duas condenações criminais através da prisão perpétua - mínimo de 25 anos de prisão. Tal política foi adotada em conformidade às posições adotadas por governantes anteriores no recrudescimento da lei penal nos EUA e no mundo.

³³ Essas medidas, principalmente no contexto estadunidense, se referem às apreensões em massa de populações vulneráveis que possuíam qualquer tipo de envolvimento com o tráfico de drogas ou crimes patrimoniais, inclusive comparando o traficante que vendia 5 gramas de maconha na esquina da sua casa a um traficante de 400 quilos de cocaína em um avião internacional.

³⁴ Em contrariedade aos dados estatísticos positivos na diminuição da criminalidade, levantados pelos políticos interessados na aprovação legislativa da referida lei, Stolzenberg e D'Alessio (1997) realizaram um importante estudo sobre o impacto da lei “three strikes out”: “Com base em dados mensais das 10 (dez) maiores cidades da Califórnia, os autores observaram que a legislação rigorosa no caso de tripla condenação não causou a diminuição da ocorrência dos crimes mais graves e, muito menos, das infrações de menor potencial ofensivo. Além disso, os autores apontaram que o efeito da legislação penal mais severa foi inconclusivo em nada menos do que 09 (nove) das 10 (dez) cidades californianas analisadas.” (CABRAL, 2010).

³⁵ As classes médias são verdadeiro motores propulsores movidos à indignação pelos alarmantes níveis de criminalidade, sobretudo em países latino-americanos, que experimentam desde os primórdios uma alta desigualdade social, somados a uma polarização econômica e crescente sensação de insegurança advinda da globalização, tornando ainda mais aceitável o discurso de vingança através de penas cada mais duras e a destruição dos valores democráticos.

estrincheirando-se atrás do discurso autoritário simplista e populista do modelo norte-americano, que aparece com o prestígio de uma sociedade invejada e admirada. Esse discurso permitirá um maior controle sobre estas mesmas classes médias, especialmente porque são naturais provedoras de futuros dissidentes (ZAFFARONI, 2006, p. 71-72).

Em conformidade ao entendimento exposto anteriormente, no contexto brasileiro a tendência de expansão do direito penal é observada, conforme entendimento de Ana Carolina Carlos de Oliveira (2012):

A expansão do Direito Penal no Brasil evidencia-se especialmente pelo acréscimo do número de leis, sobretudo na legislação especial e, também pelo agravamento das penas previstas para delitos já existentes. Essa tendência é identificada também no atual Projeto de Código Penal (236/2012). (OLIVEIRA, 2012, p. 160-175).

A expansão da tutela penal é mais precisamente sentida através da “criação de bens jurídicos coletivos, da implementação de leis criminais decorrentes de bens jurídicos coletivos, da implementação de leis criminais decorrentes de tratados internacionais e com o crescimento de tipos em áreas específicas” (FALAVIGNO, 2020, p. 103 apud OLIVEIRA, 2012, p.160-175), como o direito penal econômico aqui trabalhado.

Através do trabalho conjunto de legisladores, magistrados e doutrinadores do direito penal, foi possível que instalasse no Brasil (e no mundo, mas aqui não entraremos nos pormenores dos sistemas penais de outros países) um conjunto de práticas que visam a flexibilização de critérios de interpretação e imputação em Direito Penal, permitindo que soluções teóricas possibilitassem a incorporação de novos tipos penais e modelos que não se enquadrariam nos padrões tradicionais, como a responsabilização penal de pessoas jurídicas.

A realidade hodierna do direito penal econômico mostra-se desanimadora: criminaliza-se mais e de pior forma. A tutela penal toma proporções gigantescas, “e quando tudo é criminalizado, nada mais é criminalizado com seriedade” (FALAVIGNO, 2020, p. 104). O atual estágio da política criminal brasileira apresenta exatamente esse formato, uma postura criminalizadora, sem que seja possível vislumbrar objetivos claros para resolução do sério problema criminal que assola o país, a ausência de estudos de impacto prévio e posterior da aplicação dessa nova lógica de direito penal,

a impossibilidade de se determinar alguma finalidade do uso frequente de tipos penais em branco e sem a guarida determinada pelo processo legislativo.

Rememorando o trabalho realizado por Ulrich Beck (2011), é possível traçar que a gritante necessidade pela punição (e seu conseqüente descompasso na desconsideração das instituições do Estado Democrático de Direito) advém da noção do risco. Por sua vez, a correta gestão desse risco representa o maior desafio da realidade atual, sendo que para a adequada gestão do risco é imperiosa uma legislação eficaz e forte participação e controle social, sendo necessário que as instituições democráticas se revistam de um importante participativo e colaborativo (BODNAR, 2014). Nesse contexto, seguindo o posicionamento de Beck (2011), não é possível evitar o risco, pois ele é intrínseco à natureza do atual estado de desenvolvimento da sociedade, no entanto, pela promoção da reflexão sobre o risco é possível implementar a gestão dos riscos intrínsecos à sociedade atual.

Mas por que a gestão adequada do risco, a utilização exacerbada e incorreta de normas penais de tipo aberto (ou leis penais em branco) e o direito penal econômico possuem ligação? As lições aprendidas com o sociólogo Ulrich Beck (2011), revelam a imperiosa necessidade da reflexão sobre os riscos da sociedade pós-moderna essa reflexão deve vir, necessariamente, acompanhada de mecanismos capazes de realizar a efetiva gestão desses riscos, mecanismos estes firmados na transparência, no acompanhamento pela participação democrática e no fortalecimento das instituições. A efetividade na gestão dos riscos pode, conseqüentemente, evitar ou ao menos diminuir a ocorrência de grandes desastres na órbita da criminalidade, não só econômica, mas em todas as áreas especializadas do direito penal que hoje em dia se utilizam da excessiva utilização de leis penais em branco, mas isso será tema para o próximo capítulo.

5 A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

No atual patamar de desenvolvimento da humanidade, o progresso passa a ser a característica mais importante para definição da pós-modernidade. Quando o progresso é necessariamente a meta a ser atingida, países desenvolvidos e subdesenvolvidos necessitam buscar a superação das barreiras que limitam esse objetivo.

Nesse cenário surgem as dificuldades dos governantes, magistrados e doutrinadores na busca pelos métodos mais eficazes na tutela dos novos bens jurídicos, ameaçados pelo progresso a qualquer custo. Nos países em desenvolvimento, como o Brasil, a urgência pelo progresso, na busca de alguma competitividade mercadológica com os demais países, acaba por deixar esse desenvolvimento interno ainda mais desordenado, causando grandes impactos no campo jurídico.³⁶

No sentido da busca pelo progresso a qualquer custo, o Estado se vê refém dos anseios populares pela aprovação de leis cada vez mais duras e de caráter cada vez mais amplo, sendo trazida tal questão pela professora Chiavelli Facenda Falavigno, em citação ao professor Andreas J. Krell (2004):

Esses *standards* legais têm por função impor metas, resultados e fins para o próprio Estado, sem especificar os meios pelos quais devem ser alcançados, concedendo ao Poder Executivo uma larga margem de discricionariedade. Para realizar essa abertura, muitas leis utilizam conceitos vagos e fluidos, que conferem à Administração um âmbito de responsabilidade própria para avaliação para avaliação de questões técnicas, políticas, valorativas, a ponderação de interesses e contraditórios ou a apreciação de evoluções futuras. (FLAVIGNO, 2020, p. 105 apud KRELL, 2004, p. 19).

A partir de então se extrai a noção inicial sobre a administrativização do direito penal, ou assessoriedade administrativa, que, em interpretação da teoria do professor

³⁶ Deixa-se de notar o cumprimento de requisitos materiais para a aprovação das leis penais, ou seja, apesar do processo legiferante ser formalmente legítimo (com o devido quórum de deputados e senadores votantes, aprovação do projeto de lei pela maioria delimitada em lei, regular trâmite na câmara, senado e posterior sanção presidencial), a lei aprovada pode ser amplamente discutida por aparente ilegalidade em seu conteúdo. No contexto do direito penal econômico, nota-se que as normas em voga necessitam de constante complementação por parte dos órgãos administrativos, a exemplo do Banco Central, que ficam a cargo da definição de conceitos que influenciam diretamente na aplicação da norma penal, em direta afronta ao processo legislativo do direito penal garantista.

Sanchez (2001), pode ser entendida como sendo o resultado de impulsos sociais realizados através da perspectiva do Direito Administrativo, extinguindo as delimitações protecionistas do Direito Penal clássico, gerando, portanto, um Direito Penal voltado à prevenção e à gestão dos problemas coletivos, como verifica-se no direito penal econômico.

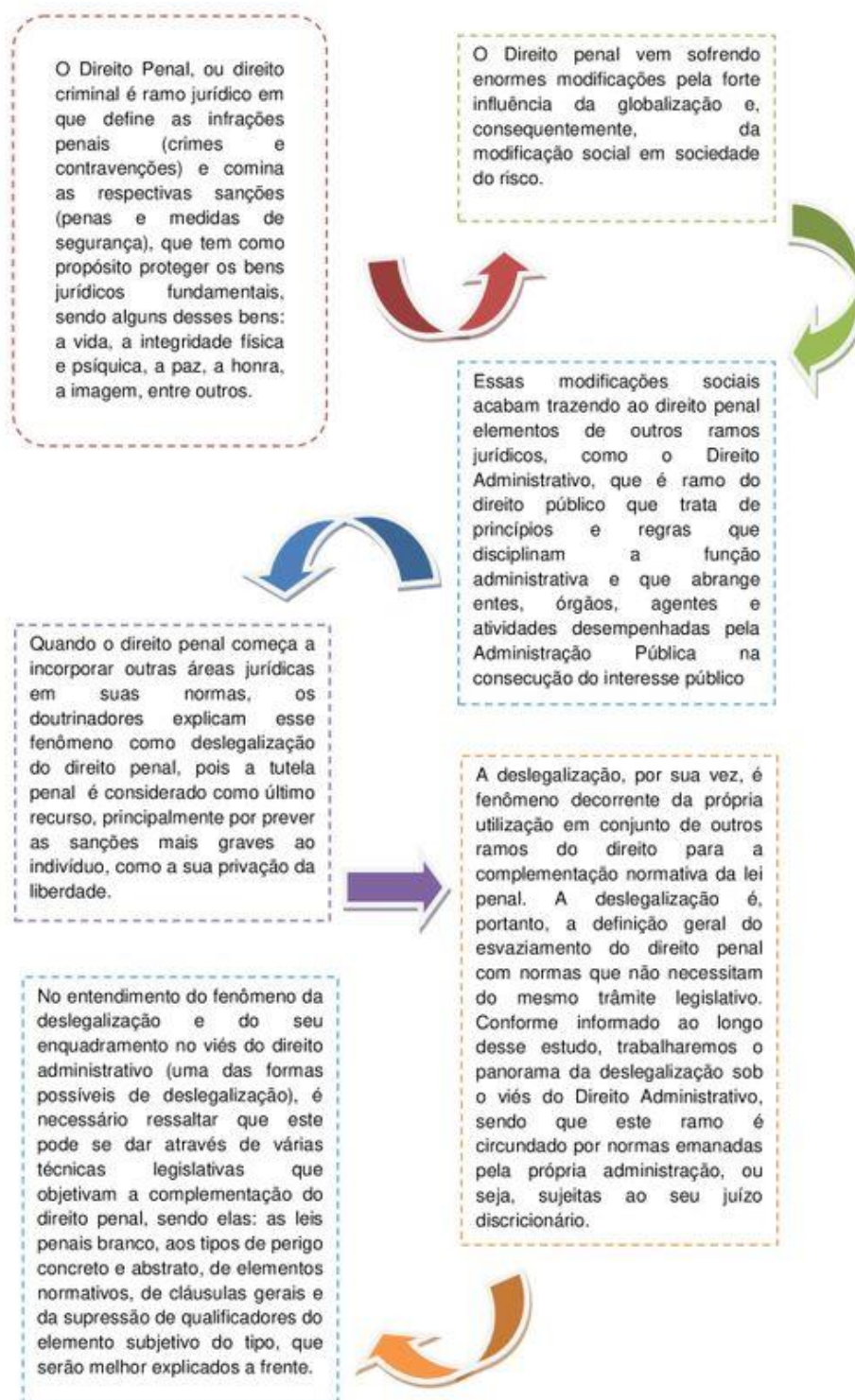
Do ponto de vista da administrativização, é importante salientar que a doutrina distingue o ilícito penal do ilícito administrativo: “Enquanto o primeiro se refere à lesão de um bem jurídico de interesse relevante para a sociedade, o segundo se refere à lesão de uma ordem legal imposta aos cidadãos, porém, de conteúdo valorativamente neutro”³⁷. (MACHADO; GIACOMO, 1998, p. 5).

No entendimento da administrativização do direito penal, é necessário que o leitor compreenda que essa teoria é antecedida por um fenômeno mais amplo, chamado deslegalização, sendo que este último pode abranger outros ramos do direito, além do direito administrativo. Além disso, a própria noção de administrativização se refere à complementação normativa do direito penal pelo direito administrativo, podendo abarcar várias técnicas legislativas além da trazida à reflexão, denominada lei penal em branco.

As referidas técnicas serão aqui citadas e brevemente explicadas, mas não serão aprofundadas pelo nível de complexidade da matéria e por não ser necessário seu manejo, tendo em vista que o instituto das leis penais em branco consegue suficientemente explicar a administrativização, tomando por base apenas o surgimento de um novo modelo penal no direito brasileiro. Para melhor compreensão, a seguir será introduzido um breve esquema (figura 1), que ilustra as terminologias aqui utilizadas:

³⁷ Do ponto de vista do direito penal, somente os bens jurídicos de alto grau de importância na sociedade são passíveis da tutela penal, como exemplo de bens jurídicos de alto valor: a vida, o patrimônio móvel e imóvel, a fé pública (surgem então os tipos penais que vedam os crimes contra a administração pública), entre outros bens jurídicos sujeito à tutela penal. Já os bens jurídicos sem valor jurídico do ponto de vista da tutela penal, mesmo não estando sob essa salvaguarda, ainda podem estar sujeitos à tutela de outros ramos do direito, como o direito administrativo ou o direito civil: dívidas não pagas, contratos não cumpridos, e assim por diante. Significa rememorar os primordiais ensinamentos sobre a teoria do direito penal, em que o direito penal significa *a ultima ratio* da tutela jurídica.

Figura 1



Fonte: A autora (2022).

No direito penal econômico essa administrativização pode ser observada em “função da constante mutabilidade de políticas econômicas, ou da grande quantidade de órgãos responsáveis por investigar e manter dados atinentes a transações financeiras, como bancos, empresas, conselhos, etc” (FALAVIGNO, 2020, p. 73). Desse modo, nos delitos econômicos existe um tratamento diferenciado, sendo que as técnicas utilizadas na tipificação desse tipo de crimes voltam-se às leis penais brancas, aos tipos de perigo concreto e abstrato, de elementos normativos, de cláusulas gerais e da supressão de qualificadores do elemento subjetivo do tipo.³⁸

Dessa forma, para melhor referenciar o presente estudo, cabe o aprofundamento da técnica legislativa das leis penais em branco, exaustivamente mencionada nos tópicos anteriores, utilizadas na conformação do sistema que se compreende como administrativização do direito penal. Será utilizado como referencial teórico para a problematização da supramencionada técnica o trabalho da professora Chiavelli Fazenda Falavigno, na obra “A deslegalização do Direito Penal”.

5.1 AS LEIS PENAIS EM BRANCO

Introdutoriamente, antes que o leitor compreenda o que é lei penal em branco, é necessário que compreenda o que é lei. A lei é a regra jurídica escrita, positivada, instituída pelo legislador em efetivo cumprimento de seu mandato outorgado democraticamente e após o regular processo legislativo.

A lei, por sua vez, encontra divisões quanto a sua natureza, que pode ser incriminadora ou não incriminadora:

As leis incriminadoras são aquelas que possuem a função exclusiva de punir àqueles que violam suas proibições, enquanto as leis não incriminadoras possuem caráter permissivo, explicativo ou complementar, podendo ainda

³⁸ Em breve explanação dos mestres GUARAGNI, BACH e SOBRINHO (2021), essas técnicas legislativas podem ser entendidas como: “Dogmaticamente, sem exceção, estas categorias levam a tipos penais com problemas - reais ou aparentes - de integração. Nas normas penais em branco, o branco deve ser integrado por outra norma. Os tipos abertos exigem fechamento pelo intérprete. Os elementos normativos invocam juízos de valor cujo exercício é cometido ao juiz, bem como à ação do agente ministerial, quando da narrativa do fato na denúncia. Por fim, a remissão a um ato administrativo concreto evoca a existência - ou não - de um ato integrador proveniente do Poder Executivo. (...) Por hora, interessa salientar o ponto comum: para todas as categorias dogmáticas citadas, ainda que de modos diversos e a partir de momentos distintos, a tipificação de uma conduta impõe a necessidade de evocar elementos não contidos, decisiva e peremptoriamente, no tipo, ou contidos de modo deficitário.” (GUARAGNI; SOBRINHO; BACH, 2021, p. 25.)

estabelecer regras gerais de interpretação e aplicação das primeiras, influenciando, por conseguinte, na delimitação da infração e na determinação da sanção (FALAVIGNO, 2020, p. 40, apud BITTENCOURT, p. 176).

Nesse sentido, o estudo das leis penais em branco abordará, unicamente, as leis incriminadoras, para o efetivo entendimento da sua aplicação e possíveis incongruências no contexto brasileiro.

Quanto à própria terminologia de lei penal em branco, é possível verificar a sua origem com Karl Binding, que reconheceu o instituto, inicialmente, ao observar a existência de algumas leis imperfeitas, ou seja, leis flexíveis cujo conteúdo proibitivo poderia ser facilmente modificado com as transformações dos fatos referidos no corpo dessas normas³⁹.

Ainda quanto aos significados das leis penais em branco, a professora FALAVIGNO leciona que seriam "remissões expressas que necessitam de regulação normativa extrapenal" (FALAVIGNO, 2020, p. 42), ou seja, as leis penais em branco necessitam buscar fora da legislação penal o subsídio indispensável para sua execução no mundo real. Nesse mesmo sentido, "a finalidade da remissão na norma penal em branco seria completar um vazio" (BECHARA, 2017, p. 218 e 219), sendo este vazio preenchido por norma hierarquicamente inferior, como as resoluções e normas administrativas.

O atual estado da lei penal em branco no Brasil é fruto da prevalência do entendimento liderado por Aníbal Bruno, em que afirma que o dispositivo que completa a lei penal em branco pode estar contido na mesma lei penal, ou pode advir do mesmo órgão legislativo e, ainda, se oriundo de órgão diferente. Pode ainda vir de outra lei da mesma fonte de onde originou a lei penal ou de leis ou regulamentos de poderes diversos. (BRUNO, 1978, p. 205).

Superadas as conceituações do instituto, se faz necessária a compreensão das problemáticas do tema, principalmente quando se leva em consideração a sua alta aplicação no direito penal econômico, sendo aqui fundamental citar os exemplos

³⁹Segundo Edmund Mezger, existem três categorias de lei penal em branco: lei em branco cujos complementos estão presentes na própria lei, leis em branco cujos complementos estão contidos em outras leis emitidas pela mesma autoridade legislativa e, por último, as leis em branco que necessitam de complementação de outras normas emitidas por autoridades legislativas diversas. No sentido do presente trabalho, será entendido como lei penal em branco apenas àquelas que necessitam de complementação de norma emitida por autoridade legislativa diversa, o que dá ensejo à complementação pelas normas típicas do Direito Administrativo. (MEZGER, 1954).

trazidos pelo professor Luiz Regis Prado, que ilustram as novas normas que invadiram o campo jurídico na seara da repressão ao abuso do poder econômico:

No contexto histórico-legislativo de repressão às condutas configuradoras de abuso do poder econômico, devem ser citadas: a Lei nº 8.158/1991 cujo objetivo era agilizar e dar celeridade aos procedimentos administrativos da Lei nº 4.137/1962, transferindo à Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), vinculada ao Ministério da Justiça, a apuração e a proposição de medidas cabíveis para a correção de comportamentos lesivos à concorrência; a Lei nº 8.137/1990, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e a Lei nº 8.884, de 11.06.1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. (PRADO, 2006, p. 12).

Nesse ínterim, o estado brasileiro interessado na repressão aos crimes econômicos adotou uma série de medidas, como a inauguração da disciplina do direito penal econômico, para que fosse possível o controle desse tipo de delito. Surge, então, a Secretaria de Direito Econômico (SDE), a partir da Lei nº 8.884/1994, para que fosse possível a ampliação das ações em prol do controle da atividade econômica e, posteriormente, sujeitasse as matérias afeitas ao CADE para o seu necessário julgamento.

Da vasta legislação penal econômica brasileira constam: a Lei nº 7.492/1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional; a Lei nº 8.137/1990, que estabelece os crimes contra a ordem tributária, financeira e contra as relações de consumo, a Lei nº 8.176/1991, que prevê os crimes contra a ordem econômica, além de criar o Sistema de Estoque de Combustíveis, a Lei nº 9.613/1998, que trata da lavagem de dinheiro e da ocultação de bens, direitos e valores, Lei nº 1.521/51, que disciplina os crimes contra a economia popular, dentre outras.

Partindo à análise concreta dos principais tipos penais sujeitos à complementação administrativa, tem-se:

No que tange à Lei nº 7.492/86, pode-se fazer referência ao artigo 22, que tipifica o delito de efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País. É indiscutível que o referido tipo de trata de norma penal em branco, a qual vem a ser complementada por circular do Banco Central, dito BACEN, assim com o artigo 12 da referida legislação, que dispõe sobre obrigação de apresentar informações, declarações ou

documentos "nos prazos e condições estabelecidos em lei". (FACENDA FALAVIGNO, 2020, p. 79).

Outra norma sujeita à incidência de lei penal em branco se encontra na Lei nº 1.521/51, em seu artigo 2º, inciso VI:

Art. 1º. Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes e as contravenções contra a economia popular, Esta Lei regulará o seu julgamento.

Art. 2º. São crimes desta natureza:

VI - transgredir tabelas oficiais de gêneros e mercadorias, ou de serviços essenciais, bem como expor à venda ou oferecer ao público ou vender tais gêneros, mercadorias ou serviços, por preço superior ao tabelado, assim como não manter afixadas, em lugar visível e de fácil leitura, as tabelas de preços aprovadas pelos órgãos competentes. (BRASIL).

Em tal normativa, é necessário que a autoridade administrativa competente faça a complementação da norma através da elaboração da tabela oficial e da conceituação do que seriam os serviços essenciais.

Também se percebe tal técnica legislativa nos artigos 3º, 4º, 10º e 12º, da Lei nº 7.492/86⁴⁰, pois referem-se ao conceito de instituição financeira disposto nas regulamentações administrativas do Banco Central do Brasil. Além disso, apesar de tal conceituação se encontrar em norma administrativa, tal conceituação é considerada extremamente ampla por alguns doutrinadores, o que não responderia efetivamente ao que de fato é uma instituição financeira⁴¹.

⁴⁰Para que facilite a compreensão do leitor, colaciono os respectivos enunciados normativos:

Art. 3º Divulgar informação falsa ou prejudicialmente incompleta sobre instituição financeira:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira: Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único. Se a gestão é temerária:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Art. 10. Fazer inserir elemento falso ou omitir elemento exigido pela legislação, em demonstrativos contábeis de instituição financeira, seguradora ou instituição integrante do sistema de distribuição de títulos de valores mobiliários:

Pena - Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Art. 12. Deixar, o ex-administrador de instituição financeira, de apresentar, ao interventor, liquidante, ou síndico, nos prazos e condições estabelecidas em lei as informações, declarações ou documentos de sua responsabilidade:

Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (BRASIL)

⁴¹No sentido desse debate, os professores Gustavo Henrique e José Arthur Kalil discutem sobre a amplitude da conceituação da terminologia de instituição financeira, sendo abordado que, na delimitação trabalhada pelo Banco Central, pode-se até mesmo enquadrar uma comissão de formatura como instituição financeira. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO PENAL ECONÔMICO. [Locução de]: ICPCast. [S.l.]: Instituto de Ciências Penais Podcast. Disponível em:

No próprio código penal, o artigo 359-F "criminaliza a conduta de quem deixa de ordenar, autorizar ou promover o cancelamento do montante de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei" (FALAVIGNO, 2020, p. 78). Esse tipo legal trata-se de norma de direito financeiro e necessita de complementação quanto aos limites a serem observados pelo agente público no empenho das despesas.

De posse da enorme atividade legislativa no âmbito do direito penal econômico, tem-se que as leis penais em branco heterogêneas, ou seja, as leis penais em branco que necessitam de complementação por autoridade legislativa distinta da que inicialmente as produziu, não constituem institutos relegados ao status de inconstitucionais. Apesar de sua notória constitucionalidade, a doutrina brasileira, inclusive a internacional⁴², tece importantes críticas quanto a viabilidade das complementações, os seus pressupostos de aplicação e seus excessos.⁴³

De acordo com Falavigno (2020) as leis penais em branco resumem-se em técnica legislativa que pode facilitar em demasiado a questão da atualização legislativa, promovendo a incidência da norma conforme o esperado.⁴⁴ No entanto, tal técnica não se restringe a utilização para essa finalidade, conforme analisado nos tipos penais trabalhados. Atualmente, verifica-se o uso de normas penais em branco para a criminalização e aumento de penas, no atendimento aos objetivos de uma política criminal velada e perversa vigente no legislativo, que pode ser observada mais claramente com o PL 1202/2007.⁴⁵

A doutrina é unânime⁴⁶ ao mencionar que a administrativização do direito penal econômico levou a desconsideração dos limites inerentes a aplicação do direito penal

<https://open.spotify.com/episode/2wL5DELyNsMJufafXHTTAd?si=f9e856e1842a4ea6>. Acesso em: 24 fev. 2020.

⁴²Para verificação da doutrina internacional, no sentido de constitucionalidade da lei penal em branco, verificar a obra de Luzón Peña: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Curso de Derecho Penal. P 151.

⁴³Nesse ponto, adota-se a postura da autora FALAVIGNO: FACENDA FALAVIGNO, Chiavelli. A deslegalização do Direito Penal: Leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no direito brasileiro. Florianópolis: EMais Academia, 2020. 273 p.

⁴⁴A produção legislativa de normas penais em branco, pela necessidade de complementação, pode auxiliar na atualização da lei em sentido estrito, pois a lei que complementa, muitas das vezes, não necessita seguir o regular processo legislativo que as demais normas penais seguem. FACENDA FALAVIGNO, 2020)

⁴⁵O PL 1202/2007 prevê a disciplina na atividade de "lobby" e a atuação dos grupos de pressão ou de interesse e assemelhados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, e dá outras providências.

⁴⁶Da bibliografia aqui estudada, os principais autores que abordaram a questão da administrativização do direito penal e o uso excessivo de leis penais em branco, mencionaram as mesmas problemáticas referentes ao tema. Foram investigadas as obras de Luiz Regis Prado, Luciano Anderson de Souza e Chiavelli Facenda Falavigno, já anteriormente referenciadas.

- possibilitando um excesso de punitivismo - e a recorrência de bis in idem - ou seja, uma dupla punição sob a ótica do direito penal e do direito administrativo quanto ao mesmo fato ilícito.

Corcoy Bidasolo (1998) ainda explana sobre duas consequências originadas do sistema de penas - decorrentes da tipificação do delito econômico: (i) normalmente, no direito penal econômico, as penas que visam a repressão e a prevenção da criminalidade econômica preveem sanções meramente pecuniárias, o que por si só não é suficiente para o controle deste tipo de ilícito, já que é possível que os gestores dos negócios sancionados venham a diluir esses custos de condenação em um produto ou serviço comercializado; (ii) o Direito Penal e Direito Administrativo podem se sobrepor, sendo necessário que o Direito Administrativo somente se preocupe com as regulações das condutas relativas ao direito econômico, enquanto o Direito Penal se ocupe da intervenção penal somente nas condutas consideradas graves.

Do ponto de vista do potencial infrator dessa legislação punitivista, empresas e demais instituições, sobremaneira, criaram o procedimento do *compliance*, que objetivam adequar boas práticas empresariais a fim de evitar sanções nas esferas penais e administrativas. Tais procedimentos coadunam com a crescente necessidade de se prevenir uma possível responsabilização num universo normativo confuso e sem objetivos claros.

As críticas ao sistema normativo penal econômico são válidas e merecem consideração, mas a política do *compliance* não pode ser atribuída aos erros do legislador, ao criar excessivos tipos penais em branco. O *compliance* é uma ferramenta útil e que surge em meio a um ambiente regulatório necessário, principalmente pela escalada dos riscos assumidos no ambiente empresarial, visando a prevenção do sancionamento das pessoas jurídicas e o dever ético-responsável no exercício da atividade econômica privada.

Insta salientar que o princípio da legalidade pode ser entendido como o princípio segundo o qual “nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por lei o tipo delitivo e a pena respectiva, constituindo em uma real limitação ao poder de punir estatal” (TOLEDO, 1994, p. 21-22).

O princípio da legalidade, pelo seu conteúdo valorativo, ganhou especial ênfase no Estado Democrático de Direito, pois a presença de clareza na lei penal e previsão

expressa do ilícito, com todos os seus contornos, respalda o cidadão das arbitrariedades contidas no exercício do poder de punir estatal.

Desse importante princípio extrai-se três importantes garantias ao destinatário da norma penal: reserva legal, taxatividade e anterioridade da lei penal⁵⁶. A primeira garantia refere-se a imperatividade da elaboração das normas penais pelo Poder Legislativo, mediante legal e regular procedimento legiferante. A segunda, refere a necessidade de precisão e clareza na redação da lei penal, para que sejam prevenidas arbitrariedades. A terceira e última garantia refere-se a obrigatoriedade de que a lei penal seja anterior ao fato praticado pelo agente, ou seja, a norma volta-se para o futuro, não para o passado.

Do ponto de vista técnico-penal, a doutrina delimita críticas significativas ao atual uso das leis penais em branco, sobretudo quando refere-se aos elementos de conformação do tipo penal:

Antônio Doval Pais critica a admissão de leis penais em branco e outras técnicas de reenvio por parte a doutrina majoritária [...], uma vez que a autorização englobaria apenas certos aspectos periféricos, complementares e indispensáveis à matéria originariamente ou propriamente penal, o que, sabe-se, não acontece na prática. Rosa Maria Cardoso Cunha critica severamente o discurso jurídico no que tange à pretensa compatibilidade entre funções de garantia da legalidade e as novas formas de tipificação penal. (FALAVIGNO, 2020, p. 35).

Tais críticas apresentam uma síntese dos problemas técnicos gerados pela atual aplicação das leis penais em branco. Apesar disso, ainda se adota a postura da constitucionalidade de tal técnica, mas não se exclui da imperatividade da adequação na forma com que é aplicado.

Vários autores como Fábio Guaragni, Marion Bach, Alamiro Velludo Salvador Netto, Jesus Maria Silva Sanchez, Luciano Anderson de Souza e Chiavelli Facenda Falavigno, acreditam na viabilidade do instituto das leis penais em branco, sendo imprescindível sua atuação na sociedade complexa para a adequada tutela dos bens jurídicos supraindividuais, mas mediante alguns ajustes.

O que foi possível constatar como propostas de adequação na aplicação das leis penais em branco encontram-se nas teorias de Bach e Guaragni (2021): em primeiro lugar, é necessário que haja uma regulação e limitação na utilização dessas normas pelo direito penal; em segundo lugar, o princípio da legalidade pode ser

repensado como sendo “uma construção interativa entre o legislador e o juiz, sendo que o dever deste último será de realizar a interpretação mais clara possível da norma realizada pelo primeiro” (FALAVIGNO, 2020, p. 37); em terceiro lugar, o princípio da legalidade advém da direito penal liberal, firmado em sobrepujança aos direitos individuais, o que justificaria sua função como referencial retórico e orientador da interpretação da lei penal - seria, então, mais como um limitador do uso excessivo da discricionariedade judicial.

Quanto à referida limitação, Luiz Regis Prado entende que é imprescindível que a parte a ser complementada por outra fonte normativa se restrinja às condutas puníveis dentro da parte vazia, reservando o núcleo do injusto ao preenchimento taxativo, transparente e inteligível ao Poder Legislativo. Desse modo, fala-se em respeito tanto a reserva legal, quanto a própria Reserva dos Poderes⁴⁷.

5.2 RUMO A UMA NOVA FORMA DE PENSAR O DIREITO PENAL

Este último tópico será inaugurado com importante e desanimadora reflexão:

A má notícia é que, sem dúvida, acabar com a criminalidade é impossível, uma vez que a tipificação penal é também ato político, e nenhuma sociedade esteve, até hoje, isenta de alguma forma de violência. Contudo, estabelecendo objetivos claros, como reduzir o número de processos, reduzir a superpopulação carcerária, diminuir as taxas de letalidade policial ou de ocorrência de determinados tipos de crime, é possível pensar, com a ajuda de cientistas do direito, em medidas penais e não penais que possam de fato concretizar essas metas — a serem comprovadas ou não por estudos empíricos posteriores. (FALAVIGNO, 2020, <https://www.conjur.com.br/2020-jan-28/chiavelli-falavigno-ausencia-politica-criminal-brasil>.)

De fato, a criminalidade é impossível de ser eliminada, mas a solução não se encontra na desconsideração dos princípios democráticos e, tampouco, no punitivismo excessivo que algumas políticas governamentais instituem. Contudo, é urgente uma modernização na disciplina penal.

⁴⁷Quando se fala em lei penal em branco e princípio da legalidade, existe uma linha tênue a ser inevitavelmente respeitada. Na redação da referida lei, os núcleos que delimitam a vedação da conduta (positiva ou negativa), devem tracejar importantes limites na integração com a outra norma complementar. Caso essas linhas não sejam observadas, corre-se o risco de a norma administrativa complementar usurpar a competência do Poder Legislativo, em desrespeito a Divisão de Poderes, e, ao mesmo tempo, tal norma não se enquadrar na reserva legal determinada pelo princípio da legalidade. (PRADO, 2020)

Não é mais concebível que um novo cenário trazido pela globalização e a configuração de uma sociedade dita de risco seja tutelado por uma metodologia de cunho individualista e não intervencionista. É urgente repensar o Direito Penal (ou seria necessário aboli-lo?)

O objetivo deste trabalho não foi, e tampouco é, de encontrar as soluções para a problemática crescente da administrativização desordenada no ordenamento penal econômico, mas levantar hipóteses e trazer reflexão.

Segundo SILVA SANCHEZ (2001), a instalação de um direito penal de segunda velocidade, ou seja, um direito penal menos garantista e sem a previsão da pena preventiva de liberdade, seria solução para a intervenção penal naqueles bens jurídicos menos relevantes, substituindo a velha lógica da privação de liberdade para todo e qualquer crime no Direito Penal.

Existe ainda a proposta elaborada por WINFRIED HASSEMER de um Direito de Intervenção, que se situa entre o Direito Penal e o Direito Administrativo e propõe mitigar o Direito Penal como núcleo básico de tutela unicamente para lesões individuais, “o que o libertaria das exigências da modernização” (SOUZA, 2007, p. 28), e reservaria as complexidades a um direito mais brando, que definiria de forma adequada a aplicação e a intensidade da sanção.

A doutrina é dissidente quando se refere às possíveis soluções para a problemática da assessoriedade administrativa no direito penal, mas é possível observar que não se recomenda a abolição das técnicas legislativas abertas. Tais técnicas abrem espaço à intervenção da esfera administrativa, que pode ser importante aliada quando utilizada em apoio às modernas teorias do direito penal, principalmente tendo-se em mente que a nova realidade social não reconhece barreiras geográficas, tampouco se limita aos velhos ensinamentos do direito penal clássico.

6 CONCLUSÃO

Em conclusão, o presente trabalho utilizou-se da técnica de pesquisa exploratório-descritiva, através de materiais bibliográficos, áudios, vídeos e legislação, avaliados de forma qualitativa, onde buscou-se responder três importantes e centrais perguntas:

1. A administrativização do direito penal econômico está inserida num contexto relacionado à sociedade do risco e à globalização?
2. As leis penais em branco resumem-se em técnica legislativa legítima usada na administrativização do direito penal econômico?
3. Quais os problemas da aplicação das leis penais em branco, frente ao princípio da legalidade no Estado Democrático de Direito, e como é possível superá-los, de acordo com a moderna teoria do Direito Penal?

Tais perguntas ressaltam aos olhos dos estudantes da graduação em Direito, sobretudo por ser tema pouco trabalhado durante a formação, mas de grande relevo na prática profissional: é impossível pensar na práxis do direito penal e não se referir a necessidade de conhecimento teórico sobre a tendência de administrativização do direito penal (e do direito administrativo sancionador), pois é teoria que abarca uma enormidade de assuntos - o direito ambiental, o direito econômico, o direito tributário, o direito previdenciário, entre outros.

O direito penal também passa por uma fervorosa e profícua discussão no campo da assessoriedade administrativa: qualquer pessoa, quando liga a televisão, ouve o rádio, abre o seu computador ou navega em seu celular, é instantaneamente informado sobre diversos ilícitos no campo econômico, seja a investigação de crimes de corrupção, seja a apreensão de valores ou bloqueio de contas por lavagem de dinheiro, sejam as práticas criminosas de organizações internacionais voltadas à aplicação de golpes financeiros... Enfim, existe uma infinidade de notícias que documentam a contemporaneidade do tema, o que torna a discussão do ponto de vista jurídico ainda mais rica.

O contexto em que essa pesquisa foi desenvolvida revelou uma forte interdependência entre o desenvolvimento da criminalidade econômica e o fenômeno da globalização, sendo que um terceiro fator foi determinante no aparecimento da disciplina do direito penal econômico: a sociedade do risco.

A tutela penal aos novos bens jurídicos, originada com a globalização e a sociedade do risco, ainda carece de melhorias significativas, mas observou-se que há esperança se o legislador, a sociedade civil e os operadores do direito derem cabo à uma séria política criminal, voltada à modernização do direito penal e na rica utilização da interdisciplinaridade.

Com objetivos sérios, metas definidas e apoio nos estudos de impacto prévio e posterior, será possível a mitigação na utilização de leis penais em branco, que apesar de não constituírem os meios mais adequados na tutela penal econômica, atualmente são tidas como a única alternativa possível.

REFERÊNCIAS

- A 13ª EMENDA. Ava DuVerney. Ava DuVerney e Spencer Averick. Netflix, 2016. Documentário (100 min). Disponível em: <https://www.netflix.com/search?q=emenda&jbv=80091741>. Acesso em: 24 fev. 2020.
- ANTOLISEI, Francesco; CONTI, Luigi; GROSSO, Carlo F.. **Manuale di diritto penale. Parte speciale**. 2007, p. 150-151.
- BACELAR, Andrew *et al.* **Evolução Histórica da Qualidade**: Era Pré-Revolução Industrial e Revolução Industrial – Antiguidade. Gestão da Qualidade. Disponível em: <https://gestaodaqualidade1.wordpress.com/sobre/era-pre-revolucao-industrial-e-revolucao-industrial-antiguidade-seculos-xviii-e-xix/>. Acesso em: 24 fev. 2022.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011. 384 p. Tradução de: Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne.
- BRASIL. Congresso Nacional. Lei ordinária, de 25 de dezembro de 1951. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 de dezembro de 1951. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1521.htm. Acesso em: 24 fev. 2020.
- BRASIL. Presidência da República. Lei n. 1521, de 15 de dezembro de 1951. **Diário Oficial da União**, 27 de dezembro de 1951. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1521.htm. Acesso em: 22 mar. 2022.
- BRASIL. Presidência da República. Lei n. 7.492, de 15 de junho de 1986. **Diário Oficial da União**, 18 de junho de 1986. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm. Acesso em: 22 mar. 2022.
- CABRAL, Bruno Fontanelle. **Three Strikes Law**. Jus Navigandi. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18153/three-strikes-laws>. Acesso em: 24 fev. 2022.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. **Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales**: nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos. Tirant Lo Blanch, f. 195, 1998. 389 p.
- COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas, f. 355. 1991. 709 p.
- DA SILVA, Manoel Alves. **Direito Penal Econômico**. Jus. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27309/direito-penal-economico>. Acesso em: 18 fev. 2022.

DE SOUZA, Luciano Anderson. **Expansão do direito penal e globalização**. São Paulo: Quartier Latin, f. 94, 2007. 188 p.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revistadas**, f. 186. 1998. 371 p.

ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade Penal De Dirigentes De Empresas**, f. 163. 326 p.

FACENDA FALAVIGNO, Chiavelli. **A deslegalização do Direito Penal: Leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no direito brasileiro**. Florianópolis: EMais Academia, 2020. 273 p.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **A ausência de política criminal no Brasil**. Conjur. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-28/chiavelli-falavigno-ausencia-politica-criminal-brasil>. Acesso em: 24 fev. 2022.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns**, f. 64. 2000. 127 p.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes**, f. 93. 2007. 185 p.

GRACÍA MARTIN, José Luiz. **Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia**.

GUARAGNI, Fábio André; SOBRINHO, Fernando Martins Maria; BACH, Marion. **DIREITO PENAL ECONÔMICO: ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL, CRIMINAL COMPLIANCE E OUTROS TEMAS CONTEMPORÂNEOS - 2ª EDIÇÃO**. Editora Thoth, v. 1, f. 160, 2021. 320 p.

HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **La responsabilidad por el producto en derecho penal**, f. 104. 1994. 207 p.

LUCENA, David. **Qualquer confusão entre acusação e julgamento é prejudicial à imparcialidade, diz 'pai' do garantismo penal**. Folha de São Paulo. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/07/qualquer-confusao-entre-acusacao-e-julgamento-e-prejudicial-a-imparcialidade-diz-pai-do-garantismo-penal.shtml>. Acesso em: 24 fev. 2022.

LUHMANN, Niklas. El concepto de riesgo. In: BERIAN, J. (Org.) **Las consecuencias perversas de la modernidad**. Barcelona: Anthropos, 1996, p. 12.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula; GIACOMO, Roberta Catarina. **BREVES REFLEXÕES SOBRE A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL, DELITOS POR ACUMULAÇÃO E ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PENAL NA PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO ECOLÓGICO**. . Diritto It. Disponível em: https://www.diritto.it/pdf_archive/28544.pdf. Acesso em: 24 fev. 2022.

MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**, f. 245. 1954. 490 p.

MOTA, Roberta. **Mercantilismo**. Educa Mais Brasil. 2018. Disponível em: <https://www.educamaisbrasil.com.br/enem/historia/mercantilismo>. Acesso em: 24 fev. 2022.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa**, f. 141. 2012. 282 p.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 18 ed. São Paulo: Forense, v. 1, 2020. 1480 p.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico**. 8 ed. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional, v. 1, 2006. 539 p.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO PENAL ECONÔMICO. [Locução de]: ICPCast. [S.l.]: Instituto de Ciências Penais *Podcast*. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/2wL5DELyNsMJufafXHTTAd?si=f9e856e1842a4ea6>. Acesso em: 24 fev. 2020.

ROCHA, Patrícia Barcelos Nunes de Mattos . **As transformações do Direito Penal clássico**. Boletim Jurídico. 2006. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-penal/1491/as-transformacoes-direito-penal-classico#:~:text=1%29%20O%20Direito%20penal%20cl%C3%A1ssico%20%C3%A9%20entendido%20como,garantia%20do%20cidad%C3%A3o%20contra%20os%20desmandos%20do%20Estado..> Acesso em: 24 fev. 2022.

RODAS, João Grandino. **A evolução que criou a pessoa jurídica merece ser conhecida**. Conjur. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-21/olhar-economico-evolucao-criou-pessoa-juridica-merece-conhecida>. Acesso em: 18 fev. 2022.

SMITH, Adam. **Riqueza das Nações, A - Livro I - Livro I**. Juruá Editora, 2005.

SÀNCHEZ, José María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 204 p.

SÀNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha, f. 77. 2001. 154 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**, f. 111. 2006. 222 p.

GLOSSÁRIO

Anômico relativo a anomia; que resulta de desorganização.

Transnacional que vai além das fronteiras nacionais; termo utilizado na geopolítica para referir-se aos países que se unem política e economicamente a outros.