

16/10/2013 23.14.23

HELENA REGINA LOBO DA COSTA

DEDALUS - Acervo - FD



20400224664

**DIREITO PENAL ECONÔMICO E
DIREITO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR**

ne bis in idem como medida de
política sancionadora integrada

Tese apresentada à Egrégia Congregação
da Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo como exigência parcial
ao concurso de Livre-Docência junto
ao Departamento de Direito Penal,
Medicina Forense e Criminologia.

São Paulo

2013

**BIBLIOTECA
CENTRAL**

2462095

4098

2.1. A APROXIMAÇÃO EXISTENTE: A “ADMINISTRATIVIZAÇÃO” DO DIREITO PENAL E O AUMENTO DO ÂMBITO SANCIONADOR DO DIREITO ADMINISTRADOR

Consoante mencionado no capítulo anterior, uma das mais marcantes características do direito penal econômico consiste em sua conexão com o direito administrativo, seja para definir o ilícito, seja para apurá-lo. No campo econômico, de fato, direito penal e direito administrativo aproximam-se a largos passos, verificando-se, de um lado, uma administrativização do direito penal e, de outro, um recrudescimento punitivo do direito administrativo sancionador⁴¹².

O fenômeno da administrativização do direito penal já foi amplamente diagnosticado pela doutrina⁴¹³. Sua principal característica consiste no excesso de complementações a que fica sujeito o ilícito penal. Assim, para compreender a tipicidade – e muitas vezes, também a ilicitude de uma conduta – é necessário recorrer a regulamentos, portarias, resoluções e até mesmo a atos administrativos, caso das autorizações, permissões e licenças. Não raro a ilicitude penal resume-se à desobediência à administração.

Descrivendo esse fenômeno, Miguel Reale Júnior afirma que:

a administrativização do Direito Penal torna a lei penal um regulamento, sancionando a inobservância a regras de conveniência da Administração Pública, matérias antes de cunho disciplinar. No seu substrato está a concepção pela qual a lei penal visa antes a

⁴¹² É o que constata, igualmente, Silva Forné. Cf.: SILVA FORNÉ, Diego. Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales ao Derecho administrativo sancionador. In: DíEZ RIPOLLÉS, José Luis et al. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, pp. 173-192, 2003. p. 184. Donini refere-se a uma “administrativização do penal e penalização do administrativo”. Cf.: DONINI, Massimo. *Il volto attuale dell’illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*. Milano: Giuffrè, 2004. pp. 97 e ss. Também Zuñiga Rodrigues examinou essa questão: ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador: ¿Hacia una “administrativización” del Derecho penal o una “penalización” del Derecho administrativo sancionador?. In: NIETO MARTÍN, Adán (Coord.) *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Salamanca. pp. 1417-1444, 2001. v. 1.

⁴¹³ Por exemplo, vide: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. AMATO, Astolfo di. *Diritto penale dell’impresa*. 5. ed., Milano: Giuffrè, 2003. p. 79. BARATTA, Alessandro. Jenseits der Strafe: Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft. Zur Neubewertung der Funktionen des Strafrechts. In: HAFT, Fritjof, HASSEMER, Winfried, NEUMANN, Ulfrid, SCHILD, Wolfgang, SCHROTH, Ulrich. (Coord.) *Strafgerechtigkeit: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: Müller, pp. 393-416, 1993.

“organizar” do que a proteger, sendo, portanto, destituída da finalidade de consagrar valores e tutelá-los.⁴¹⁴

No âmbito do direito penal econômico, esse fenômeno é particularmente acentuado⁴¹⁵. Até mesmo Donini, que enxerga na administrativização um modelo completamente tradicional e amplamente utilizado, vislumbra sua maior importância e extensão em setores do direito penal econômico⁴¹⁶.

Essa maior incidência da denominada administrativização ocorre porque se trata de uma seara na qual o direito penal incide sobre áreas já intensamente reguladas por outros ramos do direito.

Essa regulação tem como finalidade ordenar e estruturar atividades econômicas, geralmente de forma muito mais complexa, flexível e dinâmica do que o direito penal. Ocorre que, sendo o direito penal derivado e periférico⁴¹⁷, acabará por se deparar com um contexto cuja racionalidade é bastante diversa da sua. Giunta, sobre o tema, aduz que a disciplina extrapenal passa a constituir um *prius* lógico (ainda que não necessariamente cronológico) à regulamentação penal⁴¹⁸.

Em razão disso, importante parcela da doutrina afirma que o direito penal econômico configura-se como *mala quia prohibita*⁴¹⁹. Não se concorda,

414 REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 21.v.1.

415 A título de mero exemplo, vide: ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Op. cit.* p. 1412.

416 Donini trabalha com um conceito mais pontual de administrativização, definindo-a como o fato de o preceito penal conter um injusto administrativo. Cf.: DONINI, Massimo. ¿Una nueva Edad Media Penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del Derecho Penal económico. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan María, ACALE SÁNCHEZ, María (Coord). *Temas de Derecho Penal Económico*. Madrid: Trotta, pp. 197-217, 2004.p. 200.

417 É o que ensina Faria Costa: “Essa mesma ordem econômica, quer num sistema capitalista quer num socialista, é regida por uma infinidade de normas de direito civil, administrativo e comercial que nada têm a ver, numa primeira aproximação, com o direito penal económico. Este vem depois, como *ultima ratio* do sistema sancionador estadual. Nesta perspectiva, a ilicitude do direito penal económico é derivada e periférica.” COSTA, José de Faria, ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico: notas a propósito do colóquio preparatório da AIDP: Freiburg, setembro de 1982. In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 99-120, 2001.p. 109.

418 GIUNTA, Fausto. *Lineamenti di Diritto Penale dell'economia*. v. I: Delitti contro l'economia pubblica e reati societari. 2. ed., Torino: G. Giappichelli, 2004. p. 8. O autor complementa seu raciocínio dizendo que “o caráter não exclusivo da regulamentação penal explica, sob o perfil funcional, a estreita correlação que existe entre a norma penal e as outras normas extrapenais, sobretudo quando tais correlações ocorrem no nível da tipicidade.” *Ibidem*.p. 9.

419 Nessa linha, Silva Sánchez afirma: “al abordar amplios aspectos de la actividad empresarial, el Derecho penal se introduce en contextos de gran densidad regulatoria extrapenal. Surgen delitos que se constituyen como *mala quia prohibita*”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito

entretanto, com essa afirmação. Apesar de ela parecer decorrer de um afastamento das incriminações e daqueles conteúdos que poderiam ser abarcados pelo direito penal – e esse é um ponto a ser criticado –, o fato é que, como já sublinhou Lüderssen, “a busca por um crime natural, ou, como às vezes se ouve, por uma diferenciação entre *delicta per se* e *delicta mere prohibita* pertence ao passado científico”⁴²⁰.

O grande problema desse aspecto da administrativização é a desconsideração dos limites necessários à utilização do direito penal. Criminalizam-se matérias meramente organizacionais; condutas ainda não plasmadas como axiologicamente negativas; comportamentos que correspondem somente a uma desobediência administrativa, sem consequências mais graves⁴²¹. E, com isso, o direito penal adentra âmbitos que, provavelmente, sequer deveriam ser regulamentados por meio de instrumentos punitivos.

Sob o prisma do destinatário da norma, criam-se enorme insegurança e profunda desorientação. Surgem intensas dificuldades para se conhecer e identificar as condutas proibidas criminalmente. Já se propôs, por tal razão, conferir maior amplitude à figura do erro de proibição⁴²² – o que, entretanto, não veio a ser adotado pragmaticamente.

y derecho penal económico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 99, pp. 327-356, nov./dez. 2012.p. 329.

420 LÜDERSSEN, Klaus. Soziale Marktwirtschaft, Finanzmarktkrise und Wirtschaftsstrafrecht. In: KEMPF, Eberhard, _____, VOLK, Klaus (Hrsg.) *Die Handlungsfreiheit des Unternehmers – Wirtschaftliche Perspektiven, strarechtliche und ethische Schranken*. Berlin: Gruyter Recht, pp.21-25, 2009.p. 21.

421 Sobre o tema, vide, dentre outros: CARVALHO, Érika Mendes de. Limites e alternativas à administrativização do Direito Penal do Ambiente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 92, pp. 299-336, set./out. 2011.

422 A relevância do erro de proibição foi reconhecida no ordenamento positivo da Alemanha Ocidental num primeiro momento no âmbito do direito penal econômico e, somente após, foi introduzida no direito penal. Rinck esclarece que já na primeira guerra o legislador alemão, reconhecendo que mesmo aquele que está de boa-fé pode facilmente se enganar no que se refere às proibições do direito penal econômico, previu a figura no campo do direito penal tributário e de divisas, na lei de crimes econômicos e na lei de contra-ordenações. Cf.: RINCK, Gerd. *Wirtschaftsrecht*. Köln et al.: Heymann, 1977.p. 123. Sobre o tema, vide, ainda: LEITE, Alair. *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal*. São Paulo: Atlas, 2013. DANNECKER, Gerhard. Die Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts in der Bundesrepublik Deutschland. In: WABNITZ, Heinz-Bernd, JANOVSKI, Thomas. (Hrsg.) *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*. München: Beck, pp. 1-66, 2007.p. 25. MUÑOZ CONDE, Francisco. Begriff und Reform des Wirtschaftsstrafrechts in Spanien. In: SCHÜNEMANN, Bernd, GONZÁLES, Carlos Suárez (Hrsg.) *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts: Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*. Berlin: Carl Heymanns, pp. 61-74, 1994. pp. 61-74.

No direito penal econômico brasileiro, há incontáveis exemplos do quadro narrado acima. A Lei dos Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/98) é pródiga em trazer figuras de difícil compreensão, de absoluta ilegitimidade ou que criminaliza condutas de mera desobediência administrativa. Também a figura da evasão de divisas, prevista no art. 22, da Lei n. 7.492/86, traz complementação normativa de difícil aferição pelo destinatário da norma.

Desse modo, a administrativização promove, ainda, a não efetividade da norma penal, pois não consegue motivar o destinatário – que precisará, no mínimo, ter conhecimento dos comportamentos proibidos para que possa deixar de praticá-los.

Elio Lo Monte, em idêntico sentido, afirma que “o elevado número de preceitos, comandos, obrigações e proibições penalmente presididas representa uma das causas de inefetividade da resposta penalística”⁴²³.

O uso excessivo da norma penal em branco acaba por gerar, também, dispersão da criminalização, além de conjunturalidade em seu uso. Esses dois fatores, como aponta Muñoz Conde, dificultam qualquer intento sistematizador e produzem, no intérprete e no aplicador da norma, grande confusão e insegurança, não se sabendo com clareza e certeza o que o legislador pretende proibir⁴²⁴. Este autor chega a apontar a norma penal em branco como uma “porta falsa” no direito penal, que representaria uma burla ao princípio da legalidade⁴²⁵.

Um segundo aspecto da administrativização revela-se nas fases de apuração ou processamento do ilícito. No campo do direito penal econômico, em regra, é um órgão da administração que detecta e classifica a conduta, bem como produz elementos que, posteriormente, poderão ser utilizados pelos

423 LO MONTE, Elio. Le disfunzioni dell'intervento penale in tema di criminalità económica. *L'indice penale*, Pádova, ano 2, n. 3, pp. 1101-1133, set./dez. 1999.p. 1104.

424 MUÑOZ CONDE, Francisco. La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el proyecto de ley orgánica de código penal. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 16, pp.107-132, 1982. p. 107.

425 *Ibidem*. p. 108. Também Elio Lo Monte se manifesta em sentido semelhante, referindo-se a que “o uso da norma penal em função meramente sancionatória de regras de natureza privada, com conseqüente dificuldades interpretativas, mesmo quando a norma civilística já prevê instrumentos para garantir sua observância.” LO MONTE, Elio. Le disfunzioni dell'intervento penale in tema di criminalità económica. *L'indice penale*, Pádova, ano 2, n. 3, pp. 1101-1133, set./dez. 1999.p. 1110.

órgãos do sistema penal para aferir se houve ou não conduta criminosa. Ocorre, como bem aponta Carmona, que esse olhar não é isento, pois é o próprio representante do sujeito tutelado pelo tipo penal, a administração pública, quem faz a verificação da ofensa que sofreu, havendo claro conflito de interesses⁴²⁶.

Além da falta de isenção, a administração trabalha a partir de parâmetros de racionalidade diversos daqueles adotados pelo direito penal. Assim, apresenta tendência a considerar ilícita a simples desobediência às suas resoluções, e não uma lesão ou colocação grave em perigo do bem jurídico⁴²⁷.

O direito penal se vê, pois, diante de configurações bastante diversas de sua racionalidade.

No campo do direito administrativo, por sua vez, verifica-se uma acentuação do seu aspecto punitivo⁴²⁸. A origem remota desse fato pode ser encontrada no alargamento das funções estatais, que passaram a englobar a regulação de questões atinentes à defesa do consumidor, do meio-ambiente, da liberdade e livre concorrência econômicas, à regulação de diversas atividades, como telecomunicações, transportes, dentre outros. Essa regulação é feita não apenas por meio do estabelecimento de normas, mas também pela fiscalização de seu cumprimento e a consequente imposição de sanções em caso de inobservância.

Mas há, ainda, uma causa mais recente da acentuação do campo punitivo. Diante do enfraquecimento do Estado no contexto de globalização, muitas atividades que antes eram praticadas diretamente por órgãos estatais passaram às mãos de empresas privadas, concessionárias ou permissionárias, restando ao Estado a tarefa de regular, fiscalizar e sancionar ilícitos em tais atividades.

426 CARMONA, Angelo. *Premesse a un corso di ditto penale dell'economia: mercato, regole e controllo penale nella postmodernità*. Pádova: Cedam, 2002. p. 147. Isso resulta no que o ator denomina de "diritto burocratico dell'economia", causa de degradação da ética de relações sociais e fator criminógeno. *Ibidem*. p. 148.

427 No mesmo sentido, ABANTO VASQUEZ, Manuel A. *Derecho penal económico: consideraciones jurídicas y económicas*. Lima: Idemsa, 1997. p. 39.

428 Exemplificativamente, vide: ROMA VALDÉS, Antonio. Notas en torno a la actual y deficiente regulación de la relación entre Administración y Jurisdicción Penal. *Actualidad Penal*, Madrid, n. 24, pp. 623-645, jun. 2002. p. 626.

Deve-se concordar, portanto, com Terradillos Basoco, no sentido de que a intervenção estatal está fortemente administrativizada, tanto em sua faceta promocional quanto na sancionadora⁴²⁹.

Di Pietro, discorrendo sobre aspectos do Estado Social, aponta ter ocorrido uma hipertrofia do Poder Executivo – o que, certamente, também contribui para a inflação sancionatória administrativa⁴³⁰.

Esse fenômeno não ocorre isento de problemas. Além de ser necessário questionar sobre os fundamentos e os limites, materiais e processuais, do alargamento da atuação punitiva da administração pública – o que vem ganhando espaço nos estudos do direito administrativo – também é preciso observar que os órgãos administrativos atuam, muitas vezes, sem observar a racionalidade imbuída em qualquer função sancionadora.

Nesse diapasão, Maia Filho e Maia anotam que a administração com frequência comporta-se, no exercício do poder administrativo sancionador, como se praticasse atos executivos, desconsiderando as especificidades da atuação punitiva⁴³¹.

Portanto, a hipertrofia do âmbito punitivo da administração pública não veio acompanhada de um conjunto de regras e princípios que delimite e imponha parâmetros rigorosos à aferição do ilícito e imposição da sanção.

2.2. A APROXIMAÇÃO NECESSÁRIA

2.2.1. A CONSTRUÇÃO DA ILICITUDE PENAL À LUZ DOS DADOS DAS ESFERAS EXTRAPENAIAS

Essa aproximação entre direito penal e direito administrativo, conforme verificado, traz diversos problemas e dificuldades a serem refletidas nos dois âmbitos. Entretanto, praticamente não se verificam novas propostas para coordenar melhor esses espaços de sobreposição.

429 TERRADILLOS BASOCO, Juan M. *Empresa y Derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 99

430 PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2001. p. 32.

431 MAIA FILHO, Napoleão Nunes, MAIA, Mário Henrique Goulart. *O poder administrativo sancionador: origem e controle jurídico*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. p. 60.