

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

GUSTAVO HENRIQUE DE SOUZA E SILVA

**TIPOS DE MERA TRANSGRESSÃO ADMINISTRATIVA NO DIREITO PENAL
ECONÔMICO BRASILEIRO**

Belo Horizonte
2022

GUSTAVO HENRIQUE DE SOUZA E SILVA

**TIPOS DE MERA TRANSGRESSÃO ADMINISTRATIVA NO DIREITO PENAL
ECONÔMICO BRASILEIRO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Sheila Jorge Salim de Sales

**Belo Horizonte
2022**

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço - CRB-6/3167.

S586t Silva, Gustavo Henrique de Souza e
Tipo de mera transgressão administrativa no direito
penal econômico brasileiro manuscrito / Gustavo Henrique
de Souza e Silva.-- 2022.

310 f.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 290-310.

1. Direito penal econômico - Teses. 2. Princípios gerais
do direito. 3. Controle administrativo - Teses. 4. Garantia
(Direito) - Teses. I. Sales, Sheila Jorge Selim de.
II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de
Direito. III. Título.

CDU: 343.2:33



ATA DA DEFESA DE TESE DO ALUNO GUSTAVO HENRIQUE DE SOUZA E SILVA

Realizou-se, no dia 11 de agosto de 2022, às 10:00 horas, Sala da Congregação, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de tese, intitulada *Tipos de Mera Transgressão Administrativa no Direito Penal Econômico Brasileiro*, apresentada por GUSTAVO HENRIQUE DE SOUZA E SILVA, número de registro 2018653045, graduado no curso de DIREITO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Sheila Jorge Selim de Sales - Orientador (UFMG), Prof(a). Frederico Gomes de Almeida Horta (UFMG), Prof(a). Luciano dos Santos Lopes (Faculdade de Direito Milton Campos), Prof(a). Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva (UFMG), Prof(a). Helena Regina Lobo da Costa (Universidade de São Paulo - USP).

A Comissão considerou a tese:

- Aprovada, tendo obtido a nota 100 (cem pts.)
- Reprovada

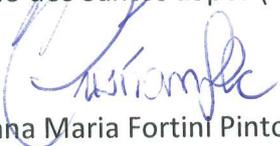
Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 11 de agosto de 2022.


Prof(a). Sheila Jorge Selim de Sales (Doutora) nota 100.


Prof(a). Frederico Gomes de Almeida Horta (Doutor) nota 100.


Prof(a). Luciano dos Santos Lopes (Doutor) nota 100.


Prof(a). Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva (Doutora) nota 100.


Prof(a). Helena Regina Lobo da Costa (Doutora) nota 100.

*À Bilu, ao Pedro e ao Miguel.
É tudo, sempre, por e para vocês...*

AGRADECIMENTOS

Ciente do privilégio e da responsabilidade que é ter uma pesquisa integralmente financiada por recursos públicos em nosso país, um agradecimento inicial aos contribuintes brasileiros.

É preciso agradecer à família, toda ela, a compreensão e o apoio incondicional, mesmo nos momentos em que a dedicação aos estudos nos furtava dos fins de semana, das viagens e das mais diversas oportunidades de celebrar a nossa convivência. Se eu estava fisicamente ausente, vocês me faziam companhia a cada sessão de estudo como fonte inesgotável de inspiração.

Um sincero muito obrigado a todos os professores que participaram desta caminhada, fazendo-o na pessoa da Professora Orientadora Doutora Sheila Jorge Selim de Sales, os senhores são exemplos que nos motivam a seguir em frente.

Aos colegas pós-graduandos, nas pessoas da Regina Juncal e Ciro Costa Chagas, um agradecimento por dividirem as angústias que uma pesquisa acadêmica impõe. Também um registro especial de agradecimento a Zilda Onofri e Sílvia Volpini, pelo apoio na indexação das obras consultadas, revisão e formatação do texto.

À JASA – ADVOCACIA, um agradecimento por ser um laboratório vivo, no qual é possível vivenciar de perto as belezas e as dificuldades das atividades empresariais. É preciso agradecer, ainda, a colaboração de toda a equipe para com meus projetos pessoais, fazendo-o nas pessoas do advogado Pedro Henrique Machado Silveira e da colaboradora Mirian Verônica Dias, o primeiro como meu substituto diante das ausências decorrentes de compromissos acadêmicos e a segunda sempre pronta a ajudar na área de biblioteconomia.

Ao final, um agradecimento geral a todos aqueles que, de alguma forma, participaram deste projeto e torceram pelo seu sucesso.

“With great power comes great responsibility.”

Ben Parker

RESUMO

A regulação criminal econômica tem-se utilizado de tipos penais representados por leis abertas, nas quais apenas é sinalizado um dever geral de cumprir determinações administrativas. Em tais estruturas típicas, delegam-se a atos normativos infralegais a complementação da descrição das condutas proibidas e a constituição definitiva do conteúdo da incriminação. Permite-se uma adequação mais célere do ordenamento jurídico às profundas alterações pelas quais passam as atividades socioeconômicas no atual contexto de constantes evoluções tecnológicas. Por outro lado, demanda-se um cuidado para a sua adaptação às garantias aplicáveis a qualquer intervenção penal. Identificando as suas principais características comuns, denominam-se tais estruturas como tipos de mera transgressão administrativa. Expondo os principais aspectos conceituais das remissões normativas utilizadas nos seus enunciados normativos, em especial, os elementos em branco da lei penal e os elementos de valoração global do fato, aponta-se a sua ampla utilização no direito penal econômico brasileiro. Expõe-se que é a espécie de remissão normativa utilizada na redação da lei que vai orientar qual modalidade de acessoriedade administrativa será dela decorrente, sendo certo que esta última sinalizará o grau de dependência entre o direito penal e o direito administrativo a ser estabelecido. Propõem-se critérios dogmáticos a serem observados pelos tipos de mera transgressão administrativa de modo a conciliá-los com o princípio da legalidade, a exigir uma intervenção penal racionalmente justificada, representada a partir de uma lei prévia, escrita, estrita e certa. Reconhecendo o contexto de sobreposição normativa característicos de tais estruturas típicas, indicam-se critérios para a distinção entre a infração administrativa e o injusto penal. Analisando os referidos tipos a partir do princípio do *ne bis in idem* transversal, sugere-se que sua aplicação deve se dar de forma a integrar as esferas sancionatórias administrativa e penal, evitando-se uma dupla sanção desnecessária e superando-se a afirmação de uma independência absoluta entre tais instâncias. A partir da crítica acerca de um direito penal de velocidades, de um direito de intervenção ou de um direito administrativo sancionador, como alternativas regulatórias à expansão penal decorrente da previsão de tipos administrativizados, propõe-se uma reflexão do tema sob o prisma da teoria da regulação responsiva, visando a resgatar as premissas de uma intervenção criminal econômica subsidiária.

Palavras-chave: Tipo Penal. Direito Penal Econômico. Remissão Normativa. Acessoriedade Administrativa. Legalidade. *Bis in idem*. Independência das Instâncias. Regulação Responsiva.

ABSTRACT

The current criminal regulation regarding economic activities has used criminal types represented by open laws, in which only a general duty to comply with administrative determinations is indicated. In such typical structures, it is attributed to infralegal normative acts the complementation of the description of the prohibited conducts and, therefore, the definitive constitution of the content of the incrimination. This normative strategy has the merit of allowing a faster adaptation of the legal system to the marked changes that socioeconomic activities are undergoing. On the other hand, it is an option that demands greater care for its adaptation to criminal guarantees. By identifying their main common features, we term such structures as types of a “mere administrative transgression.” By presenting the main conceptual aspects of the normative references used in their normative statements, in particular, the blank elements of the criminal law and the elements of overall assessment of the fact, its wide use in Brazilian economic criminal law is pointed out. It is shown that it is the kind of normative reference used in the drafting of the law that will guide which type of administrative legal resource will result from it, given that the latter will indicate the degree of dependence between criminal law and the established administrative law. Dogmatic criteria to be met by the types of mere administrative transgression are proposed, in order to reconcile them with the principle of legality, and demand a rationally justified criminal intervention, represented by a prior, written, strict and certain law. By recognizing the context of normative overlap characteristic of such typical structures, criteria are indicated for the distinction between administrative infraction and criminal injustice. When analyzing the aforementioned types from the Principle of *Ne Bis In Idem*, it is suggested that their application should take place in a way that integrates both administrative and penal sanctioning spheres, thus avoiding an unnecessary double sanction and overcoming the affirmation of an absolute independence between such spheres. From the criticism about a criminal law of speeds, of intervention law or sanctioning administrative law, as regulatory alternatives to the criminal expansion resulting from the prediction of administrative types, an approach to the theme is proposed from the perspective of the theory of responsive regulation, aiming to rescue the premises of a subsidiary economic criminal intervention.

Keywords: Criminal Type. Economic Criminal Law. Normative Remission. Administrative Accessory Resources. Principle of Legality. Double Sanction. Independence Among Legal Spheres. Sanctioning Administrative Law. Responsive Regulation. Subsidiarity.

RIASSUNTO

L'attuale disciplina penale in materia di attività economiche ha fatto ricorso a tipologie penali rappresentate da leggi aperte, nelle quali è indicato solo un dovere generale di ottemperare alle determinazioni amministrative. In tali strutture tipiche, si attribuisce ad atti normativi infralegali l'integrazione della descrizione delle condotte vietate e, quindi, la definitiva costituzione del contenuto dell'incriminazione. Questa strategia normativa ha il merito di consentire un più rapido adattamento dell'ordinamento ai marcati mutamenti che le attività socioeconomiche stanno subendo. D'altra parte, è un'opzione che richiede una maggiore attenzione per il suo adeguamento alle garanzie penali. Identificando le loro principali caratteristiche comuni, chiamiamo tali strutture come tipi di “mera trasgressione amministrativa”. Presentando i principali aspetti concettuali dei riferimenti normativi utilizzati nei loro enunciati normativi, in particolare, gli elementi in bianco del diritto penale e gli elementi di valutazione complessiva del fatto, si evidenzia il suo ampio utilizzo nel diritto penale economico brasiliano. Si mostra che è proprio il tipo di riferimento normativo utilizzato nella redazione della legge che guiderà quale tipo di risorsa giuridica amministrativa ne deriverà, dato che quest'ultima indicherà il grado di dipendenza tra il diritto penale e il diritto amministrativo stabilito. Si propongono criteri dogmatici a cui devono rispondere le tipologie di mera trasgressione amministrativa, al fine di conciliarli con il principio di legalità, ed esigono un intervento penale razionalmente giustificato, rappresentato da una legge preventiva, scritta, rigorosa e certa. Riconoscendo il contesto di sovrapposizione normativa caratteristico di tali strutture tipiche, vengono indicati i criteri per la distinzione tra illecito amministrativo e illecito penale. Nell'analizzare i suddetti tipi dal Principio del *Ne Bis In Idem*, si suggerisce che la loro applicazione avvenga in modo da integrare l'ambito sia amministrativo che sanzionatorio, evitando così un'inutile doppia sanzione e superando l'affermazione di un'assoluta indipendenza tra tali sfere. Dalla critica ad un diritto penale delle velocità, al diritto di intervento o al diritto amministrativo sanzionatorio, come alternative regolamentari all'espansione penale derivante dalla previsione dei tipi amministrativi, si propone un approccio al tema nell'ottica della teoria della regolazione responsiva, con l'obiettivo di salvare le premesse di un intervento penale economico sussidiario.

Parole chiave: Tipo penale. Diritto penale economico. Remissione normativa. Risorse accessorie amministrative. Principio di legalità. Doppia sanzione. Indipendenza tra le sfere legali. Diritto amministrativo sanzionatorio. Regolamento reattivo. Sussidiarietà.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	16
2 TIPOS DE MERA TRANSGRESSÃO ADMINISTRATIVA: ASPECTOS CONCEITUAIS E PREVISÃO LEGAL NO DIREITO PENAL ECONÔMICO BRASILEIRO	20
2.1 Tipos de mera transgressão administrativa: noção	20
<i>2.1.1 Aspectos terminológicos</i>	<i>22</i>
<i>2.1.2 Oportunidade de uma análise crítico-dogmática</i>	<i>26</i>
<i>2.1.3 Relevância no direito penal econômico</i>	<i>27</i>
2.2 A necessidade de um sistema regulatório econômico dinâmico.....	33
<i>2.2.1 A contribuição da esfera administrativa.....</i>	<i>34</i>
<i>2.2.2 O atual contexto de uma regulação administrativa-penal.....</i>	<i>35</i>
2.3 Tipos de mera transgressão administrativa e remissões normativas.....	43
<i>2.3.1 Elementos normativos do tipo</i>	<i>43</i>
<i>2.3.2 Leis penais em branco e elementos em branco das leis penais.....</i>	<i>49</i>
<i>2.3.3 Os elementos de valoração global do fato</i>	<i>56</i>
<i>2.3.4 Elementos normativos do tipo, elementos em branco da lei penal e elementos de valoração global do fato como espécies do gênero elementos normativos da lei penal.....</i>	<i>65</i>
<i>2.3.5 Tipos de mera transgressão administrativa: representação legal e previsão no direito penal econômico brasileiro.....</i>	<i>70</i>
2.4 Tipos de mera transgressão administrativa e acessoriedade administrativa	75
<i>2.4.1 Aspectos terminológicos</i>	<i>75</i>
<i>2.4.2 Acessoriedade administrativa: noção e principais classificações</i>	<i>77</i>
<i>2.4.3 Relação entre as espécies de remissão normativa e as modalidades de acessoriedade administrativa delas decorrentes</i>	<i>81</i>
<i>2.4.4 Modalidade de acessoriedade e o grau de dependência entre o direito penal e o direito administrativo</i>	<i>88</i>
3 TIPOS DE MERA TRANSGRESSÃO ADMINISTRATIVA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	94
3.1 O princípio da legalidade penal	94
<i>3.1.1 Tensão dogmática com os tipos de mera transgressão administrativa</i>	<i>95</i>

3.1.2 Critério geral para uma conciliação.....	98
3.2 Tipos de mera transgressão administrativa: objeto legitimador da intervenção	
penal	100
3.2.1 Bem jurídico penal	101
3.2.2 Função estatal	105
3.2.3 A necessária aproximação dos conceitos de função e bem jurídico no âmbito dos tipos de mera transgressão administrativa.....	110
3.2.4 Posição adotada.....	112
3.3 Tipos de mera transgressão administrativa e lei prévia	116
3.3.1 Retroatividade da alteração dos atos normativos complementares mais benéficos	117
3.3.2 Posição adotada.....	121
3.4 Tipos de mera transgressão administrativa e lei escrita	124
3.4.1 Posição adotada.....	126
3.5 Tipos de mera transgressão administrativa e lei estrita	133
3.5.1 Posição adotada.....	134
3.6 Tipos de mera transgressão administrativa e lei certa.....	136
3.6.1 A relevância da taxatividade no âmbito da regulação econômica.....	138
3.6.2 Síntese das atuais propostas de solução ao problema da taxatividade em tipos representados por leis penais abertas	139
3.6.3 Crítica às propostas expostas sob a perspectiva dos tipos de mera transgressão administrativa	147
3.6.4 Posição adotada.....	153
4 TIPOS DE MERA TRANSGRESSÃO ADMINISTRATIVA E A RELAÇÃO ENTRE AS ESFERAS SANCIONATÓRIAS ADMINISTRATIVA E PENAL.....	167
4.1 Tipos de mera transgressão administrativa e sobreposição normativa.....	167
4.1.1 Teorias sobre os limites entre as esferas sancionatórias administrativa e penal.....	167
4.1.2 Aspectos terminológicos	180
4.1.3 Posição adotada.....	181
4.2 Tipos de mera transgressão administrativa e o princípio do ne bis in idem.....	189
4.2.1 O princípio do ne bis in idem no âmbito interno do direito penal e processual penal	190

4.2.2 <i>O princípio do ne bis in idem no âmbito interno do direito administrativo sancionador</i>	192
4.2.3 <i>O princípio do ne bis in idem transversal</i>	193
4.2.4 <i>Posição adotada</i>	207
4.3 Tipos de mera transgressão administrativa e a independência entre as instâncias	212
4.3.1 <i>A independência entre as instâncias</i>	212
4.3.2 <i>Independência entre as instâncias e a representação legal dos tipos de mera transgressão administrativa</i>	217
4.3.3 <i>Posição adotada</i>	220
5 TIPOS DE MERA TRANSGRESSÃO ADMINISTRATIVA E MODELOS ALTERNATIVOS DE REGULAÇÃO	228
5.1 O direito penal de duas velocidades, o direito de intervenção e o direito administrativo sancionador como possíveis alternativas regulatórias aos tipos de mera transgressão administrativa	228
5.1.1 <i>O direito penal de duas velocidades</i>	229
5.1.2 <i>O direito de intervenção</i>	231
5.1.3 <i>O direito administrativo sancionador</i>	232
5.1.4 <i>Posição adotada</i>	235
5.2 Tipos de mera transgressão administrativa e a teoria da regulação responsiva	243
5.2.1 <i>Teoria da regulação responsiva</i>	244
5.2.2 <i>Posição adotada</i>	253
5.3 Tipos de mera transgressão administrativa e a subsidiariedade penal	265
5.3.1 <i>Subsidiariedade penal</i>	265
5.3.2 <i>A crise da subsidiariedade penal</i>	268
5.3.3 <i>Posição adotada</i>	270
CONCLUSÃO	282
REFERÊNCIAS	290

1 INTRODUÇÃO

A presente tese se dedica à análise dos tipos previstos no direito penal econômico brasileiro representados por enunciados nos quais a lei penal se limita a sinalizar um dever geral de obediência às determinações de autoridades públicas, delegando a tarefa de descrever a transgressão que complementa o conteúdo da incriminação a atos normativos administrativos.

Seu principal propósito é demonstrar que, diante da ampla utilização de tal técnica legislativa, em parte justificada pela necessidade de um ordenamento capaz de acompanhar a dinamicidade das atividades socioeconômicas atuais, a doutrina não deve se limitar à simples afirmação da sua invalidade constitucional.

É preciso, segregando o objeto de estudo de aspectos afeitos à sua legitimidade, aprofundar reflexões sobre os institutos jurídico-penais que compõem a estruturação de tais tipos incriminadores para, em seguida, propor mecanismos capazes de adaptá-los às premissas dogmáticas que devem reger toda intervenção penal constitucionalmente orientada.

Para tanto, adotou-se como critério metodológico a denominada teoria geral da parte especial, compreendida como “método para o estudo sistemático da parte especial do código que procura dar organicidade à sua exposição tendo em vista a classificação dos elementos do tipo penal quanto à técnica de legiferação, bem como elementos comuns que integram a estrutura das figuras delituosas.”¹

Conforme observa Sales, o inteiro sistema penal deve exercer a função garantista, cabendo à parte especial demarcar, “para os cidadãos, a fronteira entre o lícito e o ilícito em matéria penal, a espécie de sanção aplicável a cada um desses fatos e seus respectivos limites mínimo e máximo, dando-lhes a conhecer a casuística que legitima o Estado a entrar na (inviolável) esfera da liberdade individual, com sua severa sanção, sem dúvida a mais grave do ordenamento jurídico: a pena privativa de liberdade”. Ao reconhecer isso, o método adotado permite o estudo crítico dos tipos penais superando-se a sua exegese literal, promovendo, dessa forma, “um conhecimento *mais profundo e sistematizado da parte*

¹ SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2004. p. 103. No caso do presente estudo, para além de alguns tipos previstos na parte especial do Código Penal, também se analisou incriminações constantes de leis penais esparsas a regular as atividades produtivas.

*especial e de suas diversas e constantes interações com a parte geral, hábeis a concretizar uma visão in totum do sistema”.*²

A análise do tema proposto, mediante a metodologia exposta, foi realizada em quatro capítulos, concebidos a partir das seguintes premissas:

- a concepção de tipos econômicos administrativizados é uma realidade normativa vigente e amplamente aplicada, não se resume a uma estratégia legislativa equivocada, mas se justifica em razão de algumas especificidades de seu próprio objeto legitimador, em especial, no que toca à sua dinamicidade cada vez mais intensa;
- em se cogitando de intervenção penal com a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade, embora em tais estruturas típicas tal tarefa seja mais complexa, não podem ser abandonadas as garantias constitucionais inerentes a esse tipo de responsabilidade;
- justamente diante dos ônus dogmáticos decorrentes da necessidade de uma previsão típica a partir de leis abertas, tal estratégia legislativa há de ser excepcional em relação às outras formas de regulação econômica.

O capítulo 2 tem como finalidade a identificação de características comuns às referidas estruturas incriminadoras, que foram batizadas de tipos de mera transgressão administrativa.

Demonstrando-se a sua ampla utilização no ordenamento brasileiro, aprofundou-se a análise dos institutos jurídicos necessários à estruturação da mencionada técnica legislativa, tais como:

- as remissões normativas, gênero no qual se incluem os elementos normativos do tipo, os elementos em branco da lei e os elementos de valoração global do fato;
- a acessoriedade administrativa, cujas modalidades foram classificadas a partir da espécie de remissão normativa utilizada na redação da lei penal;
- o grau de dependência entre o direito penal e o direito administrativo estabelecido a partir de cada modalidade de acessoriedade.

O capítulo 3 se ocupa da reflexão acerca da conciliação dos tipos de mera transgressão administrativa com as premissas do princípio da legalidade, valorizando o caráter dicotômico da referida norma constitucional.

² SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2004. p. 96; 114.

Para tanto, foram propostos critérios dogmáticos aptos a promover a sua adequação às premissas materiais e formais do aludido princípio, sugerindo-se:

- como limite da legitimação da intervenção punitiva, uma aproximação entre o regime jurídico aplicável ao legislador penal e aquele a ser imposto ao agente administrativo cujo ato normativo vai complementar o tipo, exigindo de ambos a descrição de condutas potencialmente lesivas a valores socialmente relevantes;
- o reconhecimento de que, via de regra, assim como ocorre com a lei penal, devem retroagir os efeitos dos atos normativos administrativos mais benéficos que interfiram no conteúdo da incriminação;
- que a contribuição administrativa na complementação típica não viola a reserva de lei, desde que mantido seu lastro democrático a partir do regime de atribuição legal de competência regulatória;
- diante de sua representação legal por leis abetas, nos tipos de mera transgressão administrativa, para além da analogia *in malam partem*, deve ser vedada a sua interpretação extensiva;
- um grau mínimo de taxatividade de tais estruturas típicas deve ser resguardado a partir da noção de ofensividade como filtro crítico a orientar quais infrações administrativas têm dignidade para complementar o tipo penal.

O capítulo 4 se encarrega da exposição dos critérios aptos à distinção entre as esferas sancionatórias administrativa e penal, considerando que, no âmbito dos tipos de mera transgressão administrativa, ambas estão em sobreposição, na medida em que a descrição completa das condutas abstratamente incriminadas somente é obtida da integração do enunciado legal com os atos normativos infralegais por ele referidos

Nesse sentido, procurou-se esclarecer que:

- uma distinção entre as esferas deve partir da comparação entre os institutos da infração administrativa e do injusto penal (conduta ilícita e típica), demonstrando que será função da tipicidade qualificar, dentro do universo mais amplo das condutas ilícitas, quais infrações podem ser objeto da seara criminal;
- preenchidos os requisitos gerais para o reconhecimento do *bis in idem*, o princípio que veda a aplicação de dupla sanção pelo mesmo fato pode, em tais estruturas típicas, ser aplicado de forma transversal, prevalecendo, sempre que estiverem presentes todos os requisitos mais restritos para a sua aplicação, a sanção penal sobre aquela de natureza administrativa;

- justamente em razão da sua estruturação legal, no âmbito dos tipos de mera transgressão administrativa, há de se superar a visão de uma atuação absolutamente independente entre as instâncias, promovendo-se mecanismos para a sua atuação racionalmente coordenada.

O capítulo 5 tem por escopo reconhecer que diante dos ônus decorrentes de estruturas típicas representadas por leis abertas a sua utilização dentro do sistema regulatório sancionatório deve ser excepcional.

Com esse objetivo, afirmou-se que:

- as sugestões tradicionais de um direito penal sem a previsão de pena privativa de liberdade ou de total delegação à instância administrativa da função de sancionar as condutas potencialmente lesivas à ordem econômica são insatisfatórias;
- uma melhor assertividade para a definição de qual a esfera mais adequada a ser utilizada na regulação econômica pode ser obtida a partir de cada conflito em específico, sendo, para tanto, de grande utilidade as premissas da teoria da regulação responsiva;
- uma análise responsiva dos tipos de transgressão administrativa contribui para sua aplicação subsidiária, como deve ser toda e qualquer intervenção criminal.

Em síntese, procura-se demonstrar que um esforço no sentido da adequação dos aludidos tipos às premissas constitucionais pode ser útil visando à promoção de uma regulação econômica eficiente, apta a promover segurança jurídica a partir de uma integração harmônica e sistemática entre as distintas esferas sancionatórias estatais.

Ademais, ignorar a realidade posta de que nosso ordenamento jurídico está repleto de estruturas típicas assim constituídas, mesmo sob a justificativa de uma absoluta e irrestrita invalidade constitucional, parece ser estratégia que acaba por fomentar a sua aplicação acrítica e, via de consequência, uma intervenção penal na ordem econômica excessivamente ampla, recessiva, fértil a juízos discricionários das autoridades e, portanto, ineficiente aos seus próprios propósitos.

2 TIPOS DE MERA TRANSGRESSÃO ADMINISTRATIVA: ASPECTOS CONCEITUAIS E PREVISÃO LEGAL NO DIREITO PENAL ECONÔMICO BRASILEIRO

2.1 Tipos de mera transgressão administrativa: noção

Consideram-se tipos de mera transgressão administrativa aqueles cuja representação legal sinaliza a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade diante da violação de um dever geral de obediência às determinações de autoridades administrativas, delegando-se a complementação da norma a ser infringida a atos regulatórios infralegais.

Adota-se, para esse conceito, uma diferenciação entre as noções de lei penal, norma e tipo.

A lei penal (enunciado normativo) é compreendida como o texto elaborado pelo legislador cujo significado é a norma (o preceito normativo), sendo o tipo a descrição da conduta que a infringe, com a previsão das possíveis sanções daí decorrentes.³

Nos tipos de mera transgressão administrativa, a distinção entre a lei penal e o tipo é especialmente relevante, pois os elementos normativos utilizados na redação do seu enunciado legal delegam aos regulamentos administrativos a função de descrever parte das condutas evia de consequência, de completar o dever cuja violação implica um juízo positivo de tipicidade objetiva.

Em tais estruturas típicas, sem tal complementação infralegal, não se obtém da lei penal a mensagem completa que deve ser expressa pelo tipo, qual seja, a descrição de uma

³ Sobre a distinção entre os conceitos de tipo e norma, Welzel registra que o tipo “[é] a figura conceitual, que descreve formas possíveis de conduta humana, já a norma proíbe a realização dessas formas de condutas. “Quem atua conforme o tipo penal infringe a norma”. (WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Tradução: Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 51). Sobre a distinção entre lei e tipo Horta esclarece que “[a]o contrário da lei, que é forma ou meio de expressão, o tipo – assim como a norma cuja infração ele descreve – é conteúdo, é mensagem”. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 94). Sobre a distinção entre lei e norma Falavigno esclarece que “é preciso ressaltar que, mesmo que sejam usadas como sinônimos por alguns autores, a lei e a norma não se confundem, estando essa contida naquela. A lei é a regra jurídica escrita, instituída pelo legislador, no cumprimento de mandato outorgado democraticamente pelos cidadãos. Já a norma jurídica consiste em uma estrutura enunciativa de organização de conduta que deve ser seguida de forma obrigatória. A norma enuncia, portanto, o dever ser e determina o conteúdo do ilícito em matéria penal”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 39). Exemplificando a partir do artigo 121 do Código Penal, a lei penal (o enunciado normativo) está na locução “Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos”, a norma (preceito normativo) consiste no estabelecimento do dever de que “é proibido matar”, sendo tipo a mensagem de que “caso se mate alguém, violando-se a proibição de matar, o autor do fato estará sujeito à sanção de reclusão pelo período de seis a vinte anos”.

conduta objetiva que viola a norma. Elas consistem em modelos de incriminação nos quais, somente a partir dos referidos atos normativos administrativos, denotam-se, de forma analítica, as obrigações ou proibições às quais a lei penal faz referência de forma genérica.⁴

São tipos determinados por leis penais que descrevem, sob o prisma objetivo, comportamentos de transgressão às regras emanadas da administração pública. A infração dessas regras consiste no conteúdo fundamental do injusto para efeito da imposição da sanção criminal.⁵

Em tais estruturas legais há de se reconhecer uma previsão típica para a qual a lei penal não apresenta uma clara elaboração da abrangência da conduta proibida, pois a sua descrição objetiva está mencionada no enunciado legal apenas de forma geral, sendo que a compressão de seu preceito está a demandar um juízo de valor do intérprete sobre atos normativos administrativos complementares.⁶

Por consistirem em estruturas típicas representadas por leis abertas os tipos de mera transgressão administrativa exigem, como requisito para a sua validade, que a valoração do intérprete acerca da norma extrapenal, para efeito da delimitação da conduta incriminada, não disponha de autonomia plena, devendo ser orientada por pressupostos gerais inerentes ao

⁴ Sobre a utilização de tal técnica legislativa no âmbito econômico, Bacigalupo observa que “[l]os nuevos ámbitos de criminalización en el derecho penal moderno – delitos económicos y ecológicos – se caracterizan por que la amenaza penal tiene a reforzar el cumplimiento de normas administrativas que imponen deberes de hacer y obligaciones de omitir. Es muy frecuente que el derecho penal opere en este ámbito con un estricto carácter secundario, es decir penalizando el incumplimiento de normas de conducta que corresponden a un ámbito que le es ajeno”. (BACIGALUPO, Enrique. *La instrumentalización técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente. Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 5, p. 191-213. 1982. p. 196).

⁵ Há referências ao instituto na obra Hungria, que, ao definir o conceito de lei penal em branco, aduz sobre a possibilidade de diplomas legislativos nos quais “[a] pena é cominada à transgressão (desobediência, inobservância) de uma norma (legal ou administrativa) a emitir-se in futuro”. (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v.1, p. 93). Seriam tipos afeitos ao ramo denominado por Horta como direito penal administrativo, “verificando-se sempre que a punibilidade de uma conduta for determinada, entre outros requisitos, pela desobediência perturbadora a normas administrativas ou típicas da administração, impostas em função da gestão de riscos socialmente compartilhados”. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 218).

⁶ Sobre o tema, Falavigno observa que: “Nesse ramo, a norma administrativa funciona como a mensagem direta ao destinatário, e a norma penal atua como um “braço armado” que garante a primeira. A ordem econômica necessita, por sua natureza, de uma série de regras extrapenais para quantificar riscos e geri-los, estabelecendo procedimentos obrigatórios, o que faz do direito penal administrativizado, na verdade, o direito da gestão punitiva de riscos”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 184). Sobre o tema, cf. ZUÑIGA RODRÍGUES, 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. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam I*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Universidad Salamanca, 2001. p. 1422-1423.

próprio direito penal, sob pena de violação de princípios constitucionais limitadores dessa modalidade de intervenção estatal.

Os tipos de mera transgressão administrativa não devem ser admitidos como estruturas neutras axiologicamente, a descrever de forma ampla todas as condutas que dão lastro à instância extrapenal.

Demandam, já no estrato da abrangência objetiva da incriminação, uma interseção entre os juízos de ilicitude e tipicidade, o primeiro vinculado à afirmação prévia de uma infração administrativa à qual o enunciado normativo legal faz referência e o segundo, necessariamente mais restrito, orientado por premissas materiais que devem orientar qualquer intervenção penal.

O valor a orientar a norma penal nos tipos de mera transgressão administrativa é uma noção geral sobre a necessidade de se cumprir o que foi determinado por atos normativos administrativos, cuja delimitação dependerá, em cada tipo, do regramento ao qual seu enunciado legal faz referência. Exatamente por isso a sua previsão legal válida, bem como a sua aplicação concreta dentro das premissas de um direito penal constitucionalizado, impõem uma análise detida da relação especial entre as responsabilidades administrativa e penal neles sobrepostas.

A partir dessa proposta inicial de conceito de tipos de mera transgressão administrativa, pretende-se demonstrar o contexto no qual a sua utilização tem se dado, em especial diante da exigência de se cogitar de uma intervenção penal capaz de se adaptar, de forma mais célere e independente de alterações legislativas, às profundas alterações das atividades empresariais características da sociedade atual.

2.1.1 Aspectos terminológicos

A atual regulação criminal das atividades econômicas no ordenamento jurídico brasileiro tem utilizado, com frequência, técnicas legislativas pelas quais a lei penal se limita a indicar a necessidade de se observar atos normativos administrativos, remetendo a aferição completa das condutas proibidas, essencial à definição do conteúdo do injusto, a atos normativos administrativos.⁷

⁷ Segundo Aragão, regulação “consiste no conjunto de medidas legislativas, administrativas, e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direção socialmente desejáveis”. (ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro:

Tradicionalmente, a doutrina denomina tais estruturas de crimes de mera desobediência administrativa, compreendendo-os como aqueles nos quais a configuração da tipicidade objetiva se equivaleria à afirmação de violação de quaisquer das regras infralegais mencionadas pela lei penal, prescindindo-se de aspectos axiológicos distintos daqueles que estariam a justificar uma intervenção sancionatória administrativa.⁸

Sustenta-se, via de regra, ser tal modalidade típica carente de legitimação constitucional, considerando-a uma indevida criminalização de regras de interesse exclusivo da administração pública, das quais não deveria se ocupar o direito penal.⁹

Horta sintetiza tal posição, asseverando que:

Forense, 2002. p. 31). Di Pietro acrescenta que “embora a regulação possa incidir sobre qualquer objeto social, como a família, a educação, a saúde, o trabalho, é no âmbito da economia estatal que ele vem sendo utilizado mais frequentemente no direito brasileiro”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003. p.28). Sobre a utilização de remissões normativas, trata-se de estratégia que não se limita ao cenário nacional. Sobre o tema, Silva Sánchez alerta que uma das suas formas de expressão consiste na expansão sancionatória em direção a espaços de gestão punitiva de riscos gerais, superando-se a ideia tradicional de um direito penal centrado na reação *a posteriori* contra condutas determinadas lesivas a bens jurídicos individuais. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Buenos Aires: Euros, 2008. p.134).

⁸ Sobre o tema, Reale Júnior aponta que este tipo de intervenção normativa “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 “organizar” do que a proteger, sendo, portanto, destituída de finalidade de consagrar valores e tutelá-los”. (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v.1, p. 21). Em posição semelhante, Costa pondera que se criminalizam “matérias meramente organizacionais; condutas ainda não plasmadas como axiologicamente negativas; comportamentos que correspondem somente a uma desobediência administrativa, sem consequências mais graves. E, com isso, o direito penal adentra âmbitos que, provavelmente, sequer deveriam ser regulamentados por meio de instrumentos punitivos”. (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p.115). Cardoso considera tais delitos como “uma tipificação que decorre de uma atuação particular em desacordo com uma disposição regulamentar ou de ato administrativo”. (CARDOSO, Rafaella. *Delitos econômicos de desobediência administrativa: consequências da omissão da Administração Pública*. 2018. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo, 2018, p. 326.

⁹ Sobre o tema, Lopes afirma que “[a]tualmente, vê-se uma proliferação de normas de Direito Penal que tratam, na verdade, de desobediências e violações a deveres e funções do Estado e, que, portanto, deveriam estar restritas ao campo do Direito Administrativo. Isto se deve à concepção de que o Direito Penal seria o instrumento capaz de garantir numa sociedade de riscos a eficácia das normas administrativas, importante instrumento garantidor do direito de mera ordenação estatal, ou seja, de garantia de obediência aos comandos estatais (...) a administrativização do Direito Penal implica reconhecer a punição de delitos como mero guia de condutas ou como mera gestão da desobediência da função administrativa ou modelo de gestão pública e não com um desvalor de determinada ação considerada individualmente”. (LOPES, Luciano Santos; FRANCO, Ticiane Moraes. Administrativização do direito penal econômico. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Arana; BORGES, Paulo César Correa; LANGROIVA, Cláudio José (coord.). *Direito penal e criminologia*. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 96-97). Em sentido similar, cf. BECHARA, Ana Elisa Libertore Silva. Critérios políticos-criminais da intervenção penal no âmbito econômico: uma lógica equivocada. In: FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael (coord.). *Direito penal econômico: questões atuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 58. Mir Puig alerta que a admissão de uma intervenção criminal na qual se valoriza a tentativa de se otimizar a eficácia de outras regulações estatais violaria o princípio da intervenção mínima. (MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado Social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994. p. 157).

[...] os crimes de mera desobediência, cujo conteúdo de injusto se resume à infração das pautas de conduta impostas pela administração em função da tutela de um determinado bem jurídico, sem que a esta infração se some uma ofensa ao próprio bem jurídico consistem em um modelo evidentemente ilegítimo de direito penal, que sacrifica direitos individuais fundamentais, como a liberdade, em nome da tutela das atividades administrativas, em geral de controle, que não são verdadeiros bens jurídicos, mas meras funções.¹⁰

Sobre o fundamento de que tal modalidade de intervenção penal se revela inexoravelmente inválida, a visão tradicional dos ditos crimes de mera desobediência administrativa acaba levando a doutrina a se furtar de uma reflexão mais vertical acerca de aspectos dogmáticos necessários à crítica de tais estruturas típicas, não obstante a sua ampla previsão legal e aplicação concreta.

O ponto central para se admitir alguma utilidade e legitimação constitucional de uma intervenção penal em sobreposição àquela de natureza administrativa está na necessidade de se estabelecer critérios capazes de diferenciar, sob o prisma da eficiência regulatória e das garantias exigidas, quais as condutas devem estar abrangidas por cada uma das referidas esferas, em especial, em razão da intensidade distinta de suas sanções características.

Com esse objetivo, devem ser propostos, já no estrato da tipicidade objetiva, critérios capazes de limitar, dentro do universo mais amplo dos comportamentos abrangidos pela esfera administrativa, quais seriam aqueles, mais reduzidos, capazes de serem regulados também pela seara penal, rompendo-se com aquela visão tradicional do conceito de crimes de mera desobediência administrativa, segundo a qual ambas as instâncias estariam a tratar exatamente do mesmo conjunto de condutas.

Justamente diante da pretensão de valorizar a análise de tais estruturas, a partir de um viés mais restrito de tipicidade objetiva em relação àquele de todas as infrações administrativas que podem ser abrangidas formalmente pela remissão legal, sugere-se utilizar o termo “tipo de mera transgressão administrativa”, e não aquele usualmente utilizado pela doutrina, “crimes de mera desobediência administrativa”.

O que se pretende reforçar com a terminologia adotada é a necessidade de um fechamento de tais estruturas típicas representadas por leis abertas já no âmbito objetivo das condutas abstratamente descritas e de forma prévia a qualquer aspecto subjetivo.

¹⁰ HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 240.

Considera-se, assim, a desobediência um dever geral, já a transgressão uma violação específica de determinado ato administrativo.

A desobediência, já sinalizada na lei, não precisa de complementos, já a transgressão que fundamentará o tipo somente será obtida da leitura integrada do enunciado normativo com o ato infralegal a que se refere.

Ademais, o termo “desobediência” conota, para além de um aspecto objetivo, uma concepção subjetiva do agente que assim está a agir, na medida em que somente desobedece a uma norma quem a conhece e a compreende.

Já a transgressão pode ser verificada exclusivamente sob o prisma da correlação entre a conduta e o ato normativo, seja ele administrativo ou penal, cujas abrangências sob o prisma objetivo de descrição abstrato das condutas, não de ser distintas, na medida em que a esfera regulatória criminal há de ser, por exigências constitucionais várias, mais restrita que aquela administrativa.

A adoção de tal terminologia se dá sem prejuízo do reconhecimento de que será a insubordinação às normas emanadas da administração, presumidamente editadas como manifestações em favor do interesse público, a fonte axiológica remota do conteúdo do injusto penal nos tipos de mera transgressão administrativa.

Embora a obediência às determinações administrativas seja um valor geral a justificar a intervenção penal nos tipos de mera transgressão administrativa, acredita-se que a característica comum que deve batizá-los consiste no fato de que, diante das expressões que são utilizadas na lei penal que os representa, sua previsão legal e sua interpretação devem ocorrer a partir de critérios dogmáticos específicos e capazes de limitar a sua inequívoca abertura típica, que não pode ser tão ampla para abarcar todos os comportamentos sancionados pela esfera administrativa.

Nos tipos de mera transgressão administrativa, a violação da norma que fundamenta o tipo não se limita à mera desobediência a qualquer determinação infralegal. Em tais estruturas típicas, um juízo positivo de tipicidade objetiva exige a transgressão de algum ato normativo administrativo específico que, a partir de sua integração com o dever de obediência sinalizado pelo dispositivo legal, justifique a intervenção criminal.

2.1.2 Oportunidade de uma análise crítico-dogmática

A utilização de tipos representados por leis abertas, concebidos em um contexto de sobreposição normativa entre as searas administrativa e penal enseja questionamentos quanto à sua validade constitucional, principalmente em confronto como princípio da legalidade, tanto sob seu estrato material quanto formal.¹¹

Sob o prisma material, nos tipos de mera transgressão administrativa, revela-se especialmente tormentosa a delimitação de quais as condutas lesivas ou perigosas a valores ético-socialmente relevantes estão a justificar a intervenção criminal, dificultando a distinção, a partir de critérios tradicionalmente admitidos, entre os conceitos de bem jurídico e funções estatais.

No que tange ao aspecto formal, o desafio consiste em harmonizar a sua previsão com a concepção da legalidade compreendida como lei prévia, escrita, estrita e certa, todos a serem considerados como limites a uma intervenção penal constitucionalmente admitida.

A interpolação entre as searas administrativa e penal, característica de tal técnica legislativa, implica, ainda, uma maior complexidade na aferição de diferenças ontológicas entre a infração administrativa e o injusto penal, ensejando discussões sobre hipóteses de *bis in idem*, questionamentos sobre a possibilidade de sua apuração a partir de instâncias tidas como absolutamente independentes entre si, bem como acerca da sua previsão legal de forma subsidiária.

A constatação de uma tensão entre os tipos de mera transgressão administrativa e garantias constitucionais irrenunciáveis em qualquer Estado Democrático de Direito deve, todavia, ser tratada de forma apartada da sua conceituação e do estudo aprofundado acerca de critérios a serem observados para a sua previsão legal e aplicação concreta.

O conceito de um instituto jurídico há de ser concebido de forma independente da discussão sobre pressupostos a serem observados para a sua validade. Primeiro é necessário identificar o objeto para, em seguida, valorá-lo, não o inverso.¹²

¹¹ Adota-se um caráter dicotômico do princípio da legalidade, um referente à sua fundamentação política (estrita legalidade), de modo a exigir uma intervenção penal decorrente de normas que encontrem legitimação material quanto à proteção do gozo de direitos fundamentais ao maior número de pessoas possível, e outro formal (mera legalidade), a impor limites à forma como se dá a intervenção estatal sancionatória previamente legitimada. Sobre o tema, cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 39; BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema à luz do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro, Forense, 2002. p. 10; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 111.

¹² Nesse sentido, cf. HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 94-99.

Ao se emancipar a definição do conceito de tais estruturas legais dos critérios a serem observados para a sua validade, depreende-se a vantagem metodológica de valorizar os próprios princípios constitucionais como fundamentos para a sua crítica dogmática e hermenêutica.

Somente a partir de uma perspectiva pragmática, prévia e autônoma de aspectos afeitos à sua existência em nosso ordenamento legal, focada na análise técnica da forma pela qual estão estruturados e vêm sendo aplicados referidos tipos penais, pode-se constatar seus problemas dogmáticos e propor soluções que impliquem o seu resgate quanto a um direito penal constitucionalmente orientado.

É preciso definir o objeto de estudo (o que estudar) para, em seguida, problematizar tal objeto (por que estudar) e, na sequência, cogitar de respostas às questões identificadas (a tese proposta).

No caso dos tipos de mera transgressão administrativa, a tese que se pretende defender consiste justamente na necessidade de superar uma discussão tradicional que se limita a sustentar a sua invalidade, aprofundando uma análise sobre seus aspectos conceituais para, a partir daí, propor critérios para a sua adequação às premissas de uma intervenção penal eficiente e orientada pelos princípios constitucionais vigentes.

Trata-se de estudo do qual se pode recolher, ainda, vantagens empíricas, na medida em que o ordenamento penal brasileiro está repleto de tipos estruturados como de mera transgressão administrativa, cuja aplicação concreta tem sido amplamente admitida pela jurisprudência.

2.1.3 Relevância no direito penal econômico

Para se cogitar dos tipos penais de mera transgressão administrativa, faz-se necessário um ambiente normativo no qual subsista: regramento administrativo a regular determinada matéria; e previsões típicas cuja pretensão seja criminalizar parte das infrações administrativas nele descritas, mediante a utilização, em sua representação legal, de algumas modalidades de remissão normativa.

Entre os sistemas regulatórios nos quais satisfeitos referidos requisitos, a presente pesquisa se limitará à reflexão sobre os tipos de mera transgressão administrativa previstos no que se compreende como categoria didática do direito penal econômico.

Referida delimitação metodológica se fundamenta no fato de que, especialmente no âmbito de uma intervenção penal regulatória das atividades econômicas, justifica-se a preocupação com uma previsão típica dinâmica, capaz de acompanhar as alterações estruturais cada vez mais profundas e velozes das atividades empresariais.

Trata-se de seara na qual o legislador, visando a concretizar o objetivo de um tipo mais facilmente atualizável, tem se utilizado, com frequência, de elementos normativos da lei penal para representar intervenções incriminadoras posicionadas em sobreposição a uma vasta e complexa regulação administrativa, consistindo em terreno fértil para o estudo dogmático de estruturas típicas assim concebidas.

O conceito de direito penal econômico pode ser elaborado a partir de diversas perspectivas.

Sob um prisma criminológico, com origem em Sutherland, o conceito é definido com base no perfil econômico e social dos autores das condutas, dando origem à expressão “crimes de colarinho branco”.¹³

A partir de premissas processuais, há quem sustente um conceito de direito penal econômico estruturado mediante a constatação de que tais crimes apresentam dificuldades especiais em sua apuração, justificando a utilização de técnicas de investigação e regras de processo distintas.¹⁴

Já quanto ao seu objeto, estabeleceu-se um conceito restrito, segundo o qual o direito penal econômico é definido como conjunto de leis penais que abrangem a intervenção estatal na economia.¹⁵

¹³ SUTHERLAND, Edwin H. Is “white collar crime” crime? *American Sociological Review*, Annual Meeting Papers (apr. 1945), Washington, DC, v. 10, n. 2, 132-139, 1944.

¹⁴ DANNECKER, Gerhard. Die Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts in der Bundesrepublik Deutschland. In: WABNITZ, Heinz-Bernd, JANOVSKI, Thomas (hrgs.). *Handbuch des Wirtschafts – und Steuerstrafrechts*. München: Beck, p. 1-66. 2007. p. 14 e ss. *apud* COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 62, nota 239. OTTO, Harro. Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz) – Dogmatischer Teil I. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, Jahrgang, 34, p. 339-375, 1984. p. 340 *apud* COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 62, nota 240. A criticar tal critério, em razão de sua concepção arbitrária e cambiante, cf. CERVINI, Raul. Macro o extracriminalidad económica: aproximación conceptual y metodología. In: REYA ALFARO, Luis Miguel (coord.). *Nuevas Tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Lima: Ara, 2005. p.248.

¹⁵ BAJO FERNANDEZ, Miguel. Concepto y contenido del Derecho Penal Económico. In: MIR PUIG, Santiago; MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis; GALLEGRO SOLER, José-Ignácio; BELLO REGIFO, Carlos Simón (orgs.). *Estudios de Derecho Penal Económico*. Caracas: Livrosca, 2002. p.5.

Com base na mesma premissa, mas com conclusão diametralmente oposta, também se cogita de um conceito amplo, a sustentar ser o direito penal econômico o conjunto de normas jurídicas necessárias à regulação da produção, fabricação e distribuição de bens e serviços.¹⁶

Há, ainda, concepções que constroem o conceito a partir da distinção entre a proteção de bens jurídicos individuais e supraindividuais.¹⁷ Sob tal perspectiva, o consenso é de que, no âmbito do direito penal econômico, “bens jurídicos difusos ou coletivos seriam aqueles afetados”, sendo exatamente essa circunstância que os diferencia dos “crimes patrimoniais clássicos”.¹⁸

Essa corrente, entretanto, apresenta diversas vertentes quanto à definição do bem jurídico supraindividual único que caracterizaria o direito penal econômico, tais como “a economia em seu conjunto; a planificação estatal sobre a economia; a liberdade econômica; a iniciativa privada; a ordem pública econômica”.¹⁹

¹⁶ BACIGALUPO, Enrique. *Cuestiones penales de la nueva ordenación de las sociedades y aspectos legislativos del Derecho Pénal económico*. Buenos Ayres: Depalma, 1974. p. 59. No mesmo sentido, cf. BAJO FERNANDÉZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2010.

¹⁷ BACIGALUPO, Enrique. *Cuestiones penales de la nueva ordenación de las sociedades y aspectos legislativos del Derecho Pénal económico*. Buenos Ayres: Depalma, 1974. p.18. RIGHI, Esteban. *Derecho penal económico comparado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991. p. 318. MARTINEZ BUJAN-PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa: parte general*. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2011. p. 159. ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Derecho Penal económico: consideraciones jurídicas y económicas*. Lima: Idemsa, 1997. p. 32. VOLK, Klaus. *Strafrecht und Wirtschaftskriminalität: kriminalpolitische. Probleme und dogmatische Schwierigkeiten*. Juristenzeitung, Tübingen, ano 37, n. 3, p. 85-92, 5 fev. 1982. p.87 *apud* COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 55, nota 211. OTTO, Harro. *Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz) – Dogmatischer Teil I*. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Berlin, Jahrgang 34, pp. 339-375, 1984, p. 345 *apud* COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 55, nota 211.

¹⁸ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 56. Sob a perspectiva de um conceito de direito penal econômico concebido a partir de bens jurídicos supraindividuais, afirma Righi que “una precisión mayor se obtuvo cuando se advirtió que los bienes jurídicos que protegían los delitos económicos eran colectivos, o si se prefiere ‘supraindividuales’, lo que supuso distinguirlos de los que tutelán bienes individuales, y más concretamente de los delitos patrimoniales”. (RIGHI, Esteban. *Los delitos económicos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000. p. 95-96).

¹⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 56. Um conceito de direito penal econômico orientado a partir da afetação de bens jurídicos supraindividuais foi adotado pelo autor deste estudo em pesquisa anterior. Naquela oportunidade defendeu-se ser a ordem econômica constitucional o objeto jurídico legitimador do direito penal econômico, que seria a intervenção indireta do Estado na economia mediante a edição de normas penais, visando a manter condições de mercado aptas à realização das finalidades previstas nos artigos 170 e seguintes da Constituição Federal. Defendeu-se, a partir da teoria monista pessoal desenvolvida por Hassemer, que o direito penal econômico, embora legitimado por bens

Apesar dos inúmeros esforços visando a uma definição a partir de sua objetividade jurídica, há de se reconhecer a ponderação de Costa, no sentido de que, sob tal perspectiva, nenhuma dessas correntes conseguiu, efetivamente, delimitar, sob um prisma de características dogmáticas únicas, o direito penal econômico.²⁰

A autora defende um conceito enumerativo que, embora reconheça características semelhantes nesse grupo de delitos, na medida em que essas características não lhes são únicas, propõe abandonar a tentativa de sua definição a partir de parâmetros estruturais rígidos.²¹

jurídicos supraindividuais, estaria vinculado à descrição de condutas cuja lesão ou perigo de lesão pudessem ser reconduzíveis à esfera individual, mesmo que coletivamente considerada, com o objetivo de evitar uma intervenção penal sobre funções, falsos bens jurídicos ou bens jurídicos exclusivamente normativos. (SILVA, Gustavo Henrique de Souza e. *O princípio da legalidade e o direito penal econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 127-129). Sobre a ordem econômica constitucionalmente orientada como bem jurídico-penal, confira-se BRODT, Luís Augusto Sanzo. A tutela penal da ordem econômica. *O Sino do Samuel*, Belo Horizonte, ano XIV, n. 94, p.10, ago./dez. 2007. Na mesma linha, cf. HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 215-216. Sobre o direito penal econômico como intervenção indireta do Estado na economia mediante a edição de normas penais, visando a manter condições de mercado aptas à realização das finalidades previstas na Constituição Federal, confira-se PRADO, Luiz Régis. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 28. Sobre a teoria monista pessoal quanto à titularidade do bem-jurídico: HASSEMER, Winfried. Lineamentos de uma teoria personal del bien jurídico. *Doctrina penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, a. 12, n. 45-48, p. 275-285, 1989. No Brasil, a teoria monista pessoal é adotada por PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 97 e SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supraindividuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 315.

²⁰ Em relação à definição do direito penal econômico vinculado a um único bem jurídico que o legitimaria, registra a autora que “[q]ualquer tentativa de construir um único bem jurídico econômico, relativos a todos os diferentes crimes reunidos nesse âmbito, redundará em um conceito genérico, amplo, de pouca concretude e em dissonância com a ideia de um direito pena fragmentário. Não conseguirá, por absoluta inidoneidade, desempenhar sua função de limite matéria e, assim, será inútil, chegando a lugar algum”. (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 107). Sobre a frustração quanto à expectativa de uma definição do direito penal econômico a partir de concepções dogmáticas únicas, cf. ACHENBACH, Hans. *Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht – Gedanken zu ciner terminologischen Bereingung*. In: FELTES, Thomas; PFEIFFER, Christian; STEINHILPER, Genot (Hrsgs). *Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen: Festschrift für Professor R. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: Müller, pp. 177-189, 2006. p. 184 e 186 *apud* COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 63, nota 242.

²¹ Afirma Costa que “a adoção de um conceito enumerativo – que reconhece, portanto, a impossibilidade de definição fundada em parâmetros essencialistas – parece ser a mais adequada. Ela não ignora a existência de um grupo de delitos que apresenta algumas características marcantes – embora não exclusivas – e que levou a doutrina a conduzir uma discussão específica. Todavia, não aceita soluções particulares, tampouco promove o afastamento do direito penal econômico dos princípios, conceitos e racionalidade que devem informar todo o direito penal”. (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 107). A autora completa que tal solução é mais adequada à complexidade da matéria, citando, sobre o tema, o raciocínio de Achenbach, segundo qual “a complexidade do objeto corresponde melhor a uma busca por um conceito concreto-genérico, que resulta de uma percepção dos fenômenos, que seja vista por uma limitação do

Em relação à crítica de que um conceito assim estruturado seria lesivo ao caráter científico do direito penal, sustenta a autora que a ciência “também pode tecer distinções de caráter meramente pedagógico ou metodológico, mesmo quando reconheça não estar diante de diferenças materiais essenciais”.²²

Costa sustenta ser um conceito enumerativo suficiente ao direito penal econômico, já que não se estará a conceder-lhe qualquer autonomia dogmática, aplicando-se, ao conjunto dos delitos que o compõe, todas as garantias inerentes ao direito penal como um todo, tratando-se de conceituação “buscada com fins puramente pedagógicos, como intuito de aprofundar o estudo de fenômenos que ocorrem com mais frequência nesse campo, mas que não são sua exclusividade”.²³

A presente pesquisa, aderindo à tese de um conceito enumerativo, adotará, para fins de delimitação metodológica em relação aos crimes pertencentes à categoria didática do direito penal econômico que serão objeto de análise, o conjunto de tipos que representam uma intervenção penal sobre as atividades econômicas em sobreposição normativa à regulação administrativa, legitimados por bens jurídicos supraindividuais.²⁴

seu conceito sob a observância da tradição de pensamento científico já existente”. [ACHENBACH, Hans. *Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht – Gedanken zu einer terminologischen Bereinigung*. In: FELTES, Thomas; PFEIFFER, Christian; STEINHILPER, Genot (Hrsgs). *Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen: Festschrift für Professor R. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: Müller, pp. 177-189, 2006, p. 184 e 186 *apud* COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 63, nota 243].

²² COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 63-64. A criticar o conceito: SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal Econômico: fundamentos, limites e alternativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 58.

²³ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 70. Sobre a inexistência de autonomia dogmática do direito penal econômico, principalmente quanto à aplicação de princípios constitucionais de direito penal, cf. SILVA, Gustavo Henrique de Souza e. *O princípio da legalidade e o direito penal econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 129-138. Na mesma linha: RIGHI, Esteban. *Los delitos económicos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000. p. 41; BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Critérios Político-Criminais da Intervenção Penal no âmbito econômico: uma lógica equivocada. In: FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael (coords.). *Direito Penal econômico: questões atuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 48-49. Em sentido contrário: TERRADILLOS BASOCO, Juan M. *Empresa y derecho penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2001. p. 102.

²⁴ Endossando a tese de um conceito enumerativo, embora com critérios distintos para a enumeração, confira-se: ACHENBACH, Hans. *Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht – Gedanken zu einer terminologischen Bereinigung*. In: FELTES, Thomas; PFEIFFER, Christian; STEINHILPER, Genot (Hrsgs). *Kriminalpolitik und ihre wissenschaftliche Grundlagen: Festschrift für Professor R. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: Müller, p. 177-189, 2006. p. 186-189 *apud* COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 64, nota 246. LAMPE, Ernst-Joachim. *Wirtschaftsstrafrecht*. In:

Tal opção se justifica, porque são exatamente essas as características mais relevantes para se refletir sobre os problemas dogmáticos decorrentes dos tipos de mera transgressão administrativa na regulação das atividades produtivas.

A partir de tais critérios, serão considerados crimes econômicos aqueles referentes aos tipos reguladores:

- da ordem econômica em sentido estrito, abrangendo a política econômica do Estado, bem como a defesa da livre iniciativa e da concorrência;²⁵
- do sistema financeiro e do mercado de capitais;
- da ordem tributária e previdenciária;
- das relações de consumo; e
- de alguns crimes ambientais.²⁶

Tais áreas são adequadas para a reflexão sobre os tipos de mera transgressão administrativa, justamente em razão de terem como características uma prolixa regulação administrativa, cumulada com previsões legais penais pródigas em remissões normativas, nas quais, sob o prisma da descrição objetiva da conduta e da definição do conteúdo de injusto, se verifica uma relação de dependência entre as esferas penal e administrativa.²⁷

ALBERS, Willi (Hrsg). *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, S.. 310-316, 1982. S.. 310 *apud* COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 64, nota 248. KAISER, Günther. *Introducción a la criminología*. Tradução: José Arturo Rodríguez Núñez. 7.ed. Madrid: Dykinson, 1988. p. 362 e ss. Ao se compreender o direito penal econômico como um conjunto de delitos nos quais se identificam determinadas características, permite-se que a delimitação de seu objeto varie segundo a definição de quais as qualidades em comum serão consideradas como critérios para a referida enumeração.

²⁵ Nesse campo inclui-se a intervenção penal referente ao regime de contratação da administração pública (licitações), proteção de riquezas minerais e matrizes energéticas, ao direito concursal (falência e recuperação de empresas), propriedade industrial, integridade de sistemas e banco de dados, por exemplo.

²⁶ Sempre que ligados ao desenvolvimento de atividades empresariais.

²⁷ Sobre o contexto de sobreposição regulatória própria do direito penal econômico, afirma Costa que “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 periférico, acabará por se deparar com um contexto cuja racionalidade é bastante diversa da sua”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 114]. Na mesma linha, Falavigno afirma “que, nestes novos ramos, sobretudo no direito penal econômico, há incidência de norma punitiva em matérias que já eram bastante reguladas por outros setores, principalmente o administrativo. Assim, muitas vezes, a norma penal atual sobre a atividade econômica que se materializa por meio de descrição constante em regulamentos. É, portanto, bastante previsível que a sobreposição de ditas regras possa gerar incompatibilidades de compreensão”. Especificamente sobre a área ambiental, Falavigno pondera que “a relação entre as duas matérias, penal e administrativa, é tão intrínseca que, por vezes, o direito penal ambiental disciplina condutas que parecem proibir não qualquer lesão ao bem jurídico protegido, e sim aquelas que também contrariam o direito administrativo. Daí surgem uma série de complexidades, sejam de natureza política geral, sejam de caráter especificamente jurídico”. (FALAVIGNO,

O estudo do conjunto dos delitos que compõem o conceito enumerativo de direito penal econômico adotado ressalta a relevância da pesquisa que pretende conceber mecanismos de coordenação entre as esferas, no sentido de construção de um sistema sancionador integrado, orientando por premissas constitucionais fundamentais irrenunciáveis no âmbito do Estado Democrático de Direito.²⁸

2.2 A necessidade de um sistema regulatório econômico dinâmico

A necessidade de um sistema regulatório econômico dinâmico, do qual o direito penal permeado pelo direito administrativo é exemplo, não se resume a uma estratégia normativa equivocada, desconectada da realidade social, tendo fundamento material na atual realidade das atividades empresariais.

Trata-se, portanto, de fenômeno de difícil reversão e cujos efeitos dogmáticos não devem ser ignorados, ao contrário, hão de ser sistematizados em benefício de uma intervenção penal que possa conciliar eficiência regulatória e respeito às suas garantias constitucionais específicas.

Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 183 e 67). Embora na mesma linha, Horta usa a terminologia direito penal secundário e direito penal administrativo como expressões genéricas que estão a ser determinadas pela tutela de bens jurídicos supraindividuais e punição de violações a ordenações típicas da administração pública respectivamente. O direito penal econômico, segundo o autor, estaria englobado pelo conceito de direito penal secundário, embora este não seja exaurido naquele. O autor acaba por adotar o conceito de um direito penal socioeconômico para designar “todo o universo de incriminações voltadas para a tutela penal supraindividual, não apenas dos valores constitutivos da ordem econômica, mas de todos os que compõe a ordem social e não sejam imediatamente relacionados à economia”. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 215-216, 218).

²⁸ Sobre o tema, Zuñiga Rodríguez afirma: “En el momento actual, la inflación del Derecho Penal a costa de la tipificación de conductas del orden socio-económico efectuada en nuestro ordenamiento con el CP del 95, al haber optado claramente el legislador por la vía de sancionar penalmente las infracciones socioeconómicas, nos plantea necesariamente la coordinación y relación de ellas con las infracciones administrativas, pues en muchos casos existe solapamiento entre ambos tipos de infracciones”. (ZUÑIGA RODRÍGUES, 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. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam I*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha: Univerisdad Salamanca, 2001. p. 1422).

2.2.1 A contribuição da esfera administrativa

A exponencial evolução social e tecnológica em curso implica uma velocidade, cada vez mais intensa, de transformação das atividades empresariais, gerando um ambiente de negócios em constante e profunda mutação.

A realidade socioeconômica atual é caracterizada por modificações estruturais frequentes, verdadeiras revoluções em série, dificultando a tarefa de, sob um prisma jurídico e por um período sequer razoável de tempo, eleger e descrever condutas lesivas ou perigosas a um sistema produtivo eficiente, pois as próprias premissas a orientar tal juízo estão a depender de uma matriz axiológica extremamente dinâmica.

Exige-se, assim, uma especial reflexão sobre quando se deve cogitar da intervenção regulatória estatal, somente justificada racionalmente caso possa contribuir para uma maior eficiência da ordem econômica ou para corrigir circunstâncias pontuais prejudiciais ao seu regular desenvolvimento.

Superado esse primeiro filtro, há de se conceber uma intervenção normativa capaz de acompanhar o seu caráter dinâmico, sob pena de se estabelecer um ambiente regulatório constantemente desatualizado em relação ao seu objeto, ineficiente para os seus propósitos.²⁹

Caso necessária uma regulação da economia, ela há de se concretizar mediante atos normativos que tenham uma autocapacidade de atualização, cuja redação permita o máximo de fluidez possível.

Nesse contexto, parece adequado optar pela regulação das atividades produtivas mediante intervenções normativas de natureza administrativa, diante de sua maior flexibilidade em relação às demais, em especial ao direito penal.

Sob o prisma material, uma intervenção administrativa, principalmente diante da menor intensidade de sua sanção em relação àquela tipicamente de natureza penal, demanda filtros menos exigentes, impostos ao regulador, quanto à sua legitimação.

Também sob o prisma formal, a esfera administrativa é mais dinâmica, na medida em que a competência para edição de atos normativos administrativos é pulverizada perante os

²⁹ Sobre o tema, Falavigno pondera que “muitas vezes, o texto estático que emana do Legislador, o qual é de difícil modificação, está distante do caso concreto e também dos problemas sociais mais relevantes, não possuindo o condão de abarcar as nuances do fato ou de adimplir com a expectativa dos indivíduos de que a lei traga a melhor solução para questões cotidianas”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 41).

diversos agentes públicos vinculados à administração, enquanto o direito penal está limitado à edição de leis ordinárias federais.

Ainda sob a perspectiva formal, o direito administrativo dispõe de instrumentos que permitem ampla delegação de competências normativas e fiscalizatórias a órgãos com atribuições específicas em relação à atividade a ser regulada, tais como agências, autarquias, conselhos, comissões, institutos, fundações, entre outros.

Permite-se, assim, um ambiente normativo, seja em sua previsão abstrata, seja em sua aplicação concreta, mais volátil e altamente especializado, gerando um maior potencial de eficiência no que toca à sistematização da atual realidade socioeconômica.

A contribuição da esfera administrativa, portanto, não pode ser ignorada diante da pretensão de se conceber um sistema regulatório econômico cuja eficiência está, inexoravelmente, relacionada à sua maior capacidade de atualização dinâmica e especializada.

2.2.2 O atual contexto de uma regulação administrativa-penal

O direito penal é forma de intervenção estática por excelência, na qual há de se preservar, até por conta da intensidade diferenciada de sua sanção característica, o maior grau de segurança jurídica possível.³⁰

Não obstante, tem sido cada vez mais comum a opção do legislador em também utilizar o direito criminal com um dos mecanismos normativos para a regulação do cada vez mais volátil ambiente empresarial.

Com o objetivo de tentar conciliar o antagonismo entre a necessidade de estabilidade normativa do direito penal e a evolução cada vez mais fluida das atividades produtivas, tem-se adotado a estratégia de, no âmbito do direito penal econômico, utilizar-se, de forma cada vez mais frequente, dos tipos de mera transgressão administrativa.

A ideia é que, a partir de estruturas típicas representadas por enunciados legais nos quais se delega parte importante da descrição da conduta proibida a atos normativos complementares de natureza administrativa, possa o direito penal tomar emprestado para si um pouco daquela maior flexibilidade característica do direito administrativo.³¹

³⁰ Sobre o reconhecimento do princípio da segurança jurídica em nosso ordenamento jurídico, Silva pondera que “[o] princípio da segurança jurídica ostenta igualmente status constitucional. Não é por outra razão que se salvaguarda a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido”. [FORTINI, Cristiana. Princípio da segurança jurídica e sua influência na revogação das licitações. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2021. v. 1, p. 115-129].

³¹ Sobre o tema Falavigno observa que “[o] setor dos crimes econômicos é outro grande campo para a pesquisa sobre a deslegalização e complementação normativa. Isso se deve a uma variedade de fatores, como a

Parte da doutrina denomina o fenômeno de “administrativização” do direito penal, na medida em que, “para se 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”.³²

Silva Sánchez, a partir da análise de uma série de fenômenos sociais, jurídicos e políticos observados nas sociedades pós-industriais, constata a tendência de um direito penal expandido, tendo como uma de suas características primordiais justamente a sua administrativização.³³

O autor aponta que o aludido fenômeno se estabelece a partir de três dimensões:

- a modificação do conteúdo material e da estrutura dos tipos penais;
- a inclusão, entre os objetos de proteção penal, do estado de prevenção; e
- o redescobrimto da neutralização.³⁴

Silva Sánchez registra que a introdução de novos objetos legitimadores da intervenção penal, principalmente aqueles de titularidade coletiva, somado à estratégia de antecipação das

mutabilidade constante do setor comercial, muitas vezes em razão do direcionamento de políticas econômicas, ou grande quantidade de órgãos responsáveis por investigar e manter dados atinentes a transações financeiras, como bancos, empresas, conselhos, etc”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 73). Na mesma linha, Salomão pondera, relativamente aos delitos econômicos, que “[a]s técnicas empregadas na sua tipificação preferiram o emprego de normas penais em branco, de tipos de perigo (concreto e abstrato), de elementos normativos, de cláusulas gerais e da supressão de qualificadores do elemento subjetivo do tipo”. [SALOMÃO, Heloisa Estellita. *Tipicidade no direito penal econômico*. In: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (orgs.). *Direito penal econômico e da empresa: direito penal econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v.1, p. 161-162].

³² COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p.113. Em sentido similar, Baptista afirma que “[n]as últimas décadas, o Direito Penal foi reorientado à missão de prevenir o futuro, e não apenas reagir ao passado, voltando-se menos à repressão de resultados e mais ao controle de condutas. A atribuição ao Direito Penal de um papel central na gestão dos riscos da vida moderna, ao aproximá-lo do modelo de intervenção típico do Direito Administrativo, levou ao tão falado processo de ‘administrativização’ do Direito Penal”. [BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. *As fronteiras do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador: um ensaio sobre os critérios de distinção entre o crime e a infração administrativa*. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (orgs.). *Limites ao poder punitivo: diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p. 76].

³³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Buenos Aires: Euros, 2008. p.131-164.

³⁴ Consideram-se, ainda, as seguintes dimensões da administrativização do direito penal não tratadas por Silva Sánchez: o recurso às penas alternativas; a responsabilidade penal da pessoa jurídica; e a desjudicialização e desjudicialização mediante utilização de mecanismos de uma justiça penal consensual. [BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. *As fronteiras do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador: um ensaio sobre os critérios de distinção entre o crime e a infração administrativa*. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (orgs.). *Limites ao poder punitivo: diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p. 79].

fronteiras sancionatórias, impõem uma rápida transformação do modelo “delito de lesões a bens individuais”, para “delito de perigo (presumido) a bens supraindividuais”.³⁵

Em face disso, “determinados ‘contextos’ – isto é, condições prévias de fruição de bens jurídicos individuais - são elevados, *per se*, à condição de bem jurídico-penal, provocando a ingerência do instrumento penal tão logo transgredido o *standard* de segurança”.³⁶

Sob o prisma da estrutura típica, um direito penal administrativizado “abdica de critérios concretos de danosidade ou periculosidade e passa a admitir uma ofensividade meramente estatística”, adota a lógica de delitos de acumulação, cuja gênese é própria do direito administrativo em razão de sua função de gestão de riscos estruturais e sistêmicos, afastando-se da lógica de uma intervenção penal orientada pela ofensividade, culpabilidade e subsidiariedade.³⁷

³⁵ Sobre o tema Silva Sánchez afirma: “la combinación de la introducción de nuevos objetos de protección con la anticipación de las fronteras de la protección penal há propiciado una transición rápida del modelo ‘delito de lesión de bienes individuales’ al modelo ‘delito de peligro (presunto) para bienes supraindividuales’”. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Buenos Aires: Euros, 2008. p.132).

³⁶ BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. As fronteiras do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador: um ensaio sobre os critérios de distinção entre o crime e a infração administrativa. *In*: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (orgs.). *Limites ao poder punitivo: diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p. 78. Nas palavras de Silva Sánchez, no caso da intervenção penal sobre bens supraindividuais há o endosso da tese de que “la referencia a los intereses individuales que se ven contextualizados por aquéllos es mera *ratio legis* no sujeta a comprobación en el caso concreto a aplicar el tipo. En otras palabras, lo protegido es sencillamente el contexto, con lo que se asienta progressivamente la tendencia a provocar la intervección del Derecho penal tan pronto como se afecta un certo ecosistema en términos que superan los standarts administrativos establecidos (...) el Derecho penal, que reaccionaba a posteriori contra un hecho lesivo individualmente limitado (en cuanto al sujeto activo y passivo), se ha convertido en un Derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales y, en esa medida, se ha administrativizado”. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Buenos Aires: Euros, 2008. p.133-134).

³⁷ BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. As fronteiras do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador: um ensaio sobre os critérios de distinção entre o crime e a infração administrativa. *In*: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (orgs.). *Limites ao poder punitivo: Diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p. 78. Sobre o tema, Silva Sánchez registra que, “pues bien, puede afirmarse que es una característica del Derecho penal de las sociedades postindustriales el asumir, en amplia medida, tal forma de razonar, la de la lesividad global derivada de acumulaciones o repeticiones, tradicionalmente propia de lo administrativo. Es esto lo que se quiere indicar cuando se alude al processo de ‘administrativización’ en que, a nuestro juicio, se halla inmerso el Derecho penal. Ello podría llevarse incluso más lejos: así, no solo en cuando a afirmar que el Derecho penal asume ele modo de razonar propio del Derecho administrativo sacionador, sino que incluso, a partir de ahí, se convierte en un Derecho de gestión ordinaria de grandes problemas sociales”. E conclui: “parece claro que, también para ele Derecho penal, lo decisivo empieza a ser el problema de las grandes cifras y no la dimección de lesividad del comportamiento individual”. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Buenos Aires: Euros, 2008. p. 142-143).

A segunda dimensão da administrativização, segundo o referido autor, consiste na defesa de um direito penal legitimado por funções afeitas à atividade de controle de determinados setores próprios da administração pública.³⁸

Como bem pondera Baptista, “[p]ara Silva Sánchez, tal dimensão do fenômeno de ‘administrativização’ está presente na criminalização de mera desobediência a normas administrativas, como, por exemplo, a atuação em determinada atividade econômica sem permissão e a obstrução de procedimento de inspeção estatal”.³⁹

Silva Sánchez aponta como origem de tal fenômeno a redução do Estado como agente econômico (produtor de bens e serviços), ou mesmo como prestador de serviços públicos, decorrente dos processos econômicos de globalização, restando à autoridade pública o papel de agente regulador, função ampliada no que denomina de “Regulatory State”.⁴⁰

Uma terceira dimensão da administrativização do direito penal, segundo Silva Sánchez, seria aquela decorrente da expectativa do direito penal como mecanismo hábil a

³⁸ Silva Sánchez afirma que “[l]a mentalidad ‘aministrativizada’ del Derecho penal de nuevo cuño se manifiesta también en otros ámbitos. Muy singularmente, en la inclusión entre sus objetos de protección de la actividad administrativa en sí misma considerada (...) la actuación sin licencia o la obstaculización de los procedimientos de inspección se definen como infracciones, a cuya cominación se asocian sanciones penales o administrativas; de este modo, el eje de sistema vuelve a ser la prevención comunicativa, eso sí, sustancialmente más alejada del momento de lesión”. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Buenos Aires: Euros. p. 150 e 152). Sobre a tutela penal de funções, cf. MOCCIA, Sergio. Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano, 1995, p. 343.

³⁹ BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. As fronteiras do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador: um ensaio sobre os critérios de distinção entre o crime e a infração administrativa. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (orgs.). *Limites ao poder punitivo: diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p. 79. Na mesma linha, sobre uma hipertrofia de um direito penal administrativizado: MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado Social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994. p. 165.

⁴⁰ Tal modelo teria como característica, em setores propensos a riscos importantes para bens pessoais ou patrimoniais, a prevenção comunicativa ou contrafática, ou seja, a cominação de sanções penais ou administrativas para quem cria o risco não parece suficiente, essa estratégia há de vir com algum reforço cognitivo, cujo objetivo é um controle permanente das atividades lícitas, porém perigosas, criando-se espaços de liberdade condicionada. Tal reforço cognitivo está constituído pelas diversas formas de controle administrativo preventivo, procedimentos de autorização e licenças por exemplo, nas quais o Estado desempenha um papel essencial preventivo-policial, de vigilância e inspeção. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Buenos Aires: Euros, 2008. p. 150-151). Sobre o tema, pondera Ortega que “[e]n el umbral del siglo XXI la función inspectora del Estado y su poder de vigilancia se potencian, debido al crecimiento del Estado que estimulan los avances tecnológicos y los cada vez mayores niveles de riesgo y complejidad del sistema social (...) en una sociedad donde el conocimiento es el verdadero poder, un Estado computerizado no puede funcionar si dados, por lo que debe volverse indiscreto, vigilando a los ciudadanos y a la organizaciones”. (ORTEGA, Ricardo Rivero. *El Estado vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*. Madrid: Tecnos, 2000. p. 26-27). Em sentido similar: LYON, David. *El ojo electrónico: el auge de la sociedad de la vigilancia*. Madrid: Alianza Editorial S/A, 1993.

neutralizar factualmente o fenômeno delitivo, impondo um redescobrimto da neutralização.⁴¹

Sob a perspectiva de tal dimensão, a administrativização se concentra no fato de que os critérios para prever quais sujeitos devem ser inoculados, antes baseados em análises psicológicas individuais de responsabilidade ou periculosidade, agora são substituídos por critérios atuariais, mesma metodologia dos seguros, por exemplo.⁴²

Se as duas primeiras dimensões aproximam o direito penal do direito administrativo sancionador, a terceira o aproxima do poder de polícia administrativa.

Para o que interessa ao presente estudo, pretende-se destacar que a administrativização do direito penal concebe um tipo permeado pela maior capacidade de atualização característica da intervenção normativa administrativa e, via de consequência, uma previsão incriminadora mais ampla, reconhecendo-se a incapacidade de uma estrutura típica clássica, estática e determinada, de regular um ambiente altamente dinâmico.

Abandona-se, como regra, a concepção de uma lei penal fechada, compreendida como aquela “capaz de, sem qualquer questionamento maior, demonstrar qual o comportamento visado pelo legislador”, normalmente redigida mediante a utilização de elementos descritivos, a exigir menor subjetividade para a sua interpretação, mais facilmente adaptáveis às premissas

⁴¹ Cita o exemplo norte-americano das leis *three strikes* e das doutrinas de inoculação seletiva (*selective incapacitation*) como manifestação de uma visão administrativizada do direito penal. A partir da identificação de um número pequeno de delinquentes que foram responsáveis pela maior parte de feitos criminosos (*high risk offenders*) a estratégia é decidir, com base em critérios estatísticos, pela sua neutralização como mecanismo promotor de grande benefício a um baixo custo. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Buenos Aires: Euros, 2008. p. 159.

⁴² Seria a denominada *managerial or administrative criminology*. Para Sánchez, esse fenômeno tem base na crescente descrença em relação a uma intervenção ressocializadora do Estado, elevada sensibilidade ao risco e obsessão por segurança da sociedade atual. Gestão administrativa do delito como risco social. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Buenos Aires: Euros, 2008. p. 161). Sobre o tema, cf. REICHMANN, Managing. Crime risks: toward an insurance based model of social control. *Research in Law, Deviance and Social Control*, n. 8, 1986, p. 151 e ss.; FEELEY, Malcolm M., SIMON, Jonathan. The New Penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications. *Criminology*, v. 30, n. 4, 1992, p. 449 e ss. FEELEY, Malcolm M.; SIMON, Jonathan. Actuarial Justice: the emerging new criminal law. *The Futures of Criminology*, London, 1994, p. 173 e ss. OTTAVIANO, Santiago. Selective Incapacitation: el retorno de la inocuización al pensamiento penal norteamericano contemporáneo. *Prudentia Iuris*, n. 49, 1999, p. 146-147. Em sentido similar, Baptista afirma que “[a] difusão social da insegurança subjetiva e a obsessão pela segurança, nas sociedades modernas, levaram à compreensão do delito como um risco social passível de gerenciamento (...) tal contexto, aliado ao descrédito das teorias de ressocialização, mostrou-se propício à redescoberta pelo Direito Penal da neutralização fática”. [BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. As fronteiras do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador: um ensaio sobre os critérios de distinção entre o crime e a infração administrativa. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (orgs.). *Limites ao poder punitivo: Diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 79].

de princípios caros ao direito penal, tais como a legalidade, a subsidiariedade, a fragmentariedade e a ofensividade.⁴³

Prestigia-se, com maior frequência, leis abertas, nas quais não se denota “a total descrição dos elementos do tipo penal, sendo necessário que se recorra a outras fontes normativas para completar o seu conteúdo”.⁴⁴

Adotam-se estruturas típicas nas quais o legislador se utiliza de remissões normativas, remetendo a outras normas, penais, extrapenais ou até fora das esferas estritamente jurídicas, papel relevante quanto à integração e interpretação do injusto.⁴⁵

A administrativização da intervenção penal na economia, com a sobreposição normativa entre as esferas penal e administrativa, parece ser, portanto, uma tendência de difícil reversão.⁴⁶

Trata-se de uma realidade que se baseia em duas principais premissas empíricas: uma intervenção normativa com pretensão de regular, com alguma eficiência, o ambiente econômico, há de considerar a sua inequívoca dinamicidade; e um direito penal administrativizado, justamente por incorporar a maior flexibilidade da regulação

⁴³ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 219-235, jul./ago. 2010. p. 229.

⁴⁴ NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 41. O autor registra que o instituto também pode ser batizado a partir de terminologias distintas, tais como tipos penais imperfeitos ou incompletos, embora tal equiparação não seja consensual na doutrina.

⁴⁵ Sobre o tema, Naves pontua que “[o] Direito Penal, ao se voltar a interesses antes próprios ao Direito Administrativo, disciplinados por complexas regulamentações técnicas, depara-se com formulações típicas abertas, com alta incidência de remissões normativas. Como é a tipicidade que expressa o cumprimento da legalidade e taxatividade penal, ao admitir uma maior abrangência da descrição típica, identificam-se problemas relacionados à legitimidade constitucional desses novos tipos penais, próprios da nova realidade constatada. Ao mesmo tempo, não se pode ignorar que as remissões normativas são uma realidade que não mais abandonarão a forma que as normas penais são estruturadas, possuindo, em alguma medida, aspectos positivos, na tutela de novos interesses que advém com a sociedade de risco”. (NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 201).

⁴⁶ Sobre a inevitabilidade da administrativização do direito penal, Silva Sánchez afirma que, superando um plano exclusivamente abstrato teórico e aprofundando em uma análise com referência social, espacial e temporal concretas, há de se reconhecer que “en el momento actual, el Derecho penal vigente en la mayoría de los países de nuestro entorno propicia la cominación con penas de prisión de gravedad media en supuestos de hecho “administrativizados”, con reglas de imputación de rigidez decreciente y en marco de principios político-criminales flexibilizados. Y la tendencia es a proseguir en esta línea, en términos corregidos y aumentados”. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Buenos Aires: Euros, 2008. p.166). Nesse contexto, segundo o autor, qualquer proposição de retorno ao direito penal liberal (que ele chega a contestar se de fato existiu de forma concreta) ou de devolução de todo esse novo contexto sancionatório ao direito administrativo, embora postura louvável sob a perspectiva acadêmica, seria pouco realista.

administrativa, dispõe de uma capacidade de atualização maior do que aquela de um direito penal clássico.⁴⁷

Diante de tal contexto, o antigo desafio de uma intervenção criminal na economia, compatível com as garantias constitucionalmente previstas, renova-se de forma ainda mais complexa, pois há de se desincumbir de tal tarefa em um ambiente já amplamente regulado pela esfera administrativa.⁴⁸

Um direito penal administrativizado, embora tenha a capacidade de atender à exigência de uma maior flexibilidade da previsão típica, impõe uma dificuldade especial quanto à sua legitimidade e validade, em especial, no que tange à necessidade de se evitar uma intervenção criminal exageradamente ampla.⁴⁹

⁴⁷ Sobre a atual realidade de um direito penal administrativizado, Baptista registra que “[d]os anos 1980 em diante, inclusive no Brasil, retomou-se o movimento de expansão criminalizante, caracterizado, entre outros aspectos, pela proliferação de leis penais em reforço a disposições administrativas. Fala-se, por isso, num Direito Penal administrativo ou secundário, que abarca comportamentos antes punidos apenas na seara administrativa, como delitos econômicos e ambientais”. (BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. *As fronteiras do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador: um ensaio sobre os critérios de distinção entre o crime e a infração administrativa*. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia. (orgs.). *Limites ao poder punitivo: Diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p. 74). Sobre um direito penal administrativo ou secundário, o qual abarca como delitos condutas antes abrangidas exclusivamente pela seara administrativa, cf. MENDONÇA BUERGO, Blanca. *El Derecho Penal en la sociedad de riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 41. No mesmo sentido, Costa aduz que “[o] fenômeno da administrativização do direito penal já foi amplamente diagnosticado pela doutrina. Sua principal característica consiste no excesso de complementações a que fica sujeito o ilícito penal”. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p.113). Em sentido similar: DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. AMATO, Astolfo di. *Diritto penale dell’impresa*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2003. p. 79. Donini considera o fenômeno da administrativização como o fato de o preceito penal conter um injusto administrativo. DONINI, Massimo. *Una Nueva Edad Media Penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del Derecho Penal economico*. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan María; ACALE SÁNCHEZ, María (coords.). *Temas de Derecho Penal Económico*. Madrid: Trotta, 2004. p. 197-217. p. Em razão de uma maior necessidade de flexibilização do conteúdo da proibição, o direito penal administrativizado é caracterizado pela ampla utilização de elementos normativos, os quais permitem maior “atualização” da lei ao contexto social. (BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema à luz do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 117).

⁴⁸ O desafio em se conciliar uma intervenção penal capaz de regular as atividades empresariais com respeito às garantias e princípios constitucionais já foi objeto de reflexão na clássica obra de Pimentel, na década de 1970. (PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 1, 33-34, 38-39). Sobre a atual complexidade do tema: JALIL, Mauricio Schaun. *Criminalidade econômica e as novas perspectivas de repressão penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 36. Sobre o tema, afirma Reale Júnior que, “[n]o Direito Penal, especialmente, passa a ser não só essencial, mas verdadeiramente dramático conciliar a visualização dinâmica e concreta do direito com a necessidade de atendimento à certeza e segurança jurídicas. Isso porque o Direito Penal está arrimado no princípio básico da legalidade. A interpretação evolutiva e a imperiosa exigência de que o direito esteja ancorado à realidade própria do momento histórico em que é aplicado conduzem a que se busque estabelecer critérios asseguradores da reserva legal e da taxatividade, sem olvidar o dinamismo do fenômeno da normatividade entendido como processo”. (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v.1, p.78).

⁴⁹ Mir Puig critica a administrativização do direito penal sob o fundamento de que ela implicaria a primazia excessiva de perspectivas de ordem coletiva em detrimento da necessidade de graves afetações individuais que deveria orientar a seara penal. O autor pondera, ainda, como crítica ao fenômeno, a necessidade de se estabelecer uma diferença qualitativa da regulação penal em relação ao intervencionismo estatal característico da legislação

Considerando que o atual contexto de uma regulação econômica administrativa-penal, para além de uma estratégia legislativa que tem sido utilizada com frequência, está fundamentado em premissas socioculturais arraigadas na atual realidade do desenvolvimento das atividades produtivas, uma análise aprofundada de seus reflexos dogmáticos é tema bastante relevante.⁵⁰

A presente tese se desenvolverá a partir deste cenário: uma intervenção penal na economia integrada à esfera administrativa, a exigir um tipo dinâmico, mas que não pode prescindir de sua função de garantia liberal democrática.⁵¹

administrativa. (MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como limites del ius puniendi. *Estudios penales y criminológicos XIV*, Santiago de Compostela, 1991, p. 203 e ss; 213). Sobre a complexidade das novas áreas do direito penal, administrativa, tributária, financeira, cf. SALVADOR NETTO Alamiro Velludo. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 219-235, jul./ago. 2010. p. 222. Na mesma linha, Lopes afirma que “[v]oltando o argumento para a tutela penal, especificamente, percebe-se que se aumenta a possibilidade de utilização indiscriminada de normas penais em branco, que passam a conter tipos genéricos ou abertos demais. Esta estratégia amplia o âmbito protetivo da norma penal e, com isso, o espaço de atuação punitiva do Estado. Vê-se, especialmente no Direito Penal Econômico, uma inflação de normas que usam a técnica sintética de legiferação, que adotam elementos normativos e normas penais em branco, obrigando o intérprete a procurar dados externos à figura delituosa para interpretar seu sentido. Com tal técnica, incorre-se no perigo de agressão à legitimação constitucional da tutela penal, pois se envia a obrigação de interpretar os elementos normativos do tipo ao Magistrado, colocando em risco o princípio da legalidade. O subjetivismo do intérprete adquire força em demasia, permitindo ilações valorativas, que podem reduzir a eficácia da função garantista do tipo penal”. [LOPES, Luciano Santos; FRANCO, Ticiane Moraes. Administrativização do direito penal econômico. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Arana; BORGES, Paulo César Correa; LANGROIVA, Cláudio José (coords.). *Direito penal e criminologia*. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 95. Sobre os fundamentos para a deslegalização da função reguladora NEVES, Rodrigo Santos. Função Normativa e Agências Reguladoras: uma contribuição da teoria dos sistemas à regulação jurídica da economia. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 107-119]. Sobre a insegurança jurídica do processo decisório do agente econômico em um ambiente ultrarregulado, a lição de Bacigalupo: “Tomando en serio esta situación hemos comenzado a comprobar que en medio de la acumulación de regulaciones fiscales, de seguridad en el trabajo, del mundo financiero, de protección del medio ambiente, de las exigencias contables, etcétera, establecido por autoridades de distinto rango nacional y, en su caso, como en Europa, supranacional, el empresario está casi determinado a adoptar decisiones, en gran medida, a ciegas. Un ceguera que, sin embargo, no exonera de responsabilidad cuando se la pudo evitar”. (BACIGALUPO, Enrique. *“Compliance” y derecho penal: prevención de la responsabilidad pena de directivos y de empresas*. Buenos Aires: Hammurabi, 2012. p.31).

⁵⁰ Sobre a importância de uma análise crítica do tema, Neves registra: “faz-se imperativa a adaptação dos tipos aos novos contextos e situações inerentes à sociedade pós-moderna, sob pena de a lei restar obsoleta e ineficaz para atender seus próprios fins preventivos. Desse modo, os elementos normativos do tipo assumem um papel de imprescindibilidade, balizando a tipicidade para a normatização, o que, não obstante, deve observar limites definidos para que a descrição penal não possua possibilidades infundáveis, sem qualquer limitação ao poder de punir, em afronta aos princípios constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito, tornando-se, nas palavras de Alamiro Velludo Salvador Netto, ao invés de um tipo aberto, um verdadeiro ‘não tipo’”. (NEVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 75).

⁵¹ O objetivo é superar o atual contexto de “pouca interseção entre os administrativistas e os penalistas em matéria de regulação sancionatória o que gera dificuldades de se compatibilizar o uso concomitante das duas disciplinas na tutela de condutas, uma vez que não há uma integração doutrinária para a definição do instituto. Muitos dos atos administrativos referidos na legislação penal ou utilizados na sua complementação não possuem a precisão necessária ao adimplemento da legalidade. [...] Sabe-se, ademais, que a corrente sancionatória do direito administrativo ainda não se encontra suficientemente aprofundada pelos estudiosos para ser expandida, não apenas do ponto de vista material, mas também processual”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. A

2.3 Tipos de mera transgressão administrativa e remissões normativas

Para um aprofundamento do estudo acerca dos tipos de mera transgressão administrativa, faz-se necessário refletir sobre as principais formas de remissões normativas, as quais serão classificadas como elementos normativos do tipo, elementos em branco da lei penal e elementos de valoração global do fato, todos como espécies do gênero elementos normativos da lei penal.⁵²

A relevância de uma análise vertical sobre tais classificações decorre do fato de que é a partir do tipo de remissão normativa constante da representação legal do tipo que se estabelecerá qual o grau de dependência entre as esferas administrativa e penal.

O objetivo é identificar quais modalidades de remissões normativas delegarão às regras complementares infralegais a função de descrever parte relevante da conduta proibida e, via de consequência, definir o conteúdo do injusto penal, a fim de que tais estruturas possam ser consideradas tipos de mera transgressão administrativa.

2.3.1 Elementos normativos do tipo

A noção de tipo no direito penal foi concebida na obra de Beling, em 1906, como pura descrição objetiva, segundo a qual a categoria não envolveria

[...] mais que uma particularidade do comportamento corporal, as circunstâncias de tempo e de lugar desse comportamento, o objeto em relação ao qual se deu o fato corporal, bem como a ocorrência de um evento ou estado que se dê posteriormente ao comportamento, como seu resultado.⁵³

deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 98).

⁵² Naves ressalta a importância de se estabelecer um conceito de remissões normativas, bem como de refletir sobre as consequências delas decorrentes. O autor as define como “técnica que pressupõe o reenvio a outras normas – penais, extrapenais ou alheias ao Direito -, buscando o aperfeiçoamento típico necessário para a plena compreensão da prescrição penal”. (NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 69; 41). Sobre o tema, cf. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 219-235, jul./ago. 2010. p. 226; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Crise econômica e reflexos penais: leis penais em branco, compliance fiscal e regularização de ativos. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. São Paulo: D’Plácido, 2017. p.88.

⁵³ BELING, Ernest Von. *Esquema de derecho penal*. Tradução: Sebastian Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944. p. 44-45 *apud* HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 31, nota 15.

Essa visão do tipo, axiologicamente neutra, foi epistemologicamente fundamentada por uma teoria do delito orientada pelas premissas metodológicas de um positivismo naturalista.

Sob tal perspectiva, as ciências jurídicas deveriam se aproximar da lógica inerente às ciências naturais, limitando-se à observação do objeto de estudo, visando a identificar as regras referentes à sua existência, modificação e interações com o contexto à sua volta.⁵⁴

Tais concepções de uma neutralidade valorativa absoluta do tipo são afastadas pela influência, no Direito, das ideias inerentes à filosofia neokantista, cuja essência reconhece que “não se pode compreender toda a realidade suscetível de experiências apenas a partir do método das ciências naturais, já que as ciências da cultura, dentre elas a jurídica, são aquelas cujo objeto é referido a valores, e por eles dotados de significação”.⁵⁵

Sauer incorpora as ideias neokantistas à teoria do delito para analisar a conduta e o tipo numa dimensão valorativa, superando a noção de uma ilicitude formal, admitindo um conteúdo material a caracterizar o injusto e compreendendo a conduta como “um elemento do injusto material, e como tal um atuar ou omitir com sentido geral de negação da ideia de Direito”. Admite, ainda, o tipo como uma “antijuridicidade tipificada” que consiste em “reunião típica dos elementos desvalorizados, juridicamente relevantes e socialmente prejudiciais”.⁵⁶

A superação de um tipo penal axiologicamente neutro se consolida com a obra de Mayer, o qual também reconhece um viés material na noção de ilicitude, admitindo-a como a contrariedade às normas jurídicas, compreendidas como uma modalidade de normas culturais, oriundas da religião, da moral, dos costumes e do comércio, que tenham sido reconhecidas pelo Estado mediante o filtro crítico da lei.⁵⁷

Mayer, ao reconhecer no tipo penal elementos cuja essência está vinculada ao seu conceito de ilicitude material, denominando-os de elementos normativos, incorpora a tal

⁵⁴ LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal*. Tradução: José Higino Duarte Pereira. Atualização e notas: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2003. t. 1, p. 217.

⁵⁵ HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. P. 32. Sobre a influência no direito da filosofia neokantista: RICKERT, Heinrich. *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*. 6. Ed. 1926, p. 20 *apud* LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução: José Lamego. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2005, p. 13.

⁵⁶ SAUER, Wilhelm. *Derecho penal: parte general*. Tradução: Juan del Rosal y José Crezezo. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1956. p. 101-111 *apud* HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 34, notas 29-31.

⁵⁷ MAYER, Max Ernest. *Filosofia del derecho*. Tradução: Luis Legaz Lacambra. 2.ed. Barcelona: Editorial Labor, 1937. p. 96-90.

categoria, por consequência, aspectos valorativos inerentes às normas de cultura em geral, gênero do qual as normas jurídicas são espécies.

Também Mezger desenvolve uma concepção valorativa da noção de tipo, ao admitir que os conceitos jurídicos são, em sua essência, axiologicamente determinados. Para o autor, em sendo o tipo a expressão legal da ilicitude, todos os seus elementos estariam inculcados de uma carga de desvalor.⁵⁸

De igual forma, a doutrina do finalismo penal, sistematizada por Welzel, reconhece um tipo penal com carga axiológica. O autor, que teve o mérito de integrar ao conceito o dolo e a culpa, definindo sua conformação atual em relação à divisão entre uma tipicidade subjetiva e outra objetiva, considera, mesmo no âmbito desta última, a necessidade de se utilizar de conceitos jurídicos, portanto, de conteúdo valorativo.⁵⁹

O conceito de tipo, assim, evolui de uma noção avalorativa para uma de dupla valoração, um desvalor ético-social na origem da própria elaboração do tipo, que estará a legitimá-lo materialmente, bem com um desvalor da conduta a ser aferido quando da sua aplicação concreta.

O tipo penal, em sua conformação dogmática atual, deve, portanto, mediante a sua representação legal, descrever comportamentos de infração à norma que lhe dá fundamento, expressando:

- a conduta, representada pelo verbo núcleo com o detalhamento de todos os seus complementos (instrumentos, meios e modos de execução);
- o sujeito ativo ou passivo (que podem ser indeterminados – qualquer pessoa – ou requerer alguma característica especial, no caso dos sujeitos ativos – crimes próprios); e
- a informação quanto ao aspecto subjetivo (dolo ou culpa).⁶⁰

O tipo é, dessa forma, constituído por um estrato objetivo, referente à exposição das ações e/ou omissões que são o objeto da proibição; e outro subjetivo, cuja finalidade é estabelecer vínculo entre o sujeito e as condutas descritas, também como requisito para se afirmar a tipicidade.

⁵⁸ MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Tradução: José Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

⁵⁹ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução de Luiz Régis Prado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 73-93.

⁶⁰ A depender dos contornos da proibição, o tipo também pode envolver a sinalização sobre o objeto da ação (objeto material do delito), o resultado (naturalístico e/ou jurídico) e critérios para a sua imputação à conduta.

Quanto ao aspecto objetivo do tipo, é possível subdividi-lo entre os seus elementos descritivos e normativos.⁶¹

Tradicionalmente, a distinção entre elementos descritivos e normativos se estabelece em torno da premissa de que, enquanto aqueles carecem, para a sua definição, de qualquer juízo axiológico, estes dependem de uma inevitável valoração do intérprete para a sua compreensão.⁶²

Acredita-se que tal concepção, que conta com a adesão de parte da doutrina brasileira, é posição dogmática superada sob a perspectiva da filosofia da linguagem.⁶³

⁶¹ Sobre a divisão dos elementos objetivos em descritivos e normativos, cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 188 e TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 153. Gomes pondera que essa diferença tem sido mitigada, podendo-se cogitar de elementos do tipo penal mistos, parcialmente normativos e parcialmente descritivos. (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 105).

⁶² Nesse sentido, Mayer, a quem se atribui a concepção de tal categoria, sustenta que, enquanto os elementos descritivos seriam aqueles cuja compreensão não exige qualquer carga axiológica do intérprete, os elementos normativos seriam uma verificação antecipada, na tipicidade, de valorações jurídicas inerentes à ilicitude material, compreendida como violação das normas jurídicas como espécies do gênero normas de cultura. (MAYER, Max Ernest. *Derecho Penal*. Tradução: Sergio Politoff Lifschitz. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2007. p. 230-231. Horta esclarece que, para Mayer, os elementos normativos seriam verdadeiras degenerações do sistema “‘inautênticos elementos do tipo’ ou ‘autênticos elementos da antijuridicidade’”, pois somente através deles o tipo adquiriria carga valorativa. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 39). Sobre a origem da expressão elementos normativos, Herberger aponta que a locução foi utilizada pela primeira vez por Eduard Kohlrausch, em obra publicada no ano de 1904, como homenagem ao centenário de Kant. (SUAY HERNANDES, Célia. Los elementos normativos y el error. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n. 5, p. 279-332, 1997). Em posição similar à de Mayer, Mezger, embora considere o tipo como expressão legal da ilicitude, admitindo que a percepção de todos os elementos do tipo são conceitos jurídicos e, portanto, axiologicamente definidos, distingue os elementos normativos dos descritivos, na medida em que estes podem ser apreciados pelo juiz cognitivamente. O autor afasta dos elementos ditos descritivos, por razões políticas, a possibilidade de indesejadas valorações por parte do intérprete, afirmando que são elementos normativos aqueles cuja valoração é indispensável para a definição de seu conteúdo. (MEZGER, Edmund. *Tratado de direito penal*. Nueva Edición, revisada y puesta al día por José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editora Revista del Derecho Privado, 1955. t.1, p. 388-389). Também Welzel estabelece os traços distintivos entre os elementos descritivos e os normativos no sentido de que aqueles têm seu significado verificado pela percepção sensorial, enquanto estes demandam uma compreensão intelectual. (WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán: garte general*. 11. ed. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1976. p.110).

⁶³ A adotar a posição: BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. t. I, p. 217. LUISI, Luis. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987. p. 57. VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 44. PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 223. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.1, p. 263. Sobre a mitigação, a partir do paradigma moderno da filosofia da linguagem, de se conceber qualquer elemento do tipo como puramente descritivo, confira-se SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 261. No mesmo sentido, Sales observa que nenhuma expressão “é simplesmente descritiva. Nesse sentido, pode-se dizer que todas as características são (mais ou menos) normativas”. (PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim. *Crimes de trânsito na lei 9.503/97*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 39-41. Em sentido similar, Lopes afirma que “quanto se separam os elementos normativos daqueles puramente objetivos, no âmbito do tipo penal, assim se faz para destacar aquelas parcelas de compreensão da figura típica que necessitam de uma valoração especial para a sua compreensão”. LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*. Porto Alegre: Fabris, 2006. p. 55.

Com a influência neokantista no campo do Direito, percebe-se que sempre será relegado ao aplicador da lei uma valoração dos elementos típicos, quaisquer que sejam eles.⁶⁴

No campo da linguagem jurídica, ainda que se possa identificar cognitivamente e sensorialmente algum elemento como pertencente a certo conceito, os critérios para a sua definição não sempre de depender da compreensão, via de consequência, de uma valoração de requisitos necessários à afirmação do conceito em si.

A relação semântica de referência é uma compreensão axiológica, e nunca uma mera percepção do objeto referido.⁶⁵

Sob tal perspectiva, a distinção entre os elementos normativos e os descritivos há de ser estabelecida ao se reconhecer que os primeiros “só podem ser representados e pensados sob o pressuposto lógico de uma norma”.⁶⁶

Nesse sentido, é o conceito de English, citado por Dias, segundo o qual são normativos “todos aqueles elementos do tipo que só podem ser representados e pensados sob a lógica pressuposição de uma norma (ou valor), seja especificamente jurídica ou simplesmente cultural, legal, supralegal, determinada ou a determinar”.⁶⁷

⁶⁴ Para Lask, “tudo o que floresce no domínio do Direito perde seu caráter naturalístico, de algo isento de referência a valores”. (LASK, Emil. *Rechtsphilosophie*. In :Festschrift für Kono Fischer unter Mitwirkung von B. Bauch, K. Groos, E. Lask, O. Liebmann, H. Rickert, E. Troeltsch, W. Wundt. *Herausgegeben von W. Windelband. II. Band. Heidelberg*: Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, 1905. S. 1-50 *apud* LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução: José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2005. p. 131-132. Na mesma linha: WOLF, Erick. *Las categorías de la tipicidad: estudios previos sobre una doctrina general de la parte especial del derecho penal*. Tradução: María del Mar Carrasco Adrino. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. p. 114. Sobre a posição de Wolf, Horta registra que o autor é categórico em afirmar que os fatos da realidade como pressupostos para aplicação da norma penal “não são decididamente nada ‘dado’; são fatos jurídicos”, ou seja, são definíveis em função de aspectos axiológicos e teleológicos. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p.42).

⁶⁵ HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 45.

⁶⁶ HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 46. Sob tal perspectiva, os elementos normativos são, segundo Reale Júnior, “elementos de conteúdo variável, aferidos a partir de outras normas jurídicas, ou extrajurídicas, quando da aplicação do tipo penal ao fato concreto”. (REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 50). Para Salvador Netto, a distinção entre elementos descritos e normativos não é uma questão de depender ou não de aspectos interpretativos, mas da intensidade dessa dependência, não seria uma questão de qualidade, mas de quantidade. Elementos descritivos seriam elementos de menor normatividade em relação aos normativos. (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 219-235, jul./ago. 2010. p. 229.

⁶⁷ ENGLISH, Karl. *Die normativen Tatbestandeselemente im Strafrecht*. MEZGER-Festschrift. München und Berlin: Back, 1954, S. 127 e seq. *apud* DIAS, Jorge Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 464. Tal concepção conta com a adesão de: ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general – fundamentos – la estructura de la teoría del delito*. Tradução e notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003. t.1, p. 307; DIAS, Jorge Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 464; e REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 50. Horta registra que, ao estabelecer que estão em outras normas as referências

Adota-se no presente estudo a premissa de que são elementos normativos do tipo aqueles que, ao contrário dos elementos descritos, só adquirem sentido quando completados por um juízo de valor preexistente, a sua delimitação dev ser verificada a partir de normas jurídicas, morais, culturais ou éticas que lhes conferem significado.⁶⁸

Os elementos normativos do tipo, ao terem seu significado vinculado às outras normas que os definem de forma mais concreta, desempenham a função de fornecer parâmetros interpretativos para limitar a abrangência das condutas já descritas pelo tipo penal.⁶⁹

necessárias à atribuição de sentido dos elementos normativos, “Engisch logra diferenciá-los pela função de significação, pela variável que determina o significado, e não pelo significado em si”. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 50)

⁶⁸ Para Salvador Netto, a distinção entre elementos descritos e normativos não é uma questão de depender ou não de outra norma, mas da intensidade dessa dependência, não seria uma questão de qualidade, mas de quantidade. Elementos descritivos seriam elementos de menor normatividade em relação aos normativos. (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 219-235, jul./ago. 2010. p. 229.

Naves não vê relevância entre as diferentes correntes referentes à distinção entre elementos descritivos e normativos, se vinculados a uma percepção sensorial ou valorativa, ou se vinculados ou não a outra norma. Pondera o autor que o importante é ressaltar que, no caso dos elementos normativos “sempre, depara-se com alguma sorte de integração pelo operador do Direito”. (NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 73). Mezger classifica os elementos normativos como de valoração jurídica, cultural ou quantitativa. No primeiro caso, a valoração para definição de seu conteúdo está vinculada à análise de normas jurídicas que lhe conferem significado, tais como “funcionário público”, “instituição financeira”, “tributo” ou “contribuinte”. A segunda categoria abrange elementos cuja compreensão enseja valorações referentes às normas vigentes que não jurídicas, demandam uma estimativa eminentemente cultural, tais como “honestidade”, “saúde” ou “ato obsceno”. Já os elementos de valoração quantitativa consistem naqueles nos quais a valoração está vinculada à aferição de determinado montante, intensidade ou valor, como o caráter “crônico” de determinada doença. O autor cria, ainda, uma categoria intermediária entre elementos normativos e descritivos, que são os denominados elementos do juízo cognitivo, nos quais se demanda uma verificação lastreada em conhecimentos advindos de experiências empíricas, tais como a verdade ou falsidade de uma afirmação ou a periculosidade de uma conduta. (MEZGER, Edmund. *Tratado de direito penal*. Atualização: José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editora Revista del Derecho Privado, 1955. t.1, p. 389). Sobre o menor grau de insegurança dos elementos normativos jurídicos em comparação aos extrajurídicos, cf. PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim. *Crimes de trânsito na lei 9503/97*. Belo Horizonte, Del Rey, 1998. p. 41. Há, ainda, quem os classifique como elementos normativos explícitos (específicos) ou implícitos (gerais). Os primeiros consistem em elemento particular de um tipo específico da parte especial, distinguindo-o dos demais. Já os segundos decorrem de reflexões dogmáticas ou preceitos da parte geral, são comuns a todos os tipos ou grupo de tipos. Cf. DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *El error sobre elementos normativos del tipo*. Madrid: La ley, 2008. p. 82-83. Naves se refere, ainda, a elementos normativos do tipo de caráter valorativo de outros elementos normativos ou de referência típicas que condicionam a antijuridicidade, posicionando-os como sinônimos dos elementos de valoração global do fato. NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 74. Sobre elementos de valoração global do fato, o presente estudo tratará em item específico.

⁶⁹. Sobre o tema, Lopes pondera que “[o]s elementos normativos são partes da construção típica que exigem uma especial valoração do operador jurídico para que se alcance o entendimento de seu sentido. A apuração de seu significado depende da valoração que lhe é dirigida. São normas culturais, sociais, morais e mesmo legais”. LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*. Porto Alegre: Fabris, 2006. p. 150. Falavigno pondera que “a remissão a outras normas torna necessário, sem sobra de dúvida, o uso de processos interpretativos mais complexos”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no*

2.3.2 Leis penais em branco e elementos em branco das leis penais

A reflexão dogmática sobre as leis penais em branco tem origem na obra de Binding, segundo o qual, em alguns diplomas legais, o legislador se limita a prescrever a pena, delegando, parcial ou totalmente, a atos normativos de hierarquia inferior, existentes ou ainda a serem editados, a função de descrição da conduta passível de sanção.⁷⁰

Também sob uma perspectiva histórica, Liszt define leis penais que apresentam fontes especiais, também chamadas de leis acessórias, como espécies normativas nas quais o legislador apenas fixa as penas que comina, deixando a outros poderes ou atores a qualificação do fato.⁷¹

O conceito das denominadas leis penais em branco amplia-se, na doutrina de Mezger, para admitir também aquelas cuja remissão legal para a definição do comportamento a ser sancionado se dá em face de disposições legais de mesma hierarquia, independentemente de sua natureza, ou até da própria lei penal que as prevê, em outra parte do seu texto.⁷²

ordenamento punitivo brasileiro. Florianópolis: Emais Academia, 2020). Citam-se, a título de exemplo, expressões tais como “tributo”, “licença”, “informação relevante” ou “floresta de preservação permanente”

⁷⁰ Binding fundamenta sua análise em normas do Código Penal do Império Alemão, de 1871, que apenas prescreviam pena a comportamentos cuja descrição era delegada a atos normativos dos estados e municípios, visando conciliar a competência constitucional da federação para legislar em matéria penal com a necessidade empírica de se punir infrações a normas locais, daí sua célebre frase, em especial nos casos de remissão a dispositivos normativos ainda a serem emanados por autoridades regionais ou particulares, de que as leis penais em branco seriam destituídas de conteúdo próprio, precisando procurá-lo “como um corpo errante procura sua alma”. (BINDING, Karl. *Die Normen und Ihre Übertretung*. Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1890. S. 162 *apud* SILVA, Pablo Rodrigo Alfteln da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004. p. 40). Sobre o tema: CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editora Theimis, 1998. p. 24; SILVA, Pablo Rodrigo Alfteln da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004. p. 37; VEGA, Dulce Maria Santana. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad Hoc S. R. L., 2000. p. 15-16.

⁷¹ VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal alemão*. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899. t.1, p. 15.

⁷² MEZGER, Edmund. *Tratado de direito penal*. Atualização: José Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Editora Revista del Derecho Privado, 1955. t.1. p. 386-397. Em sentido similar, Mir Puig sustenta haver uma lei penal em branco quando se estiver diante de alguns preceitos penais que, excepcionalmente, não expressam completamente os elementos específicos da suposta conduta prevista, mas fazem remissão a outros preceitos ou autoridades para que complementem a determinação daqueles elementos. (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 9. ed. Barcelona: Reppertor, 2011. p. 66). De se registrar a discussão terminológica em relação às expressões lei penal em branco, concepção adotada, e norma penal em branco. Bruno, embora aderindo, quanto à essência do conceito, às premissas aduzidas por Binding, denomina-as de normas, e não leis penais em branco. Acredita-se que tal fato tenha se dado como forma do autor reforçar sua crítica à teoria da norma de Binding, segundo o qual as leis penais não seriam constitutivas das normas para cujo descumprimento cominam sanção. Bruno rejeita tal posição, expondo que a lei penal, ao prever sanção a um determinado comportamento por ela descrito, implicitamente expõe o preceito normativo, proibição ou dever, que consistem na própria norma de conduta. (BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: forense, 2005. t.1, p. 118-119). Ocorre que, segundo pondera Horta, mesmo sem aderir à teoria das normas de Binding, a terminologia mais adequada parece ser lei penal em branco, e não norma penal em branco, “pois quando se fala da remissão a outros dispositivos, legais ou administrativos, para se determinar o pressuposto fático da pena, trata-se de uma

O conceito ampliado de leis penais em branco atribuído a Mezger, orientado segundo a fonte da norma de complementação do dispositivo legal penal, é endossado por Bruno, acompanhado por boa parte da doutrina nacional.⁷³

Já a doutrina alemã, em razão de entendimento jurisprudencial ali consolidado, caminha no sentido de adotar um conceito mais restrito do instituto, somando-se o critério da extensão da remissão àquele atinente à sua fonte, limitando a categoria das leis penais em branco às hipóteses de delegação, integral, da função descritiva da conduta a outros instrumentos normativos provenientes de instâncias diversas da lei penal.⁷⁴

peculiaridade da lei, formulada com emprego de técnica de remissão, e não de seu conteúdo; a norma. As normas correspondentes às leis penais em branco, ao contrário destas, são plenas de sentido, pois são determinadas pelos atos normativos complementares, legais ou administrativos, aos quais as leis penais em branco se referem”. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 87).

⁷³ Em relação à definição em si, Bruno batiza de normas penais em branco aquelas nas quais “a descrição das circunstâncias elementares do fato tem de ser completada por outra disposição legal, já existente ou futura e, via de consequência, a enunciação do tipo mantém deliberadamente uma lacuna, que outra disposição legal virá a integrar”. (BRUNO, Anibal. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: forense, 2005. t. I, p. 122). De se registrar que o conceito defendido por Bruno pretende abranger na classe do que ele denomina normas penais em branco, de forma até mais ampla que a própria concepção de Binding, as disposições legais cuja complementação se limita a conferir significado a algum elemento do tipo. Assim, como observa Horta, “segundo Bruno, nas leis penais em branco a quantidade do preceito ausente varia desde o grau máximo, no qual todo o conteúdo da infração penalmente proibida se encontra previsto em outra lei ou regulamento, até o grau mínimo, no qual o dispositivo complementar apenas confere sentido a um dos elementos do tipo”. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 88, nota 239). Em sentido similar: HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v.1, p. 93. VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. t.1, p. 77-78. PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 97. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.1, p. 199-200. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v.1, p. 101. FALAVIGNO, Chiavelli Fazenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 45. Já Zaffaroni e Pierangeli excluem a possibilidade de remissão dentro do mesmo diploma legal (interna), admitido remissão a outra lei, tanto formal, quanto material (decretos, resoluções ou portarias). ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 449.

⁷⁴ Jescheck define as leis penais em branco como acessórias, em razão de apenas a ameaça de pena encontrar-se no tipo, enquanto o conteúdo da proibição é remetido a outras leis, a regulamentos ou mesmo a ato administrativos de distinta procedência, em relação ao órgão emissor e ao momento da emissão. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 4. ed. Granada: Comares, 1993. p. 98. Sobre o entendimento jurisprudencial: ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general – fundamentos – la estructura de la teoría del delito* Tradução e notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003, t.1, p. 466. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Tradução: Miguel Olmedo Cardenette. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 118. Quanto à necessidade de delegação integral da descrição da conduta: JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Tradução: Miguel Olmedo Cardenette. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 118. MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*. Tradução: Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. 7.ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994. t.1, p. 134. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general – fundamentos – la estructura de la teoría del delito*. Tradução e notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003, t.1, p. 465. Quanto à necessidade de a delegação se dar em face de normas provenientes de instâncias diversas da lei penal:

Puppe, sem divergir da concepção adotada majoritariamente na Alemanha, cogita, sob o prisma formal, de leis penais “que se referem a um dever estabelecido em outro lugar”, nas quais, assim como nas ditas leis penais em branco, há a necessidade de se integrar ao tipo o conteúdo descrito nas normas complementares para se obter uma norma penal com sentido completo, e não uma mera tautologia.⁷⁵

A partir dessa proposição de Puppe, Horta sugere superar uma conceituação de lei penal em branco baseada em critérios estritamente formais sobre a hierarquia da fonte da norma de complementação ou vinculada à extensão da delegação da função descritiva da conduta, centrando a definição do referido instituto no conteúdo da matéria objeto da remissão.⁷⁶

O autor propõe analisar se do texto da lei penal é possível denotar, de forma independente da disposição complementar, o preceito normativo, seja mandamental ou proibitivo.⁷⁷

Levando em conta tais ponderações, Horta define leis penais em branco como todas aquelas “que se reportam a obrigações ou proibições estabelecidas por atos normativos

JESCHECK, Hans-Henrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Tradução: Miguel Olmedo Cardenette. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 188. MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*. Tradução: Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. 7.ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994. t.1, p. 134. TIEDEMANN, Klaus. La ley penal em blanco: concepto y cuestiones conexas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 73-97, jan./mar. 2002, p. 73-74. Na mesma linha, Beleza e Pinto rejeitam a ampliação proposta por Mezger. BELEZA, Tereza Pizarro; PINTO, Frederico Lacerda da Costa. *O regime legal do erro e as normas penais em branco: ubi lex distinguit*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 31-32.

⁷⁵ PUPPE, Ingeborg. Error de hecho: error de derecho, error de subsunción. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 51, p. 132-189, nov./dez. 2004. p. 112. Sobre o tema, HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 89.

⁷⁶ Em relação à hierarquia dos dispositivos de complementação, Horta adere parcialmente à tese de Mezger, admitindo, sob o prisma formal, como elementos em branco da lei penal tanto as complementações de hierarquia inferior, quanto aquelas decorrentes de remissões a outras leis emanadas da mesma instância normativa. Todavia, o autor, assim como Maurach e Zipf, não admite como elementos em branco da lei penal aqueles preceitos normativos estabelecidos por dispositivos da mesma lei que exige a complementação, pois, nesse caso, ambos dispositivos fazem parte do mesmo texto. Cf. HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 102; MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*. Tradução: Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. 7.ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994. t.1, p. 134.

⁷⁷ Sob o prisma material, Horta registra que a complementação deve ser necessariamente extrapenal, até porque, quando a remissão se dá em face de atos normativos penais, não há “novos tipos de ilícitos penalmente relevantes, razão pela qual tais estruturas não têm a complexidade teórica e nem a funcionalidade própria” das leis penais em branco. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 102 e 103).

diversos sem referência às quais não se pode extrair da lei penal o sentido do preceito cuja infração se pune”.⁷⁸

Já os elementos em branco da lei penal são, para o autor, justamente “as obrigações ou proibições estabelecidas por outra disposição normativa, já existente ou ainda por ser prolatada, à qual tal lei faz referência”.⁷⁹

A presente pesquisa endossa a tese de que as leis penais em branco são aquelas cuja definição do preceito normativo fundamentador do injusto que representam depende de sua integração com atos normativos extrapenais aos quais fazem referência.⁸⁰

Já os elementos em branco da lei penal são considerados como aquelas expressões utilizadas na redação do enunciado normativo que implicam a delegação parcial da definição das obrigações ou proibições, cuja infração deve ser descrita pelo tipo, a atos normativos extrapenais.⁸¹

A adoção desse conceito mais restrito de leis penais em branco e de elementos em branco das leis penais se deve ao fato de que tal modalidade de remissão normativa deve ter o condão de atender à principal exigência que justifica a sua própria existência, permitir à estrutura típica uma maior dinamicidade mediante a possibilidade de incorporação de

⁷⁸ Ao contrário do que defende Bruno, o autor afasta do conceito de lei penal em branco aquelas nas quais o dispositivo complementar apenas dá sentido a um dos elementos do tipo, até porque, do contrário, “haver-se-ia de admitir serem leis penais em branco todas aquelas cujos tipos contenham elementos normativos de conteúdo jurídico, e até mesmo aquelas das quais algum dos termos venha a ser definido por uma cláusula legal de interpretação autêntica”. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 92).

⁷⁹ O ator pondera que enquanto a lei pode conter referências a obrigações ou proibições mediante variáveis desconhecidas, o tipo já abrange o resultado da determinação dessas variáveis, nele os deveres referidos pela lei penal em branco já estão necessariamente definidos. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 93-94). Sobre o tema, Puppe afirma que “[u]n elemento en blanco se remite a leyes positivas que determinan el contenido de la obligación misma protegida por la pena y no sólo sus presupuestos jurídicos”. PUPPE, Ingeborg. Error de hecho: error de derecho, error de subsunción. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 12, n. 51, p. 132-189, nov./dez. 2004. p. 113. Horta critica a posição de Puppe ao compreender os elementos em branco das leis penais como elementos do tipo.

⁸⁰ Sobre a evolução do conceito de leis penais em branco de se registrar a ponderação de Naves, quando aponta certa falta de sincronia entre os distintos conceitos do instituo, tendo como único ponto comum o reconhecimento da necessidade de complemento da lei penal decorrente da “menção a alguma forma de reenvio normativo”. O autor registra, ainda, que a realidade atual do direito penal reforça a necessidade de se consolidar um conceito, já que “[d]ado o exponencial surgimento de tipos penais que impõem alguma forma de remissão normativa, essa imprecisão sobre o que realmente seriam as leis penais em branco reforça a necessidade de extravasar o conceito em questão, de modo a adaptar a dogmática penal à realidade fática do novo mundo globalizado, cujas novas leis penais cada vez exprimem uma maior interatividade entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, quase sempre expresso por meio de remissões normativas de toda natureza”. (NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 68; 71).

⁸¹ Citam-se, a título de exemplo, as locuções: “contrariando determinação de autoridade competente”, “em desacordo com determinação regulamentar” ou “em desacordo com normas estabelecidas na forma da lei”.

contribuições advindas de outras instâncias regulatórias, notadamente aquelas de natureza administrativa.⁸²

Quanto à extensão da remissão, ela há de ser parcial, pois uma delegação total à instância infralegal para a definição do conteúdo típico encontraria óbice no princípio da legalidade, em especial no seu corolário de reserva de lei.⁸³

Quanto à hierarquia da norma complementar, diante da perspectiva adotada, somente faz sentido se cogitar de atos normativos infralegais, em especial administrativos, cuja atualização é, via de regra, mais célere e menos burocrática que aquela da lei *stricto sensu*.⁸⁴

Caso a atualização típica que se busca mediante uma remissão normativa estiver a demandar uma alteração legal, em que há de se observar o regular processo legislativo, não há qualquer vantagem em se prescindir de que tal alteração também ocorra na lei que está a representar o tipo. Aliás, ao contrário, tal exigência, sem qualquer ônus adicional, estará a reforçar a sempre desejada segurança jurídico-penal.

Quanto ao conteúdo objeto da remissão, não deve se limitar a aspectos de natureza interpretativa, os quais se resumem à orientação do aplicador da lei. Há de se delegar às instâncias administrativas exatamente aquela parte do preceito normativo a exigir uma atualização mais célere ou um enfoque mais técnico do que aqueles capazes de serem oferecidos exclusivamente pela lei penal.⁸⁵

Em relação ao aspecto temporal da edição do complemento, não se descarta a possibilidade de vir a ser editado após a edição da lei, desde que se respeitem as premissas de publicidade que devem orientar todos os atos normativos os quais possam, de alguma forma, inovar no ambiente regulatório penal.

⁸² Em sentido similar, Bach: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014. p.130.

⁸³ Em sentido similar, Bach: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014. p.131-132. Em sentido contrário, Guaragni considera leis penais em branco aquelas “cujo preceito primário é complementado por outra norma no todo ou em parte”. GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014. p.23.

⁸⁴ Bach, em sentido similar, não considera leis penais em branco aquelas completadas por outra lei federal, como ocorre com as ditas leis penais ao revés, as quais carecem apenas de determinação da sanção. GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014. p.137-138. Em sentido contrário, Guaragni considera leis penais em branco também aquelas complementadas por outras leis federais. GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 23 e 25.

⁸⁵ Em sentido similar, Bach: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014. p.130-131. Sobre o tema, Horta esclarece que “[a] peculiaridade das leis penais em branco é que elas não estabelecem por elas mesmas o conteúdo pleno da sua prescrição, mas o vinculam a um preceito extrapenal (variável, não expresso na lei penal), estabelecido por ato normativo diverso”. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 109).

Expostas as premissas conceituais acerca das leis penais em branco, não de ser consignadas as suas principais classificações doutrinárias, que consideram como critérios os aspectos atinentes à fonte, extensão, forma e quantidade dos atos normativos complementares.⁸⁶

Quanto à fonte Mezger classifica as leis penais em branco como: as de sentido estrito, nas quais o complemento se dá mediante dispositivos extrapenais originários de atos normativos hierarquicamente inferiores; ou as de sentido amplo, nas quais a sua incompletude é suprimida por dispositivos legais de mesma hierarquia ou da própria lei penal.⁸⁷

Estas últimas, por sua vez, foram subdivididas por Silva em: heterovitelíneas, nas quais a remissão se dá de forma externa, por dispositivos de mesma hierarquia, mas existentes em diplomas legais distintos; ou homovitelíneas, nas quais a remissão se dá de forma interna, por outros dispositivos contidos em diferentes enunciados da mesma lei.⁸⁸

Sob o aspecto da extensão, dividem-se as leis penais em branco em: gerais, nas quais a definição da conduta proibida fica integralmente delegada à norma complementar; ou especiais, nas quais as leis penais indicam parte do conteúdo da proibição, delegando à norma complementar uma outra parte dessa definição.⁸⁹

⁸⁶ Falavigno aduz, ainda, sobre uma terminologia de classificação das leis penais em branco entre extensivas, restritivas e intermediárias, afirmando que “[a]s extensivas seriam as que, por si só, não expressam de maneira completa o sentido do tipo penal, necessitando sempre de complementação. Já as restritivas são as que, na sua complementação, remetem o aplicador à legislação de hierarquia inferior. Por último, as intermediárias são aquelas em que o complemento se encontra fora do tipo penal. Conforme a própria autora reconhece trata-se de uma classificação bastante confusa, com critérios que podem facilmente ser sobrepostos”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 49).

⁸⁷ MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. t. I, p. 396-397. Sobre as leis penais em branco de sentido estrito: VEGA, Dulce Maria Santana. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad Hoc S. R. L., 2000. p. 32. Horta esclarece as leis penais de sentido estrito abrange as hipóteses nas quais “se tem uma lei penal carente da norma de conduta, cujo tipo só se integra por referência a obrigações ou proibições extrapenais estabelecidas por ato ou forma diversa da norma de sanção. Sobre as leis penais em branco de sentido amplo, o autor esclarece que “[j]á as leis penais complementadas por normas provenientes da mesma fonte constitucional, que no caso brasileiro são as leis federais (Cf. art. 22, I, da CF/1998), designam-se como leis penais em branco em sentido amplo”. HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 105 e 106.

⁸⁸ SILVA, Pablo Rodrigo Alfteln da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004. p. 68-69.

⁸⁹ Sobre as leis penais em branco gerais, Horta pondera que não há, no dispositivo legal, qualquer referência ao conteúdo ou à descrição da conduta cuja prática corresponda ao tipo, pois “a determinação da conduta proibida fica plenamente delegada à norma complementar”. Já quanto às leis penais em branco especiais, o autor aduz que indicam o núcleo do tipo ou a forma da ação ou omissão proibida, mas delegam ao complemento “a determinação do âmbito ou das condições da proibição”. Horta considera como gerais todas aquelas leis penais em branco que “definem o crime simplesmente como infração à norma complementar, sem referência ao conteúdo desta ou sequer à forma da conduta que a contraria”. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 104). Quanto a esta última posição, adota-se entendimento distinto. Em alguns casos, a própria menção à necessidade de infração de uma norma complementar constante da lei penal já pode ser uma

No que tange à forma da remissão, as leis penais em branco podem ser segregadas em: dinâmicas, nas quais não se aponta de maneira individualizada a norma complementar, atualizando-se a cada edição de um novo ato regulatório legalmente referido; ou estáticas, nas quais se indica, precisamente, o ato normativo complementar objeto da remissão, têm a sua validade vinculada à vigência da norma à qual se referem expressamente.⁹⁰

Em relação à quantidade de atos normativos referidos, classificam-se as leis penais em branco em: de primeiro grau, que fazem referência a apenas uma norma complementar, são preenchidas por um ato normativo extrapenal isolado; ou de segundo grau, que se complementam em cadeia, fazem referência a um sistema de normas sobrepostas em diferentes extratos de hierarquia e especialização.⁹¹

Confrontando-se as mencionadas classificações com as premissas conceituais adotadas, tem-se que o presente estudo admite como leis penais em branco aquelas de sentido estrito e especiais, excluindo-se as de sentido amplo e geral.

As considerações expostas acerca das leis penais em branco e dos elementos que a expressam, ao valorizar a sua função de conceber um tipo penal dinâmico, sem se olvidar de lastreá-las em garantias constitucionais fundamentais, balizarão as condições necessárias à previsão válida e à aplicação legítima dos tipos de mera transgressão administrativa por elas representados.

indicação de parte do conteúdo da proibição (uma desobediência administrativa) capaz de classificá-la como lei em branco especial. Tem-se como leis penais em branco gerais, portanto, aquelas mencionadas por Franz Von Liszt como leis acessórias, nas quais o legislador apenas fixa as penas que comina, deixando integralmente a outros poderes ou atores a qualificação do fato, razão pela qual se sustenta a sua inconstitucionalidade. VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal alemão*. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899. t.1, p. 15.

⁹⁰ Sobre as leis penais em branco dinâmicas: TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*. Tradução da 2ª edição alemã: Héctor Hernández Basualto, Rodrigo Aldoney Ramírez y Manuel A. Abanto Vásques. San José: Grijley, 2009. p. 136. HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 106. Sobre as leis penais em branco estáticas: DOVAL PAIS, Antonio. *Possibilidades y límites para La formulación de las normas penales: el caso de las leyes penales en blanco*. València: Tirant lo Blanch y Universtat de València, 1999. p. 121 e ss. Horta sustenta que a leis penais em branco estáticas não teriam a “funcionalidade própria das leis penais em branco”. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 106). Em face dessa observação, Bach somente considera como leis penais em branco aquelas dinâmicas, excluindo do seu conceito as ditas estáticas. GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014. p.134; 148. Em sentido contrário, Guaragni abrange no conceito de leis penais em branco também aquelas nas quais estão especificadas as normas administrativas referidas. GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 23.

⁹¹ Sobre as leis penais em branco de primeiro grau: MARTINEZ BUJAN-PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa: parte general*. 3. ed. València: Tirant lo Blanch, 2011, p. 124. Sobre as leis penais em branco de segundo grau: VEGA, Dulce Maria Santana. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad Hoc S. R. L., 2000. p. 34.

2.3.3 Os elementos de valoração global do fato

A sistematização dogmática dos elementos de valoração global do fato na teoria do delito tem como antecedente histórico os estudos de Welzel sobre as regras especiais da ilicitude aplicáveis aos tipos representados por leis abertas, compreendidos como aqueles nos quais os comportamentos proibidos somente estão parcialmente previstos na lei, cabendo ao intérprete completá-los, construindo a parte faltante.⁹²

Para o autor, tal complementação se dá, geralmente, mediante um critério reitor extraído da lei, permitindo ao intérprete reconhecer as características complementares do tipo.⁹³

Ocorre que Welzel identifica a utilização de expressões na redação típica, como a locução “reprovável” no crime de constrangimento ilegal no Código Penal alemão, que importam em grande abertura da previsão típica, sem qualquer critério legal para a sua delimitação.

Diante da premissa de que somente pertencem ao tipo termos que contribuem para a descrição da conduta proibida e que tais expressões não desempenham tal função, o autor as sistematiza fora do tipo, na ilicitude.⁹⁴

Segundo Welzel, as estruturas típicas nas quais são utilizadas tais locuções não são capazes de expressar a matéria da proibição, sendo possível à conduta ser típica, mas não antinormativa, postergando-se tal juízo para a categoria da ilicitude.⁹⁵

⁹² WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán: parte general*. 11. ed. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1976. p. 41. Sobre o tema: HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 53. Em sentido contrário, para Welzel, os tipos representados por leis fechadas são aqueles nos quais o enunciado normativo descreve de forma completa a conduta e o conteúdo da proibição. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Tradução: Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 64 e ss.

⁹³ Exemplos de tipos representados por leis abertas legalmente orientados, segundo Welzel, são aqueles referentes aos crimes omissivos impróprios e aos crimes culposos. No caso dos crimes omissivos impróprios, a abertura legal decorre do fato de que a lei penal que determina o tipo não faz referência expressa às características objetivas do autor que fundamentam o seu dever de agir e, via de consequência, a possibilidade de sua responsabilização penal. No caso dos crimes culposos, a abertura legal se dá na medida em que o tipo que os prevê não determina a conduta proibida, mas apenas o resultado, a possibilidade de lesão ou exposição a perigo do bem jurídico. Não obstante identificá-los como exemplos de tipos representado por leis abertas, pondera o autor que, em ambas as hipóteses, há uma orientação legal a delimitar a incriminação, a posição de garante, nos casos dos crimes omissivos impróprios, e as regras de cuidado devido, nos crimes culposos. WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán: parte general*. 11. ed. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1976. p. 82; 289. Em sentido contrário, afastando a classificação dos tipos culposos como tipos representados por leis abertas: TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. p. 279-280.

⁹⁴ Para Welzel, assim como a reprovabilidade da coação, expressões tais como “ilegitimamente, sem estar autorizado a fazê-lo, sem autorização”, são apenas um juízo puro de valor, não um quadro reitor suficiente para complementação do tipo. WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán: parte general*. 11. ed. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1976. p. 234.

Nesses casos, para o autor, o juízo de ilicitude não depende apenas da negação de causas de justificação, mas de uma afirmação positiva de demonstração de seus pressupostos objetivos, à qual denominou de regras ou características especiais da ilicitude.⁹⁶

De forma similar, Kaufmann identifica no injusto puros elementos de dever que não integram o tipo, que seria composto exclusivamente pelos elementos da ação, quais sejam, elementos objetivos do fato e aspectos subjetivos do seu autor.⁹⁷

Kaufmann diferencia as normas dos deveres delas decorrentes, já que, para o autor, enquanto aquelas são sempre abstratas e dirigidas a todos, estes são a sua concretização, de modo a prescrever a um determinado sujeito uma conduta específica.⁹⁸

Segundo Kaufmann, o dever somente se destina àqueles que estão em circunstâncias aptas a realizar o ato proibido pela norma abstrata, sendo que, conforme esclarece Horta, “[a]o conjunto dos pressupostos físicos e psíquicos que conferem a alguém condição de levar a cabo, em circunstâncias e momentos específicos, uma conduta proibida pela norma, Kaufmann se refere como ‘capacidade de ação’”.⁹⁹

Para além da capacidade de ação como pressuposto geral, o autor sugere duas modalidades de elementos especiais de dever, a existência de ordens oficiais válidas, nos

⁹⁵ O autor distingue as noções de antinormatividade e de ilicitude. No primeiro caso, há uma contradição entre a conduta e uma norma isolada depreendida do tipo. No segundo, há o confronto da conduta com o ordenamento jurídico como um todo, constatando a ausência de causas que excepcionalmente as permitam. WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán: parte general*. 11. ed. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1976. p. 76 e 119-120.

⁹⁶ Para Welzel, enquanto nos tipos representados por leis fechadas e nos legalmente complementados a conduta que os realiza concretiza aquilo que a norma penal proíbe e consiste em indício de sua ilicitude, afastável no caso de preceitos permissivos que as autorizem em determinadas circunstâncias especiais, algumas expressões utilizadas na lei penal têm como consequência a impossibilidade de se deduzir do tipo as ações por ele abrangidas, razão pela qual a adequação da conduta à previsão legal típica não é capaz sequer de indiciar a sua ilicitude, ficando esse juízo a depender de uma valoração autônoma do intérprete, com enorme prejuízo às funções de determinação e legitimação material do injusto, decorrentes do princípio da legalidade. Para o autor, nos tipos representados por leis abertas, a ilicitude deverá ser constatada de forma independente em relação à tipicidade. Segundo Welzel, nestes casos a verificação da ilicitude está a exigir um juízo positivo visando a buscar a existência de elementos de dever jurídico, composto por regras gerais da ilicitude e características especiais da ilicitude. WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán: parte general*. 11. ed. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1976. p. 120, 234-235. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Tradução: Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 61.

⁹⁷ KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna*. Tradução: Enrique Bacigalupo y Ernensto Garzón Valdés. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977. p. 134.

⁹⁸ Segundo o autor, as normas, como forma abstrata da ideia da obrigatoriedade do Direito, são dirigidas a todos, tendo como objeto um juízo de valor. Contudo, no caso concreto, não é a totalidade das pessoas que está vinculada a todas as normas. O que as torna válidas, fazendo com que se imponham os deveres nelas expressos, é a capacidade do indivíduo em obedecê-las e sua adequação aos “elementos especiais de dever” presentes em sua descrição. Para Kaufman, é justamente a não observância a tais deveres especiais de dever que vai implicar na ilicitude. KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna*. Tradução: Enrique Bacigalupo y Ernensto Garzón Valdés. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977. p. 375-376.

⁹⁹ HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 60.

casos de crimes de desobediência; e os elementos especiais de autoria, no caso de crimes condicionados a uma característica especial do sujeito ativo.¹⁰⁰

Kaufmann sugere que, nos crimes de desobediência a determinações administrativas, a conduta do agente não contraria uma determinação oriunda do legislador, mas viola exclusivamente um juízo valorativo proveniente da própria autoridade pública da qual emana a ordem.¹⁰¹

Para o autor, nesses casos, a existência da norma penal deve ser precedida da verificação da validade da ordem administrativa violada, já que ela, como espécie do gênero norma jurídica, também há de estar lastreada na lei.¹⁰²

Considerando que os crimes de desobediência à ordens administrativas têm por objeto “a ação que contraria a ordem ou a proibição do funcionário e que o tipo compreende exclusivamente os elementos da norma empregados na descrição de seu objeto”, Kaufmann conclui que expressões tais como “autoridade competente” ou “ato juridicamente válido” não descrevem o fato, são pressupostos de validade da ordem administrativa e, via de consequência, da existência do dever de observá-la, não integrando o tipo, mas o juízo de ilicitude.¹⁰³

¹⁰⁰ Conforme esclarece Horta, para Kaufmann, “enquanto a capacidade de ação é um pressuposto do dever correspondente às normas em geral, os pressupostos de validade das ordens administrativas e os elementos de autoria são necessários apenas para que se verifique a obrigação de acatar um mandado de funcionário público, ou de observar uma norma especial, respectivamente”. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 61). Conforme pondera Naves, para Kaufmann, referidos elementos especiais de dever “não podem ser separados de um substrato material, uma vez que preexistem à proibição e à matéria de proibição, afetando a validade e a existência jurídica da norma, razão pela qual não compõem o tipo penal. Integram o objeto da norma ou a ação proibida e ordenada. Em outras palavras, os elementos de dever, na realidade, são formas de ponderação de interesses, adequando os casos particulares aos objetivos buscados pela lei. Configuram uma contraposição à norma jurídica de forma independente, fazendo com que, apenas por meio de uma ponderação valorativa, se impeça que surja o dever jurídico. Torna-se, então, uma exceção à proibição, limitando-a. É de deixar claro que ao ver do autor esses elementos não poderiam ser tidos como causas de justificação”. (NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 79).

¹⁰¹ Para Kaufmann, nesses casos, a lei penal expressamente possui imperativos jurídicos, cuja existência está em função da ordem ou da determinação de uma autoridade ou de um ato de órgão estatal. Assim, a autorização administrativa contém o momento da validade jurídica, não sendo, pela lógica apresentada, um elemento do tipo penal. KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna*. Tradução: Enrique Bacigalupo y Ernensto Garzón Valdés. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977. p. 94-96.

¹⁰² Sustenta que, para subsistir a norma penal válida, há de se verificar a adequação da ordem administrativa violada ao arcabouço legal que delimita o seu conteúdo, a competência da autoridade que a emitiu, bem como qualquer outro requisito legal necessário à sua validade. KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna*. Tradução: Enrique Bacigalupo y Ernensto Garzón Valdés. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977, p.133.

¹⁰³ Pretendendo fundamentar a sua posição de que as referidas expressões não estão a descrever objetivamente o fato incriminado, e por isso não podem ser sistematizadas no tipo, pois seriam juízos de valor próprios da ilicitude, aptos a justificar a proibição da conduta, Kaufmann argumenta que “a ação que contraria a ordem do funcionário pode ocorrer ainda que inexistam os pressupostos de validade de tal ordem, e ainda que seja inválida

A título de exemplo, segundo a teoria de Kaufmann, nos casos de tipos penais nos quais utilizada a expressão “ordem legal”, diante de um caso concreto no qual não se verificasse a legalidade da referida determinação, não se estaria a afastar a tipicidade, mas somente a ilicitude.

Para o autor, a verificação de ser ou não legal a ordem condicionaria a existência do dever de cumpri-la, portanto, a própria existência válida da norma mandamental, e não a constatação de que, naquele caso específico, a proibição geral de se desobedecer a uma determinação do poder público, embora existente como norma, seria inaplicável à hipótese porque ausente um elemento normativo do tipo, qual seja, a legalidade da ordem desobedecida.

Para Kaufmann, no caso dos crimes condicionados a uma característica especial do sujeito ativo, o raciocínio seria similar àquele dos crimes de desobediência a determinações administrativas.

O autor pontua que não existem elementos de autoria “puros”, mas apenas interpretáveis, ou seja, a partir da relação especial entre o sujeito e a sua conduta por meio do exercício do cargo ou outra qualidade especial.

Assim, caso inexistentes tais condições no caso concreto, não subsistiria o dever de observar a norma, razão pela qual tais expressões também não descreveriam a conduta, mas apenas fundamentariam o injusto; não integrariam o tipo, mas o espectro da ilicitude.¹⁰⁴

Roxin reconhece que a utilização de algumas expressões na redação da lei penal importa em previsões legais que não expressam a integralidade da matéria de proibição, exigindo um juízo positivo da ilicitude, que não consiste na mera verificação da inexistência de causas de justificação.

De forma distinta de Welzel e Kaufmann, o autor as sistematiza no tipo, reconhecendo que tais expressões – as quais denomina, inicialmente, de elementos de dever jurídico, apesar de implicarem uma previsão típica mais aberta – desempenham, em alguma medida, função descritiva da conduta.¹⁰⁵

a norma de obediência”. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 62).

¹⁰⁴ KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas*: fundamentos de la dogmática penal moderna. Tradução: Enrique Bacigalupo y Ernensto Garzón Valdés. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977. p. 78.

¹⁰⁵ O autor se refere às características especiais da ilicitude decorrentes da utilização na lei penal de expressões que implicam em uma previsão típica ampla, sob a denominação de “elementos do dever jurídico”, expressão também atribuída a Welzel. Roxin identifica como elementos do dever jurídico, além das regras gerais da ilicitude e dos elementos especiais da ilicitude: a inadequação social da conduta, o dever jurídico de comportamento ou de evitar o resultado nos crimes omissivos e o dever jurídico de cuidado nos crimes culposos. ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal*: tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Tradução: Prof. Dr. Enrique

Roxin afirma que, caso fosse possível endossar a tese segundo a qual algumas expressões utilizadas na redação típica não teriam qualquer função descritiva do comportamento, consistindo em puro juízo de valor a ser aferido pelo intérprete quando da verificação da ilicitude, admitir-se-iam tipos penais cuja matéria objeto da proibição seria determinável de maneira integralmente subjetiva, objeto de absoluto arbítrio do aplicador da lei, violando o princípio da legalidade.¹⁰⁶

Para o autor não é possível diferenciar o que pertence ao tipo ou à ilicitude, como pretendem Welzel e Kaufmann, tendo como premissa a distinção entre expressões que desempenham papel descritivo e aquelas que justificam o dever jurídico a ser infringido pelo agente. Para Roxin, todas as expressões típicas, mesmo aquelas que impõem um juízo

Bacigalupo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979. p. 6-19. Roxin admite que tal estratégia legislativa se adequa ao conceito de tipos representados por leis abertas, tal como definidos por Welzel, entretanto, critica a conclusão de excluir tais expressões da categoria de elementos do tipo. Sobre o tema, Horta esclarece que, para Roxin, “uma condição qualquer do ilícito não deixa de ser uma circunstância do fato objeto desse juízo, e, portanto, um elemento do tipo, apenas por ser fundamento do dever jurídico infringido pelo seu autor”. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 66).

¹⁰⁶ Com o objetivo de demonstrar sua posição, o autor esclarece que várias das expressões consideradas por Welzel como características especiais da ilicitude têm, sim, uma função descritiva do fato. Cita, entre outros, o próprio exemplo da expressão “reprovável” do tipo alemão de constrangimento ilegal, como descrição das modalidades proibidas de coação, mesmo que tal função descritiva esteja fundamentada em regras não escritas de moralidade pública. Roxin afirma que as concepções de Welzel e Kaufmann, ao negarem a tais expressões qualquer função descritiva do fato, estão a endossar uma estrutura típica sem função de delimitação da conduta proibida ou de indício de sua ilicitude, absolutamente inúteis como categoria do conceito de crime. Para o autor, ao relegar a compreensão de tais expressões a um juízo puro de valor, a ser verificado, pelo aplicador da lei, no âmbito da ilicitude, nega-se ao tipo a função de selecionar, entre as várias condutas humanas possíveis, quais têm relevância para o direito penal, esvaziando-se, por completo, a sua função de garantia. Roxin afirma, ainda, ser possível uma crítica intrassistemática à posição de Welzel de que nos tipos representados por leis abertas estar-se-ia a descrever condutas valorativamente neutras, pois tal posição seria uma contradição com a posição do próprio Welzel em relação à sua teoria do conteúdo valorativo dos tipos, segundo a qual os elementos normativos trazem ao agente consciência do significado social de sua conduta e, via de consequência, da ilicitude material de seu comportamento. Para Roxin, não haveria sentido em atribuir tanto valor, em certos elementos típicos, à compreensão total do conteúdo significativo-social se, no caso dos elementos de dever jurídico, isso não seria necessário. Roxin acrescenta uma crítica conceitual, já que os elementos de dever jurídico estariam casualmente agrupados por Welzel, e não se diferenciariam de forma clara dos demais elementos do tipo. Para Roxin quase todas as expressões classificadas por Welzel como elementos de dever jurídico poderiam ser consideradas elementos normativos de caráter jurídico do tipo penal, já que nenhum deles se realiza no mundo exterior, todos demandam comprovação um juízo de valor, compondo o tipo penal, e não a ilicitude, como propõe Welzel. ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Tradução: Prof. Dr. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979, p. 69-81; 97; 121; 149-152; 264-270. Reforçando a crítica de Roxin a Welzel, no sentido de que as expressões consideradas por este como elementos do dever jurídico têm, sim, papel de descrever a conduta, Horta expõe que “expressões como ‘ilegalmente’ e ‘ilicitamente’ não apenas contêm um juízo de contrariedade ao direito como um todo, sobre a conduta à qual se referem, mas também conotam as características daquela conduta que são determinantes desse juízo”. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 69). Sobre a posição de Roxin: NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 81.

positivo de ilicitude, estão, mesmo que de forma geral, a descrever a conduta e a fundamentar a norma penal a ser violada.¹⁰⁷

Visando refutar a teoria de Kaufmann, segundo a qual a validade das ordens administrativas seriam puros elementos de dever a serem sistematizados fora do tipo, Roxin nega a premissa de que nos crimes de desobediência a conduta do agente que se adequa ao tipo viola exclusivamente um juízo de valor proveniente da própria autoridade pública da qual emana a ordem, e não também uma determinação do legislador.¹⁰⁸

Para Roxin, o legislador, ao estabelecer uma intervenção penal legitimada pela desobediência, reconhece o valor referente à necessidade de se observar as ordens administrativas de uma maneira geral, como um comportamento imprescindível à realização das funções do Estado em benefício do interesse público.

¹⁰⁷ Para Roxin, segregar expressões utilizadas na lei penal que representa o tipo a partir da sua função de descrição da conduta ou de fundamentação da sua proibição somente poderia fazer sentido caso se adotasse a compreensão de um tipo penal avalorativo, na qual seria possível conceber circunstâncias típicas meramente descritivas, isentas de qualquer carga axiológica. Tal premissa, pondera Roxin, não é adotada por Welzel, que reconhece o tipo como a descrição de uma realidade desvalorada ético-socialmente, tanto que estabelece, nos tipos representados por leis fechadas e nos judicialmente complementados, que a tipicidade é indiciária da ilicitude. Roxin critica a posição de Welzel, aduzindo que a sugerida neutralidade valorativa dos tipos representados por leis abertas faz com que se aceite um duplo conceito de tipo penal, um no tocante aos tipos representados por leis fechadas, no qual haveria a tipificação de uma ação ilícita, ao passo que, nos tipos representados por leis abertas, haveria uma estrutura completamente neutra valorativamente. Roxin pondera que já existe um juízo legislativo de desvalor de determinada conduta abstrata ao se criar a lei penal. Também como crítica à posição de Welzel, Roxin registra que não se pode negar que a compreensão de qualquer expressão utilizada na redação típica, mesmo aquelas consideradas inequivocamente como descritivas da conduta, estará, em alguma medida, a fundamentar o dever jurídico a ser violado pelo agente. (ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Tradução: Prof. Dr. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979. p. 69-81; 95; 97; 100-103; 121; 149-152; 264-270). Exemplificando a última crítica de Roxin, Horta expõe “é evidente que conceito de pessoa, que determina a expressão ‘alguém’, do art. 121 do CP, fundamenta a proibição de não matar ali disposta, sendo, portanto, um elemento de dever jurídico. Apesar disso não se pode negar sem soar absurdo, que a condição de pessoa da vítima pertença ao tipo, e concluir que alguém possa ser punido por homicídio doloso ainda que não soubesse que matava alguém”. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 66). Sobre a crítica de Roxin a Welzel, Neves pondera que, no plano sistemático, “adotar a neutralidade valorativa representa aceitar que condutas absolutamente irrelevantes podem ser objeto do tipo penal, sendo tipos penais abertos categorias puramente formais, seria um retrocesso a Beling”. (NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 80-81).

¹⁰⁸ Roxin também critica a construção de Kaufmann de que as chamadas “ordens oficiais” não compõem a tipicidade, por serem consideradas um pressuposto de validade que precede a norma. Aduz que todas as circunstâncias de fato são pressupostos de validade de uma norma, sempre compondo o tipo penal, o que faz com que a distinção realizada em relação às “ordens oficiais” careça de sentido. A partir do momento em que Kaufmann sustenta que, em alguns casos, a norma penal apenas existe em função do ato administrativo, essencialmente balizado a casos particulares, haveria uma clara distorção do seu conceito de norma, segundo qual as normas expressariam um conteúdo geral, afastado de circunstâncias particulares. Além disso, para Roxin, se a norma apenas se concretizaria com a ordem oficial como sugere Kaufmann, a previsão típica torna-se carente da previsibilidade e da segurança necessárias para aqueles a quem a norma se direciona. (ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Tradução: Prof. Dr. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979. p. 69-81; 95; 97; 100-103; 121; 149-152; 264-270. Sobre a posição de Roxin: NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 82.

O referido dever geral de obediência, portanto, subsiste de forma independente da própria existência ou legalidade das ordens administrativas, cuja validade não é pressuposto para a validade da norma penal, mas condição para a sua aplicabilidade.¹⁰⁹

O mesmo raciocínio se aplicaria à existência ou não, no caso concreto, das condições especiais do agente, as quais Kaufmann batizou de elementos de autoria.

Apesar de sistematizar os elementos de dever jurídico no tipo, Roxin os distingue dos demais elementos normativos exatamente por reconhecer a sua especial relação com a ilicitude, na medida em que a compreensão de tais expressões coincide, na maioria das vezes, com a consciência acerca da proibição de determinados comportamentos.¹¹⁰

Para o autor, a categoria dos elementos de dever jurídico está vinculada à indicação, já no âmbito da tipicidade, da ilicitude formal da conduta, até porque neles a compreensão do agente quanto à abrangência de determinado elemento normativo coincide com a consciência de que a realização da conduta implica a violação de um dever jurídico.¹¹¹

A partir dessa premissa subjetiva acerca dos elementos de dever jurídico, Roxin evolui para estabelecer uma dupla face de alguns elementos normativos, também sob um viés

¹⁰⁹ Considerando a própria afirmação de Kaufmann quanto à capacidade de ação como regra geral de aplicabilidade das normas penais, Roxin sustenta que o mesmo raciocínio deve ser aplicado aos tipos que vedam a desobediência administrativa, pois toda e qualquer norma penal terá sua aplicação condicionada à determinadas circunstâncias. ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Tradução: Prof. Dr. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979. p.104. Explicitando a posição de Roxin, Horta esclarece que o autor “nega que as ordens administrativas sejam condições de existência das normas legais que proíbem a sua desobediência, já que, as normas legais correspondentes não dependem das ordens administrativas para existir, mas têm apenas sua aplicabilidade condicionada à existência válida dessas ordens”. HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 70.

¹¹⁰ ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Tradução: Prof. Dr. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979 p. 123. Horta observa que “o conhecimento dos elementos normativos do tipo geralmente não coincide com o da contrariedade do fato típico ao direito, nem acarreta por si só esse conhecimento [...]. Mas os elementos de dever jurídico poderiam ser destacados entre os elementos normativos como exceções a essa regra, uma vez que o seu conhecimento já proporciona a consciência do dever infringido por quem pratica a conduta típica. O autor defende a tese de que se por um lado os elementos de dever jurídico descrevem o fato, por outro, comportam o próprio juízo de ilicitude que sobre o fato recai”. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 77-78).

¹¹¹ Roxin exemplifica no sentido de que quem resiste ao ato de um funcionário público ciente de que este atua “em legítimo exercício de seu cargo” tem, por raciocínio lógico, consciência da ilicitude da sua ação. ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Tradução: Prof. Dr. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979. p. 123. Horta observa que Roxin, no caso dos elementos de dever jurídico, “não se conformando com a inclusão da ilicitude no tipo, mas tampouco com uma concepção de tipo destituído dos elementos fundadores do injusto sustenta que ‘se entrelaçam’ elementos que servem à descrição do fato injusto, como outros que determinam esse caráter, e, portanto, entrelaçam-se elementos típicos com circunstâncias que têm uma função de valoração geral que só pertence à ilicitude”. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 81).

objetivo, concebendo a existência de expressões utilizadas no tipo que podem ser designadas como “circunstâncias valoradoras totais ou abarcantes da ilicitude”.¹¹²

Para o autor, referidas locuções possuem dupla função, designam as condições do injusto em sua configuração geral e abstrata, o tipo, bem como confirmam o caráter não justificado de uma conduta concreta, a ilicitude.¹¹³

A partir da construção de Roxin, denominam-se elementos de valoração global do fato, portanto, aquelas “expressões empregadas pela lei penal que designam genericamente os pressupostos objetivos do fato incriminado e que, simultaneamente, também fazem referência à valoração concreta de uma realização particular desse fato como injusta ou ilícita”.¹¹⁴

Horta sugere a decomposição de tal modalidade de remissão normativa

[...] em dois estratos: os dos pressupostos da valoração a que fazem referência, e o da valoração em si. Estabelecida essa estratificação, Roxin posiciona no tipo todos os pressupostos, positivos e negativos, da valoração global, reservando para a ilicitude apenas a valoração definitiva do fato que de tais pressupostos resulta.¹¹⁵

Diferentemente do que ocorre com os elementos de dever jurídico, vinculados à ilicitude formal, os elementos de valoração global do fato comportam a avaliação do fato típico em relação à sua ilicitude material, atrelada aos valores que justificam a proibição da conduta, compreendida em seu caráter antissocial, não necessariamente reconhecido pelo direito.¹¹⁶

¹¹² ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Tradução: Prof. Dr. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979p. 131.

¹¹³ Citam-se, a título de exemplo, as expressões “sem justa causa”, “indevidamente”, “injustificadamente” e “ilicitamente”.

¹¹⁴ HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 51. Os elementos de valoração global é conceito proposto por Roxin para substituir aquele referente aos elementos de dever jurídico desenvolvido Welzel, representando “expressões presentes no tipo penal que representam, de maneira genérica, os pressupostos objetivos da conduta incriminada e, concomitantemente, fazem referência à valoração de uma prática individual de uma conduta como antijurídica. Tais expressões expressam mais do que a mera descrição típica, refletindo uma oportunidade de se identificar se a conduta é materialmente antijurídica ou, de fato, é socialmente nociva. Para isso, o legislador renuncia a parte importante de sua atribuição, ao descrever o tipo penal em abstrato, permitindo que o julgador, no caso concreto, afinar a antijuridicidade material da intolerável nocividade social”. (NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 82 e 83, notas 190, 191, 192 e 193).

¹¹⁵ HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 81.

¹¹⁶ Esclarece Horta que “a diferença terminológica não é mero capricho, mas reflete uma distinção conceitual entre os elementos de valoração global do fato e os elementos de dever jurídico do agente. Enquanto estes são definidos por informarem ao agente que atua com dolo o dever jurídico que descumpre, aqueles são definidos por comportarem uma valoração do fato típico como injusto. Trata-se de definições divergentes. Porque o caráter injusto do fato não se confunde com a proibição dele, embora seja sua razão”. Roxin considera elementos de valoração global do fato algumas expressões que não seriam elementos de dever jurídico, como a reprovabilidade constante do tipo de constrangimento ilegal do Código Penal, bem como considera elementos de

Para Roxin, no caso dos elementos de dever jurídico, embora a sua compreensão pelo agente implique na consciência da ilicitude formal do fato, deles não se extrai uma valoração definitiva da conduta como um injusto material, podendo, assim, ser compatíveis com a ocorrência de causas de justificação.

De outro lado, a verificação de elementos de valoração global do fato é incompatível com o reconhecimento de causas de justificação, pois “todas las circunstancias materiales relevantes para enjuicar la antijuridicad (incluyendo la falta de los requisitos de las causas de justificación) son elementos del ‘tipo global’”.¹¹⁷

Apesar de reconhecer que tais estruturas impliquem uma tipificação mais ampla, no que tange à descrição de uma conduta adequável ao tipo de forma abstrata, o autor estabelece que tal abertura há de ser mitigada pela exigência, já no juízo de tipicidade, da confirmação de sua ilicitude material.¹¹⁸

Em relação aos elementos de valoração global do fato, adota-se, no presente estudo, a posição de Roxin.

Não obstante a utilização de tais expressões importe em um tipo mais amplo, na medida em que não há uma exposição analítica, já na lei penal, das condutas incriminadas e da matéria objeto da proibição, não se pode ignorar que referidas locuções têm, sim, alguma colaboração no âmbito da descrição típica.

dever jurídico expressões que não seriam elementos de valoração global, tais como a competência do funcionário público, o legítimo exercício do cargo ou a validade jurídica da ordem desobedecida. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 79-80).

¹¹⁷ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general – fundamentos – la estructura de la teoría del delito*. Tradução e notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003. t.1, p. 300.

¹¹⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general – fundamentos – la estructura de la teoría del delito*. Tradução e notas: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003. t.1, p. 300-301. Sobre o tema, Horta expõe que “diante dessa corruptela do sistema que são os elementos de valoração global do fato, em vez de retroceder excepcionalmente a uma concepção de neutralidade do tipo, aceitando a existência de tipos abertos, o correto é admitir, como Roxin, que eles promovem uma superposição dos juízos de tipicidade e ilicitude penal, anulando, assim, excepcionalmente, a tripartição sistemática das propriedades determinantes do crime”. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 83). Sobre a posição de Roxin, Naves registra que “presentes os elementos de valoração global, todas as situações relevantes para se identificar a ilicitude da conduta compõem o tipo e apenas a valoração definitiva é reservada à antijuridicidade. É por essa razão que Claus Roxin acaba por atingir conclusão diametralmente oposta àquela que gerou tamanha indagação: afirma o autor que, na verdade, os preceitos com elementos de valoração global do fato não são tipos abertos, mas os mais fechados que é possível conceber”. (NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 83). A sustentar que a utilização de elementos de valoração global do fato gera uma abertura do enunciado legal: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 260.

Sustentar o contrário equivaleria à admissão de expressões inúteis na redação dos tipos penais, retornando-se àquela superada visão de uma estrutura típica avaliativa, esvaziada de qualquer função de limitação acerca de quais as condutas ilícitas são também relevantes para fins específicos de aplicação da sanção penal.

Referidas expressões estão, portanto, a exercer a dupla função de descrever as condutas e de fundamentar a norma penal a ser violada, estabelecendo uma relação especial entre as categorias da ilicitude e da tipicidade. Exatamente por isso, a sua verificação exige um juízo positivo da ilicitude que, caso afirmado, implicará a inexistência de qualquer causa de justificação.

A posição adotada, ao acarretar a exigência de que, sempre que utilizadas tais expressões, o juízo de tipicidade deve abranger também a verificação da ilicitude material da conduta, estará a mitigar os ônus decorrentes da falta de determinação legal das condutas incriminadas a partir da utilização de tal técnica legislativa, valorizando-se a função de garantia a ser exercida pelo tipo.

Essa circunstância é de extrema importância para a limitação da abertura típica dos tipos de mera transgressão administrativa representados por leis penais nas quais utilizados elementos de valoração global, cuja definição do seu conteúdo deve se dar a partir de atos normativos administrativos sobre os quais estará, em justaposição, a intervenção criminal.

2.3.4 Elementos normativos do tipo, elementos em branco da lei penal e elementos de valoração global do fato como espécies do gênero elementos normativos da lei penal

Os elementos normativos do tipo, os elementos em branco das leis penais e os elementos de valoração global do fato, em razão da sua propriedade comum de “só se poderem conceber desde o pressuposto lógico de uma ou mais normas”, são sistematizados por Horta como espécies de uma categoria mais ampla, denominada elementos normativos da lei penal.¹¹⁹

O autor esclarece que, para a definição desse estrato mais amplo, capaz de abranger todas as três espécies de remissão normativas, deve-se adotar a expressão “elementos

¹¹⁹ Sobre o tema o autor assevera que, assim como ocorre nos elementos normativo do tipo, “só a partir de determinadas normas complementares se pode pensar ou representar as obrigações ou proibições extrapenais referidas pelos elementos em branco das leis penais, e só por meio de sistemas de normas, escritos ou não, informadores dos elementos de valoração global do fato, podem-se conceber os pressupostos objetivos do fato incriminado em função dos quais se valora como injusta qualquer uma das suas concretizações particulares”. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 107-108).

normativos da lei penal”, e não “elementos normativos do tipo”, na medida em que, em relação aos elementos em branco da lei penal, “só desde a perspectiva da lei é correto falar em elementos em branco”, pois, “no tipo, os elementos incógnitos da lei penal figuram já determinados segundo as normas extrapenais que lhe são complementares e, portanto, não estão em branco”; e, quanto aos elementos de valoração global, a sua “posição sistemática é complexa”, na medida em que “apenas seus pressupostos pertencem ao tipo, mas não a valoração em si, que é próprio do juízo de ilicitude”.¹²⁰

Horta complementa seu raciocínio no sentido que “os pressupostos da conduta incriminada que correspondem, no tipo, ao elemento em branco da lei penal, não são necessariamente normativos, mas podem também ser descritivos, conforme o conteúdo da norma extrapenal que o complementa”.¹²¹

Da mesma forma, o autor pondera que “desde a perspectiva conceitual do tipo, não se vislumbra a valoração global do fato, expressa na lei, mas apenas os seus pressupostos”, os quais, sob tal prisma, “não são necessariamente normativos, mas podem envolver, também, ou até exclusivamente, circunstâncias descritivas”.¹²²

Esclarecidos os fundamentos justificadores da terminologia utilizada para se denominar de elementos normativos da lei penal o estrato referente ao gênero das remissões normativas, Horta passa a ponderar sobre quais são os aspectos conceituais a distinguir cada uma das suas espécies.

O autor esclarece que os elementos normativos do tipo

[...] não são incógnitas da lei, mas unidade de sentido que conotam aspectos da realidade institucionalmente criados e determinados, que vêm a ser relevantes para o direito penal, razão pela qual compõem, por meio de seu significante, a descrição da conduta proibida. E justamente por isso são elementos constitutivos do tipo.¹²³

¹²⁰ HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 107.

¹²¹ Sobre o tema, esclarece Horta de que é preciso reconhecer de que “as leis (disposições) penais incriminadoras em branco não se confundem com o tipo penal que lhes corresponde. Ocorre que das leis penais em branco, isoladamente, não se pode extrair o conteúdo da proibição (justamente o tipo), que só toma forma a partir da norma complementar, pelo preenchimento do ‘branco’ legislativo. Isso porque os elementos em branco, ao contrário dos elementos normativos do tipo, não são dotados de significado que contribua para a determinação da conduta incriminada. E justamente por isso os elementos em branco, diferentemente dos elementos normativos do tipo, integram apenas a lei (a proposição normativa legal), mas não o tipo penal. O tipo, por definição, não comporta as variáveis ou incógnitas da lei penal em branco, mas apenas o conteúdo da norma complementar, que as preenche”. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 107;110).

¹²² HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 107.

¹²³ HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 109. O autor cita exemplo de expressões

Já os elementos em branco das leis penais, “por se referirem precisamente a deveres, de fazer ou não fazer, decorrentes de mandados ou proibições extrapenais, cuja inobservância integra o injusto penal e cujo conteúdo confere sentido ao tipo correspondente”, ao contrário do que ocorre nos elementos normativos do tipo,

[...] não compõem por si só a descrição da conduta que vem a ser, por força deles, penalmente proibida. Eles cumprem papel de variáveis, de espaços vazios da proposição legal, que serão preenchidos por conteúdos estabelecidos em outras partes do ordenamento, permitindo que o fato punível seja estabelecido em função de prescrições estabelecidas por normas diversas.¹²⁴

Para Horta, portanto, enquanto nos elementos normativos do tipo as normas que lhes completam o sentido desempenham uma função meramente interpretativa do âmbito da incriminação, a remissão a normas complementares consideradas elementos em branco da lei penal exercem uma função integrativa do injusto penal.¹²⁵

tais como “coisa alheia móvel”, “casamento”, “funcionário público”, “drogas”, “arma de fogo de uso proibido ou restrito” ou “madeira de lei”.

¹²⁴ O autor complementa no sentido de que “[c]omo o conteúdo do dever não expresso pela lei penal é parte essencial da norma incriminadora por ela estabelecida, os elementos em branco das leis penais não integram diretamente o tipo, na forma genérica expressa na lei, mas apenas indiretamente, uma vez preenchidos pelos seus objetos de referência”. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 108-109). Cita o exemplo de expressões tais como “em desacordo com a legislação”, “em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, “contrariando determinação de autoridade competente” ou “contra disposição expressa de lei”.

¹²⁵ O autor sintetiza a diferença entre essas duas espécies de remissão normativa no sentido de que “[h]á, portanto, uma diferença semântica essencial entre os elementos em branco da lei penal e os elementos normativos do tipo, de conteúdo jurídico, em que pese serem ambos determinados por outras normas. É que os elementos em branco nada dizem sobre a conduta punível, para além do fato de que ela contraria algum preceito extrapenal. Eles não se prestam, portanto, para compor uma descrição dotada de sentido da conduta proibida, isto é, uma descrição a partir da qual se possa distinguir a conduta típica das demais. Consequentemente, o tipo penal correspondente às leis penais em branco só se configurará a partir da leitura da lei penal com a norma complementar”. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p.109). Em sentido similar: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014. p. p. 146. Puppe, com terminologia diversa, separa, como espécies do gênero elementos normativos, os elementos institucionais do tipo dos elementos em branco dos tipos penais, afirmando que enquanto nestes depende-se da complementação normativa para se definir a própria obrigação cuja desobediência impõe a sanção, naqueles a complementação serve apenas para a definição do seu significado. PUPPE, Ingeborg. Error de hecho: error de derecho, error de subsumición. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 12, n. 51, p. 132-189, nov./dez. 2004. p. 113. Cramer, adotando um critério material, função que o complemento extrapenal desempenha na estrutura da norma penal, afirma que se há auxílio para interpretação típica, está-se diante de elemento normativo, se o complemento define o elemento típico, há lei penal em branco. SCHÖNKE, Adolf. SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch, Kommentar*. 28 Auflage, München, 2010 *apud* GARCIA ARÁN, Mercedes. Remisiones normativas, leyes penales en blanco estructura de la norma penal. *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 16, p. 63-103, 1993. p. 70-71. Já Tiedemann, distingue, dentro do gênero tipos penais abertos, a classe dos elementos normativos, daquela das leis penais em branco, mediante o critério da fonte formal da norma de complementação. Para o autor, que refuta a tese de Mezger em relação à ampliação das fontes formais das normas de complementação nas leis penais em branco, os elementos normativos se caracterizam pela necessidade de se recorrer a dispositivos da mesma lei ou

O autor distingue os elementos de valoração global do fato dos elementos normativos do tipo, na medida em que naqueles

[...] só os seus pressupostos, descritivos ou normativos, compõem o tipo. A valoração global em si, imediatamente conotada por essas expressões, não é predicado de um modelo abstrato de conduta geralmente proibida, mas de um juízo que recai sobre uma realização particular desse modelo; sobre uma conduta típica concreta, e que, portanto, ocupa o estrato sistemático da ilicitude.¹²⁶

Já a distinção entre os elementos em branco das leis penais e os elementos de valoração global do fato, para Horta, decorre do fato de que enquanto os primeiros “são indicativos da antinormatividade da conduta típica, abstratamente considerada”, os segundos

[...] conotam a ilicitude de uma particular concretização dela, portanto, enquanto os elementos em branco das leis penais incluem no tipo os pressupostos e, eventualmente, o próprio juízo de contrariedade às normas extrapenais determinantes do dever a que se referem, os elementos de valoração global do fato incluem no tipo todos os pressupostos, fáticos e jurídicos, naturais e normativos, do juízo de ilicitude.¹²⁷

Assim, não obstante a transgressão do dever extrapenal referido pelos elementos em branco seja um fundamento constitutivo do injusto, ao contrário do que ocorre nos casos dos elementos de valoração global, seu reconhecimento não afasta a possibilidade de verificação de causas de justificação.¹²⁸

de outra lei para a sua interpretação. Já a classe das leis penais em branco se diferencia dos demais elementos normativos pelo fato da complementação se dar mediante dispositivos provenientes de instâncias normativas distintas daquela que estabelece a sanção penal. TIEDEMANN, Klaus. La ley penal em blanco: concepto y cuestiones conexas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 73-97 jan./mar. 2002. p. 73-74.

¹²⁶ HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 112. O autor cita como exemplo as expressões “injustamente”, “injustificadamente”, “ilicitamente”, “sem justa causa” ou “indevidamente”.

¹²⁷ HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 111. O autor esclarece que, para tanto, adota a distinção entre antinormatividade e ilicitude de Welzel, no sentido de que a primeira consiste em um juízo de contrariedade da conduta em relação a uma ou mais normas jurídicas, enquanto a segunda é um juízo de contrariedade ao ordenamento jurídico como um todo, excluindo a possibilidade de incidência de qualquer norma excepcional permissiva. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*: parte general. 11. ed. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1976. p. 117.

¹²⁸ Horta esclarece que “diferentemente dos elementos em branco das leis penais, os elementos de valoração global do fato não descrevem a conduta incriminada em função da infração de um ou outro dever extrapenal, mas em função do caráter injusto ou materialmente ilícito do fato por ela determinado. E como injustiça ou ilicitude, ao contrário da antinormatividade, não é um juízo referido a uma hipótese, geral e abstrata, mas a um fato, particular e concreto, os elementos de valoração global do fato pressupõe a não incidência de qualquer norma que autorize excepcionalmente a conduta típica”. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 111-112).

Sobre a distinção entre as diversas espécies de remissões normativas abrangidas pela categoria dos elementos normativos da lei penal, conclui o autor que

[a] lei penal determina o tipo, mas com ele não se confunde. Os elementos da lei penal, que exprimem a premissa fática da pena cominada, não são necessariamente elementos do tipo, pois algumas vezes apenas os indicam genericamente, quer por referência à ilicitude da conduta punível, quer por referência à infração de normas extrapenais. Nesses casos, o tipo penal contém elementos não mencionados diretamente pela lei, mas que correspondem, respectivamente, às condições objetivas da ilicitude ou da contrariedade ao dever extrapenal, nela expressamente referidos. Em síntese, nem todo elemento da lei penal pertence ao tipo, e nem todo elemento do tipo pertence à lei penal.¹²⁹

A presente pesquisa endossa a tese de que a diferença substancial entre os elementos normativos do tipo e os demais elementos normativos da lei penal reside no fato de aqueles se limitam a uma contribuição hermenêutica do âmbito da proibição, enquanto estes vão conformar o preceito normativo cuja infração legitima a aplicação da sanção legalmente prevista.¹³⁰

No caso dos elementos em branco da lei penal, a contribuição das normas complementares para efeito da compreensão completa do preceito normativo se dá no âmbito da definição da antinormatividade da conduta em seu plano abstrato, que embora exija, em face da abertura típica, um juízo positivo de ilicitude, não é incompatível com a possibilidade de se admitirem excepcionalmente causas de justificação.

Já no caso dos elementos de valoração global, as normas legalmente referidas contribuem para a conformação do conteúdo típico mediante uma dupla função, definindo aspectos gerais quanto à descrição da conduta incriminada, mas, também, como indicação

¹²⁹ HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 113.

¹³⁰ Tal afirmação não diminui a importância dogmática do estudo acerca dessa categoria de remissão normativa até porque, como pondera Bechara, se revelam “especialmente problemáticos os elementos normativos em geral, cujo preciso significado apenas pode ser alcançado mediante recurso de interpretação. Tais elementos, presentes de forma crescente na legislação penal, notadamente em razão da assessoriedade que com frequência vincula o Direito Penal e o Direito Administrativo, encontrariam uma pretensa justificativa, em razão de o Direito Penal passa a se debruçar sobre questões até então estranhas a ele, tais como atividades financeiras, produtivas, e o equilíbrio ambiental, devendo, por isso, incorporar uma nova e complexa gramática, própria de outras áreas do direito”. [BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos objetivos no Direito Penal contemporâneo*. 2017. Tese (Titularidade) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 155-161]. Nota-se que as técnicas legislativas de elementos normativos do tipo, elementos normativos da lei penal e elementos de valoração global do fato podem ser usadas de forma cumulativa, em especial “na tipificação de áreas que apenas recentemente passaram a sofrer a interferência penal do Estado”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileira*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 170).

definitiva acerca da sua ilicitude material, cuja afirmação coincide com a confirmação do injusto.

Essas premissas são relevantes para se demonstrar quando a utilização de elementos normativos da lei penal na redação típica implica a sua classificação como tipos de mera transgressão administrativa.

2.3.5 Tipos de mera transgressão administrativa: representação legal e previsão no direito penal econômico brasileiro

Os tipos penais de mera transgressão administrativa exigem, para a sua representação legal, a utilização, em seu enunciado normativo, de elementos em branco das leis penais ou de elementos de valoração global do fato.

Somente a partir da utilização dessas modalidades de remissão normativa no dispositivo que os representa é possível constatar a delegação de parte relevante da descrição das condutas incriminadas e, via de consequência, da definição completa do conteúdo do injusto, às normas complementares referidas na lei, características essenciais aos tipos de mera transgressão administrativa.

No caso de enunciados redigidos a partir de elementos normativos do tipo, a contribuição decorrente da remissão normativa se limita a aspectos hermenêuticos quanto à compreensão do âmbito da incriminação, relação insuficiente para estabelecer o grau de vinculação entre a lei penal e o ato normativo complementar, exigido para se cogitar dos tipos de mera transgressão administrativa.

Embora a utilização de elementos em branco da lei penal e de elementos de valoração global na representação típica seja condição essencial para a concepção dos tipos de mera transgressão administrativa, tal pressuposto não é, por si só, suficiente para se afirmar a referida classificação.

Nos casos de tipos representados por elementos em branco, a sua condição de tipos de mera transgressão administrativa somente se confirma quando do dispositivo legal se puder denotar exclusivamente uma obrigação geral de cumprimento das determinações administrativas, sendo necessário recorrer aos atos normativos complementares por ele referidos para se aferir, de forma completa, as normas mandamentais ou proibitivas que não de ser infringidas pela conduta objetivamente tipificada.

Quanto à fonte formal dos elementos em branco, portanto, os tipos penais de mera transgressão administrativa são representados por dispositivos legais a serem complementados por atos normativos necessariamente provenientes de instâncias administrativas, implicando a sua classificação como leis penais em branco de sentido estrito.

Em relação à extensão da remissão, os tipos de mera transgressão administrativa são representados por leis penais em branco especiais nas quais a parte da conduta descrita na lei se limita à menção acerca da necessidade de desobediência administrativa, delegando-se ao complemento a função de descrever as demais condições dos comportamentos cuja prática implica a afirmação da tipicidade objetiva.¹³¹

Quanto à forma e a quantidade das remissões, os tipos e mera transgressão administrativa podem ser representados por leis penais em branco estáticas, dinâmicas, de primeiro ou de segundo grau.

Aliás, é comum que os elementos em branco da lei que os representam não indiquem de forma concreta qualquer norma administrativa específica e/ou remetam a definição completa da conduta incriminada a um sistema normativo administrativo complexo, estabelecendo verdadeira sobreposição entre ambas as esferas regulatórias.

Nos tipos de mera transgressão administrativa representados por leis penais em branco, a definição do dever, de agir ou não agir, que vai fundamentar o injusto penal é extraída da leitura integrada da lei penal e dos atos normativos administrativos ao quais aquela faz referência. Do contrário, o aludido enunciado normativo será um continente sem conteúdo, uma mera tautologia.

Exemplo de tipo de mera transgressão administrativa no direito penal econômico, no qual o enunciado legal que o representa utiliza elemento em branco da lei penal, recolhe-se da previsão da parte final do artigo 60 da Lei n. 9.605/98.

A referida lei penal, ao fazer menção de que estão tipificadas todas as condutas contrárias às “normas regulamentares pertinentes”, transfere a definição do preceito normativo, cuja infração será necessária para fundamentar a aplicação de pena pela prática do

¹³¹ Sobre o tema, diante da divergência já exposta em relação à posição de Horta, segundo o qual deveriam ser consideradas gerais todas aquelas leis penais em branco que definem o tipo como simples infração da norma administrativa, também se diverge da posição do autor que está a classificar os artigos 268 do Código Penal e 68 da Lei n. 9.605/98 como leis em branco gerais, pois nelas o dispositivo legal já descreve parte da conduta proibida, exatamente no que toca à proibição de “infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa” e “deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental” respectivamente. Tais estruturas, segundo as premissas deste estudo, são leis em branco especiais e podem, inclusive, ser consideradas como tipos de mera transgressão administrativa, sempre que o ato normativo que lhes complementar tiver natureza normativa administrativa. HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 104.

injusto, aos atos normativos que definem as infrações administrativas relativas a construção, reforma, ampliação, instalação ou funcionamento de estabelecimento, obra ou serviço potencialmente poluidores.

O mesmo pode-se dizer de expressões tais como “infringência das normas de proteção”, “quando assim o exigir a autoridade competente”, “em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos”, “em desacordo com as normas ambientais ou de segurança”, “de forma diversa da estabelecida em lei ou regulamento” dos artigos 38, 38-A, 54, §3º, 56 *caput*, incisos I e II, todos também da Lei n. 9.605/98;¹³² “contrariando determinação de autoridades competentes”, do artigo 65 da Lei n. 8.078/90; “em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei”, do artigo 1º da Lei n. 8.176/91, “exigência da autoridade”, do parágrafo único do artigo 1º da Lei n. 8.137/90, nas quais o juízo de antinormatividade das condutas abstratamente descritas pela lei penal deve se realizar de forma integrada aos atos normativos administrativos aos quais fazem referência.¹³³

Já nos casos de leis penais nas quais utilizados elementos de valoração global do fato, a sua classificação como tipos de mera transgressão administrativa ocorrerá apenas nas hipóteses em que a aferição da mensagem completa a ser expressa pelo tipo dependa da limitação da compreensão de tais expressões a partir de sua integração às premissas axiológicas constantes de algum regramento administrativo vigente de forma sobreposta à regulação criminal.

Nesses casos, as expressões classificadas como elementos globais do fato, utilizadas na redação das leis penais, terão ambos os seus espectros, tanto os pressupostos genéricos e objetivos do fato incriminado, quanto a referência à sua concreta realização como injusta,

¹³² Sobre o aludido artigo 38, Falavigno afirma: “criminaliza a utilização da dita floresta com infringência às normas de proteção, sem fornecer qualquer esclarecimento sobre o diploma em que se encontram essas normas, se são de natureza legal ou também administrativa. Importante salientar que o crime ainda possui modalidade culposa, o que torna mais problemática sua definição aberta e com remissões incompletas [...] prevê a modalidade culposa da utilização de floresta considerada de preservação permanente com contrariedade às normas de proteção”. Sobre o artigo 56, a autora observa que criminaliza o manejo de substância tóxica em desacordo não apenas com o estabelecido em leis, mas também nos regulamentos que complementam essas leis, sendo uma espécie de remissão a outra norma penal em branco e seu respectivo complemento. FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p.72.

¹³³ Nota-se que, no caso do artigo 68 da Lei n. 9.605/98, segundo o qual se criminaliza a conduta de “Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental: Pena - detenção, de um a três anos, e multa”, a expressão “dever contratual”, caso advindo de contrato administrativo, também pode ensejar a classificação do aludido tipo como de mera transgressão administrativa. Imperioso registrar que, tal como redigido, uma leitura meramente formal do referido enunciado legal permite, inclusive, cogitar-se da definição da conduta objetivamente proibida para fins penais por entes de natureza privada, se assim for contratualmente pactuado.

balizados pela valoração integrada entre a intervenção penal e o arcabouço normativo administrativo aplicável.

Em tais hipóteses a depuração do preceito normativo, tanto no que tange ao seu estrato vinculado ao tipo, descrição aberta de um modelo abstrato de conduta geralmente proibida, quanto daquele pertencente à ilicitude, juízo particular que recai sobre uma realização específica do referido modelo como contrária ao ordenamento jurídico com um todo, será extraído da regulação administrativa sobre a qual está justaposta aquela de natureza penal.

Exemplo de tipo de mera transgressão administrativa representado por lei penal na qual utilizado elemento de valoração global do fato está no parágrafo único do artigo 4º da Lei n. 7.492/86, que prevê os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.

A expressão “temerária”, constante do referido enunciado legal, deve ser compreendida como elemento de valoração global, cuja determinação de seus estratos, tanto em relação aos pressupostos objetivos do fato (estrato pertencente ao tipo), quanto à sua valoração concreta como ilícita (estrato vinculado à ilicitude), devem ser balizados pelo regramento administrativo do Banco Central do Brasil sobre a matéria.

Caso contrário, estar-se-ia a cogitar de previsão típica absolutamente aberta, cuja definição da conduta proibida seria delegada, de forma completa, ao aplicador da lei, quando da análise do fato em si.¹³⁴

A instituição financeira exerce, essencialmente, atividade de intermediação que, pela sua própria natureza, é de risco (ou temerária), já que, na maioria das vezes, a captação dos recursos se dá mediante obrigação de devolução à vista (depósitos bancários) e suas operações ativas (seus créditos) consistem em operação a prazo (operações de empréstimo aos tomadores).

Quanto mais recursos uma instituição financeira capta, mais obrigações passivas ela assume e, por outro lado, mais matéria-prima (recursos financeiros) ela terá para ser remunerada, na medida em que a sua principal fonte de renda é a diferença entre o custo que

¹³⁴ Muito se discutiu, inclusive, sobre a constitucionalidade de tal previsão legal. Nesse sentido: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 8, p. 219-235, jul/ago 2010. p. 230. BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDÁ, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional & contra o mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 54-58. No mesmo sentido: SILVA, Paulo Cezar da. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: aspectos penais e processuais da lei 7.492/86*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 116-117. NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 44-45. SILVA, Gustavo Henrique de Souza e. *O princípio da legalidade e o direito penal econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 163-167. Todavia, tal tese não foi acolhida pela Jurisprudência, consoante se verifica da nota seguinte abaixo.

paga pela captação e o preço que cobra pelo crédito que fornece (*spread*). É, portanto, uma atividade essencialmente de risco.

Nesse contexto, não pode a lei penal se limitar a criminalizar o risco inerente à própria atividade, mas há de tipificar o seu abuso indevido, cujos parâmetros iniciais para valoração, no que tange à gestão de instituições financeiras vinculadas ao Sistema Financeiro Nacional, são definidos pelas regras administrativas do Banco Central do Brasil.¹³⁵

Trata-se de parâmetros iniciais, pois, consoante se pretende demonstrar no decorrer do presente estudo, a afirmação definitiva da tipicidade nos tipos de mera transgressão administrativa não deve se limitar à verificação formal da ocorrência de qualquer infração administrativa, embora tal verificação seja pressuposto essencial e preliminar a esse juízo.

Ainda no que tange ao Sistema Financeiro, cita-se o exemplo da expressão “injustificadamente” do parágrafo único do artigo 10 da Lei Complementar n. 105/01, também a ser considerada elemento de valoração global do fato, cuja delimitação há de ser determinada pelas normas administrativas aplicáveis aos procedimentos necessários à prestação de informações sobre sigilo bancário, tais como definidas pelo Banco Central ou outros órgãos da administração pública que venham a regular a matéria.

Também nessa estrutura típica, diante da sua representação legal, para se fazer uso de elementos de valoração global do fato cuja delimitação há de ser realizada segundo parâmetros de regramentos infralegais, impõe-se, para a verificação acerca do juízo de tipicidade objetiva, uma análise integrada entre as esferas penal e administrativa.

O mesmo pode-se dizer das expressões “injustamente” do inciso V do artigo 337L e do *caput* do artigo 337N, ambos do Código Penal; “injustificadamente” do artigo 71 da Lei n. 8.078/90; “sem justa causa”, do artigo 7º, inciso I, da Lei n. 8.137/90; “sem justa causa” e “ilicitamente” dos artigos 169 e 174 da Lei n. 11.101/05; e “ilicitamente” e “indevidamente” dos artigos 190, inciso I, e 195, inciso V, da Lei n. 9.279/96; cujos critérios de definição não

¹³⁵ Justamente nesse sentido, é a posição do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual a conduta tipificada no parágrafo único do artigo 4º seria orientada pela infração dos regulamentos do Banco Central sobre a matéria. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Matéria criminal. Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Alegação de inconstitucionalidade do art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 (gestão temerária). Inexistência. Precedentes. Agravo regimental não provido. Ag.reg. no recurso extraordinário com agravo 953.446. Agravante: Antônio Martins de Trindade. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 29 de junho de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748029409>. Nesse sentido, o enunciado 23 da I Jornada de Direito e Processo Penal do Conselho da Justiça Federal estabelece que: “O crime de gestão temerária de instituição financeira exige a demonstração da violação das regras e parâmetros objetivos de gerenciamento de riscos e limites operacionais na administração, intermediação e aplicação de recursos de terceiros, instituídos pelas autoridades de regulação do sistema financeiro nacional”.

de ser definidos de forma vinculada aos atos administrativos normativos aplicáveis à regulação dos certames licitatórios das contratações da administração pública, relações empresariais no âmbito do direito concursal, relações de consumo, proteção de propriedade industrial e defesa do meio ambiente, respectivamente.

Percebe-se, assim, ampla utilização no direito penal econômico brasileiro de técnicas legislativas que, quanto à descrição objetiva da conduta incriminada, permitem classificar os tipos penais por elas determinados como de mera transgressão administrativa.

2.4 Tipos de mera transgressão administrativa e acessoriedade administrativa

Nos tipos de mera transgressão administrativa, diante das modalidades de remissão normativa utilizadas na sua representação legal, haverá uma especial aproximação entre o direito administrativo e o direito penal, razão pela qual, para o aprofundamento do seu estudo, importante discorrer sobre o instituto denominado pela doutrina de acessoriedade administrativa.¹³⁶

2.4.1 Aspectos terminológicos

A doutrina que se dedica ao tema diverge acerca da terminologia mais adequada a ser utilizada, se acessoriedade ou assessoriedade administrativa.

Do termo acessoriedade, nomenclatura utilizada de forma majoritária, denota-se a ideia de pura dependência do direito penal em relação ao direito administrativo, implicando a noção de que aquele seria mero acessório deste.¹³⁷

¹³⁶ Sobre as áreas em que tal circunstância se dá com maior frequência e, via de consequência, nas quais há ambiente mais fértil para a utilização dos tipos de mera transgressão administrativa, afirma Falavigno que a acessoriedade “se manifesta de forma mais recorrente na tutela de alguns bens jurídicos específicos, com o meio ambiente, a economia e as drogas. É, portanto, necessário sejam traçadas as relações possíveis entre tais figuras, de forma a melhor compreender o fenômeno da deslegalização nessas searas”. (FALAVIGNO, Chivelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 99).

¹³⁷ Do termo decorre, ainda, uma visão crítica em relação à indevida utilização do direito penal para se atender às finalidades que seriam mais apropriadas ao direito administrativo, com violação dos princípios da legalidade e da subsidiariedade penal. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 219-235, jul./ago. 2010. p. 229. Adeptos dessa terminologia na doutrina brasileira: GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas de acessoriedade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 159-161, 2006. HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 237. LOBATO, José Danilo Tavares. Acessoriedade administrativa, princípio da legalidade e suas (in)compatibilidades no direito penal

Já a locução assessoriedade tem o condão de expressar uma certa dependência conjugada com a noção de auxílio, decorre da concepção de que seria o direito penal assessor do direito administrativo.¹³⁸

Embora tenha fundamento a observação de Naves no sentido de que a expressão assessoriedade administrativa compreende, de maneira mais abrangente, as diversas formas nas quais o fenômeno pode se verificar, pois, “além dos tipos penais absolutamente dependentes de decisões administrativas, há aqueles que apenas necessitam de, por exemplo, complementação conceitual”,¹³⁹ adota-se no presente estudo o termo acessoriedade.

Tal opção se deve ao fato de que, no caso dos tipos de mera transgressão administrativa, para a afirmação da tipicidade objetiva da conduta incriminada, haverá uma relação de dependência entre o direito penal e o direito administrativo.¹⁴⁰

É posição que se adere sem prejuízo dos registros de que pertinente a crítica sobre uma ampliação demasiada de um direito penal concebido como mero reforço das determinações da

ambiental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 83, p. 120-162, mar./abr. 2010. p. 128-133. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Crise econômica e reflexos penais: leis penais em branco, compliance fiscal e regularização de ativos. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. São Paulo: D'Plácido, 2017. p. 97.

¹³⁸ A mudança da nomenclatura tradicional foi proposta por Costa. Segundo a autora o termo acessoriedade é frequentemente utilizado na área cível como uma dependência de um direito em relação ao outro sob o prisma subjetivo. Assim, referido termo somente seria adequado para expressar as hipóteses em que o direito de punir, direito penal subjetivo, estivesse a depender de uma decisão administrativa prévia. Cita o exemplo da sonegação fiscal e da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal n. 24, que exige o término da instância administrativa para se cogitar da tipicidade penal. Seria o termo inadequado, portanto, para expressar a assistência do direito administrativo ao direito penal na elaboração de tipos penais. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 66-68. Na mesma linha: SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal Econômico: fundamentos, limites e alternativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 73. Em posição similar, Naves afirma que “o sentido empregado pela expressão parece, realmente, antes de transmitir uma noção dessa remissão normativa como algo secundário, atrelar-se mais a uma ideia de formulação jurídica que é auxiliada por normas administrativas, ensejando contínua remissão a estas para fins de complementação”. (NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 51). Também adota o termo assessoriedade: FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 99.

¹³⁹ NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 51. Em sentido similar COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 66-68. Sobre as diversas formas em que o fenômeno da acessoriedade administrativa pode se dar: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 138-139.

¹⁴⁰ A justificar a adoção do termo acessoriedade, Horta pondera que, para justificar a utilização da terminologia consagrada, já bastaria o argumento de que a linguagem, especialmente a técnica, é um tanto arbitrária. Mas, além disso, acredita-se que fenômeno sob análise pode ser amplamente compreendido sob o signo da dependência, sendo desnecessário o apelo às noções de auxílio ou assistência. A única diferença entre o fenômeno destacado por Costa, como acessoriedade propriamente dita, e as remissões ao direito administrativo pela lei penal, a seguir destacadas no texto, é que aquele correspondente à dependência entre direitos subjetivos e este à dependência de direitos objetivos. HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 237-238, nota 69.

administração pública, ponto que será objeto de análise mais detalhada no decorrer do estudo, bem como do reconhecimento de que, em algumas hipóteses de acessoriedade, a função do direito penal em relação ao administrativo pode ser melhor definida como de assessor, e não acessório.¹⁴¹

Para adotar um rigor terminológico absoluto, ter-se-ia que, a partir da análise de cada tipo penal em que o fenômeno se estabelece, verificar se a relação entre as esferas seria de dependência ou de auxílio, para concluir se seria o caso de acessoriedade ou assessoriedade, respectivamente.

Entretanto, é solução que não se endossa, seja pela sua complexidade didática, seja pelo fato de que, quanto ao objeto central deste estudo, a relação entre o direito penal e o direito administrativo é, substancialmente, de acessoriedade, razão pela qual essa é a terminologia adotada.

2.4.2 Acessoriedade administrativa: noção e principais classificações

O instituto da acessoriedade administrativa é, via de regra, considerado uma das espécies de remissões normativas utilizadas na redação de leis penais abertas.

Sob esse prisma, o instituto é posicionado no mesmo plano que abrange os elementos normativos do tipo, os elementos em branco das leis penais e os elementos de valoração global do fato.¹⁴²

¹⁴¹ Sobre o tema, assevera Naves “que o termo tradicional ‘acessoriedade’ conduz, normalmente, a uma crítica velada, colocando em xeque a legitimidade penal de agir como reforço da imperatividade das determinações executivo-estatais”. (NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 51).

¹⁴² Sobre o tema, afirma Naves que “[é] de se observar que a necessária remissão normativa ínsita aos tipos penais abertos pode se verificar de diversas formas, como os elementos normativos, os elementos de dever jurídicos [...] a norma penal em branco e a assessoriedade administrativa. Todos os referidos conceitos, apesar de, muitas vezes, parecerem ocupar um espaço comum, possuem significados distintos, cuja diferenciação se mostra cada vez mais cara para se compreender a evolução do Direito Penal contemporâneo, em especial do Direito Penal econômico, frente à exponencial aproximação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo. Isso se verifica, particularmente, quando há menção à norma penal em branco e à assessoriedade administrativa, conceitos usualmente utilizados como sinônimos que encontram, justamente na sua diferenciação, a resposta para muitos dos atuais problemas gerados pela expansão do Direito Penal”. (NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 42-43). No sentido de admitir a acessoriedade administrativa, em certas hipóteses, como sinônimo de alguma modalidade de remissão normativa, em especial, de lei penal em branco, confira-se: COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71-75. SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal Econômico: fundamentos, limites e alternativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 73. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 219-235, jul./ago. 2010. p. 229-231. LOBATO, José Danilo Tavares. Acessoriedade administrativa, princípio da legalidade e suas (in)compatibilidades no direito penal ambiental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 83, p. 120-162, mar./abr. 2010. p. 128-133.

A acessoriedade administrativa é, no geral, classificada pela doutrina em:

- acessoriedade administrativa conceitual;
- acessoriedade administrativa ao direito (ou normativa geral); e
- acessoriedade administrativa ao ato (ou normativa individual).¹⁴³

Segundo Costa, tem-se a acessoriedade administrativa conceitual “quando um elemento do tipo penal remete a conceitos do Direito Administrativo”.¹⁴⁴

Nesses casos, para Greco, a lei penal “toma emprestado conceitos do direito administrativo, empregando-os no sentido que lhe atribui este”.¹⁴⁵

A acessoriedade administrativa de direito ou normativa geral é essencialmente definida pela doutrina como aquela cujo “conteúdo típico é complementado por fontes clássicas do Direito Administrativo, como leis, portarias, regulamentos, sendo que a infração da norma administrativa constitui matéria da proibição penal”.¹⁴⁶

¹⁴³ Nesse sentido: NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 58. HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 237-244. Adotando terminologia similar, em estudo específico sobre os crimes ambientais, Costa afirma que “a assessoriedade administrativa em matéria ambiental pode se dar de três formas: por meio de complementação conceitual, normativa e por ato concreto”. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Os crimes ambientais e sua relação com o direito administrativo*. In: Celso Sanchez Vilardi. Flávia Rahal Bresser Pereira; Theodomiro Dias Neto (org.). *Direito Penal Econômico: análise contemporânea*. São Paulo, 2009. p. 189-222 p. 192-201. Castañón adota uma categorização da acessoriedade administrativa um pouco mais restrita em relação à tradicional, dividindo-a em apenas duas modalidades: acessoriedade relacionada às normas administrativas e acessoriedade relacionada à atos administrativos. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *La assessoriedad administrativa de la tipicidade penal como técnica legislativa: efectos políticos y efectos materiales*. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORAES PRATS, Fermín. *Estudios de derecho penal ambiental*. Libro homenaje al professor Josep Miquel Prats Canut. Valencia: Tirat lo balnch, 2008. p. 626-631 apud NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 54, nota 90. Em sentido contrário, Silveira refuta as concepções tradicionais de acessoriedade conceitual, de direito e de ato aduzindo que tal classificação criaria graus distintos de acessoriedade: seria incapaz de acompanhar a evolução legislativa e de responder de forma satisfatória aos problemas decorrentes de um tipo penal dinâmico, pois poderiam ensejar, ao mesmo tempo, causas de justificação, elementos complementares da tipicidade objetiva ou obrigação de se observar determinadas decisões administrativas. SILVEIRA, Renato Mello Jorge. *Crise Econômica e reflexos penais: leis penais em branco, compliance fiscal e regularização de ativos*. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos binômio crise econômica e direito penal*. São Paulo: D'Plácido, 2017. p. 108 e 109.

¹⁴⁴ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71-75. Em sentido similar: SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal Econômico: fundamentos, limites e alternativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 73. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 219-235, jul./ago. 2010. p. 229-231. LOBATO, José Danilo Tavares. *Acessorieade administrativa, princípio da legalidade e suas (in)compatibilidades no direito penal ambiental*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 83, p. 120-162, mar./abr. 2010. p. 128-133.

¹⁴⁵ GRECO, Luís. *A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas de acessoriedade administrativa*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 58, 152-194, 2006. p. 159-161.

¹⁴⁶ NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 53. MATA BARRANCO, Norberto de la. *Protección penal del ambiente*

Castañón sustenta que tal acessoriedade, relacionada às normas administrativas gerais, abarcam “situações nas quais o indivíduo agirá tipicamente se sua conduta também se subsumir à norma extrapenal”.¹⁴⁷

Costa, reforçando a premissa da acessoriedade administrativa como uma das espécies de remissão normativa, afirma que “[a] norma penal marcada por esse tipo de acessoriedade é denominada pela doutrina norma penal em branco”.¹⁴⁸

Já a acessoriedade administrativa de ato ou normativa individual é, segundo Naves, aquela na qual

[...] o tipo faz menção a atos administrativos proibitivos ou a permissões, licenças ou autorizações concedidas lícitamente pela Administração Pública. Em outras palavras, a plena realização do tipo de injusto apenas se produz quando o comportamento anunciado lesiona um ato proibitivo da autoridade administrativa ou não está coberto por uma permissão licença ou autorização [...] esse ato administrativo refere-se, inequivocamente, a apenas um agente, não possuindo caráter geral, além de determinar o âmbito do risco permitido, definindo os limites aceitos.¹⁴⁹

y *acessoriedad administrativa*: tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita. Barcelona: CEDES, 1996. p. 78-79. Lobato refuta a hipótese de se admitir uma “acessoriedade de ato administrativo geral”, sustentando que a norma penal em branco deveria ser complementada sempre por outra lei, sob pena de ofender os princípios de um direito penal democrático. LOBATO, José Danilo Tavares. Acessoriedade administrativa, princípio da legalidade e suas (in)compatibilidades no direito penal ambiental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 83, p. 120-162, mar./abr. 2010. p. 128-133.

¹⁴⁷ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. La *acessoriedad administrativa* de la tipicidade penal como técnica legislativa: efectos políticos y efectos materiales. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORAES PRATS, Fermín. *Estudios de derecho penal ambiental*. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut. Valencia: Tirat lo balnch, 2008. p. 626-631 *apud* NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 54, nota 90.

¹⁴⁸ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 72. Em sentido similar: SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal Econômico: fundamentos, limites e alternativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 73. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 219-235, jul./ago. 2010. p. 229-231. LOBATO, José Danilo Tavares. Acessorieade administrativa, princípio da legalidade e suas (in)compatibilidades no direito penal ambiental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 83, p. 120-162, mar./abr. 2010. p. 128-133. No mesmo sentido: NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 84.

¹⁴⁹ NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 53. MATA BARRANCO, Norberto de la. *Protección penal del ambiente y accessoriedad administrativa*: tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita. Barcelona: CEDES, 1996. p. 88-92. Sobre o tema, Silva Sánchez pondera que uma terceira forma de conexão entre o direito penal e o administrativo no âmbito da intervenção penal na economia se dá mediante uma referência a atos administrativos. Tal referência pode se dar de forma direta, menção ao ato administrativo complementar do tipo; ou de forma indireta, remissão leva a uma lei que, por sua vez, conduz a um ato da administração pública. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Aula ministrada em setembro de 2016, no curso internacional de extensão “Direito Penal Econômico. Conceitos e atualidades”, organizado pelo Instituto dos Advogados de São Paulo. São Paulo, 2016 *apud* NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 56, nota 96. Greco nega as denominações acessorieadade de direito e de ato propondo um conceito de acessoriedade de ato geral e de ato individual, pois para o autor o direito administrativo brasileiro possui atos

Em posição similar, Castañón afirma que, nesses casos, “o teor do tipo acessório condiciona explicitamente a tipicidade do fato à autorização expressa do órgão competente para isso”.¹⁵⁰

Costa define o instituto da acessoriedade administrativa de ato afirmando que, nesses casos, “o tipo penal remete a autorização, licença ou outro ato administrativo autorizador ou, ainda, a proibição ou interdição especificamente determinados”.¹⁵¹

Percebe-se, portanto, que tal modalidade de acessoriedade administrativa se subdivide em duas espécies: aquela na qual a representação legal do tipo descreve uma conduta que somente será típica caso não esteja coberta por um ato administrativo individual permissivo; ou aquela na qual a redação legal incrimina a conduta de violar uma proibição prevista por ato administrativo direcionado a um agente determinado.¹⁵²

administrativos gerais e individuais. Nessa linha, haveria uma imprecisão no conceito de “acessoriedade de direito”, uma vez que não estaria preciso se decretos ou portarias, por exemplo, seriam alocadas na classe de “acessoriedade de direito”, pelos seus efeitos gerais, ou na “acessoriedade de ato”, de acordo com sua natureza jurídica. GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas de acessoriedade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 58, 152-194, 2006. p. 159-16.

¹⁵⁰PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. La accesoriedad administrativa de la tipicidade penal como técnica legislativa: efectos políticos y efectos materiales. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORAES PRATS, Fermín. *Estudios de derecho penal ambiental*. Libro homenaje al professor Josep Miquel Prats Canut. Valencia: Tirat lo balnch, 2008. p. 626-631 *apud* NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 54, nota 90.

¹⁵¹COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.74. Em sentido similar: SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal Econômico: fundamentos, limites e alternativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 73. LOBATO, José Danilo Tavares. Acessorieade administrativa, princípio da legalidade e suas (in)compatibilidades no direito penal ambiental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 83, p. 120-162, mar./abr. 2010. p. 128-133. Salvador Netto adota a classificação, mas, especificamente em relação à acessorieidade de atos da administração, adota a terminologia acessorieidade administrativa em sentido estrito. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 219-235, jul./ago. 2010. p. 229. No mesmo sentido, José Paulo Micheletto Naves também batiza a acessorieidade de ato administrativo como acessorieidade administrativa em sentido estrito. NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 84.

¹⁵²Cita-se, a título de exemplo de acessorieidade administrativa de ato permissivo, o artigo 51 da Lei n. 9.605/98: “Art. 51. Comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente: Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa”. Nesse caso, a presença de licença ou registro da autoridade competente exclui a tipicidade da conduta. Cita-se, a título de exemplo de acessorieidade administrativa de ato proibitivo, a parte final do artigo 2º da Lei nº 8.176/91: “Art. 2º Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo. Pena: detenção, de um a cinco anos e multa”. Nesse caso, a expressão “em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo” remete ao referido título autorizativo a tarefa de descrever de forma completa a conduta incriminada

Consoante será demonstrado, as modalidades de acessoriedade características dos tipos de mera transgressão administrativa são, via de regra, a normativa geral ou normativa individual proibitiva.

2.4.3 Relação entre as espécies de remissão normativa e as modalidades de acessoriedade administrativa delas decorrentes

A partir de uma perspectiva diversa da doutrina exposta, a proposição deste estudo é no sentido de um deslocamento da noção de acessoriedade administrativa do conjunto de espécies de remissões normativas, posicionando-a como um possível resultado da adoção de tais técnicas legislativas na redação típica.¹⁵³

É a espécie de remissão normativa utilizada pelo legislador que pode indicar a modalidade de acessoriedade administrativa verificada em determinado tipo penal.¹⁵⁴

Em especial no caso dos tipos de mera transgressão administrativa, a acessoriedade administrativa pode ser melhor estudada não como mais uma espécie de remissão normativa, mas sim como uma possível consequência resultante da adoção, pelo legislador, de tais técnicas legislativas quando da redação do enunciado normativo que representa o tipo.

A espécie de remissão normativa que estabelece, como sua consequência, uma relação de acessoriedade conceitual entre o direito penal e o administrativo é, via de regra, aquela

¹⁵³ Horta tangencia uma análise do instituto sob a ótica das suas consequências, mais especificamente da relação de dependência entre o direito penal e o administrativo dele decorrente. Pondera o autor que “a dependência do direito penal em relação ao direito administrativo na tutela de bens jurídicos coletivos ou na tutela coletiva de bens jurídicos individuais, cujas razões se expuseram anteriormente, é geralmente referida pela expressão acessoriedade administrativa”. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 237).

¹⁵⁴ Em sentido diverso, Silveira sustenta que a análise da questão não deve se dar sob a perspectiva de uma noção geracional do conceito de lei penal em branco. Para o autor, os conceitos de leis penais em branco seriam divididos em gerações, sendo que: (i) nas de primeira geração, as remissões estariam baseadas na hierarquia e na dependência dos próprios órgãos vinculados à administração pública; (ii) nas de segunda geração, cujo conceito seria de grande aproximação com o de acessoriedade administrativa, as remissões seriam indiretas, vinculadas às agências ou autoridades administrativas que agem de modo independente e se baseiam por critérios técnicos, independentemente de qualquer estrutura hierárquica – nesse caso, referidas autoridades poderiam determinar e restringir os limites da aplicação típica; e (iii) nas de terceira geração, as remissões também se fazem necessárias para definir o conteúdo do injusto, mas estão vinculadas a uma interface público-privada, a partir de sua relação com mecanismos de autorregulação ou associação profissional. (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Crimes contra o mercado de capitais. In: SOUZA, Luciano Anderson de. ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Direito penal econômico: leis especiais*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 263. SILVEIRA, Renato Mello Jorge. Crise Econômica e reflexos penais: leis penais em branco, compliance fiscal e regularização de ativos. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos binômio crise econômica e direito penal*. São Paulo: D'Plácido, 2017. p. 100; 107.)

decorrente da utilização, na redação da lei penal, de expressões classificadas como elementos normativos do tipo, notadamente aqueles de valoração jurídica.¹⁵⁵

O vínculo estabelecido entre as esferas penal e administrativa mediante a utilização de tais locuções no enunciado legal é no sentido de que os complementos decorrentes das normas de direito administrativo devem orientar a determinação do significado de tais expressões para fins penais.

Nesses casos, as condutas incriminadas já estão descritas pela lei penal, as contribuições dos conceitos oriundos do direito administrativo serão interpretativas e não integrativas do injusto, já que os balizamentos hermenêuticos de tais elementos devem ser obtidos a partir das disposições normativas de natureza administrativa que os definem.¹⁵⁶

Essa delimitação de significado dos elementos normativos do tipo decorrente da acessoriedade conceitual é vinculante ao aplicador da lei penal, que não pode, para fins de um juízo positivo de tipicidade objetiva, inovar em relação aos limites impostos pela conceituação consagrada na área extrapenal.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Sobre o tema, afirma Silva Sánchez que, no direito penal econômico, o legislador opta por leis que tipificam condutas previamente reguladas e sancionadas por outras áreas do direito, público e privado, impondo remissões normativas a regulações preexistentes. Tais remissões podem ser verificadas de três formas, sendo uma delas elementos normativos de conteúdo jurídico, os quais fazem menção a conceitos de outros ramos do direito. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Aula ministrada em setembro de 2016, no curso internacional de extensão “Direito Penal Econômico. Conceitos e atualidades”, organizado pelo Instituto dos Advogados de São Paulo. São Paulo, 2016 *apud* NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 56, nota 96). Sobre a utilização de elementos normativos do tipo de valoração jurídica tendo por consequência uma acessoriedade administrativa conceitual: NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 84. Os problemas decorrentes de tal modalidade de remissão normativa, especialmente em relação à taxatividade da representação típica, podem ser mitigados quando o seu significado é definido, antecipadamente, pelo próprio legislador. Sobre a necessidade de conferir determinação aos elementos normativos: LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*. Porto Alegre: Fabris, 2006 p. 139. Sobre o menor grau de insegurança dos elementos normativos jurídicos em comparação aos extrajurídicos: PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim. *Crimes de trânsito na Lei 9503/97*. Belo Horizonte, Del Rey, 1998. p. 41.

¹⁵⁶ Sobre o tema, Horta expõe que “a acessoriedade conceitual não acarreta elementos em branco para as leis penais, mas sim elementos normativos do tipo, de conteúdo jurídico administrativo. Afinal, o que distingue os elementos em branco das leis penais, dos elementos normativos do tipo é a referência que aqueles fazem ao conteúdo imperativo de uma norma extrapenal, legal ou regulamentar, estabelecida por ato diverso da própria lei penal, sem remissão à qual não se extrai da lei um comando dotado de sentido”. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 243). É preciso fazer uma ponderação em relação a tal afirmação, na medida em que se adotou a linha de que a determinação da modalidade de acessoriedade administrativa está vinculada à opção, pelo legislador, da espécie de remissão normativa utilizada quando da redação da lei penal que representa o tipo. A escolha da espécie de remissão normativa é, portanto, precedente à verificação da classificação da acessoriedade que dela decorre. Em outras palavras, não é a modalidade de acessoriedade administrativa (conceitual, normativa geral ou normativa individual) que orienta a qualificação de qual a remissão normativa foi utilizada na redação da lei penal (se elemento normativo do tipo, elemento em branco da lei penal ou elemento de valoração global do fato), mas ao contrário.

¹⁵⁷ Em relação à acessoriedade conceitual, não se ignora o fato de que, da forma como redigidos alguns tipos penais, as orientações interpretativas dela decorrentes também podem ter origem em dispositivos de natureza legal, inclusive ligados a outras áreas do direito que não o direito administrativo. Em tais hipóteses, há uma

Somente assim pode-se concretizar a principal contribuição dogmática decorrente da acessoriedade administrativa conceitual, qual seja, a promoção de segurança jurídica mediante a uniformização de conceitos técnicos no âmbito de todo o ordenamento jurídico, diminuindo espaços para aplicação discricionária das disposições penais incriminadoras.¹⁵⁸

A título de exemplo, tem-se que a utilização de expressões tais como “repartição pública competente” dos artigos 6º, 7º, incisos II e IV, e “repartição federal competente” do parágrafo único do artigo 22, todos da Lei n. 7.492/86; “informação relevante” e “fato relevante” do artigo 27-D, *caput*, §§ 1º e 2º, e “autoridade administrativa competente” do artigo 27-E, ambos da Lei n. 6.385/76; “autoridade competente” do *caput* e parágrafo único do artigo 64 e *caput* do artigo 65 e “informação relevante” do artigo 66, todos da Lei n. 8.078/1990; “unidades de conservação” do artigo 40 da Lei n. 9.605/98, todas classificadas como elementos normativos do tipo, estabelecem uma relação de acessoriedade conceitual entre o direito penal e o administrativo.¹⁵⁹

Os reflexos dogmáticos decorrentes da utilização de tais expressões na representação legal de normas penais incriminadoras e, via de consequência, a acessoriedade conceitual dela decorrente, embora relevantes, não serão objeto de aprofundamento deste estudo, já que elas não são características dos tipos de mera transgressão administrativa.

Nos tipos de mera transgressão administrativa, as remissões normativas utilizadas para a sua representação legal são os elementos em branco das leis penais e os elementos de valoração global do fato que podem gerar, a depender dos destinatários do ato administrativo

acessoriedade conceitual, entretanto, sem a possibilidade de adjetivá-la de administrativa. O elemento normativo do tipo “tributo”, definido pelo artigo 3º do Código Tributário Nacional, por exemplo, implicará uma acessoriedade conceitual entre o direito penal e o direito tributário, sempre que tal locução for utilizada na redação da lei penal que representar algum tipo de crime contra a ordem tributária.

¹⁵⁸ Para Naves, a principal importância dogmática dessa modalidade de acessoriedade administrativa decorre do fato de a partir da incorporação de conceitos próprios do direito administrativo à lei penal, pode-se “viabilizar a uniformização dos conceitos dentro do ordenamento jurídico, produzindo segurança jurídica”. NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 53. Sobre o tema, cf. MATA BARRANCO, Norberto de la. *Protección penal del ambiente y aaccessoriedad administrativa: tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*. Barcelona: CEDES, 1996. p. 78.

¹⁵⁹ Naves também cita artigo 40 da Lei n. 9.605/98 como exemplo de acessoriedade conceitual, bem como as expressões “arma de uso permitido”, utilizada no artigo 14 da Lei n. 10.826, ou de expressões tais como “trabalho forçado”, “jornada exaustiva”, “condição degradante”, utilizadas na redação do artigo 149 do Código Penal. NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 59; 60. Sobre a natureza de elementos normativos do tipo de algumas dessas expressões: HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 28.

regulatório que complementa o tipo, uma acessoriedade normativa geral ou normativa individual entre o direito penal e o direito administrativo.¹⁶⁰

Nesses casos, a lei penal que expressa o tipo necessita do complemento decorrente da esfera administrativa para efeito da descrição completa da conduta objetivamente incriminada, sob pena de implicar um enunciado do qual não se obtenha qualquer proibição ou dever integralmente compreensível.

A contribuição do direito administrativo ao direito penal é, portanto, referente à definição do preceito normativo a ser infringido para efeito da possibilidade de imposição da sanção, tem função constitutiva do injusto penal, e não meramente interpretativa.

Quanto aos elementos em branco da lei penal, para que haja a relação de acessoriedade normativa geral, devem remeter o complemento da lei penal a disposições normativas administrativas de caráter coletivo, tais como decretos, portarias, regulamentos, sem as quais o referido enunciado carece de sentido em relação ao preceito normativo cuja infração se

¹⁶⁰ Os atos administrativos podem ser classificados mediante diversos critérios, dois dos mais relevantes são aqueles atinentes à sua forma e seu conteúdo. Sob tal prisma, Di Pietro divide os atos administrativos, quanto ao conteúdo, em: (i) autorização - ato unilateral e discricionário pelo qual se faculta a um particular o uso de bem público, a prestação de um serviço público ou a prática de um ato legalmente proibido sem o referido consentimento; (ii) licença - ato unilateral, vinculado, segundo o qual se faculta a um particular que preencher os requisitos legais o exercício de determinada atividade, ato declaratório de direito pré-existente; (iii) admissão - ato pelo qual se reconhece ao particular o direito à prestação de um serviço público; (iv) permissão - ato que concede ao particular a utilização privada de bem público ou a execução de serviço público; (v) aprovação - ato que tem por objetivo exercer o controle posterior e discricionário sobre outro ato administrativo, funcionando como uma espécie de referendo; (vi) homologação - ato unilateral e vinculado pelo qual se reconhece a legalidade de outro ato administrativo, analisando-o posteriormente; (vii) parecer - ato emitido por órgão consultivo da administração com opinião sobre assunto técnico ou jurídico que esteja em sua competência, pode ser facultativo ou obrigatório, vinculante ou não vinculante; e (viii) visto - ato pelo qual se atesta a legitimidade formal de outro ato. Já sob o prisma da forma, os atos administrativos são classificados como: (i) decreto - ato que pode se referir a todos em geral (ato normativo - semelhante, tanto em conteúdo quanto em efeitos, à lei), grupo ou pessoa específica (ato administrativo em sentido estrito), emanado do Chefe do Poder Executivo (federal, estadual ou municipal, com a possibilidade de delegação nos termos do parágrafo único do artigo 84 da CF); (ii) resolução e portarias - atos emanados por autoridades administrativas diversas do Chefe do Poder Executivo, também podem ser gerais ou individuais; (iii) circular - ato para transmissão de ordens internas em setores administrativos; (iv) despacho - ato que contém decisão sobre assunto de interesse individual ou coletivo, submetido à apreciação da autoridade que o emitiu; e (v) alvará - ato que confere licença ou autorização a particular para a prática de um ato ou exercício de uma atividade submetida ao poder de fiscalização. Especificamente sobre os decretos gerais, eles podem ser classificados em: (a) regulamentares ou de execução, quando visam a fazer cumprir a lei (Constituição Federal, artigo 84, inciso IV); ou (b) independentes e autônomos, quando disciplinam matéria não regulada por meio de lei. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 237-246). Sobre a relação entre a natureza do ato objeto da remissão e a acessoriedade dela decorrente, Silva Sánchez observa que a sobreposição das intervenções penal e administrativa, característica do direito penal econômico, também pode se dar mediante a incorporação, pelo direito penal, de normas de algum outro ramo do direito. Isso pode ser verificado mediante duas técnicas legislativas distintas: (ii).1 - leis penais em branco - remissão é feita diretamente a um dispositivo normativo; (ii).2 - elementos de valoração global do fato - expressões implícitas para indicar a acessoriedade. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Aula ministrada em setembro de 2016, no curso internacional de extensão "Direito Penal Econômico. Conceitos e atualidades", organizado pelo Instituto dos Advogados de São Paulo. São Paulo, 2016 *apud* NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 56, nota 96).

pune. É, portanto, modalidade de acessoriedade administrativa possível como consequência de tipos representados por leis penais em branco em sentido estrito.¹⁶¹

No caso dos elementos de valoração global do fato, para que a relação de acessoriedade normativa geral entre o direito penal e o direito administrativo se estabeleça, há a necessidade de que sua delimitação, seja em relação aos aspectos gerais da conduta abstratamente proibida, seja em relação à valoração definitiva da conduta como ilícita, sejam orientados a partir de requisitos estabelecidos em regramentos administrativos de caráter coletivo sobre os quais está, em justaposição, a intervenção penal.¹⁶²

Nas hipóteses em que a lei penal que representa o tipo remete a atos administrativos regulatórios individuais, para se estabelecer a modalidade de acessoriedade administrativa decorrente, é preciso ponderar se a remissão legal vincula a tipicidade à existência de algum ato jurídico permissivo ou à infração de condições específicas determinadas pelo ato normativo mencionado.

Tratando-se de redação legal cuja incriminação é afastada a partir da presença de atos normativos administrativos individuais permissivos, as expressões constantes do enunciado legal – na medida em que não delegam à esfera administrativa a definição completa do dever ou da proibição, apenas a excepcionam – não de ser classificadas como elementos normativos do tipo de caráter negativo, pois consistem em autorizações que delimitam o preceito normativo já conotado da própria lei penal.¹⁶³

¹⁶¹ Cita-se, a título de exemplo, o artigo 56 da Lei n. 9.605/98: “Art. 56. Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa”. Nesse caso, a descrição das condutas incriminadas pela expressão “em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos” e, via de consequência, a compreensão da norma que fundamenta o injusto somente serão aferidas de forma completa a partir de uma análise dos atos administrativos regulamentadores da legislação aplicável à gestão de substância tóxicas.

¹⁶² Cita-se, a título de exemplo, o parágrafo único do artigo 10 da Lei Complementar n. 105/01: “Art. 10. A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos desta Lei Complementar”. Nesse caso, considerando o disposto no artigo 5º do mesmo diploma legal, segundo o qual “Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços”, bem como o fato de o dispositivo estar regulamentado pelo Decreto n.º 4.489/02, a conduta incriminada pela expressão “retardar injustificadamente”, quanto ao dever de informar operações financeiras à administração tributária federal, somente será conhecida, de forma completa, a partir dos critérios periodicidade, valor e forma, estabelecidos pelo referido decreto que o regulamenta.

¹⁶³ Nesse sentido, afirma Horta que “[t]ambém não importam em leis penais em branco os casos de acessoriedade a atos administrativos individuais permissivos. Pois como as normas individuais permissivas não estabelecem, mas apenas excepcionam a proibição, ao mencioná-las, a lei penal incriminadora não se refere ao seu conteúdo, mas apenas à sua prolação ou vigência, como uma circunstância excludente da tipicidade. Essa circunstância, plenamente designada por expressões tais como ‘permissão’, ‘autorização’ ou ‘licença’, do órgão

Nesses casos, a relação de acessoriedade entre o direito penal e o administrativo é a conceitual, e não normativa.¹⁶⁴

Os reflexos dogmáticos dessa modalidade de estrutura legal não serão objeto de aprofundamento deste estudo, já que a sua utilização não acarreta a classificação do tipo por ela representado como de mera transgressão administrativa.

Já no caso de a referência legal aduzir a condutas violadoras de uma proibição prevista por ato administrativo regulatório direcionado a um agente determinado, o que se tem, na essência, é um elemento em branco da lei penal que gera uma acessoriedade administrativa similar à normativa geral, sendo a distinção entre elas única e exclusivamente de natureza formal. Isso porque enquanto a primeira delega o complemento da lei penal para aferição do preceito normativo a um ato administrativo geral, a segunda o faz em favor de um ato administrativo individual.¹⁶⁵

ou autoridade competente, integra diretamente o tipo, como elemento normativo de caráter negativo. Pois ao contrário dos elementos gerais do tipo, sua presença exclui a tipicidade do fato”. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 243). Em relação à ponderação de Horta, reitera-se a afirmação de que, pela linha adotada, não é a modalidade de acessoriedade administrativa que orienta a qualificação de qual remissão normativa foi utilizada na redação da lei penal, mas ao contrário. Sobre elementos normativos do tipo negativo: HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 110-111; 243. GUARAGNI, Fábio André. BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 30; p. 140. Sobre as posições de Guaragni e Bach, pondera Horta que das “remissões da lei penal a atos administrativos individuais – como autorizações, licenças e permissões do Poder Público (...) se reconhece verdadeiros elementos negativos do tipo (p. 30) ou meras “causas de exclusão da tipicidade ou ilicitude”, que de todo modo não comprometem a determinação legal da matéria de proibição (p. 140)”. HORTA, Frederico de Almeida. Norma Penal em Branco e outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal, de Fábio Guarani e Marion Bach (resenha). *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, a. 25, v. 131, p. 483-494, mai./2017. p. 486. Tal afirmação está, por evidente, vinculada a qual dos conceitos de lei penal em branco e de elementos normativos do tipo que se adota. Cuesta Aguado, por exemplo, afirma que as leis penais em branco também poderiam gerar não só a acessoriedade de direito, mas também de ato. CUESTA AGUADO, Paz M. de la. *Respuesta penal al peligro nuclear*. Barcelona: PPU, 1994. p.231-232. A título de exemplo, da redação legal do artigo 39 da Lei n. 9.605/98 já se conota a conduta proibida, qual seja, “cortar árvores considerada de preservação permanente”, a locução constante da parte final do enunciado legal “sem permissão da autoridade competente”, não consistirá na delegação ao ato administrativo de uma função constitutiva do injusto. A conduta objetivamente proibida se encontra descrita de forma suficiente na primeira parte do texto legislativo; a segunda parte apenas excepciona a tipicidade caso a conduta esteja permitida por um ato administrativo individual emanado da autoridade competente. Nesse caso, portanto, a parte final do artigo é elemento normativo do tipo negativo e não elemento em branco da lei penal e a relação de acessoriedade será conceitual, no sentido de se interpretar o significado da expressão “permissão da autoridade competente”.

¹⁶⁴ Nesse sentido, Horta admite que a ressalva de eventuais permissões administrativas limita a acessoriedade à determinação do alcance da proibição já contida na lei incriminadora. HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 240.

¹⁶⁵ A título de exemplo, sob a perspectiva da acessoriedade administrativa, a conduta de contrariar normas “regulamentares pertentes”, prevista no artigo 60 da Lei n. 9.605/98, ou de explorar matéria prima pertence à União “em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo”, prevista no artigo 2º da Lei n. 8.176/91, apenas se diferenciam sob o prisma da classificação do ato administrativo complementar, geral no primeiro caso, individual no segundo. Embora no primeiro caso se cogite de uma acessoriedade administrativa normativa geral e no segundo, de uma acessoriedade administrativa individual, em ambos o conteúdo do preceito

Nos casos de remissões normativas a atos administrativos regulatórios individuais permissivos cuja existência afasta a tipicidade, têm-se elementos normativos do tipo de caráter negativo, a gerar uma acessoriedade administrativa conceitual. Já no caso em que tal remissão refere-se à transgressão de proibições ou deveres estabelecidos pelo complemento normativo individual referido pelo texto legislativo, tem-se elemento em branco, a estabelecer uma acessoriedade administrativa normativa individual.¹⁶⁶

Quanto à relação espécie de remissão normativa e modalidades de acessoriedade administrativa, tem-se, via de regra, que: a utilização de elementos normativos do tipo, inclusive aqueles de caráter negativo, pode implicar uma acessoriedade conceitual; já utilização de elementos em branco da lei penal ou elementos de valoração global do fato pode implicar uma acessoriedade administrativa normativa geral ou individual, a depender da natureza do ato referido pela lei penal.

Embora entenda-se ser possível classificar dogmaticamente o instituto da acessoriedade administrativa nas três categorias referidas, há de se reconhecer que, na prática, a partir da análise de determinados tipos penais, nem sempre é fácil identificar, de forma estanque, qual a modalidade de acessoriedade se verifica, principalmente, no caso de remissões sucessivas.¹⁶⁷

normativo está delegado ao ato administrativo, pois a conduta objetiva proibida pelo tipo penal, na sua essência, será a violação de alguma proibição ou dever decorrente de um regulamento coletivo, decreto ou portaria, ou de alguma proibição ou dever constante de administrativo individual, do título autorizativo de exploração mineral, respectivamente. Nas duas hipóteses, não se conota da lei penal, sem o complemento administrativo, o preceito normativo cuja infração consiste no tipo. Portanto, nos dois casos, as expressões são elementos em branco da lei penal, e não elementos normativos do tipo.

¹⁶⁶ Exemplo interessante para ilustrar tal distinção se recolhe do *caput* artigo 29 da Lei n. 9.605/98, segundo o qual: “Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida”. Nota-se que a primeira parte do texto legal está a descrever de forma completa as condutas incriminadas que serão excepcionadas caso subsista um ato administrativo permissivo individual, no caso uma “permissão, licença ou autorização da autoridade competente”. Já na sua parte final, “em desacordo com a obtida”, a lei descreve de forma geral a conduta de descumprir uma norma constante do próprio ato administrativo individual já existente. No primeiro caso, tem-se elementos normativos do tipo de caráter negativo, já que sua existência exclui a tipicidade, implicando em uma acessoriedade conceitual entre o direito administrativo e o penal. Já no segundo caso, o conteúdo do injusto será definido pelo ato administrativo, ou seja, a definição da proibição ou do dever estará delegada à instância administrativa. Exemplificando, se um agente obtém permissão para caçar determinada espécie na qual há condicionantes tais como a não utilização de arma de fogo, somente com o complemento desse dever constante da norma administrativa, obtém-se a descrição objetiva da conduta incriminada e, via de consequência, conota-se o tipo. Seguindo no exemplo, o que estará proibido para o sujeito detentor da permissão é a caça com arma de fogo, conduta que está descrita no ato administrativo individual, e não na lei penal. Nesse caso, houve a utilização de um elemento em branco da lei penal, estabelecendo-se uma relação de acessoriedade administrativa normativa individual entre o direito administrativo e o penal.

¹⁶⁷ A questão das remissões sucessivas, especificamente no que tange aos problemas dogmáticos delas decorrentes quanto à previsão legal e aplicação concreta dos tipos de mera transgressão administrativa, será objeto de análise mais aprofundada no decorrer da pesquisa.

A título de exemplo, diante da verificação do conteúdo de algum artigo, inciso ou alínea de um decreto, de uma resolução ou de uma portaria, referidos pela lei penal, é possível constatar novas remissões, agora vinculadas ao exercício de determinada atividade, sem a devida autorização, ou referentes à conduta de atuar em desconformidade com condicionantes constantes de uma licença.

Nesses casos, em razão de tais remissões sucessivas, a partir da utilização, em abstrato, de um elemento em branco da lei penal vinculado a um ato normativo administrativo coletivo, é possível que, quando da análise do caso concreto, a complementação da descrição da conduta se dê a partir da verificação de um ato normativo individual permissivo ou proibitivo.

Diante disso, um enunciado legal no qual, em abstrato, foi utilizado um elemento em branco da lei penal – que teria, por consequência, uma relação de acessoriedade administrativa normativa geral (violação de um decreto) – pode, em concreto, implicar uma acessoriedade administrativa conceitual (exercer atividade sem permissão) ou normativa individual (violar condicionantes de uma licença).¹⁶⁸

2.4.4 Modalidade de acessoriedade e o grau de dependência entre o direito penal e o direito administrativo

Günter Heine identificou três possíveis formas de relação entre o direito penal e o direito administrativo:

- a absoluta independência;
- a dependência relativa; e
- a dependência absoluta.¹⁶⁹

Para Heine, em um direito penal absolutamente independente, os dispositivos legais raramente se utilizam de remissões normativas; descrevem, sem a necessidade de complementos administrativos, os comportamentos incriminados, valendo-se, na grande

¹⁶⁸ Sobre a hipótese de uma lei penal em branco gerar acessoriedade administrativa normativa individual: MATA BARRANCO, Norberto de la. *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa: tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*. Barcelona: CEDES, 1996. p. 92.

¹⁶⁹ HEINE, Günter. Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 46, n. 1, p. 289-315, jan./abr. 1993. p. 295. Em sentido similar: COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 68. FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito jurídico de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. São Paulo: IBCCRIM, 2008. p. 199-200.

maioria das vezes, de elementos descritivos. São tipos representados por leis substancialmente fechadas.¹⁷⁰

Conforme pondera Horta “[a] absoluta independência se caracteriza pela determinação do conteúdo da proibição pela lei penal sem remissão ao direito administrativo”¹⁷¹

Já um direito penal relativamente dependente do direito administrativo é definido por Heine, em análise referente à intervenção criminal do meio ambiente, como aquele no qual

[...] No basta la mera desobediência administrativa, o sea, la contravención del ordenamiento jurídico-penal – sin tener en cuenta sus efectos ecológicos – sino que se requieren acciones con consecuencias que (por lo menos potencialmente) puedan perjudicar al medio ambiente (...) Sin embargo, el Derecho penal tampoco puede olvidarse del ordenamiento jurídico-administrativo del medio ambiente. Así, las respectivas autoridades administrativas en la materia pueden permitir acciones perjudiciales para este, en forma de emisiones o inmisiones, con lo cual este comportamiento estara juridico-penalmente permitido (linea 1) (19). Pero las normas penales requieren, en parte, una orden anterior especial de la autoridad: sólo si se contravino una prohibición juridico-administrativa de este tipo (y como consecuencia se causó el menoscabo medio ambiental) reacciona el Derecho penal.¹⁷²

Sobre essa modalidade de relação entre o direito penal e o administrativo, afirma Mata Barranco que

[...] En él se produce una descripción general del comportamiento que pretende incriminarse penalmente, pero el injusto penal se define plenamente o se completa con una remisión a la regulación administrativa. De este modo, el Derecho administrativo determina en certa medida los limites de la penalidad, sin que ello signifique consagrar como bien tutelado una pretensión estatal de obediencia.¹⁷³

¹⁷⁰ HEINE, Günter. Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 46, n. 1, p. 289-315, jan./abr. 1993, p. 295 MATA BARRANCO, Norberto de la. *Protección penal del ambiente y acesoriedad administrativa: tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*. Barcelona: CEDES, 1996. p. 78. Naves cita o exemplo do artigo 41 da Lei n. 9.605/98. NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D Plácido, 2019. p. 46.

¹⁷¹ Sobre o tema, Costa observa que, no caso dos crimes ambientais, um tipo independente do direito administrativo já deve ter em sua representação legal um resultado de dano ou perigo concreto, pois, salvo nos delitos de cumulação, a ofensividade que orienta o perigo abstrato dificilmente será obtida sem remissões às normas administrativas. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 69.

¹⁷² HEINE, Günter. Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 46, n. 1, p. 289-315, jan./abr. 1993. p. 296. Sobre o tema, Naves registra que “as ações tidas como potencialmente lesivas ao bem jurídico tutelado são o objeto da norma penal, não possuindo o caráter de apenas garantir a eficácia da norma administrativa. Todavia, o Direito Administrativo pode ser utilizado, justamente, para se constatar essa lesividade ao bem jurídico que se pretende tutelar”. (NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D Plácido, 2019. p. 46).

¹⁷³ MATA BARRANCO, Norberto Javier de la. Derecho comunitário y Derecho estatal en la tutela penal del ambiente. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n. 2, 2000.

Já o fenômeno de dependência absoluta entre o direito penal e o administrativo se verifica, para Heine, quando “[...] se pretende, en primer lugar garantizar juridico-penalmente el cumplimiento de las decisiones juridico-administrativas. No se trata tanto de respaldar las disposiciones legales del Derecho administrativo, como de reforzar la ejecucion practicada”.¹⁷⁴

Para Falavigno, a finalidade do referido sistema seria de que a

[...] proteção penal se resume a assegurar a execução administrativa, o controle e a supervisão das autoridades administrativas e o cumprimento dos standards jurídicos administrativos. Um exemplo seria legislações nas quais se criminaliza o mero descumprimento do ato administrativo, conforme ocorre na Grã-Bretanha e na França, e como visto, no Brasil.¹⁷⁵

Silva Sánchez descreve o fenômeno como a inclusão, dentro do objeto da intervenção penal,

[...] de la actividad administrativa en sí misma considerada. En efecto, en el ámbito de los procesos económicos de la globalización, la privatización y la desregulación, el Estado, cuya presencia directa en la economía como sujeto productor de bienes o servicios (sector público) se há reducido considerablemente, al igual que asimismo se va reducido su dimensión prestacional, há recuperado la idea decimonónica de “policía”, cujo objeto, además, se ve considerabilmente ampliado.¹⁷⁶

Para Naves, em tais hipóteses o direito penal é

[...] instrumentalizado para garantir o cumprimento das decisões jurídico-administrativas, ou seja, há a sua completa subordinação às finalidades específicas do Direito Administrativo. A bem da verdade, o bem jurídico tutelado pela norma penal deixa de ser, no caso em tela, o sistema financeiro nacional e passa a ser a mera vigência da norma administrativa e a capacidade da Administração Pública em controlar a eficácia de seus atos normativos. O Direito Penal, então, resume-se a promover a execução administrativa, assegurando o controle e a supervisão das autoridades administrativas” ou ainda de um direito penal na qual “a ilicitude penal de uma conduta repousa apenas sobre a atividade de uma autoridade administrativa”

¹⁷⁴. HEINE, Günter. Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 46, n. 1, p. 289-315, jan./abr. 1993. p. 295. Em sentido similar: MATA BARRANCO, Norberto de la. *Protección penal del ambiente y acesoriedad administrativa: tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*. Barcelona: CEDES, 1996. p.62. Sobre o tema, Naves pondera que “o conteúdo do injusto penal reside não no dispositivo penal, mas na norma administrativa que o complementa”. (NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 44).

¹⁷⁵ FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileira*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 157.

¹⁷⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Buenos Aires: Euros, 2008. p.150.

como “incriminação de um ilícito puramente formal, sobre o qual o Direito Penal não deveria intervir”.¹⁷⁷

Moccia, em análise do ordenamento italiano, aponta a ocorrência do mesmo fenômeno, sobremaneira na tutela penal da economia e demais bens jurídicos coletivos ou transindividuais. Para o autor,

[...] ocorre a estipulação de uma ameaça penal para a violação de normas organizacionais pertencentes a outra área do ordenamento jurídico. O legislador acaba protegendo, em última instância, o cumprimento dessas normas, a que o autor chama de “regras do jogo” (Spielregeln). A norma de proibição não recai mais sobre o bem jurídico em si, passando a proteger funções ou Instituições.¹⁷⁸

Se a espécie de remissão normativa utilizada na redação da lei que representa o tipo indica a modalidade de acessoriedade administrativa verificada, esta, por sua vez, orienta o grau de dependência entre o direito penal e o direito administrativo estabelecido pelas aludidas estruturas incriminadoras.¹⁷⁹

Considerando-se que os tipos de mera transgressão administrativa são representados por leis penais nas quais utilizadas técnicas de remissão normativa, notadamente elementos em branco e elementos de valoração global, gerando-se uma acessoriedade administrativa normativa entre as esferas, a sua utilização afasta a concepção de uma intervenção penal absolutamente independente daquela administrativa.¹⁸⁰

¹⁷⁷ NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 45.

¹⁷⁸ MOCCIA, Sergio. *Das nicht gehaltene Versprechen: Bedeutung und Perspektiven des Grundsatzes der Bestimmtheit/Berechenbarkeit im italienischen Strafrecht*, Berlim: Lit Verlag, 2007 S. 49 e 50 *apud* FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 157, nota 362.

¹⁷⁹ Sobre o tema, Horta pondera que “[a] ocorrência, a frequência e o conteúdo da acessoriedade administrativa dependem do tipo de relação legalmente estabelecida entre o direito penal e o direito administrativo”. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 239 e 240). Complementando a afirmação de Frederico Horta, se a determinação da modalidade de acessoriedade administrativa está vinculada à opção do legislador, precedente a tal análise, da espécie de remissão normativa utilizada quando da redação da lei penal que representa o tipo, a verificação do grau de dependência entre o direito penal e o administrativo está sinalizada pelo tipo de acessoriedade administrativa verificada. Em outras palavras, o tipo de remissão normativa orientá a modalidade de acessoriedade administrativa que, por sua vez, orientá o grau de dependência estabelecido entre o direito penal e o administrativo.

¹⁸⁰ Horta pondera que, em um direito penal independente do direito administrativo, a única modalidade de acessoriedade possível seria a conceitual, no sentido de “limitar o alcance da proibição contida na norma incriminadora, pela ressalva expressa de eventuais permissões administrativas”. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 240). Em sentido similar: FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito jurídico de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e*

Já sob o prisma de uma análise limitada a aspectos formais da tipicidade objetiva, a estrutura legal dos tipos de mera transgressão administrativa, na medida em que delega aos complementos extrapenais definição importante quanto ao conteúdo o injusto, aproxima-os de um contexto de dependência absoluta entre o direito penal e o administrativo.

Ocorre que tal concepção impõe séria discussão sobre a sua legitimidade, em especial, diante da possibilidade de se admitir uma intervenção penal na qual há “imposição de pena para ilícitos integralmente determinados pelo direito administrativo”.¹⁸¹

Embora seja inegável que, nos tipos de mera transgressão administrativa, cogita-se de uma intervenção penal lastreada axiologicamente na obrigação geral de se obedecer às normas administrativas, tal constatação não pode vir divorciada do fato de que referido dever somente se justifica a partir da presunção relativa de que a adimplência de tais determinações está a corroborar, em concreto, com o interesse público.

Ademais, em se tratando de intervenção com a possibilidade de imposição de sanções privativas da liberdade, indiscutivelmente aquelas de maior intensidade à disposição das autoridades públicas em nosso ordenamento jurídico, não se pode olvidar que a interpretação de tipos de mera transgressão administrativa deve se dar a partir de garantias aplicáveis especificamente à esfera penal, com parâmetros mais restritos, portanto, daqueles referentes ao âmbito administrativo.

Diante de tais fundamentos, sustenta-se que uma aplicação constitucionalmente orientada dos tipos de mera transgressão administrativa implica uma relação de relativa dependência entre o direito penal e o administrativo.¹⁸²

Sobre o tema, filia-se à posição, segundo a qual, em uma relação de relativa dependência entre o direito penal e o direito administrativo, “a ilicitude administrativa será

(in)ofensividade. São Paulo: IBCCRIM, 2008, p. 200-201. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 69.

¹⁸¹ HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 240.

¹⁸² É posição que se adota sem prejuízo de se reconhecer que uma dependência relativa entre o direito penal e o administrativo ocorre, via de regra, mediante utilização de elementos normativos do tipo geradores de acessoriedade administrativa conceitual. Sobre o tema, Naves exemplifica tal hipótese a partir do artigo 6º da Lei n. 7.492/86, afirmando que, nesse caso, “[e]stá prevista a conduta de ‘induzir ou manter em erro sócio, investidor ou repartição pública competente, relativamente a operação ou situação financeira, sonogando-lhe informação ou prestando-a falsamente’”. Nota-se que a proibição está contida no tipo penal – principalmente quando comparada com outros delitos dessa mesma lei, a qual se vale, excessivamente, da técnica de remissão normativa -, com exceção do termo ‘repartição pública competente’, que remete à órbita extrapenal, parte secundária da descrição típica, cujo conteúdo em nada abala a ciência do desvalor da conduta”. (NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 46 e 47.

condição necessária, mas não suficiente para a sanção penal, que exigirá o desvalor da ação ou do resultado”¹⁸³.

Nos capítulos subsequentes será aprofundada a análise sobre os fundamentos dogmáticos a partir dos quais a relação entre o direito penal e o direito administrativo nos tipos de mera transgressão administrativa deve superar uma mera análise formal, a qual sugere uma absoluta dependência entre eles, evoluindo, sob um prisma material, para uma dependência relativa.

¹⁸³ NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 46. Em sentido similar: MATA BARRANCO, Norberto de la. *Protección penal del ambiente y aaccessoriedad administrativa: tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*. Barcelona: CEDES, 1996. p. 76. Sobre o tema: NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 46. HEINE, Günter. Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 46, n. 1, p. 289-315, jan./abr. 1993. p. 29.

3 TIPOS DE MERA TRANSGRESSÃO ADMINISTRATIVA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

3.1 O princípio da legalidade penal

O princípio da legalidade, em sua concepção original, era compreendido como simples exigência de que os pressupostos da pena deveriam ser estabelecidos, previamente, por um ato normativo no qual observados todos os requisitos formais a ele inerentes, em especial, o regular processo legislativo.

A noção da referida norma evolui de uma mera regra de competência, validade dos atos estatais vinculada à sua emissão pela autoridade própria e com a observância da forma legal, despida de uma maior carga axiológica, para abranger também um sentido material, como instrumento vinculador do próprio legislador, a partir do reconhecimento de que a liberdade dos indivíduos somente poderá ser restringida pela necessidade de manutenção dos seus próprios direitos fundamentais.¹⁸⁴

A atual concepção do princípio da legalidade, portanto, implica uma permissividade pré-jurídica, admitindo-se direitos inerentes à pessoa não outorgados pelo Estado, cujo exercício somente pode ser mitigado, mediante proibições, de forma excepcional.¹⁸⁵

Sob tal perspectiva, a legalidade incorpora um aspecto valorativo duplo: primeiramente, destinado aos legisladores, que deverão justificar “o porquê punir” e, via de consequência, descrever “o que punir”; e, no âmbito de aplicação dos tipos, destinado aos juízes, que deverão avaliar a conduta praticada sob a égide das regras legais pré-estabelecidas, que estarão a determinar “o como punir”.

Considerando tais premissas, adota-se, neste estudo, a noção da legalidade como princípio constitucional apto a limitar a intervenção estatal criminal à existência de um ato normativo prévio, com lastro na função legislativa federal, segundo o qual haja a descrição

¹⁸⁴ Sobre o tema Ferrajoli, denominando o aspecto formal do princípio como mera legalidade e o seu fundamento material como estrita legalidade, afirma que, “[s]em adentrar numa reconstrução histórica, creio que se pode afirmar que enquanto o princípio da mera legalidade remonta ao direito romano, o princípio da estrita legalidade é obra do pensamento iluminista”. O autor ressalta que “no Estado de direito o princípio da sujeição não só formal como também material da lei (ordinária) à lei (constitucional), possui um valor teórico geral, do qual resulta a diferente estrutura lógica das implicações mediante as quais formulamos o princípio de mera e o de estrita legalidade”. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 352 e 350).

¹⁸⁵ Nesse sentido, a posição de Toledo, segundo o qual o fundamento do princípio da legalidade está na “ideia de que há direitos inerentes à pessoa humana que não são nem precisam ser outorgados pelo Estado”. (TOLEDO, Francisco de Assis de. *Princípios básicos de direito penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 22).

minimamente taxativa de condutas aptas a causar dano ou perigo a valores socialmente reconhecidos, cuja prática implica a possibilidade de aplicação da sanção legalmente prevista, desde que assim seja, observando-se as formalidades juridicamente aplicáveis, determinado por decisão judicial fundamentada mediante um juízo interpretativo restritivo.

É a partir desse caráter dicotômico do princípio da legalidade que se analisará a sua interface com os tipos de mera transgressão administrativa.

3.1.1 Tensão dogmática com os tipos de mera transgressão administrativa

Pode-se afirmar que a tensão dogmática estabelecida entre o princípio da legalidade e os tipos de mera transgressão administrativa tem como origem ser a categoria da tipicidade o principal ponto de interligação entre a referida norma constitucional e a estrutura analítica do crime, pois o que deve ser materialmente justificado, prévio, escrito, estrito e certo é o tipo.¹⁸⁶

O tipo deve desempenhar, prioritariamente, funções de garantia, exigindo do legislador justificativa racional sobre a opção por criminalizar determinada conduta, de modo a informar, previamente, aos seus destinatários os estritos limites do que é permitido ou proibido sob a ameaça de uma sanção, também antecipadamente anunciada, bem como vinculando o juiz a tais premissas, as quais não poderão ser ignoradas quando da sua aplicação.¹⁸⁷

¹⁸⁶ O conceito analítico de crime desempenha uma função didática para a compreensão da estrutura do delito, dividindo-o em categorias, notadamente, a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade. Sobre a justificação da intervenção penal, há de se valorizar um conceito material de delito, cuja observância “tem uma relevância transcendental tanto como critério de política criminal a serviço do legislador, quanto como de instrumento de avaliação da legitimidade do tipo penal a serviço do intérprete, especialmente do juiz”. (MOTTA, Ivan Martins. *Erro de proibição e bem jurídico penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 107). Sobre a especial interface do princípio da legalidade com a tipicidade, Brandão assevera que, embora se deva reconhecer que a referida norma se relaciona com todas as categorias do conceito analítico de crime, “a Tipicidade é o cumprimento do próprio Princípio da Legalidade porque ela tem uma função de garantia”. (BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: análise à luz do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 94).

¹⁸⁷ Esclarece Vargas que “[d]as imensas possibilidades de alguém atuar injustamente, o Legislador escolhe aquelas formas de conduta que, em razão de sua censurabilidade, são proibidas, sob ameaça de pena; estas ações são descritas pelo tipo, surgindo daí uma função capital, que é a de possibilitar ao cidadão orientar-se no sentido de conhecer o que é desaprovado, ou não”. (VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 49). Está-se a cogitar do tipo penal na qualidade de norma incriminadora. Há de se registrar a possibilidade de tipos permissivos, que estabelecem as causas de exclusão da responsabilidade penal ou da pena, bem como de tipos derivados, cuja função é descrever circunstâncias que agravam ou atenuam a sanção.

Ao selecionar racionalmente e descrever taxativamente as condutas proibidas, o tipo assegura a igualdade de todos perante o aparato repressivo do Estado, inibindo a criação e a aplicação de disposições penais incriminadoras de forma injustificada e casuística.¹⁸⁸

Para cumprir tal mister, o tipo penal deve se fundar em dois pilares estruturais: selecionar comportamentos nos quais se identifique um desvalor ético-social que justifique materialmente a opção por criminalizá-los; e descrevê-los no enunciado normativo da forma mais analítica e completa possível.

Sob o prisma de sua função de garantia, portanto, quanto mais justificada materialmente a necessidade de se impor sanção penal a determinada conduta e mais clara for a sua descrição legal, mais eficiente será o tipo.

Uma previsão típica assim sistematizada limita o legislador, impondo-lhe o ônus de motivar racionalmente a opção por essa modalidade especial de intervenção regulatória, facilita ao destinatário a compreensão da sua legitimidade e abrangência, bem como restringe juízos discricionários do seu aplicador, que, em cada caso concreto, deve decidir sobre a subsunção entre o fato e a descrição típica abstrata para fins de imposição ou não de pena.¹⁸⁹

Um tipo penal assim construído, ao promover um ambiente de segurança jurídica, se revela adequado ao seu propósito principal: definir, de forma racionalmente justificada e mediante descrição normativa previamente compreensível, a delimitação de uma proibição ou de um dever agir, sob pena de imposição, legítima, da sanção prevista.

Ocorre que a elaboração de tipos penais assim estruturados tem se revelado um desafio cada vez mais complexo ao legislador.

A utopia liberal de uma previsão típica idealisticamente determinada, isenta de juízos valorativos dos seus intérpretes, é posição historicamente superada no desenvolvimento da teoria do delito.¹⁹⁰

Consiste em tarefa dogmaticamente impossível, pois a previsão típica terá como substrato necessário a linguagem, em especial, a jurídica, cuja aferição de significado em concreto sempre vai carecer de algum grau de vagueza.¹⁹¹

¹⁸⁸ Sobre a tradicional função de garantia do tipo: BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 94. VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 49.

¹⁸⁹ Sobre o tema, a lição de Brandão: “somente haverá um juízo de subsunção válido, que enquadre a conduta ao modelo previsto na lei, se este for suscetível de ser conhecido e compreendido como um comportamento proibido”. (BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*, Coimbra: Almedina, 2012. p. 152).

¹⁹⁰ Beccaria chegava a cogitar de uma determinação legal idealisticamente fechada a ponto de ser aplicada independentemente de interpretação, segundo o autor se “a interpretação das leis é um mal, claro que a obscuridade, que a interpretação necessariamente acarreta, é também um mal”. (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 35).

A noção de tipicidade, mesmo em seu aspecto meramente formal, entendida como qualidade de se adequar ao tipo, depende da delimitação, pelo intérprete, do significado a ser imposto a conceitos de natureza jurídica, cuja determinação implica sempre algum subjetivismo.¹⁹²

Essa dificuldade em se conceber um tipo apto a cumprir a sua função de delimitação segura do conteúdo da proibição, já existente no universo de um direito penal clássico, potencializa-se diante da expansão da intervenção penal sobre a área econômica, em especial, diante da sua administrativização.¹⁹³

No âmbito da regulação das atividades produtivas, faz-se necessário estabelecer critérios aptos a conciliar a função do tipo de delimitar, de forma minimamente clara, os limites do que é permitido ou proibido para fins penais, com a demanda de uma previsão típica fluída, aberta, capaz de regular um ambiente extremamente dinâmico, tudo diante de uma complexidade regulatória administrativa sobre a qual está justaposta a intervenção criminal.¹⁹⁴

¹⁹¹ Ferrajoli assevera que sempre haverá uma “certa margem insuprimível de incerteza e, portanto, de discricionariedade na interpretação da lei. Para usar uma formosa imagem de Herbet Hart, em todas as leis existe, junto ao um núcleo ‘luminoso’, uma zona de ‘penumbra’, que cobre os ‘casos discutíveis’, nos quais as palavras da lei ‘não são obviamente aplicáveis..., mas tampouco claramente excludíveis’. [...] A certeza (da verdade) jurídica, ainda quando seja um mito, se se entender como ‘perfeita correspondência’, pode ser na realidade maior ou menor, segundo a linguagem das leis seja precisa ou vaga, denote fatos ou expresse valores e esteja livre ou não de antinomias semânticas”. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2.ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 118). Na mesma linha, Derzi ensina que “embora sem olvidar as contribuições inestimáveis de Soler à ciência do direito, deve-se dizer que Carrió está coberto de razão. A “zona de penumbra” nunca é eliminada, mas reduzida ou alargada, segundo as tendências predominantes no direito ou em certos ramos jurídicos”. (DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. 2 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 112).

¹⁹² Sobre o conceito de tipicidade formal: LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal: parte geral*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 101-102.

¹⁹³ Sobre o tema: PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Introducción al derecho penal económico*. In: BACIGALUPO, Enrique (Dir.). *Curso de derecho penal económico*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 29.

¹⁹⁴ Sobre o tema pondera Naves que, “[e]m vista da descrita sociedade de risco e da consequente expansão do Direito Penal que, por meio de remissões normativas, invade fronteiras antes pertencentes unicamente ao Direito Administrativo, vem se constatando uma crise do princípio da legalidade, relacionada umbilicalmente com essa forma que o tipo penal passou a descrever as condutas que compõem nova criminalidade. Esse fenômeno é compreendido constantemente como um módulo de mácula às garantias espraçadas do referido princípio, fazendo com que se suscite a inconstitucionalidade dos tipos que portam tal característica. Nesse sentido, o princípio mais claramente violado seria o da taxatividade. O legislador, ao realizar descrições muito abertas, torna difícil a compreensão e a interpretação da conduta descrita, conduzindo o destinatário da norma penal, frequentemente, a situações de erro e fazendo que a interpretação “correta” do tipo penal seja realizada pelo juiz ao enfrentar o caso concreto, tendo grande e perigosa margem de valoração que possibilita arbitrariedades e um amplo espaço para divergência de entendimento em relação a casos similares”. (NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p.36-37). Sobre esse contexto de especial tensão entre um direito penal administrativizado e a legalidade, pondera Baptista que, “além de uma série de problemas jurídico-dogmáticos, a inclusão nos tipos penais de referências diretas ao Direito Administrativo desperta dois problemas políticos principais. O primeiro deles é a tensão entre um Direito Penal no qual prepondera a lógica da legalidade e um Direito Administrativo no qual há mais espaço para a discricionariedade, porquanto regido pelas noções de conveniência e oportunidade”. [BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. *As fronteiras do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador: um*

A necessidade de se preservar a função de garantia a ser desempenhada pelo tipo em um contexto de sobreposição normativa entre as esferas penal e administrativa, justifica uma especial reflexão dogmática acerca da relação entre os tipos de mera transgressão administrativa e o princípio da legalidade.¹⁹⁵

3.1.2 Critério geral para uma conciliação

Nos tipos de mera transgressão administrativa, na medida em que representados por leis penais abertas, uma visão estritamente formal do âmbito da proibição sugere a admissão de uma tipicidade objetiva coincidente com o juízo de infração administrativa.

Nesse contexto, a mensagem a ser obtida a partir do tipo seria exaurida pela leitura acrítica do enunciado legal e dos complementos normativos infralegais por ele referidos, admitindo-se uma criminalização excessivamente ampla, sem qualquer aspecto valorativo capaz de distinguir uma legitimidade especial da esfera penal em face daquela administrativa.

Uma análise a partir de tais premissas implicaria uma intervenção criminal que, sob o prisma material, se justificaria mediante um dever geral de obediência a qualquer ordem administrativa, independentemente de uma análise qualitativa sobre a sua relevância, e, sob um prisma formal, objetivamente incriminadora de todas as infrações contidas nos atos normativos infralegais aos quais a lei penal faz referência.

Diante da complexidade dos regulamentos administrativos, via de regra, numerosos e prolixos, uma visão formalista dos tipos de mera transgressão administrativa, ao prescindir de um filtro crítico acerca de quais os atos normativos referidos pela lei têm, efetivamente, relevância penal, geraria uma sensação de insegurança ao jurisdicionado, na medida em que ele, na condição de destinatário da norma, teria extrema dificuldade em compreender, previamente, o limite estabelecido entre o permitido e o proibido.

ensaio sobre os critérios de distinção entre o crime e a infração administrativa. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (orgs.). *Limites ao poder punitivo: Diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 73-101, p. 77].

¹⁹⁵ A tensão existente entre os tipos de mera transgressão administrativa e o princípio da legalidade se intensifica diante do fato de o Brasil se filiar ao sistema *Civil Law*, compreendido por Falavigno como “sistema que, em pretensão, define a maioria de suas disposições cogentes por meio de legislação escrita, positiva e pré-estabelecida”. A autora pondera que, embora a definição de tais famílias hoje tenha uma função mais didática do que material, diante de sua inequívoca aproximação na prática, “atribuir ao sistema brasileiro o pertencimento a essa família jurídica é, sobretudo, dar validade ao que está disposto na própria lei de forma circular. Afinal, é a Constituição que estabelece que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de disposição legal”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 27).

Sob tal perspectiva, seria possível criticar tais estruturas típicas no que tange à própria noção de prevenção geral que seria um dos fundamentos a justificá-las, pois apenas um preceito jurídico minimamente claro poderá desempenhar alguma função preventiva.¹⁹⁶

É exatamente essa visão tradicional de tais estruturas típicas, diante de sua excessiva abertura, que está a fundamentar a defesa de sua invalidade, justamente em razão de violação das premissas do princípio da legalidade.¹⁹⁷

A superação da afirmação definitiva e absoluta acerca da invalidade de todos os tipos de mera transgressão administrativa, tal como proposto na presente pesquisa, deve, portanto, assumir o ônus de expor soluções dogmáticas aptas à sua conciliação com as premissas constitucionais, em especial com a função de garantia a ser exercida pelo tipo penal como decorrência do princípio da legalidade.

O que se propõe, como um critério geral capaz de se desincumbir de tal desafio, é o reconhecimento de que, nos tipos de mera transgressão administrativa, devem ser aplicáveis às normas infralegais complementadoras das leis que os representam algumas das exigências específicas do regime jurídico penal.¹⁹⁸

Em tais estruturas típicas, o enunciado normativo legal, ao permitir ao ambiente regulatório administrativo descrever parte das condutas cuja prática implicará um juízo positivo de tipicidade objetiva e, via de consequência, completar o preceito que fundamenta o injusto, também deverá delegar a tal regramento a obrigação de observar algumas garantias inerentes ao direito penal como esfera sancionatória mais restrita.

Somente a partir de uma visão coordenada e integrada entre as regras aplicáveis às esferas administrativa e penal, poder-se-á obter dos tipos de mera transgressão administrativa os benefícios decorrentes de se conceber um tipo mais aberto e fluido, apto a se adaptar de forma mais veloz às necessidades regulatórias de um ambiente produtivo ultradinâmico, sem

¹⁹⁶ NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 35. Nesse sentido, afirma Costa que “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”. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 116.

¹⁹⁷ Sobre o tema, Garcia sustenta um cerceamento da legalidade nas hipóteses em que a complementação da lei penal implique tão intrincadas averiguações para positivar-se a existência ou não do crime, que aquele dogma fundamental decaia do seu valor como garantia contra imputações especiosas ou arbitrárias. GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito penal*. São Paulo: Max Limonad, 1977. p. 156.

¹⁹⁸ O objetivo é mitigar os problemas decorrentes de tais técnicas legislativas à teoria do delito, em especial aqueles decorrentes do fato de que a partir delas “normas extrapenales, no regidas formal y materialmente por los principios informadores del Derecho penal, se incorporan al tipo para completar el sentido del mismo”. VEGA, Dulce Maria Santana. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad Hoc S. R. L., 2000. p. 36.

se olvidar da sua função essencial de garantia, capaz de impedir o exercício arbitrário da atividade estatal punitiva mediante aplicação de sua espécie mais intensa de sanção.

Para se adequar os tipos de mera transgressão administrativa aos postulados da legalidade, portanto, há de se impor ao agente normativo administrativo, assim como ao legislador e ao intérprete, os deveres decorrentes da legalidade penal, na medida em que também aqueles estarão, em razão das especificidades de tal técnica legislativa, a inovar em matéria criminal, razão pela qual devem seguir alguns limites específicos dessa modalidade de intervenção estatal.

3.2 Tipos de mera transgressão administrativa: objeto legitimador da intervenção penal

As atuais noções de tipicidade e de legalidade, ambas submetidas à necessidade de se justificar racionalmente a intervenção penal a partir de juízos axiológicos pré-normativos, vinculam a legitimidade da intervenção penal às hipóteses nas quais se descreva condutas que sejam reconhecidas como lesivas ou perigosas a valores socialmente relevantes em determinado espaço geográfico durante certo período de tempo.

Visando a concretizar essa ideia de uma necessária limitação do direito penal, a dogmática desenvolve o instituto do bem jurídico, o qual assume papel central para um conceito material de delito, compreendido como critério político destinado tanto ao legislador, quanto ao intérprete, na qualidade de parâmetro crítico à manutenção, criação e aplicação de qualquer norma penal incriminadora.

Considerando que nos tipos de mera transgressão administrativa há de se reconhecer alguma legitimidade penal fundamentada a partir da violação de um dever geral de obediência a normas emanadas de autoridades administrativas no exercício de suas funções estatais, sua aproximação com a noção de bem jurídico consiste em um desafio dogmático a ser superado para se cogitar de sua previsão legal constitucionalmente orientada.

3.2.1 Bem jurídico penal

A definição do conceito de bem jurídico-penal, não obstante haver certo consenso em relação à sua importância para a teoria do delito, é bastante controversa ao longo de seu desenvolvimento histórico.¹⁹⁹

A partir de ideais iluministas, cujo objetivo principal era superar a identificação do delito com o pecado e uma política criminal fundada em aspectos exclusivamente morais, concebeu-se um conceito material de crime vinculado à lesão de um direito de outrem.²⁰⁰

Essa primeira noção de limitação material da intervenção penal evoluiu para reconhecer que a lesão se dá em relação a um bem, e não a um direito, pois este, mesmo diante de uma lesão ou perigo àquele, continua incólume.²⁰¹

A partir de tal constatação, as concepções sobre o bem jurídico-penal desenvolvem-se, inicialmente, sob um viés positivista, cujas principais teorias podem ser divididas em duas correntes, ambas compreendendo o delito como violação de um dever de obediência à norma estatal.

A primeira, a estritamente formal, reconhece que o bem jurídico-penal não é pré-existente à norma, compreendendo-o como lesão a um direito subjetivo do Estado de mandar e ser obedecido, desprovido de qualquer conteúdo material.²⁰²

¹⁹⁹ Nesse sentido: PELARIM, Evandro. *Bem jurídico penal: um debate sobre descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002. p. 143. D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 51. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 432-433. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña, Mibuel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remsal. 3.ed. Madrid: Civitas, 2003, t. 1, p. 55. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 61-77.

²⁰⁰ Para Feuerbach, crime é “una acción contraria al derecho del otro, conminada en una ley penal”. FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Tradução para o espanhol: Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 55.

²⁰¹ Nessa linha, segundo Birnbaum, o direito penal não lesa um direito subjetivo, e sim bens, aduzindo que “si se quiere considerar el delito como lesión, este concepto tiene que referirse naturalmente a la lesión de un bien, no a la de un derecho”. BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Tradução: José Luiz Guzman Dalbora. Montevideo: B de F, 2010. p. 57.

²⁰² Nessa linha, Binding define bem jurídico como “tudo o que em si mesmo não é um direito, mas que aos olhos do legislador é de valor como condição da vida sã da comunidade jurídica”. SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. p. 29. Em sentido similar, as ditas teorias metodológicas, segundo as quais o objeto de investigação da ciência penal resume-se ao direito positivo vigente. ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*. Montevideo: B de F, 2005. p. 584. MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Tradução: José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955 t. I, p. 403. ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale: parte generale*. 15.ed. edizione aggiornata e integrata. Milano: Giuffrè, 2009. p. 168. A Escola de Kiel vai ainda mais longe, anula o princípio da legalidade, passando o merecimento da pena a ser fundamentado pela ideia de uma lei penal fundamental, orientada pelo sentimento popular (o são sentimento do povo alemão). GODOI, Antônio Januzzi Marchi de. *Do bem jurídico penal*. 2006. 267f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006. p. 80.

Já a segunda, denominada positivista-sociológica, embora reconheça ser o instituto uma realidade posta anterior à lei, não define qualquer limite ao legislador, mantendo a sua absoluta discricionariedade para eleger quais as realidades pré-normativas justificariam a intervenção penal.²⁰³

As teorias sociológicas consolidam as asserções de que a sociedade deverá definir, em momento prévio à positivação, os bens jurídicos dignos da intervenção penal.²⁰⁴

Seus adeptos sustentam que o bem jurídico como fundamento do direito penal deve ser substituído pelo conceito do que seja socialmente danoso. Ocorre que tal o conceito acaba não substituindo o primeiro, e sim o complementando, sendo que o sujeito valorador da referida danosidade acaba sendo o próprio legislador.²⁰⁵

Diante dessa circunstância, tais teorias acabam abrindo caminho para a volta de concepções estritamente normativas, como aquela defendida por Jakobs, para quem a noção de bem jurídico confunde-se com a da própria norma, na medida em que a contribuição que o direito penal teria a prestar à sociedade se limitaria à garantia de efetividade das disposições legais.²⁰⁶

O estudo acerca da noção de bem jurídico-penal, como garantia contra a possibilidade de arbítrio estatal mediante uma intervenção penal injustificada, dá grande salto com as denominadas concepções constitucionalmente orientadas.²⁰⁷

Tais teorias têm como ponto comum o reconhecimento de que a criação de normas capazes de implicar em limitação de um direito fundamental tão relevante quanto à liberdade deve estar vinculada à lei fundamental, compreendida como expressão máxima do pacto a

²⁰³ Para essa corrente, o bem jurídico “constitui, antes de tudo, uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo axiológico não depende do juízo do legislador (dado social preexistente)”. (PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 30). Nessa linha, o conceito de Liszt que, embora sustente ser “a vida e não o direito que produz o interesse” adverte que “só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico”. O autor define bens jurídicos como as “condições vitais da comunidade estatal”, as quais se manifestam por meio da norma jurídica. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 188.

²⁰⁴ Na lição de Sales, nessa corrente, “o bem jurídico emana de fontes metajurídicas ou pré-positivas, antecedentes ao ordenamento jurídico”. SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2004. p. 134.

²⁰⁵ SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 33.

²⁰⁶ Sobre o tema, aduz o autor: “pode-se definir como bem a ser protegido pelo Direito Penal a solidez das expectativas normativas essenciais adiante da decepção – solidez esta que se encontra coberta pela eficácia normativa posta em prática, sustenta que bem jurídico-penal é a eficácia fática das normas que garantem que se pode esperar o respeito aos bens jurídicos, às funções e à paz jurídica”. (JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey. 2009. p. 61 e 78).

²⁰⁷ Para essa corrente, segundo assevera Sales, “o bem jurídico emerge de fonte jurídica superior, isto é, a Constituição”. (SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2004. p. 134).

regular as relações sociais em determinado território, durante determinado momento histórico. Compreendem o texto constitucional como limite à intervenção penal.²⁰⁸

As teorias constitucionalmente orientadas se dividem em três grupos:

- a teoria constitucional geral;
- a teoria constitucional estrita; e
- a teoria constitucional mista.

Segundo a teoria constitucional geral, o legislador tem plena liberdade para criminalizar, desde que não contrarie os princípios constitucionais, seus defensores reconhecem que os bens dignos da intervenção penal são mais amplos que os valores reconhecidos constitucionalmente.

Os adeptos dessa teoria acreditam ser a Constituição o limite negativo à intervenção penal, no sentido de que não pode haver contradição entre o sistema penal e os valores constitucionais.²⁰⁹

Já os defensores da teoria constitucionalmente orientada estrita defendem que somente os valores reconhecidos na Constituição são dignos da intervenção penal.

Segundo suas premissas, o legislador somente pode criminalizar condutas que lesem ou exponham a risco valores consagrados explicitamente pelo texto constitucional, que se apresenta como limite positivo à intervenção penal.²¹⁰

²⁰⁸ Mir Puig reconhece que o bem jurídico tem importância social, não podendo ser negado seu reconhecimento constitucional como requisito de sua qualidade como interesse fundamental. MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994. p. 162.

²⁰⁹ Nessa linha, segundo Dias, a harmonia entre os valores orientadores do texto constitucional e o sistema jurídico-penal é o limite legítimo à atuação do legislador penal. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 61-77. Para Fiandaca, “il riferimento alla rilevanza costituzionale offre soltanto un critério di legittimazione negativa dell’intervento punitivo, nel senso che risulta innanzitutto così delimitata l’area di ciò che non potrebbe (costituzionalmente) mai assurgere a materia di reato”. FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. Caratteristiche e funzione del diritto penal: *In: Diritto penale*. 5. ed. Bologna: Zanichelli, 2008. cap. 1, p. 3-28. Da mesma forma, Dolcini e Marinucci defendem que o legislador não pode custodiar bens incompatíveis com a Constituição ou violadores dos princípios constitucionais. DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. Tradução de J. F. Costa. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, a. 04, v. 2, 1994, p. 165-172. Para Roxin, o conceito de bem jurídico é previamente dado ao legislador, mas não é prévio à Constituição, essa concepção, segundo o autor, afasta cominações penais arbitrárias, que não servem à liberdade do indivíduo ou à capacidade funcional de um sistema social baseando no princípio de um Estado Liberal, mas permite certa discricionariedade político-criminal, desde que não violados os preceitos constitucionais fundamentais. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña, Mibuel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remsal. 3 ed. Madrid: Civitas, 2003. t. 1, p. 55-58.

²¹⁰ Bricola ressalta o reconhecimento da liberdade como direito constitucional, portanto, a sanção penal somente pode ser legitimada por comportamento capaz de lesar a um bem de igual relevância à liberdade ou, pelo menos, de um valor expressamente reconhecido na Constituição. BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato. *In: NOVISSIMO Digesto Italiano*. Turim: Utet, 1973. p. 14. Em sentido similar, sustentando ser o texto constitucional limite positivo à intervenção penal: ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Milano: Giuffrè, 1983. p. 6-7. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 200-

A partir da ponderação de que a teoria estrita implicaria uma estagnação excessiva da atividade legislativa em matéria penal, os adeptos da teoria mista acrescentam a possibilidade de uma intervenção incriminadora legitimada por valores implicitamente previstos na Constituição.²¹¹

Trata-se de corrente de pensamento que visa a conciliar as premissas da teoria geral com aquelas da teoria estrita.²¹²

As teorias constitucionalmente orientadas, embora tenham sido amplamente endossadas sob o prisma doutrinário em países organizados sob o modelo de Estado Democrático de Direito, não foram isentas de críticas.

Pontua-se que tais concepções estariam a ignorar a distinção entre as finalidades do direito constitucional e do direito penal, já que enquanto aquele deveria se limitar a regular o poder político estatal e a organização social, este teria como objetivo prevenir ações danosas à sociedade.

Afirma-se, ainda, que a adoção das teorias constitucionalmente orientadas poderia implicar um direito penal inapto à regulação de novos riscos e seus efeitos, em razão de não estarem previstos na Constituição sequer de forma implícita, até porque imprevisíveis quando da elaboração da lei fundamental.²¹³

Percebe-se que tal crítica, em especial no que toca ao direito penal econômico, foi endossada pela atividade legislativa, que, sob o pretexto da necessidade de uma intervenção penal capaz de regular grande parte dos novos conflitos surgidos no âmbito de uma sociedade cada vez mais dinâmica e complexa, tem optado pela redação de tipos penais com legitimação e abrangência cada vez mais amplas.²¹⁴

325. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 426-440.

²¹¹ Essa linha é adotada por GODOI, Antônio Januzzi Marchi de. *Do bem jurídico penal*. 2006. 267f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006. p. 143-153. E também por SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 84.

²¹² Nesse sentido, segundo Prado, o legislador ordinário está vinculado às diretrizes contidas na Constituição e aos valores nela consagrados para definir os bens jurídicos, até em razão da noção limitadora do conceito. Sustenta o autor que as concepções estrita e geral não se rivalizam, mas se complementam. PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 82.

²¹³ Nesse sentido: FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. São Paulo: IBCCRIM, 2008. p. 85.

²¹⁴ Nota-se que o fenômeno de expansão regulatória também afetou a esfera administrativa. Sobre o tema, Falavigno afirma que “a própria retirada do Estado da execução de certas atividades, que passaram a ser exercidas por particulares através de parcerias, concessões, permissões, etc., ao invés de implicar a menor intervenção pública nessas esferas, redundou na necessidade de fortalecimento de sua regulação por meio de atos normativos públicos, gerando o que se pode chamar de intervencionismo indireto. Tais atos, do ponto de vista jurídico, necessitam cada vez de maior especificidade, visando bem regular setores com diversas peculiaridades, o que dá origem a subsistemas jurídicos com princípios, conceitos e procedimentos próprios, segmentando os

Não obstante as críticas expostas, na medida em que a principal função do instituto deve ser uma limitação, e não ampliação, à legitimação da intervenção penal, adotando-se as premissas da teoria constitucional mista, concebe-se a noção de bem jurídico como um valor pré-normativo, de inegável relevância social, reconhecido, de forma expressa ou implícita, no texto constitucional, capaz de justificar o interesse estatal em punir, mediante a aplicação da sanção mais intensa disponível, as condutas que o afetem ou o exponham a risco de afetação.²¹⁵

3.2.2 *Função estatal*

A doutrina penal tradicional analisa o conceito de funções estatais tendo como foco central a sua diferenciação da noção de bem jurídico, em especial, para fins de questionamento acerca da legitimidade material de uma intervenção criminal nelas lastreada.²¹⁶

Sob tal perspectiva, a noção de função é compreendida como “una relación consecuente de variables, que corresponden a puntos de referencia de algo. De la misma forma que las variables dependientes, la función no tiene significado próprio, sino solamente en el contexto de la própria relación”.²¹⁷

A partir de tais premissas as funções são concebidas como entidades insusceptíveis de preferência, axiologicamente neutras, porquanto não constituem “un valor y, por lo tanto, no puede ser confundida con un bien”.²¹⁸

Já no direito administrativo, o conceito de funções estatais é, em sua essência, compreendido como “exercício de poder dirigido ao atendimento de interesse alheio”. Elas

instrumentos de regulação de acordo com o setor”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 58). Em sentido similar: MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Nova Regulação de serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 13-30, abr. 2022. p. 13 a 17.

²¹⁵ Sobre o tema SILVA, Gustavo Henrique de Souza e. *O princípio da legalidade e o direito penal econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 46.

²¹⁶ Sobre o tema: TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en derecho penal*. Tradução: Monica Cuñaro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

²¹⁷ TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en derecho penal*. Tradução: de Monica Cuñaro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 59.

²¹⁸ O autor continua no sentido de que “la distinción entre bien jurídico y función no puede partir de la propia norma y de sua infracción, y ningún concepto de función puede derivar exclusivamente de los fines que persigue. La distinción básica reside en que lá función no existe por si misma, sino que dependente de una relación y sus variables, possibilitando unicamente cálculos de predicados que no pueden ser considerados valores. No importa, así, para el concepto de función, que esta o aquella actividad de control pueda ser útil ou inútil, adecuada o inadecuada.” (TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en derecho penal*. Tradução: Monica Cuñaro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 60; 65-66).

devem ser desempenhadas “não para o atingimento de vontades próprias, mas da realização do objetivo consubstanciado no interesse alheio – no caso da administração, o interesse público”.²¹⁹

Em sentido similar, Bandeira de Mello pondera que “existe função quando alguém está investido do dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-la. Logo, tais poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades”.²²⁰

No direito administrativo, portanto, o exercício regular das funções estatais está vinculado à necessidade de atendimento ao interesse público, é dever imposto a todas as autoridades constituídas, independentemente da sua esfera de atuação ser executiva, normativa ou judicial.²²¹

Percebe-se, assim, que as perspectivas geralmente adotadas pelas esferas penal e administrativa acerca do conceito de função estatal são bastantes distintas: no primeiro caso, valoriza-se a sua concepção formal de atividade pública de controle, que só adquire significado próprio a partir de sua integração com o objeto a ser regulado e, em face disso, cuja definição há de ser segregada das suas finalidades, consistindo em instituto carente de aspectos valorativos próprios; já no segundo, destaca-se a necessidade de seu exercício se dar em benefício da coletividade, vinculando-se a sua definição ao propósito de se promover a efetivação do interesse público, visão esta que, por si só, já incute uma carga axiológica ao próprio conceito.

Especificamente no caso dos tipos de mera transgressão administrativa, na medida em que tais estruturas típicas estão, em algum grau, lastreadas em condutas violadoras de normas emanadas com base em atos de gestão administrativa, a posição tradicional, segundo a qual o

²¹⁹ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 20 e COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 137.

²²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 32.

²²¹ Justamente em razão de sua vinculação à concretização do interesse público, pondera-se que os atributos gerais dos atos emanados da administração pública, dentre eles, a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutividade, não devem ser considerados de forma absoluta, sob pena de sua utilização implicar em práticas abusivas, contra produtivas à própria essência para as quais foram criadas. Sobre o tema COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 140.

conceito de função se distancia daquele de bem jurídico justamente por não possuir qualquer carga axiológica, tem fomentado uma intervenção criminal excessivamente ampla.²²²

Com o objetivo de resgatar a necessidade de se propor limites materiais aptos a conter uma excessiva expansão da atividade incriminadora também no âmbito dos tipos de mera transgressão administrativa, parece oportuno um aprofundamento acerca da noção de funções estatais, visando a identificar características que possam aproximar algumas delas à noção de bem jurídico, superando-se uma análise que tenha por foco, exclusivamente, exaltar as diferenças entre referidos institutos.

Para que se possa cogitar de sua aproximação dogmática à noção de bem jurídico, a rubrica “função estatal” há de ser concebida como gênero de diversas espécies de atividades públicas às quais podem, em face de sua natureza, ser classificadas como administrativa, legislativa ou judicial.²²³

Trata-se de classificação intrincada, na medida em que nosso modelo constitucional adotou o critério de especialização de funções em detrimento daquele de absoluta separação de atribuições, permitindo, a título de exemplo, que o Judiciário e o Legislativo desempenhem

²²² No sentido de demonstrar a ampliação da intervenção penal a partir de um distanciamento entre as noções de gestão de riscos que orientam a atividade administrativa e os bens jurídicos efetivamente merecedores de proteção, Silva Sánchez cita quatro fases desse processo: (i) a substituição de delitos de resultado pelos de perigo, inclusive abstrato; (ii) a descrição, no âmbito típico, de contextos que, genericamente, podem produzir tais riscos; (iii) o estabelecimento de indicadores a partir dos quais podem derivar, hipoteticamente, a ocorrência de riscos para um desses contextos típicos, quer por uma atuação isolada, quer pela sua acumulação; e (iv) a admissão de que mesmo sem suspeita concreta dos indicadores, pode-se começar os procedimentos de inspeção. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Buenos Aires: Euros, 2008. p. 131-164). Em sentido similar, Falavigno assevera que “[a] distância entre a dita inspeção e os bens jurídicos que merecem, de fato, proteção, é muito grande, e esse distanciamento se dá em quatro passos. Primeiramente, a pretensão de se evitar a lesão a um interesse se transforma na descrição de condutas lesiva ou perigosas a esse interesse. O segundo passo é a descrição, na norma típica, de contextos nos quais, de forma genérica, tais lesões ou perigos poderiam ser produzidos. Frise-se que a lesão ou o perigo de lesão a esses contextos é objeto de proteção administrativa e, paulatinamente, também penal. Na terceira etapa, estabelecem-se indícios dos quais se poderia derivar, hipoteticamente, a ocorrências desses riscos para tais contextos típicos, ou do raciocínio de acumulação de condutas lesivas ou perigosas por certo setor de atividade. Esses indícios são pressupostos de aplicação de sanções administrativas em casos de tutela de ações perigosas. Os perigos presumidos seriam violações à ordem de polícia, as quais são punidas por diversos procedimentos administrativos sancionadores. Por fim, na última fase, se inicia o procedimento administrativo de inspeção, ainda que não exista suspeita concreta de referidos indícios”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Acadmia, 2020. p. 158-159).

²²³ Exemplificando, Justem Filho pondera que o conceito abrange uma “série de atividades distintas, desde o fornecimento de utilidades materiais de interesse coletivo (como a coleta de lixo, por exemplo), passando por atuação regulamentadora englobando até decisão de litígios, inclusive entre particulares (disputas quanto a competição desleal, levadas à apreciação do CADE)”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva: Saraiva, 2005. p. 28).

funções tipicamente administrativas, bem como que o Executivo exerça funções de características jurisdicionais ou legislativas.²²⁴

Em razão de tal complexidade, para a apuração do caráter administrativo, legislativo ou jurisdicional de determinada função estatal, a doutrina propõe tal distinção a partir de três diferentes critérios:

- orgânico;
- material; e
- formal.²²⁵

O critério orgânico considera, como método para distinguir a natureza das funções estatais, a competência característica do órgão ao qual está vinculada a autoridade que as exerce.

Assim, a função é administrativa se o ato tiver sido exercido por um agente público ligado a um órgão do Executivo, é legislativa se a referida atuação for emanada de sujeito vinculado ao Legislativo e é jurisdicional se a atividade for proveniente de autoridade vinculada ao Judiciário.

Trata-se de critério a ser visto com ressalvas, na medida em que não é incomum que órgãos vinculados a determinados poderes também exerçam funções que lhes são atípicas, como ocorre justamente no caso dos tipos de mera transgressão administrativa, cujos atos regulatórios, emanados do Executivo, acabam desempenhando papel legislativo, inclusive com relevantes reflexos em matéria penal.²²⁶

Já a partir de um critério material, pretende-se diferenciar o caráter das funções estatais mediante a natureza do conteúdo da atividade desenvolvida, independentemente da esfera de poder ao qual está vinculado o órgão ou o agente público que esteja a desempenhá-la.

Diante de tal premissa, as funções referentes ao atendimento direto das demandas de gestão da administração pública são consideradas administrativas, aquelas afeitas às atividades regulatórias são legislativas, enquanto as vinculadas à solução de conflitos são consideradas jurisdicionais.

²²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 61.

²²⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 138.

²²⁶ Sobre o exercício de funções atípicas: MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 25.

Tal critério é criticado por não considerar que as atividades públicas, a depender da esfera de poder ao qual o órgão ou a autoridade que as exerce esteja vinculado, estão sujeitas a regimes jurídicos absolutamente distintos.²²⁷

Em face disso, desenvolve-se o critério formal, o qual pretende diferenciar o caráter das funções estatais justamente a partir do regime jurídico ao qual a atividade pública está submetida.

Sob tal prisma, qualquer função de natureza administrativa estará vinculada ao regime jurídico próprio da administração pública; qualquer função legislativa, ao regime jurídico próprio da atividade legislativa; e qualquer atividade jurisdicional, àquele regime jurídico próprio da atividade judiciária.²²⁸

Costa pondera que o critério formal

[...] confere maior segurança à distinção, mas não deve ser visto como absoluto, mas sim como indicativo. Sua adoção não deve levar à aceitação cega da ideia de que o regime jurídico determina a natureza da função, sobretudo quando o critério material apontar para o exercício de função distinta daquela indicada pelo critério orgânico. Assim, quando um órgão desempenhar uma função que não corresponde àquela que tipicamente desenvolve, deve-se atentar para que o regime jurídico adotado englobe elementos que o aproximem do regime jurídico típico destinado à atividade em questão.²²⁹

Conclui-se, portanto, que a classificação acerca da natureza das funções estatais, se administrativa, legislativa ou judicial, deve ser obtida a partir de uma análise concreta de cada atividade pública mediante a conjugação dos critérios orgânico e material.

Nas hipóteses em que a indicação a partir de tais critérios for convergente, a conclusão será pela natureza por eles indicada, restando ao critério formal apenas a confirmação do regime jurídico a ser observado.

Já no caso de divergência entre os dois primeiros, o critério formal ganha relevância no sentido de sugerir que aquela determinada função, independentemente do órgão de poder ao qual esteja vinculada a autoridade que a exerça, deve ser regida por um regime jurídico próximo daquele aplicável ao conteúdo material da atividade pública objeto da análise.

²²⁷ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 26-27.

²²⁸ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 27.

²²⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 139.

3.2.3 A necessária aproximação dos conceitos de função e bem jurídico no âmbito dos tipos de mera transgressão administrativa

Nos tipos de mera transgressão administrativa, as funções estatais geradoras dos atos normativos infralegais, cuja tarefa será integrativa do injusto penal, têm, sob o prisma do critério orgânico, natureza administrativa, na medida em que, via de regra, serão editadas por autoridades vinculadas ao Executivo.

Já no que toca à sua análise a partir do critério material, referidas funções têm natureza legislativa, diante do nítido caráter regulatório sancionatório, inclusive para fins da possibilidade de aplicação de sanções criminais.

A solução para tal divergência deve, assim, ser obtida segundo a aplicação do critério formal, admitindo-se que, embora organicamente vinculada a autoridades do Executivo, referida atividade normativa deve incorporar regras essenciais do regime jurídico penal, pois, para fins de complementação do tipo, é esse o seu real conteúdo.²³⁰

Considerando-se que nos tipos de mera transgressão administrativa delega-se, em parte, ao Executivo uma função estatal tipicamente legislativa penal, tal delegação também deve abranger os ônus regulatórios dela decorrentes.

Aplicando-se a essência do regime jurídico penal aos atos normativos complementares dos tipos de mera transgressão administrativa, em especial, a necessidade de observância às premissas materiais do princípio da legalidade, somente estão aptos à complementação do conteúdo do injusto os dispositivos infralegais cuja integração com a lei penal represente a descrição de condutas lesivas ou potencialmente perigosas a valores socialmente reconhecidos, a ponto de justificar a possibilidade de aplicação de uma pena tão intensa quanto aquela criminal.

Em tal contexto, ganha relevância o princípio da proporcionalidade, cujo papel, no plano abstrato, consiste em exigir de qualquer agente normativo que possa inovar em matéria penal uma justificação, orientada pelos juízos de racionalidade e eficiência, a demonstrar o

²³⁰ Em sentido similar, Costa sustenta essa tese no que tange ao exercício, pela administração, da função de conduzir procedimentos sancionatórios. Para a autora, quando as autoridades administrativas vão julgar condutas dos infratores de atos regulatórios para lhes aplicar sanções proporcionais à sua gravidade, tudo mediante preceitos normativos previamente estabelecidos, tais agentes devem ter seu comportamento orientado por um regime jurídico que se aproxime daqueles inerentes às atividades jurisdicionais. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 141-144].

equilíbrio entre o valor legitimador da norma restritiva, o grau da ofensa exigido para a sua aplicação, bem como a qualidade da sanção prevista.²³¹

Nesse sentido, seja a partir da noção do que se denomina bem jurídico como limite material do legislador criminal, seja a partir do que se concebe como uma função estatal cujo exercício implicará uma regulação infralegal capaz de também gerar reflexos penais, ambos os institutos devem desempenhar a tarefa de limitar racionalmente tal modalidade de atividade sancionadora do Estado.

A legitimidade material dos tipos de mera transgressão administrativa, portanto, deve ser obtida mediante uma aproximação do exercício da função normativa administrativa que lhe complementa o conteúdo com aquela finalidade limitadora da intervenção penal decorrente do conceito de bem jurídico, e não de seu distanciamento.

Tal proposição, embora especialmente relevante no que toca aos tipos de mera transgressão administrativa, encontra precedentes no âmbito do dito direito penal clássico.

A doutrina admite a possibilidade de aproximação entre as noções de bem jurídico e funções, para fins de legitimação da intervenção penal, desde que, da integração das funções para com as variáveis por elas referidas, se possa obter um valor cuja proteção seja indispensável ao pleno exercício dos direitos fundamentais.²³²

Nos tipos de mera transgressão administrativa, a exigência de se aferir uma carga valorativa especial às atividades estatais, de modo a aproximá-las da noção de bem jurídico, pode ser mais facilmente demonstrada ao se admitir, para fins da legitimação constitucional

²³¹ Sobre a constitucionalização do princípio da proporcionalidade: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. Sobre o papel da referida norma de limitar a intervenção penal, esclarece Lopes que “[a] chave que regula o tamanho da intervenção do Direito Penal é dada pela seguinte ideia no Estado Social e Democrático de Direito: um crime a mais no Código Penal corresponde a uma liberdade a menos para o homem, e por isso deve-se evitar uma tipificação inútil, desproporcional ou infundada; de outro lado, se um crime a menos no Código Penal representar muitas liberdades a menos na sociedade, deve-se tipificar essa conduta atendendo-se aos princípios do Direito Penal e de acordo com as permissões e limites da Constituição”. [LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. *Critérios constitucionais de determinação dos bens jurídicos penalmente relevantes: a teoria dos valores constitucionais e a indicação do conteúdo material dos tipos penais*. 1999. 877f. Tese (Livre-docência em Direito Penal) – Faculdade de Direito, São Paulo, Universidade de São Paulo, 1999. p. 834].

²³² Sobre o tema, Tavares afirma: “Está claro, además, que en relación con la complejidad de vida, algunas funciones se van materializando de tal modo que sus variables pueden constituir una realidad, no solo puramente normativa, sino irreducible a simples dimensiones, cosa que las torna indispensables para la existencia del Estado o del propio individuo. Eso ocurre, por ejemplo, con la administración de justicia, que es hoy una función indeclinable de un Estado democrático. La característica de esta función de servir, indistintamente, a todos, en el sentido de la universalidad y su vinculación con la propia estructura del Estado, de la estabilidad y la convierte en bien jurídico, porque se constituye en un valor de la persona humana”. (TAVARES, Juez. *Bien jurídico y función en derecho penal*. Tradução de Monica Cuñaro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 65). Tal ocorre nos casos, por exemplo, dos crimes contra a administração pública, contra administração da justiça e no crime de desobediência previsto no artigo 330 do Código Penal.

de uma estrutura típica administrativizada, o conceito de função reconhecido pelo direito administrativo.

Ao vincular a essência da noção de função estatal ao propósito de se promover a efetivação do interesse público, já se incute, em sua própria definição, aspectos axiológicos capazes de permitir um filtro crítico a partir do qual é possível limitar quais os complementos administrativos referidos pela lei penal têm dignidade para complementar o conteúdo do injusto.

Adotando-se, no âmbito dos tipos de mera transgressão administrativa, um conceito de função de conteúdo valorativo, é possível sustentar que, assim como ocorre na relação entre as leis penais em geral e a noção de bem jurídico, somente são aptas à complementação do injusto penal aquelas normas infralegais cuja edição esteja lastreada em valores pré-normativos, relevantes socialmente, aptos a fundamentar o interesse estatal em punir, mediante a aplicação da sanção mais intensa disponível, as condutas que o afetem ou o exponham a risco de afetação.

Admitindo-se que, para se obter uma estrutura típica mais dinâmica – justificativa principal para a existência dos tipos de mera transgressão administrativa –, é inevitável uma intervenção criminal parcialmente fundamentada em atos normativos editados por autoridades públicas vinculadas ao Executivo, deve-se, por outro lado, reconhecer que a sua função terá conteúdo normativo penal, razão pela qual tal atividade rege-se pelas regras essenciais aplicáveis a essa modalidade regulatória, entre elas, a observância da concepção material do princípio da legalidade.

Em tal contexto, tanto a noção de funções estatais quanto a de bem jurídico, no que toca ao seu propósito de limitação racional da intervenção criminal, se aproximam, pois ambos abrangem aspectos axiológicos próprios.

3.2.4 Posição adotada

O objeto legitimador comum a todos os tipos de mera transgressão administrativa é o dever geral de obediência aos atos normativos administrativos editados presumidamente em benefício de pretensões coletivas valoradas como socialmente relevantes.

Há de se consignar, portanto, que tal técnica legislativa somente é materialmente justificada se, a partir da visão integrada entre o enunciado legal e o ato normativo complementar por este referido, se conotar: do primeiro, “um conteúdo mínimo” que “é o da

incriminação da desobediência” às determinações administrativas; e do segundo, uma atividade regulatória capaz de “eleger os interesses públicos” sob a perspectiva de efetivamente “buscar atendê-los” e cuja violação justifique uma intervenção especialmente intensa como a penal.²³³

A legitimação material dessa modalidade de estrutura típica passa, assim, por filtrar, sob o mesmo prisma material fornecido pela noção de bem jurídico penal, os atos normativos administrativos que complementam a lei e, via de consequência, constituem de forma definitiva o tipo.²³⁴

Essa tarefa somente será possível caso se transfira ao agente regulador infralegal, bem como ao aplicador do tipo representado por uma lei aberta, a obrigação de fazer uma depuração crítica, dentro do amplo ambiente das regulações complementares, para estabelecer quais transgressões estarão aptas, sob o prisma de um juízo de dignidade penal mais restrito do que aquele de infração administrativa, a justificar uma intervenção criminal.²³⁵

²³³ Sobre o conteúdo mínimo como uma desobediência administrativa: HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 99. Sobre a necessidade de atendimento ao interesse público: MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 31.

²³⁴ Sobre a exigência constitucional de um conceito material de crime como ofensa a valores que não podem ser determinados exclusivamente no plano político-ideológico, mas consiste em exigência material de que o injusto se reflita em valores constitucionalmente reconhecidos, cf. PALAZZO, Francesco. *Bene giuridici e tipi de sanzioni*. *L'Indice Penale*, a. XXVI, n. 2, mai./ago. 1992. p. 215. Em sentido similar: D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal*: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 52.

²³⁵ Sobre a possibilidade de transferir à administração deveres decorrentes do regime jurídico próprio às funções que as autoridades ou órgãos a ela vinculados estão efetivamente a exercer, Costa pondera que, ao desempenhar a função sancionadora, até pelo seu caráter de autotutela, deve o direito administrativo se orientar pela “moderação e equilíbrio, adequação e proporcionalidade, não devendo ir além dos meios necessários e suficientes para defesa pessoal ou da sua posse, em condições excepcionais”. A autora acrescenta que “a adoção de limites e garantias mais rigorosos no âmbito administrativo, gerando maior grau de formalização, levaria a um reforço comunicativo desta esfera no sistema de controle social apresentando como consequência, por sua vez, uma maior efetividade”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 143 e 148]. O mesmo raciocínio se aplica ao exercício pela administração de atos de natureza legislativa capazes de inovar em matéria penal, que, portanto, devem estar lastreados em valores próximos àqueles que vão orientar a noção de bem jurídico. O reconhecimento de um núcleo de garantias materiais para toda atividade sancionadora do Estado é essencial à adequação constitucional dos tipos de mera transgressão administrativa. Bechara observa que uma aplicação dos tipos representados por leis abertas sem limites a serem imposto ao aplicador, implicaria uma criminalização promotora de insegurança jurídica, pois, “[q]uando a utilização de elementos normativos leva à transferência do próprio sentido da criminalização para fora do Direito Penal, delegando-o a normas extrapenais e, assim, à ampla interpretação judicial, opera-se uma grande insegurança e desorientação dos destinatários da norma, restando difícil a identificação das condutas proibidas criminalmente e, assim, a motivação em relação a ela”. [BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal*: Considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo do Direito Penal Contemporâneo. 2017, Tese (Titularidade) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p.125].

Nos tipos de mera transgressão administrativa, não se deve adotar uma visão literal do enunciado legal segundo a qual qualquer infração administrativa estaria objetivamente tipificada, sob pena de se endossar intervenções penais absolutamente injustificadas.²³⁶

Uma interpretação literal dos enunciados legais dos tipos de mera transgressão administrativa, ao sugerir uma criminalização ampla de toda e qualquer infração que pudesse ser admitida como objeto da remissão, implicaria em direito penal lastreado em aspectos puramente normativos, desperdiçando todo o esforço teórico para se conceber uma limitação pré-jurídico-positiva da criminalização como uma garantia fundamental do Estado de Direito.²³⁷

Como um reforço ao argumento de que apenas algumas normas infralegais têm dignidade para integrar o tipo está o fato de que os regulamentos administrativos regulamentares estão vinculados aos mesmos limites impostos à lei a ser objeto da complementação. Portanto, em se cogitando de um dispositivo legal que delega à autoridade administrativa a função de completar um tipo penal tal delegação está abrangida pelos mesmos pressupostos constitucionais que orientam qualquer intervenção criminal.²³⁸

²³⁶ Sobre o tema Bechara, aduz: “Com efeito, o substrato material do delito deve ser respeitado, não podendo ser conformado pela violação de normas administrativas, as quais devem funcionar apenas como parâmetros político-criminais para a análise do risco (permitido ou proibido) da conduta proibida, e não como elementos estruturantes do conteúdo deontológico do delito”. [BECHARA, Ana Elisa Liberatore da Silva. *Valor, norma e injusto pena: considerações sobre elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. 2017. Tese (Titularidade) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 125]. A título de exemplo, não se pode admitir que o parágrafo único do artigo 1º da Lei n. 8.137/90, ao descrever a conduta de “[a] falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas, em razão da maior ou menor complexidade da matéria dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V”, esteja a tipificar o fato de um contribuinte que tenha atendido, sob o prisma do que interessa à higidez da ordem tributária, determinada diligência documental a ele solicitada, mesmo que tal atendimento tenha se dado fora do prazo, que, mediante uma leitura formal da delegação constate do dispositivo legal, poderia ser estabelecido a juízo exclusivo da autoridade administrativa.

²³⁷ Tal solução somente poderia ser cogitada admitindo-se a tese de que “a lesão de um bem jurídico não pode ser vista como núcleo de todos os crimes na medida em que que o núcleo de todos os crimes somente deveria ser encontrado numa infração de dever”. (JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 72). Essa posição, sob o pretexto da necessidade de adaptação da intervenção penal às rápidas modificações do contexto social, acaba permitindo ao legislador estabelecer quais as condutas merecem ser criminalizadas segundo o seu próprio juízo discricionário, esvaziando a noção limitadora do conceito material de delito. Referida concepção funcionalista sistêmica instrumentaliza a pessoa humana, já que a opção pela criminalização se resume ao arbítrio do Estado, a apreciação de valores passa a ser mera tarefa política, sem qualquer função jurídico-penal. Em sentido contrário, Greco defende que “definições de bem jurídico que o transformem em uma entidade ideal, em um valor, em algo espiritual, desmaterializado, são indesejáveis, porque elas aumentam as possibilidades de que se postulem bens jurídicos à la volonté, para legitimar qualquer norma que se deseje, o autor continua no sentido de que é mais desejável trabalhar com um conceito de bem jurídico como realidade”, ressaltando, ainda, que “realidade não é o mesmo que realidade empírica, porque o mundo real não se esgota naquilo que se pode verificar por meio da investigação das ciências naturais: a honra, por exemplo, é uma realidade, apesar de não lhe ser essencial o aspecto empírico”. (GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista IBCCRIM*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, 2004. p. 106).

²³⁸ Sobre a relação de dependência do complemento em relação à lei, Falavigno esclarece que “[o] regulamento tem por finalidade estabelecer padrões para que os agentes administrativos não se guiem por critérios díspares na

Acredita-se que a proposta de impor um filtro similar àquele aferido pelo conceito de bem jurídico aos atos normativos capazes de complementar a lei penal representativa dos tipos de mera transgressão administrativa é proposta mais útil do que aquela a sugerir a sua absoluta invalidade por falta de legitimidade material, pois, além de estar mais afinada com as exigências da atual realidade regulatória econômica, consiste em sugestão que não prescinde de impor ao âmbito sancionatório criminal um limite mais rígido do que aquele administrativo.

Há de se consignar, ainda, que o fato de o objeto de tutela comum aos tipos de mera transgressão administrativa ser o dever geral de obediência a alguns atos normativos administrativos não impede que, a partir da análise de cada tipo assim estruturado, identifique-se um valor mais específico a justificar aquela determinada incriminação.

A título de exemplo, caso a norma administrativa a ser transgredida para fins da afirmação da tipicidade objetiva tenha sido emitida com o objetivo de preservação do meio ambiente, inegável que também a proteção de tal valor compõe o objeto de tutela daquele tipo de mera transgressão administrativa em específico.

Quanto ao tema seria possível aplicar analogicamente a digressão de Prado no que toca à ordem econômica como objeto de tutela do direito penal. Segundo o autor, referido valor teria a natureza de bem jurídico categorial, compreendido como um gênero a abranger um conjunto de bens jurídicos específicos.²³⁹

Em síntese, deve-se admitir que, nos tipos de mera transgressão administrativa, a intervenção incriminadora está legitimada materialmente pela visão integrada de um dever legal de obediência às regulações administrativas, em conjunto com uma análise crítica dos atos infralegais objeto da remissão, cuja finalidade é selecionar, a partir dos mesmos critérios orientadores da noção de bem jurídico-penal, quais daqueles são aptos a inovar em matéria criminal.²⁴⁰

aplicação e na execução da lei, tratando uniformemente os indivíduos e consagrando o princípio da igualdade. Da mesma forma, ao complementar a norma penal em branco, visa a estabelecer critérios que tornam não apenas possível, mas também igualitária a aplicação da dita norma punitiva”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 62).

²³⁹ Sobre a natureza categorial do bem jurídico na ordem econômica, o autor afirma que, no direito penal econômico, “[e]m cada tipo legal de injusto há um determinado bem-jurídico específico ou em sentido estrito (essencialmente de natureza supraindividual), diretamente protegido em cada figura delitiva”. (PRADO, Luiz Régis. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 28).

²⁴⁰ Tal proposição visa à concretização do sistema de freios e contrapesos, característico do modelo de tripartição do exercício do poder. Em sendo necessário, para a regulação de uma atividade dinâmica por excelência, se conceder ao legislador penal a possibilidade de criação de um tipo representado por lei aberta, há de se compensar os efeitos colaterais do excesso de discricionariedade que tal intervenção penal pode permitir impondo-se juízos mais restritivos aos atos emanados de autoridade pública vinculada ao Executivo para depurar

O reconhecimento de uma legitimação material dos tipos de mera transgressão administrativa a partir dos critérios propostos, embora condição necessária, não é suficiente para a validade de tal técnica legislativa. É preciso conciliá-la, ainda, com as demais premissas da legalidade, de uma lei prévia, escrita, estrita e taxativa.

3.3 Tipos de mera transgressão administrativa e lei prévia

O princípio da legalidade tem como seu primeiro postulado a exigência de que a intervenção penal incriminadora há de ser sempre prévia, retroagindo apenas para beneficiar o réu, tal como determinado pelos artigos 5º, incisos XXXIX e XL, da Constituição Federal e 1º do Código Penal.

A irretroatividade da lei penal mais gravosa, da qual se depreende a ultratividade da lei mais benéfica, para além de um corolário lógico da legalidade – já que, se a lei estabelece o fato punível, não é possível o fato cometido antes dela constituir-se em delito –, desempenha papel fundamental no que tange à preservação do valor segurança jurídica, impedindo aos agentes normativos e às autoridades judiciais a criação e a aplicação de normas incriminadoras de forma casuística.²⁴¹

Já a retroatividade da lei penal mais benéfica prestigia o valor isonomia, evitando imputar àqueles que tenham praticado determinada conduta no passado consequências distintas daquelas que seriam aplicáveis a quem venha a cometê-la no presente.

Nas leis penais em branco, em raciocínio que se aplica aos tipos de mera transgressão administrativa, há certo consenso de que, como os complementos administrativos referidos pela lei penal integram a norma de direito punitivo, desempenhando função integrativa do injusto, a eles se aplica a regra da irretroatividade da norma mais gravosa.²⁴²

Diferentemente, há discussão doutrinária sobre quando deveria se admitir a retroatividade do complemento normativo administrativo nas hipóteses em que a sua

quais deles terão, efetivamente, a função de complementar a descrição da conduta típica. Tal juízo restritivo também deve ser imposto ao juiz, como agente do Judiciário, quando da aplicação do tipo representado por lei aberta. Sobre a tripartição dos poderes como alicerce do Estado de Direito e fundamento remoto da própria noção de legalidade material: SILVA, Gustavo Henrique de Souza e. *O princípio da legalidade e o direito penal econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 56-58.

²⁴¹ Nesse sentido: GIACOMOLLI, Nereu José. O princípio da legalidade como limite do *ius puniendi* e proteção dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 6, n. 23, p. 153-178, jul./dez. 2006. p. 163.

²⁴² Nesse sentido Guaragni e Bach: GUARANI, Fábio André. BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 41; 171.

modificação venha a restringir o alcance da incriminação ou, de alguma outra forma, a beneficiar a posição do réu.²⁴³

Nos tipos de mera transgressão administrativa, a sua adaptação à premissa de lei prévia é tema de grande relevância empírica, já que são frequentes as alterações dos complementos administrativos aos quais a lei penal faz referência, circunstância necessária à sua maior capacidade de atualização, o que, por sua vez, fundamenta a própria utilidade regulatória de tais estruturas típicas.

Tal reflexão também se reveste de importância dogmática, uma vez que:

- uma absoluta irretroatividade das modificações de atos normativos mais benéficos gera discussão quanto à necessidade de aplicação do comando constitucional de retroatividade da lei mais benéfica;
- uma irrestrita retroatividade das frequentes alterações mais benéficas do complemento administrativo gera discussão acerca de possíveis hipóteses inadequadas de *abolitio criminis*, tal como definido pelo artigo 2º do Código Penal; e
- uma posição mista implica a responsabilidade de estabelecer critérios a definir quando deve a alteração mais benéfica do complemento administrativo retroagir ou não.

Trata-se, portanto, de ponto sobre o qual se deve debruçar uma pesquisa que se proponha ao estudo das interfaces dogmáticas dos tipos de mera transgressão administrativa com o princípio da legalidade penal.

3.3.1 Retroatividade da alteração dos atos normativos complementares mais benéficos

Os defensores da irretroatividade das modificações mais benéficas dos atos normativos administrativos complementares ponderam que, tal como ocorre na exceção referente às leis

²⁴³ Em sentido contrário: HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. t.1, v.1. MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito penal*. São Paulo. Saraiva, 1977. A favor: GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. São Paulo: Max Limonad, 1977. Sugerindo uma posição mista: GUARANI, Fábio André. BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014. FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Legislación penal socio-economica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las "leyes en blanco"*. *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 16, p. 423-461, 1993. p. 453-459. MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves de. *Lei penal em branco: um confronto com o princípio da legalidade e análise dos crimes ambientais e econômicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

excepcionais ou temporárias, prevista no artigo 3º do Código Penal, as regras mais rigorosas previstas nos dispositivos infralegais revogados faziam sentido enquanto vigentes, razão pela qual a sua modificação posterior não deveria ter reflexos sobre juízos proferidos quando de sua vigência.²⁴⁴

Sobre o tema Hungria afirma que

[a]s leis penais em branco não são revogadas em consequência da revogação de seus complementos (outra norma legal ou regulamentos, portarias ou editais expedidos pela autoridade administrativa, e condicionantes de sua aplicação). Não obstante a cessação destes, continuam elas em vigor, apenas faltando os elementos ocasionais para a sua ulterior aplicação.²⁴⁵

Em sentido similar Noronha expõe que “[p]ronunciamo-nos em princípio, pela irretroatividade”, mas pondera que “[s]ó influi a variação da norma complementar quando importe verdadeira alteração da figura abstrata do Direito Penal, e não mera circunstância que, na realidade, deixa subsistente a norma”.²⁴⁶

De forma distinta, Basileu Garcia endossa a posição segundo a qual as alterações mais benéficas do complemento administrativo devem sempre retroagir, seja porque, em matéria penal, no caso de dúvida, há de se prestigiar a solução mais benéfica ao réu, seja porque, no caso de leis penais em branco, o complemento “impregna-se do cunho penal, como parte que passa a constituir da figura delituosa. E por isso a retroatividade benéfica se impõe”.²⁴⁷

²⁴⁴ Trata-se de posição que parece sugerir que todos os complementos administrativos referidos pela lei penal teriam a natureza de normas excepcionais ou temporárias.

²⁴⁵ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. t.1, v.1, p. 137. Tal posição, embora focada na questão de eventual revogação da lei em face da revogação do complemento administrativo, hipótese mais restrita que aquela afeita à discussão sobre a retroatividade de uma alteração normativa administrativa mais benéfica, parece sugerir a adoção, pelo autor, de posição favorável à linha da irretroatividade. Sobre essa posição, pondera Mendonça que “[a] teoria clássica afirma que as normas de complementação não estão sujeitas ao princípio a retroatividade da lei penal menos gravosa. Submetem-se ao princípio do tempus regit actum. O autor de uma conduta proibida não se beneficiaria, em hipótese qualquer, da *abolitio criminis* caso uma norma de complementação posterior tornar atípica a conduta por ele praticada. Os principais expoentes dessa teoria foram a Corte di Cassazione Italiana e o Reichsgericht alemão”. (MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves de. *Lei penal em branco: um confronto com o princípio da legalidade e análise dos crimes ambientais e econômicos*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016. p.93).

²⁴⁶ MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito penal*. São Paulo. Saraiva, 1977. p. 90. O autor, embora sinalize posição contrária à retroatividade da alteração mais benéfica do complemento administrativo, abre a possibilidade para discutir critérios nas quais ela pode ter relevância penal, aproximando-se de uma posição mista.

²⁴⁷ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. São Paulo: Max Limonad: 1977. p. 157. Sobre o tema, Mendonça pondera que “[a] tese segundo a qual a norma de complementação sujeita-se ao princípio da retroatividade da lei penal menos gravosa ganhou força e tornou-se uma corrente dominante, na visão de Silva Sanchez, no pós-guerra. Welzel foi um dos seus adeptos. Afirma que a revogação de um preceito de lei penal deveria deixar impune um fato praticado à época de sua vigência. Isso também aplica-se, na visão de Welzel, às normas de complementação das leis em branco. A grande distinção é que para essa corrente, a norma de complementação integra a lei penal compondendo, portanto, a estrutura objetiva do tipo penal. Assim sendo, também sujeita-se ao princípio da retroatividade da lei penal menos gravosa”. (MENDONÇA, Tarcísio Maciel

De forma ligeiramente distinta, Guaragni adota a posição de que, via de regra, há a retroatividade da alteração mais benéfica do complemento administrativo, entretanto, endossando uma concepção mista, excepciona tal possibilidade em duas hipóteses: “quando se deva à superação ou edição de uma norma extrapenal excepcional e temporária”; e “quando a alteração do complemento não modifique o alcance da norma penal, sem repercussão sobre o desvalor da ação ou do resultado típico pretérito”.²⁴⁸

O autor subdivide a primeira hipótese em duas possibilidades: o novo ato normativo administrativo reconhece que as circunstâncias excepcionais ou temporárias que motivaram a criminalização constante do ato normativo anterior não existem mais (o ato normativo excepcional ou temporário é o ato reformado); ou o novo ato normativo administrativo reconhece que passam a existir novas circunstâncias excepcionais ou temporárias que afastam as razões para a criminalização que constava do ato normativo administrativo anterior (o ato normativo excepcional ou temporário é o ato novo).²⁴⁹

Para Guaragni, em ambas, a ofensividade do fato ao bem jurídico está relacionada à existência das circunstâncias excepcionais ou temporárias no momento em que a conduta foi praticada, razão pela qual a retroatividade das alterações mais benéficas dos atos administrativos não estaria recomendada pela isonomia, sob pena de serem tratados, de forma igual, comportamentos que, pela conjuntura na qual foram realizados, deveriam ser valorados de forma distinta.²⁵⁰

Chaves de. *Lei penal em branco: um confronto com o princípio da legalidade e análise dos crimes ambientais e econômicos*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016. p. 97).

²⁴⁸ GUARANI, Fábio André. BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 42. Em sentido similar Bach: GUARANI, Fábio André. BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 173-175. Sobre o tema, Mendonça aduz “[...] que os limites da *abolitio criminis*, fruto da sucessão de norma de complementação da lei penal em branco no tempo, podem ser traçados pelo princípio da isonomia. A norma de complementação posterior retroagiria fazendo operar a *abolitio criminis* quando implicasse em uma reavaliação da conduta proibida. Dessa forma, não seria isonômico impor uma pena àquele que praticou uma conduta que hoje não é valorada de forma negativa pelo ordenamento jurídico”. O autor faz uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça sobre o tema apontando ser “difícil concluir qual o critério nossos tribunais superiores utilizam para delimitar o âmbito de incidência da *abolitio criminis* na hipótese de sucessão de norma de complementação no tempo”. (MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves de. *Lei penal em branco: um confronto com o princípio da legalidade e análise dos crimes ambientais e econômicos*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016. p. 221; 114-121).

²⁴⁹ Sobre o ato normativo excepcional ou temporário ser o ato reformado, o autor cita o exemplo de exclusão de uma doença do rol das de notificação compulsória, em razão do fim de uma epidemia. Sobre o ato excepcional ou temporário ser o ato novo o autor cita o exemplo do abrandamento da vedação de exploração de madeira de lei motivado por uma excepcional necessidade de madeira para reconstrução de casas atingidas por uma enchente. GUARAGNI, Fábio André. *Norma penal em branco, tipos abertos, elementos normativos do tipo e remissões a atos administrativos concretos*. In: GUARANI, Fábio André. BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 42.

²⁵⁰ GUARANI, Fábio André. BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 42. Explicando a posição do autor, a partir do exemplo por ele próprio exposto, Horta afirma que, “se a dispensa da notificação de uma doença se deu em virtude do fim da epidemia,

Já em relação à segunda hipótese, na qual a alteração do complemento da lei penal não modifica o alcance da norma incriminadora, Guaragni sustenta que a sua retroatividade não se justifica, na medida em que a conduta punível permanece a mesma.²⁵¹

Horta adere à corrente mista, sustentando que as alterações mais benéficas do complemento administrativo devem retroagir, salvo em casos excepcionais.²⁵²

Quanto às exceções, o autor endossa, substancialmente, a posição de Guaragni e Bach, embora registre que ela carece de detalhamento, “como o das condições que determinam ou excluem o caráter excepcional de um complemento extrapenal superado”.²⁵³

Ainda, Horta discorda da posição de Guaragni quando ele nega, sem ressalvas, a retroatividade de alterações mais benéficas de complementos administrativos, “quando a norma extrapenal nova (e não a anterior, alterada) seja excepcional ou temporária”.²⁵⁴

O autor aponta que a exceção prevista no artigo 3º do Código Penal, embora imponha a ultratividade da norma excepcional ou temporária mais gravosa, não veda a retroatividade da norma de mesmas características mais benéfica.

Nos casos de edição de um novo ato administrativo criando uma norma penal excepcional ou temporária mais benéfica, aduz Horta que

[a] isonomia não autoriza a retroatividade benéfica de uma liberalidade que limite o alcance da lei penal em branco, se a permissão extrapenal tiver sido concebida em função de alguma vicissitude do próprio bem jurídico protegido pela lei penal em referência. Isto é, quando a liberalidade se justifique em função da mais adequada proteção do bem jurídico penal, em circunstâncias excepcionais, já quando o Estado

essa notificação era importante para o controle epidemiológico enquanto a crise sanitária perdurou, e a omissão de promovê-la naquele tempo, conseqüentemente, terá sido prejudicial à saúde coletiva (ou à gestão dela”. (HORTA, Frederico de Almeida. Norma Penal em Branco e outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal, de Fábio Guarani e Marion Bach (resenha). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 25, v. 131, p. 483-494, mai. 2017. p. 492).

²⁵¹ Cita o exemplo da alteração da mão de direção de uma via, que não retroage em favor de quem teria praticado crime de trânsito. Em sentido similar, -Bach cita o exemplo da alteração na tabela de preços, que não deveria retroagir para beneficiar aqueles que infringiram os preços vigentes na tabela anterior. BACH, Marion. *Leis penais em branco e o princípio da legalidade*. GUARANI, Fábio André. BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 44-45; 171; 172. Também a defender a irretroatividade nas hipóteses em que a alteração do complemento da lei penal não modifica o alcance da norma incriminadora: HORTA, Frederico de Almeida. Norma Penal em Branco e outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal, de Fábio Guarani e Marion Bach (resenha). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 25, v. 131, páginas 483-494, mai. 2017. p. 493.

²⁵² HORTA, Frederico de Almeida. Norma Penal em Branco e outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal, de Fábio Guarani e Marion Bach (resenha). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 25, v. 131, p. 483-494, mai. 2017. p. 492.

²⁵³ HORTA, Frederico de Almeida. Norma Penal em Branco e outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal, de Fábio Guarani e Marion Bach (resenha). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 25, v. 131, p. 483-494, mai. 2017. p. 492.

²⁵⁴ HORTA, Frederico de Almeida. Norma Penal em Branco e outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal, de Fábio Guarani e Marion Bach (resenha). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 25, v. 131, p. 483-494, mai. 2017. p. 492.

por qualquer razão, ainda que passageira, decide restringir a tutela penal de determinado bem jurídico, autorizando ofensas que antes eram criminalizadas, impõe-se o “ônus” da “abolitio criminis” (art. 2 do CP), por força do princípio da isonomia, sim.²⁵⁵

3.3.2 Posição adotada

Nos tipos de mera transgressão administrativa, há de se adotar a posição de que todas as premissas impostas à lei penal quanto à sua aplicação no tempo, irretroatividade das normas mais gravosas e retroatividade daquelas mais benéficas, são também, via de regra, aplicáveis aos atos normativos administrativos que lhe completam o conteúdo.

Em tais estruturas típicas, na medida em que o enunciado legal que os representa delega a um ato normativo administrativo uma função integrativa do injusto, o conteúdo do ato complementar se aproxima, em termos de relevância para a descrição da conduta incriminada, daquele da lei penal, pois da leitura exclusiva desta não se terá uma visão integral do comportamento típico.²⁵⁶

Ao se delegar à instância administrativa a prerrogativa de contribuir com a constituição do injusto, há também de se delegar aos atos normativos oriundos de tal esfera a obrigação de observar as garantias referentes à necessária anterioridade das leis penais incriminadoras. Ocorre, por assim dizer, um repasse duplo, dos poderes e dos limites.²⁵⁷

Da mesma forma, as exceções à retroatividade da lei penal mais benéfica devem ser aplicadas aos atos normativos administrativos, ou seja, no caso de atos complementares de natureza excepcional ou temporária pode-se cogitar de sua ultratividade mais gravosa.

²⁵⁵ O autor cita como hipótese de irretroatividade de um ato normativo complementar novo temporário mais benéfico o exemplo de uma permissão temporária do IBAMA para caçar determinada espécie da fauna quando motivada pelo alto crescimento de sua população. Já como hipótese na qual um ato normativo complementar novo temporário mais benéfico deve retroagir cita o próprio exemplo de Garagni, sustentando que o abrandamento de regras de exploração de madeira de lei motivado pela excepcional necessidade de madeira para reconstrução de casas atingidas por uma enchente deve retroagir, “pois uma ofensa à flora, por exemplo, como o corte de madeira de lei, ainda que excepcionalmente permitida por razões de emergência social – a reconstrução de casas abaladas por uma enchente – não é menor que as outras que se tenham praticado quando não havia o especial interesse público na obtenção da madeira”. (HORTA, Frederico de Almeida. Norma Penal em Branco e outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal, de Fábio Guarani e Marion Bach (resenha). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 25, v. 131, p. 483-494, mai. 2017. p. 493).

²⁵⁶ Sobre o tema, a posição de Falavigno no sentido de que “entende-se que deve haver, sim, a retroação do entendimento em benefício do acusado quando a alteração da regra administrativa assessória representar uma mudança na valoração da conduta, e não decorrer apenas de questões situacionais, de acordo com a teoria dos fins especiais do Direito Penal”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 232).

²⁵⁷ Sobre um duplo repasse, de poderes e limites, no caso de um novo entendimento jurisprudencial que estaria a inovar em matéria penal: LEITE, Alaor. Proibição de retroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal. In: COSTA, José de Faria et al. *Actas do colóquio: o direito penal e o tempo*. Coimbra: Instituto Jurídico FDUC, 2016. p. 82.

Tal afirmação não impede, todavia, a retroatividade de atos normativos excepcionais ou temporários mais benéficos, quando estejam a restringir o âmbito do injusto penal quanto à potencial ofensa ao objeto que fundamentou a própria criminalização. A regra prevista no artigo 3º do Código Penal não veda tal possibilidade, sendo certo, ainda, que o valor da isonomia há de ser aferido justamente a partir da permissividade ou não de lesão ao valor legitimador da intervenção penal.²⁵⁸

Quanto às alterações dos atos normativos administrativos que não tenham qualquer reflexo sobre a abrangência da conduta punível, não parece haver maiores dificuldades em se sustentar que, também nos tipos de mera transgressão administrativa, a sua alteração não deve retroagir, pois, aplicando-se o ato normativo administrativo antigo ou o novo, cogita-se da punição do mesmo comportamento, e não de ações ou omissões distintas.²⁵⁹

Nos tipos de mera transgressão administrativa, o que, empiricamente, traz complexidade à sua adaptação às determinações constitucionais referentes à necessária anterioridade das disposições incriminadoras é que, como no ordenamento administrativo as alterações são frequentes e de diferentes intensidades, nem sempre é fácil identificar, em um caso concreto, quais serão, efetivamente, os reflexos penais delas decorrentes, mesmos aplicando-se aos atos normativos complementares os mesmos critérios impostos pelo postulado de lei prévia.

²⁵⁸ Sobre o tema, portanto, adota-se a posição de Horta, bem ilustrada pelo exemplo de tolerância quanto à exploração de madeira de lei motivada pela reconstrução de casas destruídas por uma enchente. HORTA, Frederico de Almeida. Norma Penal em Branco e outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal, de Fábio Guarani e Marion Bach (resenha). *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, a. 25, v. 131, p. 483-494, mai. 2017. p. 493.

²⁵⁹ Silva Sánchez adota a posição segundo a qual é preciso questionar sobre a permanência da necessidade de sanção em face da mudança do complemento administrativo para se deliberar sobre a retroatividade. Segundo o autor, para decidir sobre a retroatividade, deve-se questionar as razões que levaram à alteração da norma complementar. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las “leyes en blanco”. *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 16, p. 423-461, 1993. p. 453-459. Em sentido similar é posição de Díaz: “[...] para que una modificación en la norma reglamentaria tenga efecto retractivo como ley penal más benigna, es preciso que altere significativamente una insituición penalmente protegida, dejándola sin efecto ni proetcción jurídico-penal, o, al menos, que signifique una disminución efectiva, obligatoria, y no meramente facultativa, del marco penal. Obviamente, debe existir un limite, pues no cualquier modificación de la norma complementaria va a significar una modificación de la valoración jurídica de la conducta, que permita ser considerada como modificadora del tipo penal. Así, si varía el grado alcohólico en los parâmetros del manejo en estado de ebriedad o el limite en la contaminación del agua en un delito ambiental, o la velocidade máxima en una carretera, no se modifica en nada la ilicitud del respectivo delito ya cometido, por lo que no podría exigir-se su aplicación retroactiva. Distinto es que se estableciera que tal resíduo vertido no es contaminante, porque en ese caso su exclusión significa una alteración en la valoración jurídica que deve producir efectos retroaticos”. [BALDOMIRO DÍAZ, Raúl A. (Ir) retroactividad de las norma complementaria de una Ley Penal en Blanco. *Polít. Crim.*, v. 4, n. 7, jul. 2009. p 125-150. Disponível em: http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_07/Vol4N7A4.pdf. Acesso em 03 jun. 2021].

Para tanto, diante da possibilidade de alterações sucessivas dos complementos normativos referidos pela lei penal, a partir de uma hipótese fática específica, definido o momento da ação,²⁶⁰ deve-se aferir em que grau o novo ato normativo está a interferir no âmbito de abrangência do injusto anteriormente concebido,²⁶¹ se tal ingerência está a ensejar de fato uma situação mais benéfica ao réu,²⁶² bem como refletir sobre o caráter excepcional ou temporário tanto do ato revogado quanto daquele o revogou.²⁶³

²⁶⁰ Para efeito de definir a lei aplicável no caso de legislações sucessivas, também há de se definir o momento do crime, sendo certo que, nesse quesito, nosso Código Penal adotou a teoria da ação, segundo a qual o momento do crime será o da ação ou omissão indicada pelo verbo núcleo do tipo, mesmo que outro seja o momento do resultado. LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 101-102. Nesse sentido, o artigo 4º do Código Penal: “Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”.

²⁶¹ Há de se aferir, por exemplo, se de fato houve alteração do conteúdo do injusto ou se os efeitos da modificação apenas fornecem novos aspectos interpretativos quanto ao mesmo injusto. Sobre os reflexos temporais de novas interpretações de normas incriminadoras, Tavares defende a aplicação à jurisprudência das mesmas premissas aplicáveis à lei penal. TAVARES, Juarez. Interpretación, principio de legalidad y jurisprudência. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 40, n.3, p. 753-769, set./dez. 1987. p. 766. Já Leite defende que o critério sobre a retroatividade ou não do novo entendimento deve ser extraído do conteúdo da decisão judicial. Admite que em uma ordem jurídica ideal, de mandamentos penais absolutamente taxativos, não seria possível à jurisprudência assumir a função de concretizar tipos penais indeterminados. Reconhece, todavia, que, na prática, isso não ocorre, e que a declaração de inconstitucionalidade de tais tipos consistiria em uma solução radical. Nesse contexto, propõe como critério para estabelecer a irretroatividade da jurisprudência aqueles casos nos quais o juiz, excepcionalmente, substitui o legislador para “constituir o injusto penal no caso *sub judice*”. LEITE, Alaor. Proibição de retroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal. In: COSTA, José de Faria et al. *Actas do colóquio: o direito penal e o tempo*. Coimbra: Instituto Jurídico FDUC, 2016. p. 43-87.

²⁶² Para a análise quanto à definição de qual deve ser a lei mais benéfica, se a nova ou a anterior, devem ser consideradas as circunstâncias do caso concreto, e não a mera análise da regra abstrata. Quando houver dúvida sobre qual o diploma legal é o mais benéfico, será mais benigna a lei que, de qualquer modo, favorecer, em concreto, o agente, sendo indiferente, portanto, ser a lei anterior ou posterior. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 2002 p. 121. No mesmo sentido: TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 36. Nas hipóteses em que a lei posterior contiver alguns preceitos mais severos e outros mais benéficos, a doutrina se divide quanto à possibilidade de o juiz, ao julgar o caso concreto, de modo a extrair o maior benefício possível ao réu, poder conjugar os elementos mais benéficos da lei anterior (ultra-agindo seus efeitos), com aqueles da lei posterior (retroagindo seus efeitos). Quem é contrário à possibilidade de conjugação dos diplomas legislativos sustenta que não pode o magistrado, como se legislador fosse, mesclar duas leis distintas criando uma terceira, sob pena de violação ao princípio da tripartição dos poderes. HUNGRIA, Nélsion. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 109-110; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 108; e BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. t. 1, p.108. Aqueles que defendem a combinação de leis ponderam que o juiz faz apenas uma integração legítima, mediante o princípio da equidade, produzindo uma norma com o próprio material fornecido pelo legislador. GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 1, t. 1, p. 150. MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1964. v. 1, p. 210-211. DELMANTO, Celso. *Código penal anotado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 5. Adota-se a tese de constitucionalidade da combinação de leis, já que o seu reconhecimento nada mais é que uma decorrência da aplicação efetiva do princípio da legalidade que, na qualidade de norma de princípio constitucional fundamental, vincula a atividade estatal e deve ser aplicada na sua plenitude. SILVA, Gustavo Henrique de Souza e. *O princípio da legalidade e o direito penal econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 68-70. Em sentido similar: GIACOMOLLI, Nereu José. O princípio da legalidade como limite do *ius puniendi* e proteção dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 6, n. 23, p. 153-178, jul./dez. 2006. p. 164. Quanto à crítica de aparente violação do princípio da separação de poderes, mesmo que houvesse, no caso, a tensão entre a legalidade e a separação dos poderes, é fato que, pela ponderação a ser desempenhada pelo princípio da proporcionalidade, prevaleceria o princípio da legalidade sob sua forma plena, porque, numa

Em síntese, na medida em que se reconhece que, nos tipos de mera transgressão administrativa, o complemento administrativo referido pela lei penal vai desempenhar função integrativa do injusto, há de se aplicar a tais atos normativos as mesmas determinações constitucionais impostas à lei penal quanto à sua aplicação no tempo, admitindo-se como regras gerais, sempre que da sua alteração decorra reflexos sobre a abrangência da conduta tipificada, a irretroatividade (não ultratividade) da norma mais gravosa e a retroatividade da norma mais benéfica; e, como exceção, a ultratividade das normas excepcionais ou temporárias mais gravosas e a irretroatividade das normas excepcionais ou temporárias mais benéficas.

Deve-se, todavia, admitir a retroatividade da norma excepcional mais benéfica nova sempre que ela estiver a tolerar, por circunstâncias extraordinárias, algum grau de ofensa ao objeto de tutela que motivou a própria concepção do tipo.

3.4 Tipos de mera transgressão administrativa e lei escrita

O princípio da legalidade tem como segundo postulado a exigência de uma lei escrita, compreendida como vedação da instituição de normas incriminadoras mediante usos e

democracia material, o “interesse legítimo de um cidadão (retroatividade da *lex mitior*) sobrepõe-se ao interesse legítimo do Estado (lesão à competência do Poder Legislativo)”. (SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*. Porto Alegre: Livraia do Advogado: 2001. p. 223-224).

²⁶³ Um exemplo dessa complexidade de aplicação prática das premissas de uma lei prévia aos atos complementares referidos pela lei penal recolhe-se da análise da conduta constante do parágrafo único do artigo 4º da Lei n. 7.492/86, nas hipóteses de disposições sucessivas do Banco Central que alteram as regras aplicáveis à rescisão antecipada de Certificados de Depósito Bancários-CDB’s. No caso em que uma nova regulação da autoridade monetária aumenta o valor para que se admita a rescisão antecipada de CDB’s a partir de R\$10.000,00 (dez mil reais) para a partir R\$100.000,00 (cem mil reais), por exemplo, poder-se-ia sustentar a retroatividade mais benéfica de tal disposição para todos aqueles que, antes de tal modificação, admitiram rescisão antecipada dos aludidos papéis em quantia inferior ao novo limite, pois essa mesma conduta não seria punida caso realizada a partir da sua vigência. É possível, entretanto, sustentar que tal alteração seria irrelevante quanto à abrangência da criminalização, pois a mera quantificação pela autoridade administrativa do montante a partir do qual a rescisão antecipada seria admitida seria indiferente quanto à afirmação de que estaria criminalizada a conduta de desobediência à exigência de não se rescindir antecipadamente CDB’s fora das hipóteses definidas pela autoridade federal competente. A questão pode gerar ainda mais complexidade a depender da justificativa que motivou a autoridade administrativa a alterar referido limite. Se tal limite tiver sido ampliado, por exemplo, com o objetivo expresso de manter uma maior liquidez no mercado, diante da necessidade de compensar um aumento da taxa de juros para conter a inflação, poder-se-ia sustentar a natureza excepcional do ato normativo administrativo novo, gerando-se discussão sobre a sua retroatividade ou não, a ser definida a partir da compreensão de qual o objeto de tutela legitimador do referido delito. Caso se entenda que a proteção objetivada pela norma é a mera retenção de valores nos moldes previamente pactuados, para se manter a higidez das instituições financeiras, seria possível admitir a retroatividade, na medida em que a nova regra, diante de uma excepcionalidade (urgência em gerar liquidez no mercado) estaria a admitir certa lesão ao bem jurídico. Caso se entenda que a legitimação típica se dá por um objeto mais amplo, no sentido de fornecer ao Bacen instrumentos para auxiliar a política monetária em benefício da economia nacional, admitindo-se que tal alteração se deu em decorrência de uma vicissitude do próprio bem jurídico objeto de proteção, a alteração não deveria retroagir.

costumes, impondo a obrigação de que o ato normativo apto a inovar em matéria penal incriminadora deva se dar por um diploma legal formal, observado o regular processo legislativo.²⁶⁴

Essa previsão nada mais é do que a concretização do princípio constitucional da separação dos poderes, essencial ao modelo de Estado Democrático de Direito, estabelecendo-se que cabe, prioritariamente ao Legislativo Federal, em razão de sua maior aproximação à vontade popular, ditar as normas penais que orientarão o comportamento não só dos cidadãos como das próprias autoridades públicas.²⁶⁵

Trata-se, portanto, de ponto no qual se confirma uma tensão entre o princípio da legalidade e os tipos de mera transgressão administrativa, nos quais parte importante da descrição da conduta proibida e, via de consequência, do conteúdo do injusto, será delegada a agentes públicos não diretamente ligados ao Legislativo,²⁶⁶ razão pela qual merece ser objeto de reflexão pela presente pesquisa.²⁶⁷

²⁶⁴ Sobre o tema, pondera Lopes que “[o] segundo postulado descreve a reserva legal, ou a proibição do uso dos costumes (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*). Somente a lei escrita, que respeite o devido processo legislativo, pode criar crimes e penas [...]. É o que se afirma ser reserva legal: não se pode criar norma penal que incrimine condutas e comine penas senão por meio de Lei promulgada pelo Congresso Nacional, depois de passar pelo devido processo legislativo”. (LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*. Porto Alegre: Fabris, 2006. p. 87 e 88-89).

²⁶⁵ A competência federal para legislar em matéria penal está prevista no artigo 22, inciso I, da Constituição e se fundamenta no fato de que eventual segregação da legislação penal, conforme interesses regionalizados dos entes federados, dificultaria a realização do ideal de fornecer aos indivíduos, previamente e em todo território nacional, a garantia de previsibilidade dos limites entre o permitido e proibido, cuja noção deve decorrer de um meio social comum, organizado e integrado. A competência federal também pode ser justificada sob o prisma da legalidade material, na exigência de que os bens jurídicos dignos da intervenção penal devem ter reconhecida relevância em âmbito nacional. O regular processo legislativo, para se inovar em matéria penal, está estabelecido nos artigos 59 a 69 da Constituição Federal. Sobre o viés mais democrático do Legislativo, Martins assevera que “o Poder Legislativo é absolutamente autônomo na representação da sociedade. O mais democrático e o mais representativo dos Poderes, pois aquele que representa toda a comunidade. No Poder Executivo, a representação é da maioria. Quem detiver a maioria dos votos, o empalma. Contrariamente, o Poder Legislativo hospeda todas as correntes de pensamento ideológico da sociedade, pois, na proporção de sua importância, toda a sociedade nele está representada. É, pois, o Poder Executivo, o poder da maioria, e o Poder Legislativo, aquele poder de toda a sociedade”. (MARTINS, Ives Gandra da Silva. O princípio da separação dos poderes: a autonomia dos legislativos municipais: limites da competência do Ministério Público; preservação ambiental; exercício de poder de polícia e concessões [Parecer]. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 22, p. 309-331, ago./nov. 1998. p. 314).

²⁶⁶ Sobre tema, Vega reconhece que as leis penais em branco são uma “*inmiscución en la esfera de libertad de los ciudadanos por parte del Poder Ejecutivo*”. (VEGA, Dulce María Santana. *El cocepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: AD HOC, 2000. p. 26-27). Em decorrência disso, parte da doutrina adota, sob a perspectiva da reserva de lei, uma visão crítica das leis penais em branco: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*. Porto Alegre: Livraia do Advogado, 2001. p. 159. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal: parte general*. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 115-116. PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: Fabris, 1989. p. 47. MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves de. Lei penal em branco: um confronto com o princípio da legalidade e análise dos crimes ambientais e econômicos. Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, 2016. p. 51-52. SILVA, Pablo Rodrigo Alftlen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 140-141.

²⁶⁷ Sobre a relevância acerca do estudo do tema, Falavigno, aduzindo sobre leis penais em branco, mas cujo raciocínio se aplica aos tipos de mera transgressão administrativa, pondera que é “[...] bastante limitado o debate

3.4.1 Posição adotada

Uma adequação constitucional dos tipos penais de mera transgressão administrativa aos postulados de uma lei escrita deve partir da premissa, endossada por parte da doutrina, de que, sob o prisma de uma reserva absoluta de lei, está-se diante da “perda da centralidade do princípio da legalidade formal”.²⁶⁸

As especificidades do século XXI, marcado por uma série de revoluções tecnológicas, pela velocidade de acesso à informação, tudo a reforçar um contexto globalizado das relações humanas, alteram alguns dogmas referentes à própria estrutura de Estado e, via de consequência, modificam os alicerces da sua função regulatória e de seu sistema sancionatório.

Os modelos estatais tradicionais, embora cada um com as suas particularidades, partem da premissa comum de um monopólio de gestão das obrigações públicas e de utilização da força a ser exercido por uma autoridade central em um território geograficamente definido.²⁶⁹

acerca das questões problemáticas que envolvem esse instituto, havendo pouca literatura sobre os requisitos de validade das normas penais em branco, os quais deveriam estar taxativamente estipulados, principalmente para os casos em que o elemento complementar da norma não emana do Poder Legislativo”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 46).

²⁶⁸ SILVA, Suzana Tavares da. A nova dogmática do direito administrativo: o caso da administração por compromissos. In: GONÇALVES, Pedro (org.). *Estudos de contratação pública* – I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 895. A autora trata do tema sob a perspectiva do direito administrativo, mas suas ponderações parecem ser adequadas à noção de um direito penal administrativizado. Sobre um contexto de crise da legalidade também no âmbito penal: PALAZZO, Francesco. *La legalidad y la determinación de la ley penal: el significado lingüístico, la interpretación y el concepto de la regla iuris*. Revista Penal, Barcelona, n. 25, p. 104-116, jan. 2010 p. 104. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 352. MATUTE, Javier Donde. *Principio de legalidad penal: perspectivas del derecho nacional e internacional*. 2.ed. México: Porrúa, 2010. p. 204.

²⁶⁹ A noção de Estado surge a partir da ideia de um soberano absoluto, concebida em um contexto histórico no qual a personificação do poder, justificada pela providência divina, na figura do monarca, fazia sentido como instrumento para a eliminação de conflitos, necessária à promoção de um mínimo de estabilidade política, essencial para algum desenvolvimento social. SOARES, Mário Lucio Quintão. *Teoria do estado: introdução*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 106-107. A partir de uma crítica às teorias teocráticas como fonte de legitimação do poder soberano, o conceito evolui para a concepção de um Estado de Direito, cuja essência consiste no reconhecimento de que as normas advindas do exercício de um poder central, agora com origem no povo, também vinculam as próprias autoridades aptas a exercê-lo. A superação das teorias teocráticas teve como marco teórico filosófico importante a obra *Leviatã*, de Hobbes, segundo a qual somente a razão humana conduzida à celebração do contrato social, com outorga plena (com exceção do direito à vida) dos direitos individuais a um ente abstrato superior poderia evitar a guerra de todos contra todos (Estado de Natureza). HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria: forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. (Os Pensadores). 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. cap. XVIII, p. 15-106, 103 e 109. Papel decisivo na superação de um modelo absolutista desempenhou Locke, ao sustentar que o indivíduo, na transição do Estado da Natureza para a vida em sociedade, não aliena total e amplamente seus direitos e liberdades ao Estado, mas mantém grande parte das suas liberdades individuais, outorgando ao poder central apenas aquelas indispensáveis à criação de um ambiente em

Justamente nesse ponto a realidade das relações sociais atuais exige um novo salto transformador da noção de Estado, impondo-se a sua refundação a partir de uma dinâmica descentralizada, caracterizada por um emaranhado de relações cada vez mais analíticas e complexas, cuja regulação eficiente há de ser, em parte, desvinculada de uma autoridade estatal específica, superando a premissa de que as funções públicas normativas são tarefas exclusivas das autoridades legislativas oficialmente constituídas e que podem ser divididas exclusivamente entre elas de forma estanque e concentrada.²⁷⁰

que haja maior segurança ao gozo desses direitos subjetivos, notadamente abrindo mão do direito de fazer justiça pelas próprias mãos, que deve ser substituído pela instituição de um modelo organizado para a solução de conflitos. LOCKE, John. *Segundo tratado sobre os governos*. (Os Pensadores). Tradução: Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. cap. IX, p. 82-84. Nasce daí a noção de Estado de Direito, cuja essência, segundo Vilhena, está no fato de que o Estado, como sujeito das relações jurídicas, não pode sobrepor seus interesses aos dos cidadãos, até porque sua função é garantir o respeito, inclusive pelas autoridades constituídas, às normas necessárias à regulação das relações sociais. VILHENA, Paulo Henrique Ribeiro de. *Direito público e direito privado: sob o prisma das relações jurídicas*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p.

22.

²⁷⁰ A concepção de Estado de Direito já passou por diversos estágios, entre os quais destacam-se: (i) o Estado Liberal; (ii) o Estado Social e; (iii) o Estado Democrático de Direito. No Estado Liberal, marcado pela concepção democrática no plano político e pelo *laissez-faire* no econômico, há a valorização das garantias individuais e da propriedade privada. A ineficiência desse modelo, em especial diante dos abusos daqueles poucos que então detinham o instrumental necessário ao exercício das atividades produtivas e a excessiva concentração de renda desse fato decorrente, implica a instituição do Estado Social, cujo objetivo é, justamente, corrigir o individualismo exagerado do sistema liberal, por meio do mecanismo de garantias coletivas. MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 72-76. O modelo social é caracterizado por uma relação de cidadão-cliente do Estado, que pretende assumir diretamente a função de modificador da realidade, com o objetivo de reduzir as desigualdades promovendo o bem-estar social. A aplicação desse modelo assistencialista acaba por ensejar um sistema burocrático e ineficiente, revelando a incapacidade do Estado, por si só, de gerar recursos capazes de atender às exigências de uma sociedade política e economicamente cada vez mais complexa. FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; COSTA, Carla Regina Clark da. A proteção dos direitos fundamentais pelo processo constitucional no estado democrático de direito. *Revista Pistis & Praxis*, Curitiba, v. 6, n. 3, set./dez. 2014. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/4497/449748254008.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2020. A estruturação de um ente coletivo central caminha, assim, para a noção de um Estado de Direito Democrático e Social, cujo objetivo é a criação de uma nova estrutura capaz de coordenar e integrar as evoluções anteriores. Mir Puig aduz que tal modelo de Estado consiste em uma forma de organização estatal que, além de agregar os elementos dos modelos de Estado Liberal e Social, pretende superá-los. MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelo: Ariel, 1994. p. 31-33. Sobre as transformações da noção de Estado a partir da superação de um contexto de unidade territorial, Bitencourt Neto esclarece que “a institucionalização do poder, a partir do monopólio da força territorialmente definido e de um princípio fundamental de unidade, que marcaram o Estado na modernidade, são características em transformação, a partir de uma ‘dinâmica de desnacionalização’, seja na perspectiva externa, com o reconhecimento de poderes públicos globais desvinculados de um Estado, seja em âmbito interno, no que se tem chamado de Estado pós-moderno. O Estado transformado implica, necessariamente, em transformações na Administração Pública, até porque em boa medida as razões das mudanças são encontradas no plano administrativo. A diluição de alguns dogmas do Estado moderno produz importantes transformações na Administração Pública do Estado de Direito democrático e social, sob o ponto de vista orgânico e sob o aspecto funcional”. (BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, p. 207-225, 2017. p. 208). A título de exemplo, sobre o contexto de uma desnacionalização de algumas atividades estatais anteriormente estritamente ligadas a uma autoridade central unificada, tem-se a própria discussão sobre a adoção e regulamentação das denominadas criptomoedas.

Tal contexto, reconhecido pelos administrativistas no plano geral das funções do Estado, também se aplica ao seu aparato sancionatório, impondo a ressignificação de algumas premissas tradicionais, tais como a de reserva absoluta de lei, que há de ser conciliada com a exigência de regulações mais abertas, participativas, responsáveis, eficazes e coerentes com a realidade das atividades a serem reguladas.²⁷¹

Sobre o tema, Silva pondera que, sob o prisma formal, a perda da centralidade da lei

[...] resulta de uma crise do legislador parlamentar nas Constituições dos Estados democráticos que se deve, essencialmente, a duas ordens de razões: em primeiro lugar, ao facto de a democracia dos partidos ter fundeado o equilíbrio de poderes de uma forma desmedida a favor dos governos; e, em segundo lugar, à incapacidade de o legislador parlamentar dar resposta em tempo útil aos problemas e desafios da “nova sociedade”. Por outro lado, concluímos também que a função legislativa perdeu hoje a centralidade como expressão da vontade popular concretizadora do princípio democrático. O direito europeu, emanado pelas autoridades europeias a quem os Estados-membros atribuem competências (princípio da atribuição de competências), institui regras obrigatórias para os mesmos, às quais estes se têm de subordinar, incluindo os parlamentos nacionais.²⁷²

O fenômeno descrito pela autora pode ser transferido à reflexão sobre a adequação dos tipos de mera transgressão administrativa ao postulado da reserva de lei decorrente do princípio da legalidade.

Em tais estruturas típicas, reconhecendo-se, em determinadas matérias, a impossibilidade de o legislador responder em tempo hábil às necessidades de atualização da intervenção criminal mediante o regular processo legislativo, o enunciado legal atribui

²⁷¹ Uma das hipóteses nas quais tal fenômeno se revela, no âmbito do direito administrativo, é a partir das denominadas atuações informais, cuja essência consiste em esquemas de atuação da autoridade concebidos como meios complementares ou até alternativos àquelas tradicionais, tais como ato, contrato e regulamento administrativos. As referidas atuações informais foram sistematizadas pela doutrina alemã dos anos 1980 e tinham por objetivo inicial assegurar a harmonização de interesses antes da emanação da decisão administrativa, prevenindo e minorando a resistência à respectiva execução. Trata-se de fenômeno que se desenvolveu no contexto de emergência do Estado ambiental, diante de sua elevada dependência de conhecimentos científicos. Decresceu com a adaptação de algumas formas de atuação tradicional às circunstâncias desses novos ramos (atos provisórios e atos precários por exemplo), mas, diante do contexto de uma administração pública menos invasiva, legitimada por transparência e consensualização, ressurgem, agora com o objetivo renovado de reforçar o princípio da eficiência. Sua segunda onda reforça o contexto da perda da centralidade do princípio da legalidade formal, diante da transformação da dinâmica das fontes do direito, pois se reconhece que nem todos os institutos de direito administrativo são uma consequência da absoluta reserva de lei. [SILVA, Suzana Tavares da. A nova dogmática do direito administrativo: o caso da administração por compromissos. In: GONÇALVES, Pedro (org.). *Estudos de contratação pública* – I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 895-896].

²⁷² SILVA, Suzana Tavares da. A nova dogmática do direito administrativo: o caso da administração por compromissos. In: GONÇALVES, Pedro (org.). *Estudos de contratação pública* – I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 896.

competência à esfera administrativa para editar atos normativos de modo a integrar o injusto já sinalizado, de forma geral, pelo diploma legislativo federal.²⁷³

Não se trata, todavia, de delegação irrestrita. Tais autoridades somente estarão legitimadas a editar normas complementares com reflexos de criminalização nas hipóteses em que se verifique lastro em ato do Legislativo Federal, a partir do qual se opera uma delegação de competência, cuja legitimidade está lastreada em um dever geral de obediência às normas administrativas sempre que elas sejam editadas em benefício concreto do interesse público.

Embora seja método que valorize o conteúdo em detrimento da forma, não se pode prescindir desta para se afirmar a validade de tal estratégia legislativa. O que ocorre é que não se cogita mais de um aspecto formal absoluto, capaz de limitar, a partir de uma perspectiva estanque de hierarquia quanto à fonte normativa, a descrição completa da conduta incriminada a um ato emanado do Legislativo Federal.

Valoriza-se uma legitimação legal indireta quanto ao complemento da descrição do fato incriminado, na qual se admitem diplomas legais que, mediante atribuição de regras de competência, delegam parte da atividade normativa a instâncias não estritamente legislativas, sempre que tal delegação seja essencial para uma regulação eficiente da matéria.²⁷⁴

Sob o prisma da separação dos poderes, supera-se a ótica de divisão rígida e compartimentalizada das funções estatais, cogitando-se de sua leitura a partir de instituições públicas colaborativas, coordenadas, aptas a promover uma atuação acordada entre sujeitos políticos, sindicatos, organizações de interesses coletivos, grandes empresas, institutos

²⁷³ Sobre o tema, Silva pondera que “alguma doutrina se refere às entidades administrativas independentes como as titulares do ‘quarto poder’ ou ‘quarta função’, por exercerem em simultâneo as funções normativas, administrativa e jurisdicional, não se reconduzindo, nesta medida, ao modelo clássico da separação dos poderes”. [SILVA, Suzana Tavares da. A nova dogmática do direito administrativo: o caso da administração por compromissos. In: GONÇALVES, Pedro (org.). *Estudos de contratação pública* – I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 900].

²⁷⁴ Sobre o tema, Silva esclarece que “[t]odas estas alterações transformaram o tradicional princípio da legalidade da administração centrado no princípio da hierarquia de fontes de direito, num princípio de legitimidade da actuação administrativa que tem de ser articulado com o princípio da competência, o que permite, por exemplo, superar as dificuldades de déficit democrático assinaladas às decisões da regulação através de entidades administrativas independentes. Trata-se, nesse caso, de ‘temperar’ a democracia representativa do modelo majoritário com elementos do modelo madisoniano, através de delegação em entes institucionais independentes da responsabilidade do policy-making em matérias com impacto em longo período. Estas entidades não estão subordinadas a um controlo político-eleitoral, devendo antes fundar-se num autocontrolo assente numa rigorosa delimitação legal de suas competências, procedimentalização de sua actuações, subordinação da respectiva actividade aos princípios do contraditório, da participação e transparência. [SILVA, Suzana Tavares da. A nova dogmática do direito administrativo: o caso da administração por compromissos. In: GONÇALVES, Pedro (org.). *Estudos de contratação pública* – I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 897-898]. A autora ainda aduz sobre a necessidade de complementar o autocontrolo dessas entidades com um controle legislativo e judicial.

financeiros, de modo a promover uma regulação capaz de solucionar os desafios da sociedade atual.²⁷⁵

Embora se reconheça que as garantias formais, em especial, aquelas decorrentes do princípio da legalidade, sejam irrenunciáveis no direito penal constitucionalizado – sob pena de se retornar à concepção de um Estado autoritário –, percebe-se que, quanto ao seu postulado de reserva absoluta de lei, a impossibilidade de se delegar às instâncias administrativas qualquer contribuição à intervenção penal parece estar desconectada da atual realidade social, com toda a sua dinamicidade e complexidade.²⁷⁶

Não se ignora, entretanto, que, ao se admitir um ambiente normativo penal apto a ter alguma atualização mediante atos infralegais, acaba-se por aumentar o risco de comportamentos excessivamente discricionários por parte das autoridades administrativas, o que pode gerar um ambiente de enorme insegurança jurídica, propício a abusos sancionatórios.

Justamente por isso, é preciso ressaltar que a mitigação da reserva de lei como premissa absoluta não pode ser dissociada da noção, anteriormente exposta, de se aproximar a aplicação do regime jurídico legislativo penal às atividades normativas administrativas desempenhadas por órgãos vinculados ao Executivo, sempre que possam ter qualquer relevância penal incriminadora.

Nesses casos, há de se ressaltar a necessidade de se depurar, a partir de um limite material similar àquele imposto ao legislador penal, quais as normas constantes da regulação administrativa cuja violação poderá ensejar a aplicação de uma sanção tão intensa como aquela de natureza criminal.²⁷⁷

²⁷⁵ SILVA, Suzana Tavares da. A nova dogmática do direito administrativo: o caso da administração por compromissos. In: GONÇALVES, Pedro (org.). *Estudos de contratação pública* – I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 900.

²⁷⁶ Bitecourt Neto conclui no sentido de que é preciso reconhecer as transformações pelas quais passa o Estado e, via de consequência, a administração pública, para que o instrumental jurídico seja apto a ser um facilitador de realização dos fins do Estado de Direito democrático e social, no âmbito das turbulências e complexidades do tempo que se vive. (BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, p. 207-225, 2017. p. 222).

²⁷⁷ Sobre a importância da legalidade material para a adequação dos tipos penais representados por leis penais em branco, Delgado pondera que “[e]n el ordenamiento constitucional no cabe duda de la posibilidad de efectuar remisiones en materia penal a la norma reglamentaria, sea a través de la figura de la remisión recepticia o del reglamento ejecutivo. Y resulta claro que la reserva de Ley penal impede que en esta regulación se provoque la deslegalización. De esta manera, el problema de los tipos penales en blanco debe enforzarse, para determinar, en cada caso, su admisibilidad o inadmisibilidad constitucional, desde la perspectiva de los límites materiales de la reserva de ley”. (MESTRE DELGADO, Esteban. Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 41, n. 2, p. 503-527. mai./ago. 1998. p. 517). Em sentido similar, Costa sustenta não haver um dever pré-existente dos particulares de obedecer às regras da administração pública, pois tal obrigação de obediência somente decorre da lei, razão pela qual tais deveres não podem ser discricionários ou baseados em conceitos abstratos como ordem pública, bem

Da mesma forma, como resgate de premissas inerente às garantias formais, há de se impor à instância normativa administrativa o estrito respeito à delimitação oriunda da delegação legal que instituiu a remissão normativa, a adoção de procedimentos aptos a, quando da elaboração do ato regulatório, criar espaços democráticos de participação dos regulados, de modo a valorizar a sua transparência e, no âmbito de sua aplicação, respeitar aos princípios do contraditório e da ampla defesa.²⁷⁸

Há de se consignar, ainda, que a aplicação de algumas premissas do regime jurídico penal às autoridades administrativas, quando estiverem a exercer atividade com potencial reflexos criminais, não substitui a obrigação de que os referidos atos normativos administrativos também não de se submeter às normas afeitas ao regime jurídico próprio da administração pública, entre eles, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade, a eficiência, tudo conforme disposto no artigo 37 da Constituição Federal.²⁷⁹

Se há uma sobreposição normativa, administrativa e penal, também deverá haver uma sobreposição de limites ao seu regular exercício.

Em especial no que tange à legalidade, para além de impor à autoridade normativa administrativa o respeito às atribuições de competência decorrentes da própria lei penal, na medida em que, ao emitir o dispositivo complementar, ela estará agindo na qualidade de agente público, a sua vinculação ao referido princípio se dá de forma muito mais intensa do que aquela afeita ao particular, pois, enquanto este poderá fazer tudo aquilo que não está proibido, aquela somente poderá agir com base no que a lei permitir, também sob um prisma do próprio conteúdo da norma.²⁸⁰

comum, interesse público. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 142.

²⁷⁸ Costa pondera o problema decorrente do fato de que a administração, no exercício da função sancionadora, acaba, por muitas vezes, cumulando os papéis de vítima do ato ilícito e, ao mesmo tempo, desempenha a função de autoridade julgadora. Para mitigar esse conflito de interesses, a autora sugere uma aproximação no desempenho dessa função ao regime jurídico jurisdicional. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 142. Exemplo de iniciativa capaz de democratizar a instituição de normas mesmo no âmbito da administração pública se recolhe do modelo de *sand box* regulatório, utilizado pelo Banco Central, no qual os próprios agentes regulados podem proativamente contribuir com as estratégias para uma futura regulação. Tal objetivo também pode ser obtido mediante audiências ou consultas públicas, por exemplo.

²⁷⁹ Ainda como salvaguarda do lastro legal a ser imposto aos atos regulatórios normativos infralegais, o fato de que eles são espécies de atos administrativos e, portanto, sujeitos às disposições legais e ao controle pelo Poder Judiciário. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 205).

²⁸⁰ Sobre a vinculação entre a atividade normativa administrativa e a lei, Mello pondera que “[n]o exercício da função administrativa, o Estado, buscando dar atendimento aos interesses públicos eleitos pelo legislador pode editar comandos gerais e abstratos, como é o caso dos regulamentos; pode também atuar de modo individual e

Considerando-se que a atividade regulatória do Estado, inclusive em seu viés sancionador, deve, diante da realidade social atual, demonstrar a capacidade de se adaptar a um ambiente que se altera de forma cada vez mais profunda e veloz, há de se superar a noção de reserva de lei como um postulado absoluto do princípio da legalidade, valorizando-se, nesse ponto, a sua dimensão material.

Assim, sempre que tal estratégia se justificar a partir de um maior potencial de eficiência regulatória, é possível à autoridade administrativa complementar o conteúdo do injusto já sinalizado de forma geral pela lei penal, preservando-se o seu lastro democrático a partir de um modelo de atribuição de competência regulatória, segundo o qual, inclusive, há uma aproximação entre os regimes jurídico-normativos penal e administrativo.

Em síntese, a adequação constitucional dos tipos de mera transgressão administrativa aos postulados da reserva legal passa pela concepção de que a função normativa estatal atual não está ligada a uma estrutura estanque, imutável e hierquizada, quanto à sua fonte formal.

Deve-se admitir que as normas complementares administrativas podem contribuir em matéria penal, desde que a sua emissão tenha se dado com respeito às regras de competência estabelecidas pelo próprio dispositivo legislativo cuja mensagem precisa ser completada, vinculando-se, ainda, à sua eventual dignidade criminal, a partir de limites similares àqueles necessários à legitimação das próprias leis penais em geral.

concreto, fazendo incidir a lei sobre situações de fato idênticas àquelas nela descritas; pode, ainda, solucionar conflitos de interesses, inclusive os travados entre particulares. Mas, sob o ponto de vista jurídico, a atividade administrativa será sempre infralegal, sempre subordinada aos preceitos emanados do exercício da função legislativa”. (MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 32). Em sentido similar, Costa, discorrendo sobre o exercício da função sancionadora pela administração, raciocínio também aplicável quando a autoridade administrativa está a exercer uma atividade legislativa com reflexo penal, afirma que há de se superar a atuação de uma administração legitimada a partir de um viés autoritário, baseado em um dito poder de polícia, tal como originalmente previsto no artigo 78 do Código Tributário Nacional. Afirma a autora que, modernamente, há de se conceber um direito administrativo ordenador, tendo como premissa o fato de que “o poder de regular originariamente os direitos é exclusivamente da lei. As operações administrativas destinadas a disciplinar a vida privada apresentam-se, à semelhança das outras, como aplicação das leis”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 141 e 142]. Sobre a importância da legalidade como instrumento apto a impedir abusos regulatórios. Falavigno assevera que “[...] assim como nas outras esferas, o direito penal, o direito administrativo e o direito constitucional não abrem mão da regulação máxima pelo princípio da legalidade. Afinal, o Estado de Direito tem por principal fundamento a defesa do indivíduo contra o excesso de poder, sendo nesse sentido a orientação da legislação, ou seja, uma fórmula asseguradora de previsibilidade, ainda mais quando se trabalha em ramos do direito eminentemente sancionadores”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 61-62).

3.5 Tipos de mera transgressão administrativa e lei estrita

O princípio da legalidade tem como seu terceiro postulado a exigência de uma lei estrita. Esse postulado é compreendido, tradicionalmente, como a vedação, no direito penal, do uso da analogia *in malam partem*, impedindo que eventuais omissões do legislador sejam supridas, para prejudicar o acusado, mediante a aplicação de normas existentes para situações similares.²⁸¹

Tal estratégia de preenchimento das lacunas constantes no ordenamento jurídico criminal é admitida, portanto, apenas para beneficiar o réu, mediante a denominada analogia *in bonam partem*.

O fundamento material para a aludida garantia consiste na necessidade de que, em especial em matéria criminal, a regulação sancionatória há de ser previsível aos seus destinatários, aplicada de forma sempre limitada, evitando-se a sua utilização arbitrária ou casuística.²⁸²

Nos tipos de mera transgressão administrativa, pelo fato de sua representação se dar por leis penais abertas, ganha relevância o desafio de se exigir que a subsunção do fato às normas penais incriminadoras ocorra mediante um juízo de legalidade estrito.

Exatamente em razão dessa circunstância, mostra-se pertinente a discussão, no âmbito de tais estruturas típicas, acerca da possibilidade de se estender a premissa de uma legalidade estrita para nela abranger não somente a vedação da analogia em desfavor do réu, mas também a imposição de uma necessária interpretação restritiva do tipo, em especial quanto à seleção de quais os atos normativos objeto da remissão legal serão aptos a integrar o injusto penal.

²⁸¹ Sobre o tema, Lopes pondera que “[a] terceira função do princípio da legalidade traduz-se na proibição do uso da analogia *in malam partem* no Direito Penal (*nullum crimen, nulla poena sine legge stricta*) sendo que em face do aludido brocardo resta vedado o uso da analogia para incriminar condutas, somente resta a este instituto, no exercício da sua função de integração do Direito Penal, resolver as lacunas da norma penal que não impliquem em novas incriminações, ou em qualquer outro prejuízo ao acusado. Tal posicionamento é quase pacífico na doutrina brasileira”. (LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*. Porto Alegre: Fabris, 2006. p. 91-92).

²⁸² Zaffaroni, quanto à necessidade de vedação da analogia em matéria penal, pondera que “el derecho civil provee seguridad jurídica tratando de resolver el mayor número posible de conflictos, já el derecho penal provee mayor seguridad jurídica cunto más discontinuo es el ejercicio del poder punitivo que ejercita”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 111-118).

3.5.1 Posição adotada

A imposição de limites à interpretação das normas penais é questão tormentosa na doutrina, em especial quanto à necessidade de se estabelecer critérios práticos a serem observados pelos intérpretes.²⁸³

A doutrina propõe, via de regra, uma distinção entre analogia e interpretação analógica, aduzindo que enquanto naquela está-se a cogitar da supressão de lacunas do ordenamento, nesta há uma extensão do plano incriminador já previsto pelo legislador.²⁸⁴

Considerando tal distinção, embora haja certo consenso acerca da vedação da analogia *in malam partem* em matéria penal, há quem admita a possibilidade de uma interpretação extensiva das disposições incriminadoras.²⁸⁵

Partindo da premissa de que o Direito é uma ciência da cultura, construída a partir de juízos inequivocadamente axiológicos, cuja aplicação demandará, inexoravelmente, juízos interpretativos, em especial, nos tipos de mera transgressão administrativa, adere-se à parte da doutrina que sustenta não haver, para efeito de se limitar uma extensão penal inadequada, uma diferenciação empírica entre analogia e interpretação.²⁸⁶

Sob tal perspectiva, a premissa de uma lei estrita, cujo objetivo é limitar os aspectos subjetivos do julgador, impedindo-o de, sob pretexto de interpretar a lei, distorcê-la ou inovar

²⁸³ Sobre o tema, Tavares afirma que o grande desafio “[...] está en imponer un limite a la interpretación, en situarla dentro de la perspectiva de garantía individual y de contención del poder punitivo”. (TAVARES, Juárez. Interpretación, principio de legalidad y jurisprudência. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 40, n. 3, p. 753-769, set./dez. 1987. p. 765).

²⁸⁴ LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*. Porto Alegre: Fabris, 2006. p. 93.

²⁸⁵ Sobre o tema RIGGI, Eduardo Javier. *Interpretación y ley penal: un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*. Barcelo: Atelier, 2010. p. 354-359.

²⁸⁶ Sobre o tema, Tavares assevera que “[...] la dificultad de establecer, desde el principio, una diferencia entre analogia e interpretación es prácticamente insalvable. En el fondo, todo proceso de interpretación es un procedimiento analógico”. (TAVARES, Juárez. Interpretación, principio de legalidad y jurisprudência. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 40, n. 3, p. 753-769, set./dez. 1987. p. 758). Schmidt expõe que “[...] adotando-se o paradigma da filosofia da linguagem não é possível ao intérprete, diante de uma hipótese concreta, colocar-se numa relação de sujeito-objeto, capaz de captar o fato e compará-lo com o ditame normativo como se, metafisicamente, toda conduta possuísse uma realidade verdadeira, um sentido ontológico, pré-concebido”. O autor pondera que a linguagem somente adquire significado quando se relaciona a algum evento fático. Assim, na aplicação do Direito, a subsunção entre o significado do texto normativo e o fato é construída pelas impressões dos intérpretes, numa relação sujeito-sujeito. Sob tal prisma, a analogia e a interpretação extensiva são estruturalmente idênticas, devendo ambas serem vedadas em desfavor do réu em matéria penal. (SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 176-196). Na mesma linha: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 2002 p. 119. DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Garantismo, legalidade e interpretação da lei penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 67, p. 212-232. p. 228.

em seu conteúdo, deve vedar tanto uma analogia para prejudicar o acusado quanto uma interpretação extensiva de normas incriminadoras existentes.²⁸⁷

No que toca aos tipos de mera transgressão administrativa, essa ponderação reforça a imposição de que, uma vez utilizada tal técnica legislativa, o juízo de tipicidade objetiva, em especial quanto à ponderação de quais complementos normativos administrativos podem ter relevância para contribuir com a integração do injusto penal, há de se dar de forma restritiva, valorizando-se aqueles cuja infração tenha real possibilidade de afetar o objeto que justificou a própria concepção do tipo.²⁸⁸

Tal afirmação ressalta, também sob perspectiva de uma legalidade estrita, a premissa de que, a partir de uma leitura constitucionalizada dos tipos de mera transgressão administrativa, nem toda infração dos dispositivos complementares objeto da remissão legal terá a capacidade de integrar o injusto, mas apenas aquelas que, segundo uma ponderação axiológica semelhante àquela imposta ao legislador penal pelo conceito material de crime, justifiquem a aplicação da sanção criminal

Em síntese, como resultado do postulado de lei estrita, decorrente do princípio da legalidade, está vedada, no âmbito dos tipos de mera transgressão administrativa, tanto uma analogia *in malam partem* como a sua interpretação extensiva, impondo-se ao intérprete um juízo restritivo de tipicidade objetiva, em especial, quanto à necessidade de, a partir de critérios similares àqueles orientadores de um conceito material de crime, depurar quais os atos normativos complementares objeto da remissão legal têm, de fato, capacidade de inovar em matéria penal, integrando o injusto.

²⁸⁷ Sobre a necessidade de se impor limites à atividade interpretativa no âmbito do direito penal: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 118. SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 181. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 34. TAVARES, Juarez. Interpretación, principio de legalidad y jurisprudência. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 40, n. 3, p. 753-769, set./dez. 1987. p. 765. Sobre a premissa de lei estrita também a vedar uma interpretação extensiva, Schmidt pondera que “também a interpretação extensiva *in malam partem* deveria ser tolhida do Direito Penal, e isto serviria, segundo nosso raciocínio, como um mecanismo de limitar uma forma de analogia *in malam partem* não muito explícita. [...] A única interpretação teleológica que poderá ser admitida é a restritiva, ou seja, aquela que vislumbra, como finalidade a Constituição Federal, autorizar a intervenção penal só excepcionalmente e nos casos expressos por ela mesma”. (SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 194-196). Em sentido similar: SILVA, Gustavo Henrique de Souza e. *O princípio da legalidade e o direito penal econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 46.

²⁸⁸ Sobre o tema, seria aplicável às normas administrativas complementadoras da lei penal o critério de bem jurídico afetado, sustentado por Tavares como apto a limitar a atividade interpretativa penal em geral. TAVARES, Juarez. Interpretación, principio de legalidad y jurisprudência. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 40, n. 3, p. 753-769, set./dez. 1987. p. 766.

3.6 Tipos de mera transgressão administrativa e lei certa

O princípio da legalidade tem como seu quarto postulado a exigência de uma lei taxativa, cuja essência implica a necessidade de que o enunciado legal que representa o tipo penal tenha a capacidade de transmitir aos seus destinatários, de forma clara e objetiva, uma mensagem imperativa sobre a abrangência das condutas proibidas.²⁸⁹

Somente uma estrutura típica capaz de gerar em seus destinatários, previamente, a compreensão de um comando, cujo descumprimento tenha potencial de lesar valores socialmente relevantes, pode legitimar politicamente a aplicação das sanções previstas pelo direito penal, bem como criar a expectativa de que ele possa desempenhar alguma função preventiva.²⁹⁰

²⁸⁹ A obrigação de taxatividade das leis encontra-se positivada em nosso ordenamento jurídico não somente em âmbito constitucional como decorrência do princípio da legalidade, mas também nos termos da Lei Complementar n. 95/98. Sobre a importância da taxatividade em benefício de uma boa técnica legislativa: CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Técnica legislativa*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 111-112. Em sentido similar: WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*; parte general, 11 ed. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 27. Sobre a taxatividade como um imperativo lógico da necessidade de imperatividade da lei penal, Palazzo afirma: “L’esigenza della determinatezza é, dunque, una esigenza logicamente insopprimibile della norma nella sua dimensione del comando: il precedetto, quale volontà legislativa indirizzata ai suoi destinatari, può operare imperativamente solo in quanto la sua formulazione sia tale da consentire al comando di raggiungere la volontà dei sudditi”. (PALAZZO, Francesco. *Il principio di determinatezza nel diritto penale*. Padova: Cedam, 1979. p. 97).

²⁹⁰ Palazzo define que, como premissa política de legitimidade da intervenção penal, a taxatividade é “[...] un strumento di certezza giuridica e di conoscibilità delle norme, costituisce soprattutto un’auto-limitazione del potere statale di punire”. Em relação à necessidade de taxatividade para se conceber algum caráter intimidatório da norma penal, o autor afirma que “[...] la minaccia di pena deve sopprimire psicologicamente l’impulso al reato, i fatti vietati e le loro conseguenze debbono essere indicati all’autore potenziale nel modo più chiaro possibile. Il legislatore deve, quindi, utilizzare concetti generali univocamente determinati, egli deve scrivere gli elementi di ogni reato in modo determinato, chiaro ed esauriente. Il linguaggio legislativo deve essere semplice, ma conciso, chiaro ma netto, in modo che sia comprensibile dal giudice e dal popolo”. (PALAZZO, Francesco. *Il principio di determinatezza nel diritto penale*. Padova: Cedam, 1979. p. 25 e 89-90. Sobre a contribuição da taxatividade para se conceber alguma função preventiva ao direito penal, Beccaria afirma que, “[...] quanto maior for o número dos que entenderem e tiverem nas mãos o sagrado código das leis, tanto menos freqüentes serão os delitos”. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 35. Costa sustenta ser a compreensão da norma não apenas uma garantia, mas um elemento essencial para a motivação do destinatário em cumpri-la. A autora pondera que, em um direito penal excessivamente administrativizado, encontra-se “[...] um obstáculo para a efetividade da norma penal. Obstáculo ainda maior advém da cumulação de seletividades: a seletividade do sistema penal é somada à seletividade do sistema administrativo, o que gera déficits de execução significativos e, o que é mais grave, aplicação seletivamente desigual da norma penal”. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo, Saraiva, 2010. p.83. Na mesma linha, Vega registra que sem o conhecimento prévio do que é incriminado, não é possível ao destinatário da norma optar seja por não delinquir, seja por denunciar eventuais delitos. Afirma, ainda, que as premissas das teorias relativas da pena, em especial para se concretizar a expectativa de prevenção geral negativa, dependem da ciência prévia do indivíduo sobre a norma e a sua sanção. VEGA, Dulce Maria Santana. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad Hoc S. R. L., 2000. p. 22-24.

A defesa de uma intervenção penal taxativa não afasta o reconhecimento do quão complexo é o desafio de concretizá-la, em especial, quanto à regulação das atividades econômicas.

Trata-se de desafio que precisa superar o fato de que todos os termos jurídicos estão eivados de alguma carga axiológica, inexistindo elementares típicas cuja compreensão se dê de forma isenta de aspectos subjetivos, bem como lidar com as constantes, profundas e velozes modificações das atividades produtivas, contexto a exigir uma regulação mais aberta, com maior capacidade de renovação, sob pena de estar, constantemente, desatualizada.²⁹¹

É exatamente diante da necessidade de se conceber uma regulação criminal econômica na qual se reconheçam tais circunstâncias empíricas que se justifica a previsão legal dos tipos de mera transgressão administrativa, cuja técnica legislativa lhes empresta uma maior capacidade de atualização, de forma relativamente independente de um processo legislativo ordinário.

Por outro lado, a delegação à instância administrativa da função de complementar as condutas sinalizadas de forma geral pela lei, característica essencial das referidas estruturas típicas, acaba por implicar um tipo mais complexo, dificultando a tarefa dos seus destinatários e intérpretes de encontrar, diante da leitura do texto legal, com certeza e segurança, qual o conteúdo completo da conduta incriminada.²⁹²

A dificuldade de se compreender de forma prévia o conteúdo típico, diante da quantidade, complexidade, capilaridade e ausência de lógica sistêmica de alguns regramentos administrativos, é tão intensa que chega a atingir os agentes que têm conhecimento técnico sobre as áreas reguladas, bem como os próprios profissionais do direito que nelas atuam.

Tal circunstância gera enorme insegurança jurídica, agravada pela falta de publicidade ideal dos atos normativos administrativos complementares, seja por parte das autoridades que os editam, seja da mídia que, muitas vezes, se limita a dar destaque à criação de novos tipos penais.²⁹³

²⁹¹ Sobre o inevitável subjetivismo da ciência jurídica, Matute afirma que “[...] la naturaleza propia del lenguaje hace que la completa precisión sea un ideal inalcanzable”. MATUTE, Javier Donde. *Principio de legalidad penal: perspectivas del derecho nacional e internacional*. 2.ed. México: Porrúa, 2010. p. 206.

²⁹² FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 238.

²⁹³ FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 238.

A proposição de critérios aptos à aproximação dos tipos de mera transgressão administrativa às premissas de uma lei penal taxativa é, portanto, um grande desafio dogmático a ser enfrentado para se cogitar de sua validade constitucional.

3.6.1 A relevância da taxatividade no âmbito da regulação econômica

Além de ser um postulado decorrente do princípio da legalidade penal, o que, por si só, já garante a sua importância dogmática, a noção de taxatividade da lei, no âmbito específico da intervenção sancionatória das atividades empresariais, ganha especial relevância.

Somente a partir de regras claras será possível criar um ordenamento normativo capaz de incentivar um efetivo desenvolvimento social-econômico de forma sustentável, promovendo um ambiente de negócios orientado por uma estrutura regulatória capaz de gerar, naqueles dispostos a empreender ou investir, a confiança necessária.²⁹⁴

Empreender é correr riscos. O processo decisório sobre exercer ou patrocinar uma determinada atividade produtiva, essencial à geração de riqueza, distribuição de renda e desenvolvimento social, passa pela análise racional sobre os riscos envolvidos.

²⁹⁴ Falavigno destaca o papel da segurança jurídica como “norma princípio, que visa garantir a cognoscibilidade, a confiabilidade, e a calculabilidade do direito. Por cognoscibilidade não se denota completa determinação, tendo em vista os próprios limites da linguagem. No entanto, essa última, em sua concepção normativa, possui núcleos de significação já determinados pela doutrina e jurisprudência. A cognoscibilidade seria então a capacidade de compreender as alternativas interpretativas e os critérios indispensáveis à sua concretização. Por confiabilidade não se entende a imutabilidade, e sim que eventuais modificações assegurem a estabilidade e a continuidade normativas, uma vez que os direitos de propriedade e de liberdade devem permanecer, ainda que minimamente, válidos, de forma que os homens prossigam na organização de suas vidas. Por fim, a calculabilidade é a elevada capacidade de antecipar conteúdos às consequências jurídicas atribuíveis de forma abstrata a fatos e atos, próprios ou alheios, bem como o período temporal dessas consequências, o que se dá pela reconstrução dos significados constantes nos dispositivos legais. A antecipação total, no sentido de previsibilidade, não seria possível, tendo em vista a natureza do Direito, que se dá por meio do uso da linguagem, muitas vezes indeterminada, dependente de processos argumentativos para a aferição de seu sentido. Assim sendo, deve a segurança jurídica ser garantida pelos três poderes, o que decorre da eficácia imediata dos direitos fundamentais que a todos eles se refere, como o artigo 5.º da Carta Maior. Segundo o autor, o Legislativo deve obedecer às regras constitucionais de produção normativa, o Judiciário deve produzir interpretações uniformes e fundamentadas e o Executivo deve aplicar uniformemente a lei. Por óbvio, esse último Poder deve, ao produzir normas complementares, seguir as regras e limites impostos pela Constituição à atividade de produção normativa normalmente realizada pelo legislador. Assim, é necessário que o foco dos estudos jurídicos, bem como o crivo de legitimidade e legalidade, perpassa não apenas a aplicação da lei, mas também – e com ênfase – a sua produção”. (FALAVIGNO, Chiavelli. *Facenda. A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emis Academia, 2020. p. 144). Em sentido similar: ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2012. p. 269.

Ao se promover uma intervenção penal pouco clara, complexa ou excessivamente ampla, dificulta-se sobremaneira a identificação da matriz de risco, cuja análise será imprescindível para a decisão sobre desenvolver ou não determinada atividade empresarial.

Um ambiente regulatório assim estruturado impossibilita ao potencial empreendedor aferir qual real risco decorre da atividade que cogita executar ou financiar.

Tal contexto de incerteza pode desmotivar a atividade empresarial, em especial, quando, aos olhos do potencial empreendedor, qualquer interpretação da norma, posteriormente reputada por alguma autoridade como equivocada, hipótese com razoável probabilidade de ocorrer em um ambiente de regulação extremamente complexo, tenha o potencial de impor ao agente econômico penas privativas de liberdade, ou mesmo submeter-lhe às angústias de uma investigação ou de um processo penal.²⁹⁵

Uma regulação penal sobre as atividades empresariais pouco clara ou excessivamente ampla, ao contribuir para um ambiente econômico incerto e recessivo é, portanto, em última análise, lesiva à ordem econômica, cuja sua função seria preservar.

3.6.2 Síntese das atuais propostas de solução ao problema da taxatividade em tipos representados por leis penais abertas

Tendo em vista o atual contexto de crise da taxatividade penal, a doutrina tem refletido sobre diversos critérios visando a propor o resgate de uma previsão típica minimante determinada.²⁹⁶

²⁹⁵ Essa é uma análise sob a perspectiva do agente privado. Sob a perspectiva do agente público, Santos aduz sobre a existência de um direito administrativo do medo, o qual consiste na “[...] interpretação e aplicação das normas de Direito Administrativo e o próprio exercício da função administrativa pautadas pelo medo de decidir dos agentes públicos, em face do alto risco de responsabilização decorrente do controle externo disfuncional, priorizando a autoproteção decisória e a fuga da responsabilização em prejuízo do interesse público”. (SANTOS, Rodrigo Valgas. *Direito Administrativo do Medo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 373).

²⁹⁶ Cogitou-se vincular o grau de determinação à gravidade do delito, quanto maior a pena cominada, mais clara e taxativa deveria ser a sua descrição legal, critério já adotado pelo Tribunal Constitucional Alemão. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña, Mibuel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicento Remsal. 3 ed. Madrid: Civitas, 2003. t. 1, p. 171. Cogitou-se do instituto da interpretação determinante, segundo a qual seria admitida a constitucionalidade de normas indeterminadas, desde que fossem definidas, *a posteriori*, por critérios de interpretação restritivos. MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Tradução: Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962. p. 117; MUÑOZ CONDE, Francisco, ARÁN, Mercedes Garcia. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996. p. 116. Esse critério é utilizado pela Corte Suprema norte-americano nos casos de leis ambíguas, em que se prefere adotar os critérios da interpretação conforme à Constituição à declaração de invalidade do tipo penal. MATUTE, Javier Donde. *Principio de legalidad penal: perspectivas del derecho nacional e internacional*. 2. ed. México: Porrúa, 2010. p. 208. Há uma corrente a defender a necessidade de se determinar apenas o núcleo do tipo, para que se atenda à obrigação de taxatividade. MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1964. v. I, p. 186. Outros pretendem estabelecer um critério orientado pela proporcionalidade, admitindo a indeterminação quando o interesse de solução do caso concreto seja preponderante em relação à necessidade da

Reconhecendo-se a impossibilidade de uma taxatividade absoluta, o objetivo é limitar a quantidade da amplitude legal àquela estritamente necessária ao atendimento das finalidades que justificam o aumento de previsões típicas representadas por leis abertas, como é o caso dos tipos de mera transgressão administrativa.²⁹⁷

Especificamente quanto à taxatividade das leis penais em branco, há quem sustente que não se deve admitir a remissão de elementos centrais, sendo necessário denotar do texto legal o sentido completo da norma incriminadora.²⁹⁸

segurança jurídica. LENKNER, Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz, “nullum crimen sine lege”, Juristische Schulung (*Jus*), Beck, 1968, S.249, 304 e SEEL, Unbestimmte und normative Tatbestandsmerkmale und der Grundsatz nullum crimen sine lege (Art. 103 II GG), tes. doct. München, 1965 *apud* ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña, Mibuel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remsal. 3. ed. Madrid: Civitas, 2003. t. 1, p. 171. Parte da doutrina pretende defender um critério da máxima possibilidade de determinação legislativa, admitindo uma inconstitucionalidade por indeterminação da lei, desde que fosse possível ao legislador ser mais claro. JAKOBS Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Tradução: Joaquim Cuello Contreas e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 95-96. Existem os que sustentam um critério baseado na finalidade do legislador, bastando, para a validade da norma, obter-se do texto legal o conhecimento acerca da finalidade protetiva que motivou o legislador. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña, Mibuel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remsal. 3. ed. Madrid: Civitas, 2003. t. 1, p. 172. Schmidt, sustentando uma diferença entre vagueza e polissemia, defende a possibilidade da utilização, pelo legislador, sem violação do princípio da legalidade, de termos vagos, sendo vedados os polissêmicos. Para o autor, na vagueza, o termo não está determinado, mas é determinável genericamente mediante definição explicativa, com a reunião de características tidas como fundamentais pelo intérprete para defini-lo naquele caso específico ou em outros casos. Na polissemia, o termo somente é determinável especificamente mediante uma definição persuasiva, utilizando-se uma classificação de propriedades consideradas fundamentais pelo intérprete para um caso específico. Sobre critérios a definir o mínimo de taxatividade exigida, o autor pondera que “[u]ma técnica legislativa correta deve, assim, fugir tanto dos conceitos excessivamente vagos, nos quais não é possível estabelecer uma interpretação segura, como das enumerações excessivamente casuísticas, que não permitem abarcar todas as matizes da realidade”. (SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 240 e 244).

²⁹⁷ Em trabalho anterior, partindo da premissa da dificuldade em estabelecer um critério definitivo quanto ao grau de taxatividade, já que esta não comporta demonstração empírica, defendeu-se que o legislador, para respeitar a prerrogativa constitucional de lei certa, deveria: (i) limitar-se a utilizar termos já valorados pela linguagem geral, cujo conteúdo esteja esclarecido ao jurisdicionado, uma vez que expressa um contexto linguístico consensualmente delimitado e aceito pela comunidade; ou (ii) definir, em termos taxativos e mediante texto de lei, qual o significado, para efeito da aplicação daquela norma, das elementares que não puderem se enquadrar na primeira hipótese. Em relação a este último caso, citou-se, como exemplo, o artigo 6º da então vigente lei de licitações, Lei n.º 8.666/93. SILVA, Gustavo Henrique de Souza e. *O princípio da legalidade e o direito penal econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 93-94.

²⁹⁸ Sobre o tema, Falavigno cita o exemplo da jurisprudência espanhola: “Para os julgadores espanhóis, ademais, a lei penal em branco deve obedecer a requisitos de estrutura, finalidade e formulação. Quanto à estrutura, não se pode, de forma nenhuma, reenviar a determinação da pena, que deve estar contida na lei penal. Sobre a finalidade, o bem jurídico protegido deve justificar a necessidade do uso da técnica legislativa em branco. Em terceiro lugar, é necessário que o reenvio seja expresso e que o núcleo essencial da proibição esteja na lei, para que o tipo não perca sua função primordial de garantia [...] A certeza sobre a conduta punível deve, portanto, permanecer sob a reserva de lei. É preciso que o cidadão comum compreenda o que está proibido por meio do conhecimento do texto legal em si, sob o qual recai seu dever geral de informação. Este texto deve, conforme se salientará nos próximos critérios, fazer referência expressa à necessidade de que se busque o regulamento que o especifica, de forma a possibilitar a compreensão total da conduta proibida”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 225). Em sentido similar, Pais afirma que “[l]o esencial para el Tribunal es, a mi modo de ver, que la ley penal etablezca una prohibición concreta y suficientemente precisa, para lo cual exige que como mínimo la ley penal fije el núcleo esencial de la

Trata-se de critério que visa a delimitar qual o conteúdo pode ser remetido pelo enunciado legal à esfera regulamentar, considerando a compreensão do destinatário sobre a abrangência da proibição que fundamenta o injusto a partir da leitura exclusiva do texto legal.²⁹⁹

Parte da doutrina defende como premissa mínima de taxatividade para a validade das leis penais em branco a proibição de remissões dinâmicas, sustentando-se que, ao fazer referência não só ao estado presente de um regulamento administrativo, mas também às suas futuras alterações, a lei penal faz com que o conteúdo da norma esteja sujeito a incertas modificações discricionárias de competência de agentes normativos administrativos.³⁰⁰

Os adeptos dessa corrente sustentam que um texto legal minimamente taxativo deve exigir que as remissões sejam estáticas, nas quais a lei penal em branco se limite a fazer

prohibición. En efecto, aun cuando esta última propuesta de determinación del núcleo esencial ha sido la que mayor difusión y predicamento ha alcanzado en la doctrina, debe observarse que va acompañada de aquella que requiere la satisfacción de la exigencia de certeza o, en definitiva, la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada desde el propio texto de la ley penal. No se trata, pues, de que la ley penal contenga en su seno referencias que se puedan hacer corresponder con alusiones a elementos formales esenciales de la prohibición, sino que posea un contenido que materialmente permita conocer qué es lo que se encuentra prohibido (o es obligado)". (DOVAL PAIS, Antonio. *Possibilidades y límites para la formulación de las normas penales: el caso de las leyes penales en blanco*. València: Tirant lo Blanch y Univeristat de València, 1999. p. 162).

²⁹⁹ Segundo Falavigno, “[p]ara a boa descrição da ação, deve, portanto, o verbo núcleo estar contido na lei penal. Por fim, ela também deve deixar claro o elemento subjetivo do tipo, não podendo o ato regulador abranger hipótese culposa não prevista em lei. [...]. Em resumo, por núcleo essencial da proibição depreende-se a exigência de que a lei contenha os elementos necessários para que, por meio de sua redação, já se possa saber o que está proibido [...]. Novamente, frise-se que a regulação extrapenal deve apenas especificar, de forma restritiva, algum detalhamento a respeito do tipo penal [...]. Essa obrigação de precisão abrange também a proibição de que a disposição extrapenal amplie o tipo por meio da inclusão de condutas não previstas na lei em si, atendendo a ambas as exigências da legalidade, quais sejam, a manutenção da competência do legislador para delimitar crimes e taxatividade da descrição legal típica, o que garante a ciência do destinatário antes da imposição de pena. O preceito legal deve descrever o tipo de forma suficiente, permitindo o juízo sobre sua extensão e configurando uma conduta concreta, que cause lesão a um bem jurídico tutelado. A norma administrativa não pode, portanto, castigar penalmente infrações não previstas no texto da lei, o que se trataria de uma reforma do texto legal por meio do regulamento administrativo”. A autora cita precedentes do Tribunal Constitucional Alemão, do Tribunal Constitucional Português e do Tribunal Constitucional Chileno, bem como da legislação penal econômica peruana. Cita como exemplo de tipos inválidos, por sua representação legal delegar aspectos centrais da conduta, os artigos 34 da Lei n. 9.605/98, artigo 4º da Lei n. 7.492/86 e como tipo que atende ao critério o artigo 178 da Lei n. 11.101/05. FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 227-229. Posição similar foi adotada em: SILVA, Gustavo Henrique de Souza e. *O princípio da legalidade e o direito penal econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 72-76.

³⁰⁰ Consoante já exposto, a questão sobre a adoção de remissões dinâmicas tem reflexos na discussão sobre a retroatividade ou não da alteração do complemento considerado mais benéfico, mesmo quando o texto legal permaneça inalterado. No caso das remissões estáticas, com a necessidade de mudança da lei em face da mudança do ato normativo administrativo complementar, não há dúvidas quanto à retroatividade em benefício do acusado. FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 230.

referência a um regramento já existente no momento de sua promulgação, que passa a ser um complemento fixo.³⁰¹

Em sentido contrário, há quem sustente que limitar as remissões àquelas de natureza estática frustraria o próprio objetivo das leis penais em branco, que é ter flexibilidade na previsão típica, concedendo-lhes a capacidade de regular de forma mais eficiente um ambiente social e econômico cada vez mais dinâmico.³⁰²

Outra discussão doutrinária referente a critérios aptos a promover um mínimo de taxatividade de tipos representados por leis penais em branco é aquela sobre a possibilidade de remissões em cadeia. Nelas não basta uma operação de primeiro grau – verificação da norma administrativa referida pelo texto legal – para se compreender a abrangência do tipo objetivo, pois a própria norma complementar inicialmente referida faz nova remissão a outro

³⁰¹ Sobre o tema, Schünemann afirma: “Por tanto, la concepción de las reglas técnicas como objeto de una remisión dinámica del legislador no es compatible con las decisiones jurídico-constitucionales básicas ni con nuestra comprensión de la esencia del Derecho; y ello ni en el contexto específico de las regulaciones técnicas concretas ni en el contexto general de las máximas establecidas de comportamiento de la ‘comunidad de los técnicos’”. (SCHÜNEMANN, Bernd. Las reglas de la técnica em derecho penal. *Anuário de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 47, n. 3, p. 307-341, set./dez. 1994. p. 320). Em sentido similar: TIEDEMANN, Klaus. La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 73-97, jan./mar. 2002. p. 76. Para ambos os autores, a derrogação do complemento deveria levar, necessariamente, à adequação da norma penal a essa nova remissão. Falavigno adota uma posição intermediária, pondera que “[...] discorda-se do posicionamento de que as remissões estáticas seriam desnecessárias, uma vez que o órgão competente para proferir normas técnicas não é o mesmo que deve confeccionar a lei penal, o que, de pronto, já volta a justificar o uso da norma em branco nessa situação”, concluindo “[...] pela mitigação de remissões dinâmicas, visando a solucionar não só a vulnerabilização do princípio da legalidade – pela ausência de certeza do tipo, que passa a oscilar em suas especificidades com a variação da regra administrativa. Visa também a afastar possibilidade de erro de proibição, esse se dá pela dificuldade dos destinatários da norma em conhecer o complemento em contínuo processo de alteração, sobremaneira quando é revogado e substituído por outro de numeração distinta e que não é, em nenhum momento, referido na lei penal”. A autora admite remissões dinâmicas desde que, cumulativamente: “considerando que não haverá remissão de elementos centrais do crime e de que ocorrerá a remissão expressa e recíproca, que será posteriormente abordada, de forma a aumentar a publicidade do ato. A primeira medida reduz o dano à legalidade em sua vertente taxatividade, enquanto a segunda sobre a ocorrência do erro de proibição. Nesse caso, no entanto, só serão toleradas mudanças pontuais no mesmo regulamento. No caso de grandes mudanças, que correspondam a alteração do posicionamento jurídico adotado, ou de revogação total com confecção de outro regulamento de diversa numeração identificadora, haverá a necessidade de ser refeita também a lei penal em branco que faz a dita referência [...]. Já para as remissões dinâmicas válidas pela obediência a três critérios – não se tratarem de elementos centrais, haver a referência recíproca e a mudança operada ser no mesmo regramento e apenas de conteúdo pontual”. A autora cita como exemplo que a eventual revogação do artigo 4º do Código Florestal implicaria a revogação do artigo 39 da Lei n. 9.605/98. FALAVIGNO, Chiavelli. *Facenda. A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 231-233.

³⁰² DOVAL PAIS, Antonio. *Possibilidades y limites para la formulación de las normas penales: el caso de las leyes penales en blanco*. València: Tirant lo Blanch y Univeristat de València, 1999. p. 121. GUARANI, Fábio André. BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 171. CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editora Theimis, 1998. p. 99.

dispositivo administrativo, cuja análise também passa a ser necessária para a compreensão da norma incriminadora, exigindo uma operação dita de segundo grau.³⁰³

A sua utilização no enunciado legal que representa o tipo, portanto, aumenta o problema de falta de taxatividade decorrente das leis em branco, já que dificulta a tarefa do destinatário da norma de, antecipadamente, depreender a real abrangência do tipo.

Na medida em que as remissões de segundo grau não estão expressas na lei e que as normas complementares não têm a mesma necessidade de publicidade dos textos legais, a utilização de tal técnica legislativa aumenta, ainda, a possibilidade de se punir o agente regulado pelo descumprimento de ato normativo por ele nem sequer conhecido.

Diante de tais circunstâncias, há quem defenda, como estratégia de resgate de um mínimo de taxatividade das disposições penais incriminadoras, a total impossibilidade de previsões típicas que adotam as remissões em cadeia.³⁰⁴

Outros critérios pelos quais se discute a validade das leis penais em branco, a partir do grau de taxatividade da previsão típica delas decorrentes, dizem respeito à competência do órgão do qual emana o ato normativo complementar, da sua legalidade, bem como da sua natureza coletiva ou individual.³⁰⁵

No primeiro caso, há quem defenda a necessidade de o ato normativo administrativo referido pela lei penal também ser emanado de órgão público que tenha competência federal,

³⁰³ Nesses casos, conforme pondera Vega, os problemas de taxatividade e insegurança jurídica se agravam. VEGA, Dulce Maria Santana. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad Hoc S. R. L., 2000. p.34. Em sentido similar, Naves afirma que, “[...] no que diz respeito à segunda remissão – ou à remissão da remissão –, isto é, quando uma norma penal faz menção a uma norma ou ato extrapenal, o qual, por sua vez, realiza outra remissão a norma ou ato extrapenal há uma grande dificuldade de se conhecer a lei, aumentando exponencialmente as chances de erro por parte do destinatário da norma. Ademais, essa possibilidade fomentaria ainda mais as delegações em maior distanciamento da noção de legalidade que se tem. Em terceiro lugar, tamanho distanciamento da norma penal originária enseja a desnaturalização do escopo primordialmente por ela defendido”. (NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 38). Na mesma linha: SILVA, Pablo Rodrigo Alfteln da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004. p. 155-157.

³⁰⁴ Sobre o tema, assevera Falavigno que seria um critério dogmático para a validade de leis penais em branco “[...] a proibição de remissões em cadeia, devendo-se delimitar o conteúdo do tipo em branco com apenas uma remissão, de modo a preservar a exigência de certeza do tipo, decorrente da legalidade, bem como afastar a incidência indiscriminada de erro de proibição”. A autora cita o exemplo do artigo 38 da Lei n. 9.605/98, que remete à definição de floresta de preservação permanente ao Código Florestal, cujo artigo 6º estabelece, em alguns casos, a possibilidade de tal definição se dar por ato do Chefe do Poder Executivo. FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 233-234.

³⁰⁵ No caso do órgão do qual emana o ato normativo complementar, tal questionamento se limita às hipóteses de leis penais em branco em sentido estrito, nas quais a remissão se dá em face de atos legislativos de hierarquia inferior, caso a referência seja a atos de mesma hierarquia, leis penais em branco em sentido amplo, tal discussão perde seu objeto.

sob pena de que algumas condutas sejam tipificadas somente em alguns estados ou municípios da federação, ferindo-se, entre outros, o princípio da igualdade.³⁰⁶

Quanto à legalidade do complemento, parte da doutrina sustenta a necessidade de filtrar a validade das leis penais em branco a partir de um juízo de valor sobre a validade dos atos normativos administrativos por elas referidos, tais como a competência do órgão emissor, a taxatividade mínima do complemento e o respeito à limitação de conteúdo imposta pela remissão legal.³⁰⁷

³⁰⁶ Falavigno conclui que “[...] é necessário que ditos órgãos, dos quais emanam os atos complementares, seja instituições de direito público de competência federal, de forma a impedir influências privadas na delimitação do conteúdo de normas punitivas, bem como vulneração do princípio da igualdade”. Não obstante, a própria autora reconhece que o artigo 54 da Lei n. 9.606/98, quanto aos aspectos referentes à poluição sonora, foi regulamentado pela normativa 10.151 da Associação Brasileira de Normas Técnicas-ABNT, entidade privada. FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 235. Em sentido similar, Bach: GUARANI, Fábio André. BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 177. Schünemann ressalta a importância de os atos complementares serem emanados de órgãos públicos, não sujeitos às oscilações do setor privado: “normaciones realizadas por instancias privadas, es sin excepción jurídico-constitucionalmente inadmisibile, porque lesionaría el mandato democrático de la Ley Fundamental, al ceder a instancias sociales genuinas competencias legislativas, y porque no es compatible tampoco con el madato de publicación de las disposiciones jurídicas contenido en el principio del Estado de Derecho, a causa de aleatoridad de la publicidade de las regulaciones privadas, no restringida legalmente”. (SCHÜNEMANN, Berd. *Las reglas de la técnica em derecho penal. Anuário de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 47, n. 3, p. 307-341, set./dez. 1994. p. 318). A doutrina admite a possibilidade de inovação a partir de complementos emanados de instâncias supranacionais, ressaltando a necessidade de que tais normas tenham sido internalizadas mediante os devidos procedimentos próprios, inclusive quanto à publicação e determinação de nível hierárquico no ordenamento jurídico interno. Cf. DOVAL PAIS, Antonio. *Possibilidades y limites para la formulación de las normas penales: el caso de las leyes penales en blanco*. València: Tirant lo Blanch y Univeristat de València, 1999, p. 121. Sobre o tema: FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 235.

³⁰⁷ Falavigno sustenta como critério para validade das leis penais em branco a necessidade de que seja analisada a legalidade do ato complementador, que vai preencher a “janela” da lei, verificando-se se foi emanado por autoridade competente para regular dita matéria e se está redigido de forma clara, possuindo os requisitos de determinação necessários para que possa ser devidamente compreendido. Ainda, tal ato deve obedecer aos limites de conteúdo da lei, não podendo regular matérias diversas das que foram expressas e diretamente reenviadas. O ato que complementar a norma em branco passa, por consequência, a pertencer à dita norma, conforme o exposto na análise sobre sua retroação, devendo, portanto, obedecer a alguns critérios, ainda que menos rígidos, no que tange ao princípio da legalidade. A autora cita como exemplos de atos complementares viciados que, por consequência, viciariam a lei penal que a eles se refere, a Resolução n. 237, de 1997, do CONAMA, cujo objetivo seria regulamentar o artigo 23, incisos II, IV e VII, da Constituição Federal sobre a competência dos entes federados para proteção do meio ambiente. Todavia, como o texto do parágrafo único do próprio artigo 23 exigia que as regras de cooperação entre os estados fossem definidas mediante lei complementar, o que somente o correu com a Lei n. 140, de 2011, a autora sustenta que os tipos penais da Lei n. 9.605/98, que fazem referência expressa à licenciamento ambiental, até 2011, seriam absolutamente inaptos. O mesmo ocorreria o artigo 40 da Lei n.º 9.605/98, que, ao fazer remissão expressa ao artigo 27 do Decreto n. 99.274, de 6 de junho de 1990, implicaria em uma remissão em cadeia, bem como a um conceito extremamente vago do termo “Unidades de Conservação”. FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 240. Sobre a necessidade de o ato normativo complementar também ser taxativo, Enrique Cury pondera que “[s]i se aplica este principio fundamental a la norma complementaria de la ley en blanco, habrá que enunciarlo así: la disposición complementaria debe formularse de manera que, conjuntamente con la ley en blanco, describa el hecho mandado o prohibido de tal modo que, al

Já sobre a natureza do ato complementador, discute-se se a referência constante do texto legal pode se dar exclusivamente em atos administrativos gerais, tais como regulamentos, portarias e decretos, ou se também poderia haver referências a atos administrativos individuais, tais como licenças, permissões e autorizações.³⁰⁸

Ao se propor que o preenchimento da remissão constante das leis penais em branco seja limitado àqueles atos administrativos emanados de órgãos públicos federais, que a sua validade esteja vinculada à taxatividade também do ato infralegal referido e que o ato normativo complementar seja necessariamente coletivo, pretende-se limitar as balizas de amplitude típica decorrente da referida técnica legislativa.

Também no sentido de dar maior taxatividade aos tipos representados por leis penais em branco, sustenta-se que as remissões normativas não de ser sempre explicitadas no texto

conocerlas, un hombre común sepa precisamente lo que debe hacer o no hacer para evitar la imposición de una pena”. CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editora Theimis, 1998. p. 91.

³⁰⁸ Em termos conceituais, Carvalho sustenta que a norma complementada por ato individual não seria lei penal em branco propriamente dita, já que o conteúdo total do injusto estaria no ato legislativo, cabendo ao complemento uma mera função de exclusão da tipicidade ou ilicitude. CARVALHO, Érika Mendes de. Limites e alternativas à administrativização do Direito Penal do Meio Ambiente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 92, p. 299-336, set./out. 2011. p. 307. Em sentido similar, Bach: GUARANI, Fábio André. BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 181. Ainda em termos conceituais, mas em sentido contrário, admitindo as duas formas como lei penal em branco: GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas de acessoriedade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 58, v. 14, 2006. p. 160. Sobre eventuais aspectos negativos de complementos de atos individuais, Pais pondera que sua utilização pode gerar uma arriscada inversão interpretativa, pois “[e]fectivamente, en estos casos, el determinar si un hecho contraviene la normativa de remisión exigirá comprobar que carece de alguno de los requisitos para su conformidad a Derecho en el correspondiente sector en el que la actividad se halle regulada. Esto no supone verificar unicamente si tal hecho constituye un ilícito en dicho ámbito jurídico, sino si se trata de un hecho conforme lo establecido en él, lo que obliga a revisar si su realización se dejaron de observar la exigencias que es establecen el sector jurídico correspondiente”. (DOVAL PAIS, Antonio. *Possibilidades y límites para la formulación de las normas penales: el caso de las leyes penales en blanco*. València: Tirant lo Blanch y Univeristat de València, 1999. p. 132). No sentido de que a remissão normativa característica da lei penal em branco deve se limitar a atos administrativos gerais, Falavigno sustenta que a remissão a atos individuais, para além de um duplo processo interpretativo referido por Pais, podem acarretar problemas tais como aquele do indivíduo que atua tendo em mãos ato administrativo ilegal; contraria proibição administrativa nula; atua de acordo com os ditames e regras administrativas sem o ato formal; ou obtém concordância informal do órgão administrativo. Registra, ainda, o pouco rigor técnico das terminologias (autorização, permissão, licença), ora utilizados como sinônimos, ora utilizados com significados distintos. Conclui que “estabelece-se como quinto critério o uso, para a complementação de normas penais em branco, de leis e regramentos administrativos gerais, como portarias e decretos. Os tipos penais que referem a acessoriedade de ato, como artigos 51, 55, 60, etc., da Lei n. 9.605/98, dispõem sobre condutas que encontrariam boa regulação em sede de direito administrativo sancionador, o qual estabelecería as consequências em caso de descumprimento de atos individuais autorizativos emanados por órgãos e autoridades da Administração Pública”. (FALAVIGNO, Chiavelli. *Facenda. A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de acessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 237).

legal, adotando-se expressões tais como “com infrações de outras leis, regulamentos ou disposições”.³⁰⁹

Em sentido contrário, há quem defenda a possibilidade de o legislador utilizar remissões implícitas, segundo as quais as expressões constantes do texto da lei teriam a apreensão de seu sentido vinculada às disposições constantes de normas administrativas, sem a necessidade de o enunciado legal fazer qualquer menção expressa.³¹⁰

Sob tal perspectiva, portanto, as aludidas remissões implícitas aproximam-se da noção de elementos normativos do tipo, e não de elementos em branco da lei penal.

Ainda no sentido de se resgatar, no âmbito das leis penais em branco, a premissa de uma lei certa, parte da doutrina sustenta a necessidade de que a remissão seja recíproca.³¹¹

Segundo tal critério, sustenta-se a necessidade de “cláusulas de remissão inversa (*Rückverweisung*, em expressão de Tiedemann), o que corresponderia a dar ciência aos infratores da norma administrativa de que complementam um tipo penal”.³¹²

A quantidade de propostas acerca de um resgate de uma previsão típica taxativa no âmbito dos tipos representados por leis penais abertas demonstra a relevância dogmática da

³⁰⁹ A vedação de remissões implícitas foi endossada pelo Tribunal Constitucional Espanhol na decisão n. 127, de 1990. Essa é a posição de Falavigno, cuja doutrina adota “a necessária remissão explícita, nas normas penais em branco, com menção de que o dever nela instituído se dá com o cumprimento também de normas disposições ou regulações administrativas”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 240).

³¹⁰ A admitir remissões implícitas: DOVAL PAIS, Antonio. *Possibilidades y limites para la formulación de las normas penales: el caso de las leyes penales en blanco*. València: Tirant lo Blanch y Univeristat de València, 1999. p. 124-125. Falavigno, ressaltando que, no caso das remissões implícitas, tem-se uma aproximação grande com elementos normativos do tipo, cita como seu exemplo a expressão “relevante” do delito de *insider trading*, que, mesmo sem remissão expressa, deve ser compreendida a partir dos critérios definidos pela Instrução n. 358 da Comissão de Valores Mobiliários. Como exemplo de remissão expressa cita o artigo 33 da Lei n. 11.343/06. FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 238.

³¹¹ Sobre o tema, Falavigno defende “[...] o estabelecimento das chamadas remissões recíprocas, com a expressa previsão, na norma administrativa, de que sua infração causará também a violação de dever exposto em lei penal, acarretando as devidas consequências. Nesse caso, é recomendável que seja também expressa a menção à lei penal violada, com a indicação do número do diploma”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 240).

³¹² FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileira*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 239. Sobre o tema, Vega pondera que “[e]sto es, la remisión que realiza la ley penal en blanco es una remisión directa, mientras que la que efectúa la norma de complemento es indirecta o en sentido contrario: de la norma extrapenal de complemento a la ley penal en blanco. Mientras que la remisión que hace la norma penal em blanco a las disposiciones extrapenales es una remisión de supuesto de hecho, la que se realiza por la remisión indirecta es de consecuencia jurídica: la norma de complemento indica que la infracción de la misma lleva aparejada sanción en el Código Penal. Con ello se pretende evitar la indeterminación y, sobre todo, los problemas que, en materia de error, plantea el conocimiento de la conducta prohibida integrada por normas reglamentarias”. (VEGA, Dulce Maria Santana. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad Hoc S. R. L., 2000. p. 42-43).

reflexão sobre tema, bem como a dificuldade atualmente enfrentada para se conceber uma solução satisfatória.³¹³

3.6.3 Crítica às propostas expostas sob a perspectiva dos tipos de mera transgressão administrativa

Expostos alguns dos principais critérios propostos pela doutrina com o objetivo de mitigar a menor taxatividade característica dos tipos representados por leis penais em branco, passa-se a uma análise crítica de tais ponderações no que toca especificamente aos tipos de mera transgressão administrativa.

No que tange à sugestão de que não deveriam ser admitidos diplomas legislativos nos quais haja delegação à instância regulatória hierarquicamente inferior de elementos centrais da conduta incriminada, embora se endosse a tese de que é recomendável, sob o prisma da taxatividade, denotar, já do texto da lei, a compreensão completa sobre a abrangência da norma que fundamenta o tipo, trata-se de premissa incompatível com a própria estrutura dos tipos de mera transgressão administrativa.

Em tais modalidades típicas da análise isolada do texto legal, apenas se denota, como núcleo da conduta incriminada, a violação de um dever geral de obediência às ordens administrativas.

Nos tipos de mera transgressão administrativa, somente é possível compreender o seu conteúdo completo mediante uma análise integrada do enunciado que os representa com o ato normativo infralegal ao qual eles fazem referência. Pode-se considerar, portanto, que há a remissão a elementos centrais no que toca à descrição da conduta e, via de consequência, inerentes à própria integração do injusto.

³¹³ Além das posições já expostas para se adequar os tipos representados por leis penais em branco aos postulados de uma previsão incriminadora mais taxativa, de se consignar, ainda, critério de ordem subjetiva, segundo o qual, em tais estruturas legislativas, justamente em razão da amplitude da previsão típica, deveriam ser estabelecidas circunstâncias diferenciadas quanto às hipóteses de erro. A sugestão é de que, quando o dever de conhecimento e informação recair sobre norma complementadora, devem-se aumentar as hipóteses de reconhecimento do erro e diminuir-se o espectro de sua evitabilidade. FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 242. Trata-se de tema sobre o qual não se irá aprofundar, pois a presente pesquisa tem escopo limitado a questões de tipicidade objetiva. Sobre a questão do erro diante de estruturas típicas de remissão normativa: HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

Como crítica complementar à sugestão de vedação de remissão de elementos centrais, como solução apta a emprestar maior taxatividade aos tipos representados por leis abertas, cabe o registro de que, ao sugerir medir o grau mínimo de determinação necessário a uma previsão típica válida mediante a sua aptidão de ofertar ao destinatário a possibilidade de compreender integralmente o conteúdo da incriminação pela simples leitura do enunciado legal, referida estratégia acaba concebendo um critério extremamente subjetivo e de difícil demonstração empírica.

Quanto à proposta de proibição de remissões dinâmicas em benefício do postulado de uma lei certa, não obstante se reconheça que as remissões estáticas implicam uma tipificação mais taxativa, promovendo um ambiente de maior segurança jurídica, razão pela qual a sua utilização deve ser privilegiada, a ideia de limitar a admissão dos tipos representados por leis em branco a tal forma de reenvio normativo se revela providência complexa de ser observada nos tipos de mera transgressão administrativa.

Ao se sustentar o banimento das remissões dinâmicas mediante o reconhecimento de invalidez constitucional das estruturas típicas nas quais são utilizadas, diminui-se, substancialmente, o principal fundamento pelo qual se justifica a adoção dos tipos de mera transgressão administrativa, exatamente a sua maior capacidade de se atualizar de forma célere e independentemente de alteração legislativa.

Registre-se, ainda, como uma crítica empírica à possibilidade de adoção de tal posição de forma irrestrita, que, ao se deslegitimar uma enorme quantidade de tipos de mera transgressão administrativa representados por leis com remissões dinâmicas, vigentes e aplicadas no Brasil, notadamente no âmbito do direito penal econômico, está-se a impedir que, diante de situações excepcionais que as justificam, identifiquem-se os problemas daí decorrentes e proponham-se critérios dogmáticos especiais para a sua aplicação racional e constitucionalizada.

Já no que se refere às remissões em cadeia, acredita-se que o seu excesso pode, sim, implicar invalidez das previsões típicas por falta de uma taxatividade mínima, sempre que da leitura integrada da lei e dos complementos, justamente em razão da quantidade de reenvios normativos, não seja possível obter uma descrição razoavelmente compreensível do que é permitido ou proibido.³¹⁴

³¹⁴ O tema do excesso de remissões em cadeia foi tratado na Alemanha em discussão quanto à suposta tipicidade de conduta que violaria normas referentes à rotulagem da carne bovina e seus produtos correlatos no âmbito da União Europeia. Diante do excesso de remissões normativas, entendeu-se que a estrutura típica analisada seria inválida por não ser possível extrair das normas complementares, de forma minimamente clara, o conteúdo, o objeto e a extensão da incriminação. Concluiu-se pela inconstitucionalidade do dispositivo seja sob o prisma de

Superada a ponderação sobre tais hipóteses, a possibilidade de se admitir alguma remissão em cadeia também pode ser relevante para emprestar dinamicidade à regulação sancionatória pretendida, característica atualmente essencial para um aumento do seu potencial de eficiência no âmbito das atividades produtivas.

Um critério adicional que pode auxiliar a taxatividade de tipos penais representados por leis penais em branco que admitem remissões em cadeia é a exigência de que tais estruturas típicas consistam em crime próprio.

Limitando os sujeitos ativos aos quais a norma se destina, mediante critérios técnicos acerca de sua expertise, é possível mitigar os efeitos negativos de tal estratégia legislativa, pois passa-se a exigir um conhecimento mais específico sobre determinadas normas técnicas exatamente daqueles que, pelo conhecimento profissional deles exigível, têm maior possibilidade de conhecê-las e compreendê-las.

Em relação à exigência de que a emissão do complemento apto a completar o tipo se dê por órgão público de competência federal, sob pena de se violar o princípio da isonomia, é preciso recordar que, nos tipos de mera transgressão administrativa, o valor comum a orientar a norma incriminadora está no dever imposto a todos de cumprir o que determinado por autoridades administrativas.

Não se está, portanto, a criminalizar exclusivamente um juízo axiológico proveniente da própria autoridade pública da qual emana o complemento legal, mas também a inobservância de um imperativo, determinado pelo legislador, de que, como regra, todos devem cumprir as ordens emanadas da administração pública.³¹⁵

Sob tal perspectiva, nos tipos de mera transgressão administrativa, a obrigação de cumprir atos de autoridades administrativas, sob pena de aplicação da sanção criminal, embora consista em premissa aberta e pouco taxativa, estará sempre prevista por ato público

sua ilegitimidade material para lastrear uma intervenção criminal com a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade, seja diante do excesso de remissões que o tornavam incompressível aos seus destinatários, frustrando, em razão desta última constatação, inclusive, qualquer possibilidade de se impingir à norma aspectos preventivos. BVerfG, Zur Unvereinbarkeit einer Blankettstrafnorm mit den Bestimmtheitsanforderungen nach Art. 103 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG sowie nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG. Beschluss des Zweiten Senats vom 21. September 2016 - 2 BvL 1/15 -, Rn. 1-66. Disponível em: http://www.bverfg.de/e/l20160921_2bvl000115.html

³¹⁵ Ao se admitir que, nos crimes de mera transgressão administrativa, basta a adequação da conduta ao ato administrativo complementar, adotar-se-ia a concepção de crime de desobediência proposta por Kaufmann, segundo o qual, nesses crimes, a conduta do agente que se adequa ao tipo se limita a contrariar um juízo valorativo da própria autoridade pública, sem qualquer lastro axiológico legal. A lei estaria a serviço do ato administrativo e não o contrário. KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna*. Tradução: Enrique Bacigalupo e Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977.

de competência federal, pois somente esse tipo de diploma legislativo pode prever essa modalidade de responsabilidade.

Nas referidas estruturas típicas, portanto, independentemente de sua integração poder ser obtida a partir de atos normativos complementares de natureza estadual, municipal e, até, emanados de entidades privadas, há um aspecto axiológico geral a determinar a sua criminalização em âmbito nacional.³¹⁶

Como reforço à crítica de se vincular a validade dos tipos de mera transgressão administrativa à natureza pública e federal da autoridade emissora do ato complementador, tem-se que a adoção absoluta de tal premissa também mitigaria, de forma substancial, a principal função pela qual há de se tolerar tais estruturas típicas representadas por leis abertas, exatamente a sua capacidade de adequação às condutas a serem reguladas de maneira mais veloz, independentemente de alteração legal, não apenas em razão de circunstâncias temporais, mas também de aspectos regionalizados.³¹⁷

Da mesma forma, no caso dos tipos de mera transgressão administrativa, a afirmação sobre a legalidade do ato complementador não é pressuposto para a existência ou validade de uma norma penal baseada em um dever geral de obediência às ordens da administração pública, mas consiste em condição para a sua aplicabilidade.³¹⁸

Se, em um caso concreto, perceber-se que, na integração entre o texto da lei e o complemento ao qual faz referência, está-se diante de um ato administrativo emanado por autoridade incompetente, cujo conteúdo seja incompreensível ou que tenha extrapolado os limites autorizados pela própria remissão legal, a conclusão será pela atipicidade da conduta, mas não pela ilegitimidade do tipo, até porque, caso sanado o vício do complemento, o tipo passa a ser aplicável sem a necessidade de alteração legislativa penal.

³¹⁶ Exemplo de remissão normativa que pode ser complementada por iniciativa privada é o artigo 68 da Lei n.º 9.605, segundo o qual deve ser punido a conduta de “deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental”. A locução “contratual” sugere que a delimitação do dever, cujo descumprimento viola a norma, pode se dar mediante contrato, instrumento, em princípio, de direito privado. Evidente que, para efeitos penais, não se pode prescindir da presença do interesse público, que, no caso, pode ser justificado pela expressão “obrigação de relevante interesse ambiental”.

³¹⁷ A questão de proteção do meio ambiente é um bom exemplo de tal circunstância, pois a ponderação sobre os atos lesivos a tal valor não encontra limites bem definidos seja sob aspectos temporais, seja sob aspectos geográficos. Um ato praticado hoje pode gerar reflexos para gerações futuras. Um ato praticado em Minas Gerais pode gerar reflexos no Rio de Janeiro ou no Espírito Santo. A exigência para a regulação ambiental de determinada atividade em São Paulo pode partir de critérios absolutamente diferentes daqueles aplicáveis para normatizar aquela mesma atividade em Manaus.

³¹⁸ Essa é a posição adotada no capítulo primeiro, endossando-se a crítica de Roxin em relação à posição de Kauffmann, pois a legalidade dos complementos deve ser condição para a aplicação da norma penal. ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Tradução: Prof. Dr. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979.

Também, no aspecto da natureza do ato administrativo objeto da remissão, acredita-se não haver, sob o prisma da avaliação sobre a validade do tipo, diferença entre delegar o complemento da lei penal, para efeito da aferição completa do preceito normativo, a um ato administrativo coletivo (um decreto) ou a um individual (uma licença).

Aliás, do ponto de vista da taxatividade, a segunda hipótese pode até ser mais determinada, pois, por exemplo, pode ser mais fácil delimitar uma conduta que está a violar as condicionantes de uma licença ambiental específica do que definir um comportamento violador de um extenso, analítico e complexo decreto.

O que há de se rememorar, nesse ponto, é a diferenciação entre expressões que, de fato, delegam ao complemento da lei penal a aferição do preceito normativo daquelas que apenas fazem referência ao ato administrativo para excepcionar eventual tipicidade, já que neste último caso não se cogita de elemento em branco da lei penal ou de tipo de mera transgressão administrativa, mas de elemento normativo do tipo de caráter negativo.³¹⁹

No que toca à exigência de que as remissões normativas devam ser sempre explicitadas no texto legal, trata-se de critério que, embora relevante em relação à necessidade geral de um direito penal concebido por modelos incriminatórios taxativos, pouco tem a contribuir especificamente quanto aos tipos de mera transgressão administrativa.

Tais estruturas típicas estão vinculadas a textos legais nos quais utilizados elementos em branco ou elementos de valoração global do fato e cuja intervenção penal está sobreposta àquela administrativa.

No caso de tipos de mera transgressão administrativa representados por leis penais em branco, está-se, via de regra, diante de remissão explícita, mas como são utilizadas, com frequência, remissões dinâmicas e em cadeia, tal fato pouco colabora em relação à sua maior taxatividade.

Já no caso de tipos de mera transgressão administrativa representados por elementos de valoração global do fato, tais expressões hão de ser classificadas como remissões

³¹⁹ Sobre o tema reitera-se distinção feita no capítulo primeiro entre as expressões “sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente” e aquelas como “em desacordo com a obtida”. No primeiro caso, a conduta proibida está de forma completa descrita na lei e é excepcionada por um ato administrativo permissivo individual, estando-se diante de elemento normativo negativo do tipo. Já no segundo caso, a conduta descrita tem sua essência definida pelo descumprimento de uma norma constante do próprio ato administrativo individual que desempenha função integrativa do injusto, estando-se diante de elemento em branco da lei penal mediante remissão a ato administrativo individual. Registre-se que, via de regra, é no caso de elementos normativos de caráter negativo que se estará diante do duplo processo interpretativo referido pela doutrina como justificativa para vedar a remissão a atos normativos administrativos individuais. Ademais, os demais problemas resultantes da remissão a atos normativos individuais, tais como comportamento praticado mediante ato administrativo ilegal; contrariedade à proibição administrativa nula; atuação conforme regras administrativas sem o ato formal; ou obtenção de concordância informal do órgão administrativo, devem ser, via de regra, discutidos no âmbito de aplicação do tipo e não de sua validade.

implícitas, pois as condutas por elas descritas, mesmo sem menção expressa, devem ser compreendidas a partir da regulamentação administrativa sobre a qual está justaposta a intervenção penal.³²⁰

Referida proposta de vinculação do conteúdo de tais expressões às premissas constantes da regulação infralegal sobre a qual está alocada a lei penal reforça, portanto, mesmo diante de remissões ditas implícitas, a sua taxatividade, e não o contrário, pois sem tal ponderação o espectro de condutas abrangidas pelos elementos de valoração global seria ainda mais amplo.

A exigência de remissões explícitas é, portanto, no que toca aos tipos de mera transgressão administrativa, critério inútil quanto ao objetivo de lhes emprestar maior taxatividade.³²¹

Já a proposta de remissões recíprocas, ao exigir da norma complementadora uma referência expressa ao tipo penal objeto da complementação, pode contribuir para uma previsão típica mais taxativa no âmbito dos tipos de mera transgressão administrativa.

A exigência de indicação prévia ao agente regulado, pela própria autoridade administrativa, de quais os atos normativos infralegais teriam, em tese, a capacidade de gerar reflexos penais certamente auxiliaria para uma previsão típica mais determinada, gerando um aparato regulatório penal com maior segurança jurídica.

A adoção do referido critério implicaria, ainda, já no âmbito da descrição objetiva do ato administrativo, um primeiro filtro apto a segregar, dentro do conjunto mais amplo do universo das infrações administrativas, quais aquelas cuja transgressão poderia gerar algum reflexo criminal.³²²

Trata-se de alternativa útil também para, mantendo-se a estabilidade do texto legal, cuja redação não necessitaria acompanhar as alterações mais dinâmicas dos atos normativos

³²⁰ No caso de remissões implícitas pode-se, ainda, estar diante de um elemento normativo do tipo de caráter jurídico, e não de um elemento em branco da lei penal, sempre que a função do complemento seja um limitador do significado de expressões utilizadas no enunciado normativo, gerando uma relação de acessoriedade administrativa conceitual entre as esferas.

³²¹ Em sentido contrário, com relação às leis penais em branco como um todo, há quem sustente que o reenvio normativo expresso, somando ao critério de uma especial justificativa em razão do bem jurídico a ser protegido, bem como a necessidade de já no texto legal se estabelecer a pena e o núcleo essencial da proibição, são critérios aptos ao respeito de uma previsão típica taxativa mediante tal estratégia legislativa, garantindo a possibilidade de conhecimento prévio, aos destinatários, da conduta proibida. LUZÓN PEÑA, Diego-Manoel. *Curso de Derecho Penal*. Madride: Universitas, 1996. p. 149-150. FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de acessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileira*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 95.

³²² A título de exemplo, poder-se-ia exigir do Banco Central a indicação expressa de quais as normas editadas pela referida autarquia seriam aptas à complementação do artigo 4º da Lei n. 7.492/86.

administrativos, conceber-se uma regulação penal com razoável capacidade de atualização, conciliada com a exigência de um tipo penal minimante taxativo.³²³

3.6.4 Posição adotada

Acredita-se que uma contribuição efetiva para uma maior taxatividade dos tipos de mera transgressão administrativa se recolhe da exigência de que, a partir de critérios sinalizados pelo princípio da ofensividade penal, devem-se limitar quais os atos normativos infralegais referidos pela lei são efetivamente aptos a integrar a tipicidade penal objetiva.³²⁴

A crítica à incriminação mais aberta decorrente dos tipos de mera transgressão administrativa não deve, portanto, se limitar à desqualificação preliminar de institutos que têm sido amplamente admitidos pelo ordenamento jurídico, notadamente a utilização, na redação das leis penais, de elementos em branco ou de elementos de valoração global do fato.

É preciso evoluir no sentido de sustentar que tais estratégias legislativas devem ser concebidas e interpretadas de forma a valorizar a noção de ofensividade penal, limitando-se a abrangência típica objetiva e, via de consequência, impondo-se uma maior taxatividade aos tipos por elas representados.

Cogitar de um tipo de mera transgressão administrativa como estrutura legal capaz de descrever condutas de ofensividade penal neutra, significa, em última análise, admitir uma tipicidade objetiva compreendida como descrição abstrata do comportamento proibido equivalente à noção de todas as infrações administrativas formalmente referidas pelo

³²³ Sobre o tema, Falavigno pondera que “[c]omo tais regulações estão sujeitas a mudanças com maior celeridade e frequência, se o tipo penal trouxesse a referência expressa, por exemplo, ao número do regulamento complementar, esse teria que ser alterado de forma corriqueira [...]. Assim, se apenas a expressão ‘com infração às normas’ estiver no tipo penal e a referência completa da lei penal estiver no regulamento que, mesmo alterado, não perderá a obrigatoriedade de trazer novamente essa menção em sua nova versão, preservada estará a maior estabilidade do texto legislativo”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 239 e 240).

³²⁴ O princípio da ofensividade encontra fundamento constitucional expresso no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal. No âmbito infraconstitucional, tem fundamento nos artigos 13, § 2º, 14, inciso II, 17, 18 e 31, todos do Código Penal. Essa exigência está representada, na concepção do sistema garantista de Ferrajoli, pelo axioma de que *nullum crimen sine injuria*. Sobre a lesividade, afirma o autor que “[o] princípio de lesividade, como ficou aqui definido, tem o valor de critério polivalente de minimização das proibições penais”, ponderando, ainda, que apenas as questões reprováveis por seus efeitos a terceiros podem ser passíveis da intervenção penal. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 440, 426-436. A adoção do princípio da lesividade, além de decorrer da própria noção de Estado Democrático de Direito, é reafirmada pela prerrogativa da dignidade da pessoa humana, que impõe uma visão antropocêntrica de Estado, impedindo que o indivíduo se torne mero instrumento para reafirmar expectativas normativas. Sobre sua relação com a dignidade da pessoa humana: D’AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 71.

enunciado normativo e, portanto, de questionável validade constitucional, seja em relação à sua legitimação material, seja sob o prisma do postulado de lei certa.³²⁵

Uma intervenção penal constitucionalmente legitimada não se limita à especial definição de seu objeto, mas também exige que as condutas descritas pelo tipo, sob pena da possibilidade de imposição de penas privativas de liberdade, tenham como consequência possível uma lesão ou risco razoável de lesão ao aludido objeto.³²⁶

A previsão de um tipo penal a partir de leis não idealisticamente determinadas, embora possa ser racionalmente justificada nos tipos de mera transgressão administrativa reguladores da atividade econômica, não afasta o dever de se concretizar uma intervenção penal minimamente taxativa, capaz de estabelecer, em relação à instância administrativa, já no estrato atinente à descrição abstrata e objetiva das condutas, um *plus* de clareza e determinação.³²⁷

³²⁵ A excessiva amplitude de uma previsão típica, que endossaria a possibilidade de coincidência entre os juízos de tipicidade objetiva e de todas as infrações administrativas pela lei formalmente referidas, é reforçada pelo fato de que há também uma expansão sancionatória no âmbito do direito administrativo “seja pelo alargamento das funções estatais a novas áreas (consumidor, meio ambiente, liberdade e livre concorrência econômicas, telecomunicações, transportes), seja por uma regulação que não se limita a editar normas, mas também a fiscalizar o seu cumprimento e impor sanção em relação à sua inobservância”. (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 117). Em sentido similar: MARTINEZ PEREZ, Carlos. *La infación del derecho penal y del derecho administrativo. Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 6, p. 197-214, 1983. p. 204.

³²⁶ A exigência de lesividade (ou ofensividade) é uma imposição constitucional de legitimidade em dois níveis: “um primeiro nível, no qual será verificada a existência de um bem jurídico-penal como objeto da norma; e um segundo nível, no qual se irá verificar a existência de ofensividade, como resultado jurídico da relação entre a conduta típica e o objeto de tutela da norma”. (D’AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 54).

³²⁷ Sobre o impasse entre a necessidade de uma previsão legal mais aberta e a necessária taxatividade penal, Falavigno pondera que “ao confrontar-se a taxatividade com a complementação administrativa e com as demais técnicas de reenvio, vislumbra-se a ocorrência de um conflito insuperável devido à existência de exigências antagônicas: se, por um lado, o direito penal pós-iluminista apregoa a utilização de conceitos fechados, descritivos e seguros, visando a frear a oscilação do intérprete e aplicado e a garantir o cidadão contra o poder punitivo do Estado; de outro, a regulação da sociedade atual, conforme exposições feitas na segunda parte deste trabalho, exige cada vez mais o uso de conceitos vagos e indeterminados, em uma tentativa de emprestar à norma velocidade semelhante ao fato social”. A autora observa, sobre a necessidade de tipos representados por leis penais abertas, que “os tipos essencialmente fechados não são capazes de realizar a descrição de uma realidade dinâmica, em rápida transformação. Nesse sentido, o princípio da taxatividade ganharia novos contornos, passando a ser interpretado em uma realidade dinâmica, ainda que alguns limites devam ser respeitados, pois uma descrição típica de infinitas possibilidades interpretativas perderia sua própria natureza, transmutando-se em um não tipo [...] o uso de tipos abertos e não definidos seria inevitável nessa esfera, uma vez que o meio ambiente necessitaria de uma forma de regulação dotada de reversibilidade. Os tipos abertos, por sua vez, permitiriam a adaptação da norma às mudanças sociais e técnicas, evitando-se constantes intervenções legislativas no Código Penal”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 169; 173-174. Sobre a necessidade de alguma taxatividade penal, mesmo no âmbito de tipos administrativizados representados por leis abertas, Costa afirma que “[o] princípio da determinação da lei penal, ou da taxatividade, dificilmente resta ileso em tipos penais ambientais complementados administrativamente, especialmente quando essa complementação ocorre na modalidade de assessoriedade administrativa. Os regulamentos administrativos em matéria ambiental são extremamente complexos e muitas regras não são sequer oriundas de atos jurídicos formais do sistema brasileiro. Não se busca, por óbvio, negar a

O tipo penal objetivo, portanto, mesmo no âmbito dos tipos penais de mera transgressão administrativa, há de delimitar, mediante uma descrição objetiva mais restrita, quais as condutas se revestem de relevância penal em relação àquele espectro, mais amplo, de incidência dos atos normativos administrativos.³²⁸

Tomando como exemplo o artigo 56, *caput*, da Lei n. 9.605/98, o tipo penal que utiliza a elementar “em desacordo com as normas estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos”, ainda no plano da abrangência da descrição abstrata e objetiva da conduta, não deve ser compreendido como norma apta a criminalizar, de forma ampla e irrestrita, toda e qualquer violação constante de ato administrativo, presente ou futuro, regulador da produção, processamento, embalagem, importação, exportação, comercialização, fornecimento, transporte, armazenamento, guarda, depósito ou utilização de substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente.

Tal raciocínio, para além de implicar uma previsão típica absolutamente indeterminada, na medida em que é empiricamente impossível se depreender, previamente, o conteúdo de toda a regulação administrativa existente no Brasil quanto a matéria tão vasta, coloca no mesmo patamar condutas absolutamente díspares em relação ao seu potencial lesivo, violando os princípios da isonomia, da proporcionalidade, a noção de subsidiariedade e de fragmentariedade do direito penal e, principalmente, o princípio da ofensividade.³²⁹

positividade dessas normas, confundido norma com lei formalmente exarada. O problema é aceitar, em sede de tipicidade penal, dados tão flexíveis e fluidos, que não coadunam com o necessário respeito ao princípio da determinação”. (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.79).

³²⁸ Sobre a necessidade de se traçar critérios de distinção entre as esferas penal e administrativa. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal: parte general*. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 214-215).

³²⁹ Ao assim se interpretar o tipo, estar-se-ia a equiparar, por exemplo, a situação de um sujeito que preenche equivocadamente uma guia de importação de produto, com aquele que tem em depósito, sem observar as regras próprias de segurança, grande quantidade de substância tóxica. Nem todas as infrações administrativas, em especial aquelas sem resultado danoso ou perigos razoavelmente aferíveis, devem ser reconhecidas como de relevância penal. Sobre o tema, Mestre Delgado observa que as remissões normativas violam o princípio da proporcionalidade quando, ao impor sanções penais a ilícitos administrativos aos quais a lei penal aberta faz remissão, prestam a mesma reprovabilidade e o mesmo desvalor a condutas absolutamente distintas, cogitando-se de uma limitação à liberdade sem lastros verdadeiros de necessidade, idoneidade e proporcionalidade à proteção de bens jurídicos constitucionais relevantes. Diz o autor as estruturas típicas que sancionam com o mesmo aparato sancionatório estatal: “[...] el incumplimiento de normas administrativas” violam “al principio de proporcionalidad”. (MESTRE DELGADO, Esteban. *Límites constitucionales de las remisiones normativas en matéria penal*. *Anuário de derecho penal y ciencias penal*, Madrid, v. 41, n. 2, p. 503-527 maio./ago.1988. p. 522). Em sentido similar: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 232. Falavigno esclarece que a falta de uma taxatividade mínima acarreta a “[...] ocorrência indiscriminada de erro de proibição; dano à função motivadora da norma; vulnerabilidade da separação dos poderes (reserva legal). A remissão a regras desordenadas torna o injusto impreciso, debilitando o caráter de incerteza do tipo e, por consequência, afrontando uma das exigências da legalidade”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 168).

Em casos como o da disposição legal citada, o resgate de uma intervenção penal minimamente taxativa deve impor a missão de limitar o âmbito típico, ainda no plano abstrato das condutas objetivamente descritas, a partir de um desvalor da ação e do seu possível resultado.³³⁰

Nos tipos de mera transgressão administrativa, há de se considerar, portanto, como requisito para se afirmar o comportamento típico, a possibilidade, não insignificante, de que a prática da conduta gere um resultado danoso ao objeto legitimador da intervenção penal.

Em tais estruturas típicas, somente a partir de uma valorização do princípio da ofensividade, será possível justificar a necessidade de se ultrapassar a fronteira do direito administrativo sancionador para se adentrar no âmbito penal e impor alguma taxatividade à previsão legal.³³¹

Assim, propõe-se superar a visão tradicional de que tais estruturas típicas consistiriam em uma intervenção penal legitimada por todas as infrações administrativas que possam ser admitidas como objeto formal da remissão legal,³³² sem preocupação com a aferição acerca do grau de ofensividade da conduta, aproximando-se dos crimes de mera conduta³³³ e de perigo abstrato.³³⁴

³³⁰ Sobre a adoção, pela Constituição, da teoria dualista quanto à desvalorização da ação e do resultado: TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002 p. 238. Na mesma linha: MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Direito penal econômico e crimes de mero capricho. In: VILARDI, Celso Sanchez et al (coord.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 78-79.

³³¹ Sobre a possibilidade de a ofensividade penal auxiliar na adequação constitucional dos tipos de mera transgressão administrativa, Horta pondera que “[c]omo já se consignou, a intervenção penal, como medida extrema de proteção a bens jurídicos, não se justifica apenas pela contrariedade entre uma conduta e a norma administrativa estabelecida para a proteção de um bem, mas também, necessariamente pela contrariedade entre essa mesma conduta e o próprio bem, que se manifesta como uma lesão, um perigo concreto de lesão ou a fundada insegurança sobre a sua manutenção ou sobre a disposição coletiva do bem, em face da conduta”. A partir dessa premissa, conclui o autor que “[p]or isso não se admite em uma ordem constitucional fundada na dignidade da pessoa humana (art. 1, III, da CF/1988) a validade de outros crimes de desobediência, para além daquele previsto no art. 330 do CP, que ofende a autoridade dos agentes públicos no legítimo exercício de suas funções e, consequentemente, a própria administração pública”. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 241). O que se pretende demonstrar neste estudo é que, caso observado o critério sugerido pelo autor em relação ao crime de desobediência, qual seja, a ofensa a uma função essencial a interesse público relevante, legitimam-se constitucionalmente outros tipos de mera transgressão administrativa, e não somente aquele previsto no artigo 330 do Código Penal.

³³² Sob o prisma tradicional, Ferrajoli pondera que, “[s]e o direito penal é um remédio extremo, devem ficar privados de toda relevância jurídica os delitos de mera desobediência, degradados à categoria de dano civil os prejuízos reparáveis e à ilícito administrativo todas as violações de normas administrativas, os fatos que lesionam bens não essenciais ou que são, só em abstrato, presumidamente perigosos”. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 p. 440).

³³³ Sobre os crimes de mera conduta, destaca-se a classificação defendida por Pimentel, segundo a qual, quanto ao resultado, os delitos podem ser: (i) materiais, quando a descrição da norma exige como elemento essencial do fato típico a produção de um resultado naturalístico; (ii) formais, quando o resultado que a lei considera relevante para configuração do tipo se obtém pela própria conduta; e (iii) de mera conduta, quando a ação ou a omissão bastam para constituir o elemento objetivo da figura típica, prescindindo-se da noção de resultado. PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes de mera conduta*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 39-41,

Ao contrário, deve-se reconhecer que a cumulação de tais técnicas legislativas na mesma estrutura típica há de ser evitada.³³⁵ Não se pretende, com tal afirmação, adentrar no debate quanto à constitucionalidade dos tipos de mera conduta ou de perigo abstrato,³³⁶ até

62-64. Ainda sobre o conceito de delitos de mera conduta, a lição de Roxin: “delitos de mera actividad aquellos en los que la realización del tipo coincide con el (último acto de la acción y por tanto no se produce un resultado separable de ella”. (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general – fundamentos – la estructura de la teoría del delito*. Tradução e notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003. t.1, p. 328).

³³⁴ Não se desconhece a complexa tarefa de determinar qual seria um conceito de delitos de perigo abstrato. Sobre o tema, é pertinente a observação de Greco no sentido de que a análise do perigo abstrato pode variar em razão do que se entende por perigo concreto, cuja avaliação pode ser *ex ante*, considerando as circunstâncias conhecidas e cognoscíveis no momento da prática do fato (doutrina italiana) ou *ex post*, considerando as circunstâncias reais, conhecidas ou cognoscíveis após a realização do fato (doutrina alemã). Adotando-se a primeira premissa, tem-se um conceito mais amplo de perigo concreto e, via de consequência, um conceito mais restrito de perigo abstrato. De outra forma, adotando-se a segunda premissa, tem-se um conceito mais restrito de perigo concreto e mais amplo de perigo abstrato. Pode-se, assim, a depender da linha adotada, classificar-se uma mesma previsão típica como de perigo concreto ou de perigo abstrato. GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista IBCCRIM*, São Paulo, n.49, p. 89-147, 2004. p. 120. Para efeito deste estudo, no qual não se pretende evoluir em profunda discussão doutrinária sobre o conceito de perigo abstrato ou sobre sua validade constitucional, considera-se a essência do instituto como aquele a exigir um menor grau de ofensividade penal, na medida em que se refere a “crimes cujos tipos se configuram pela mera prática da conduta que determinam, independentemente da verificação de uma situação efetivamente crítica para o bem jurídico, resultante de tal conduta. Por tipos assim formatados se incriminam determinadas condutas, não pela insegurança que elas venham a gerar no caso concreto para bens jurídicos, mas simplesmente porque elas subvertem os padrões de comportamento segundo os quais se considera em geral garantida, ou a salvo, a disposição desses bens jurídicos pelos seus titulares. O que se pretende, pelas incriminações de perigo abstrato, é a evitação de condutas consideradas perigosas já desde uma perspectiva *ex ante*, isto é, anterior à realização delas, segundo a experiência ou com base em juízos estatísticos que se estabelecem entre determinada conduta – ou a prática reiterada delas por muitas pessoas – e a lesão a um bem jurídico”. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 225).

³³⁵ Sobre a problemática cumulação, na mesma estrutura típica, de mais de uma técnica legislativa que implica em ampliação da intervenção penal, Falavigno pondera que, “atualmente, muitas dessas técnicas legislativas são utilizadas simultaneamente, na tentativa de regular bens jurídicos tidos por complexos, como é o caso dos delitos econômicos. Assim, duas técnicas que vulneram a taxatividade em alguma medida, quando unidas, passam a fragilizar ainda mais dito princípio, tornando a tipicidade de difícil constatação, o que reduz substancialmente sua função garantidora”. (FALAVIGNO, Chiavelli. *Facenda. A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 174). Não se está, neste ponto, a defender a tese de que seria absolutamente impossível a cumulação entre os tipos de mera transgressão administrativa e os delitos de perigo abstrato, mas apenas que tal cumulação deve ser excepcional. Até porque, sobre os crimes de perigo abstrato, conforme expõe Greco, a preocupação deve centrar-se em afastar sua legitimação, a partir de falsos bens jurídicos coletivos, definir um conceito de perigo concreto e criar critérios de legitimidade para a distinção entre delitos de perigo abstrato legítimos e ilegítimos. GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista IBCCRIM*, São Paulo, n.49, p. 89-147, 2004. p. 110-120.

³³⁶ Com uma visão crítica em relação aos delitos de mera conduta: MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Direito penal econômico e crimes de mero capricho. In: VILARDI, Celso Sanchez *et al* (coord.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 90. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002 p. 238. SILVA, Gustavo Henrique de Souza e. *O princípio da legalidade e o direito penal econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 147. Reconhecendo a legitimidade de delitos de mera conduta, em especial, no âmbito do direito penal econômico: PRADO, Luiz Régis. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 330; 436. PRADO, Luiz Régis. *Direito penal do ambiente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 257. SILVA, Juary C. *Elementos de direito penal tributário*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 219. CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de*

porque, quanto a estes últimos, uma análise assim orientada haveria de considerar suas mais diversas modalidades.³³⁷

capitais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 326. Com uma visão crítica em relação à constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal: parte general*. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002 p. 129; 491-492; 812. TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (especial lançamento), São Paulo, v. 0, n. 0, p. 75-87, 1992. p. 79. PELARIM, Evandro. *Bem jurídico penal: um debate sobre descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002. p. 155. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2 ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 p. 440. CERVINI, Raúl. Derecho penal económico: concepto y bien jurídico. *Revista IBCCRIM*, São Paulo, n. 43, p. 50-79, abr./jun. 2003. p. 81-108. PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 39. Posição crítica quanto à utilização de delitos de perigo abstrato como presunção, de forma absoluta, de perigos e riscos onde estes não existem. SILVA, Gustavo Henrique de Souza e. *O princípio da legalidade e o direito penal econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 144. Em defesa dos delitos de perigo abstrato, em especial no âmbito do direito penal econômico: TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*. Lima: Grijley, 2009. p. 85-87. PEREZ DEL VALLE, Carlos. Introducción al derecho penal económico. In: BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal económico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 44. BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal económico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 45. MAIA, Rodolfo Tigre. *Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 53-55. Em defesa de uma visão ponderada sobre a utilização dos delitos de perigo abstrato: ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. fundamentos – la estructura de la teoría del delito*. Tradução e notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003. t.1, p. 60. ROXIN, Claus. Política criminal y dogmática jurídico-penal en la actualidad. In: _____. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000. p. 91. PEDRAZZI, Cesare. et al. *Manuale di diritto penale dell'impresa*. 2. ed. Bologna: Mondrucci, 2000. p. 43. GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista IBCCRIM*, v.12, n.49, p.89-147, jul./ago. 2004. p. 119. SCHÜNEMANN, Bernd. Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation de deutschen Strafrechtswissenschaft., *Goltdammers Archiv*, n.05, S.. 201,1995 *apud* GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista IBCCRIM* v.12, n.49, p.89-147, jul./ago. 2004. p. 126-129; FRISH, Wolfgang. An den Grenzen des Strafrechts. In: KÜPER, Wilfried; WELP, Jürgen (Hrsg.). *Beiträge zur Rechtswissenschaft: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C.F. Müller, 1993, S.69. *sels*, p. 69 *apud* GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista IBCCRIM*, v.12, n.49, p.89-147, jul./ago. 2004. p. 126-129; JAKOBS, Günther. *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*. *ZStW*, n.97, S. 751, 1985 *apud* GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista IBCCRIM*, v.12, n.49, p.89-147, jul./ago. 2004. p. 126-129; WOHLERS, Wolfgang. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts: zur Domatik "moderner" Gefährdungsdelikte*. Berlin: Duncker & Humblot, 1999 *apud* GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista IBCCRIM*, v.12, n.49, p.89-147, jul./ago. 2004. p. 126-129. HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Köln: Heymanns, 2002 *apud* GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista IBCCRIM*, v.12, n.49, p.89-147, jul./ago. 2004. p. 126-129.

³³⁷São várias as modalidades de perigo abstrato. Wohlers, por exemplo, os dividiu em: (i) delitos de ação concretamente perigosa, legitimação semelhante ao delito culposo, somente presente quando ultrapassado o risco permitido; (ii) delitos de cumulação, legitimação fundada em expectativas realistas de que caso as condutas sejam realizadas por um número maior de pessoas serão efetivamente lesivas; (iii) delitos de preparação, legitimação da punição pelo perigo da ação futura potencialmente lesiva causado por um agente ou um terceiro apenas justificável caso existam especiais circunstâncias de proteção da integridade do bem jurídico. WOHLERS, Wolfgang. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts: zur Domatik "moderner" Gefährdungsdelikte*. Berlin: Duncker & Humblot, 1999 *apud* GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista IBCCRIM*, São Paulo, v.12, n.49, p.89-147, jul./ago. 2004. p. 126-129. Já Hefendehl constrói uma estrutura do delito para cada grupo de bens jurídicos coletivos. HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Köln: Heymanns, 2002 *apud* GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista IBCCRIM*, v.12, n.49, p.89-147, jul./ago. 2004. p. 126-129. Pedrazzi sugere que o legislador deve ter um cuidado especial na presunção do perigo, devendo considerar a consciência

O objetivo é conciliar uma previsão típica mais dinâmica, atualizável, sob o prisma da descrição objetiva abstrata das condutas, mediante a alteração mais fluida dos atos infralegais referidos pela lei, sem prescindir, como critério de limitação da intervenção penal em relação à esfera administrativa, da noção de ofensividade, a ser obtida a partir da relevância a ser imposta ao desvalor do possível resultado da conduta passível de ser incriminada.³³⁸

Nos tipos de mera transgressão administrativa, portanto, para se afirmar a tipicidade objetiva, deve-se prestigiar a exigência da possibilidade não insignificante de um resultado danoso, seja ele compreendido sob um viés naturalístico, modificação da realidade diversa da ação ou da omissão formalmente descritas; seja sob um prisma normativo, capacidade de gerar lesão ou perigo ao objeto legitimador da própria intervenção penal da qual se cogita.³³⁹

científica disponível, destacando o exemplo italiano do uso de tabelas para verificar a lesividade nos casos de delitos contra o meio ambiente e no âmbito societário. PEDRAZZI, Cesare. et al. *Manuale di diritto penale dell'impresa*. 2. ed. Bologna: Mondruzzi, 2000. p. 43. Maia pondera que nestes delitos a “valoração típica tem por pressuposto lógico a admissão normativa da efetiva viabilidade da produção futura de indesejável dano concreto ao objeto de proteção material da norma”. MAIA, Rodolfo Tigre. *Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 53-55. Assim, desde que seja possível conciliar a exigência de algum potencial de lesividade da conduta ao objeto legitimador da intervenção penal, pode-se admitir a sua cumulação com os tipos de mera transgressão administrativa. Tal circunstância dependerá, por óbvio, da concepção de perigo abstrato adotada. Exemplo dessa ponderação os denominados delitos de acumulação, nos quais se sustenta uma intervenção penal, justificada por bens jurídicos coletivos, a partir de criminalização de condutas cuja prática isolada não enseja, por si só, ofensa ao bem jurídico, que somente passa a ocorrer diante de sua prática reiterada. A princípio trata-se de estrutura típica que criminaliza condutas sem dignidade penal por falta de lesividade, não obstante, conforme pondera Sánchez, “[...] los diferentes ordenamientos jurídicos van incorporando tipos que responden a esta estructura; y que las saciones con las que se comina la realización del tipo delictivo son, pese a todo, privativas de libertad”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal: aspectos da polícia criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 154-156. Uma saída para o resgate constitucional de tais previsões típicas seria vincular sua aplicação a partir de uma verificação, *ex post*, do próprio fato concreto, no sentido de aferir se sua prática, caso reiterada, tem ou não capacidade de lesão ao objeto legitimador da norma. Caso a resposta seja afirmativa, quer se adjective tal risco de abstrato ou concreto, estará presente, pelo menos potencialmente, o requisito da lesividade.

³³⁸ Sobre o tema, Naves pondera que a relevância da tipicidade é uma forma de limitar a intervenção penal a partir de uma exigência de risco ao seu objeto legitimador, pois “[...] a função da tipicidade penal objetiva será, pois, esta ponderação entre a liberdade de agir do cidadão e o interesse punitivo do Estado na porta de entrada do sistema penal, agregando o elemento risco como vértice do procedimento e ponto de intersecção entre a finalidade do direito penal e subsidiariedade da intervenção jurídica”. (NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 36).

³³⁹ Sobre o tema, o alerta Horta que “[p]or tipos penais de mera atividade se compreendem aqueles cuja consumação coincide com o último ato compreendido pela realização de conduta típica (...) Como se vê, essa classificação pressupõe uma concepção naturalista do resultado, que o compreende como modificação do mundo exterior, ontologicamente distinta da conduta, que a ela se relaciona apenas pelo nexo de causalidade. Diversamente, quando se fala em crimes de dano ou de perigo, toma-se por base uma concepção normativa do resultado, então compreendido como ofensa ao bem jurídico”. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 241, nota 83. Sobre a necessária vinculação de crimes de mera desobediência à noção de lesividade, Kalil, analisando a questão sob a perspectiva do crime impossível, afirma que “[o] reclamo à ofensividade realizado pelo art. 17 do CP reafirma a orientação de que nosso CP adotou a teoria objetiva da punibilidade da tentativa, que considera fato punível apenas aquele capaz de provocar perigo ou dano ao objeto da tutela penal. Com efeito, a mencionada disposição legal ratifica a conclusão extraída do art. 13 do CP, segundo a qual todo crime apresenta um resultado (jurídico). Nessa ordem de ideias, o crime impossível alia-se

Caso contrário, seriam admitidos tipos de mera transgressão administrativa segundo aquela visão tradicional, criminalizando-se qualquer simples desobediência às normas infralegais, cuja validade constitucional é, realmente, de difícil justificação.³⁴⁰

A proposta de aproximação dos tipos de mera transgressão administrativa às premissas da ofensividade penal visa a tentar conciliar a necessidade de uma regulação sancionatória mais dinâmica com as premissas de uma taxatividade mínima das previsões típicas.³⁴¹

Tal proposição visa a concretizar a dupla função dogmática da ofensividade, reafirmar a legitimidade da intervenção criminal e restringir, já no estrato da descrição abstrata da conduta objetiva, quais regulações administrativas são relevantes para fins penais, resgatando a premissa de uma lei certa.³⁴²

No âmbito da previsão abstrata da conduta incriminada, a tarefa de conceber tipos de mera transgressão administrativa mais taxativos, a partir da noção de ofensividade penal, deve

com o princípio da ofensividade e toma como referencial imprescindível o bem jurídico protegido em cada tipo penal. Desse modo, o objeto de nosso estudo é inconciliável com a noção de delito de mera desobediência. Se esta mera desobediência à lei é insuficiente à caracterização do crime, faz-se necessária a constatação de algo além disso, que é a violação da norma imanente ao tipo incriminador. Assim, o art. 17 do CP exige a denominada ‘tipicidade material’, condicionando a adequação típica do fato à existência de ofensa (perigo de dano) ao bem jurídico”. (KALIL, José Arthur di Spirito. *Do crime impossível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 132-133).

³⁴⁰ Sob tal perspectiva, Jakobs reconhece delitos de transgressão sem lesividade, fazendo-o a partir de uma legitimação material da intervenção penal fundada na necessidade da norma para manutenção da sociedade e do Estado, cujo conteúdo consiste no próprio contexto da regulação, entendido como a realidade da vida social. Cita o exemplo de crimes de infração de um dever funcional proveniente de competência institucional. (JAKOBS Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 71-72). Trata-se de posições que não se endossa, já que a presente pesquisa parte da noção de que o objeto legitimador da intervenção penal deve ter uma realidade pré-normativa, não pode ser criado pelo direito, não podendo prescindir, ainda, de alguma lesividade. Sobre o tema, embora admita que as normas reitoras e valorativas do direito penal estão contidas na política criminal do Estado, que deve estar em consonância com o anseio social de proteção a bens jurídicos, os quais podem ser criados pela norma desde que não violados preceitos constitucionais, Roxin assevera que a legitimação de tais modalidades de intervenção penal também está sujeita à demonstração de alguma lesão a bens jurídicos. (ROXIN Claus. *Derecho penal: parte general. fundamentos – la estructura de la teoría del delito*. Tradução e notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003. t. I, p. 57).

³⁴¹ Sobre uma necessária conciliação entre tais objetivos, Falavigno pondera que “[...] deve-se questionar a constitucionalidade dos tipos penais em branco nos quais nenhum limite material é imposto à norma regulamentar que define o ilícito penal observando que isso deve ser feito tomando-se o devido cuidado para que não se petrifique de forma abusiva o ordenamento, evitando sua evolução democrática e sua adaptação à complexidade técnica”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileira*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 166).

³⁴² Sobre tema, Silveira pondera que a ofensividade tem duas dimensões “[...] uma remete ao problema da ‘relevância do bem jurídico tutelado’, outra que alude à ‘relevância do ataque’ ao referido bem. Cada uma delas apresenta questões de diversa ordem, sem que se possa negar-lhes uma profunda inter-relação”. (SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins de. *A Constituição e o princípio da ofensividade penal vinte anos depois*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-a-constituicao-e-o-principio-da-ofensividade-penal-vinte-anos-depois>. Acesso em: 12 mai. 2022).

ser desempenhada pelos agentes reguladores já quando da elaboração dos atos normativos que, de forma integrada, representem o tipo.³⁴³

Para tanto, é desejável exigir do legislador a inclusão, já na lei penal, de expressões que sinalizem estar a previsão típica a cogitar de comportamentos que geram ou, no mínimo, tenham a capacidade de gerar, algum resultado, seja naturalístico, seja normativo.³⁴⁴

Retornando ao exemplo do enunciado do artigo 56 da Lei n. 9.605/98, poderia o legislador, por exemplo, adotar a seguinte redação: “Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos, gerando lesão ou risco à saúde humana ou ao meio ambiente”.

Ao se alocar a expressão “gerando lesão ou risco à saúde humana ou ao meio ambiente” no final do texto, pretende-se demonstrar que somente estão aptos a complementar o tipo os atos normativos infralegais cuja transgressão pode ter como efeito lesão ou risco ao objeto legitimador da intervenção penal.³⁴⁵

³⁴³ Sobre a aplicação dos princípios constitucionais à atividade legislativa, Falavigno pondera que “[a] legitimidade do arcabouço normativo parece decorrer quase que exclusivamente da autoridade daquele que a confecciona, sendo que a premissa é de que a elaboração de leis é uma atividade que concerne exclusivamente ao político e não ao jurista, que se limita a trazer colaborações técnico-jurídicas ocasionais. No entanto, a produção da lei merece o mesmo cuidado que sua aplicação, sendo necessário que, nessa primeira etapa, estejam vigentes todos os princípios constitucionais que permeiam as demais fases de concretização do direito, principalmente a segurança jurídica”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p.143).

³⁴⁴ Falavigno, constatando a dificuldade de se fazer controle de constitucionalidade de leis mal elaboradas, alerta que “[a] preocupação dos pesquisadores e operadores do direito não pode iniciar com a promulgação da lei, com o que se outorga, novamente, a responsabilidade ao Judiciário para a realização do controle difuso e concentrado de constitucionalidade de normas problemáticas. O Legislativo deve, sim, ser um campo aberto a mudanças e à adoção de novas funções, assumindo a importância dos projetos legislativos e zelando por sua qualidade e por atingir os fins neles propostos antes, durante e depois do início da vigência do texto. Lembrando-se que o direito é, sobretudo em países da *CeJivil Law*, o que se pode depreender das leis as quais devem fazer jus ao papel nuclear que exercem no referido sistema. Por meio da política criminal, busca-se solucionar principalmente as questões referentes ao desvio, no bem jurídico tutelado pela norma, em relação ao constante em sua justificativa e à perda de efetividade da lei penal pela criação de direito simbólico”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 201). Em sentido similar, Silveira pondera que, “[e]mbora a norma incriminadora cuide, em tese, de um bem jurídico com reconhecida impositação constitucional, resta saber se a conduta descrita possui caráter realmente ofensivo. Se notarmos bem, a reflexão migra do merecimento para a idoneidade da técnica de tipificação penal. Dessa faceta mais instrumental do princípio da ofensividade é que se desprende o dogma da “necessária lesividade do tipo legal de crime [...]. Dito talvez de maneira mais simples, referido princípio não se coaduna com condutas aparentemente ofensivas. É preciso que o sejam verdadeiramente. E essa verdade ofensiva que se exige de toda norma incriminadora pode ser medida, primeiramente, em termos abstratos. Lesividade medida em palavras, isto é, a partir das escolhas redacionais do legislador”. (SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins de. *A Constituição e o princípio da ofensividade penal vinte anos depois*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-a-constituicao-e-o-principio-da-ofensividade-penal-vinte-anos-depois>. Acesso em: 12 mai. 2022).

³⁴⁵ Outro exemplo é a redação do artigo 38 da mesma lei: “Destruir ou danificar floresta de preservação permanente, mesmo que em formação, com infringência das normas de proteção”. Ao se excluir a locução “ou

No que toca aos agentes públicos competentes para editar os atos normativos administrativos passíveis de complementar a descrição da conduta incriminada, deles deve-se exigir a indicação, por remissões recíprocas, também elaboradas a partir de uma valoração orientada pela lesividade penal, de quais as infrações podem ter a capacidade de gerar efeitos criminais.

Caberia ao agente regulador administrativo, portanto, mesmo nos casos em que omissivo o legislador quando da elaboração do texto legal, prestigiar o princípio da ofensividade penal, apontando expressamente quais as infrações infralegais seriam aptas a completar o tipo penal, justificando tal opção a partir da sua potencial lesividade ao objeto legitimador da norma, contribuindo, assim, para uma previsão típica mais taxativa.

Trata-se de sugestão que encontra fundamento dogmático no raciocínio de que, no âmbito de uma intervenção normativa de sobreposição entre as esferas, na qual delegada parte importante para a definição do preceito normativo típico ao âmbito administrativo, tal seara há de incorporar algumas garantias próprias do regime jurídico imposto ao direito penal.³⁴⁶

utilizá-la com infringência das normas de proteção” do final do enunciado legal, pretende-se demonstrar que a mera utilização, em desacordo com qualquer norma de proteção, não é suficiente para o tipo penal, que estará limitando às modalidades de infringência das normas administrativas que impliquem destruição e dano a florestas de preservação permanente. No caso de tipos de mera transgressão administrativa representados por elementos de valoração global do fato, a sugestão pode ser sua substituição por elementos em branco da lei penal, deixando de forma mais clara a remissão normativa. Nesse caso, por exemplo, o artigo 4º da Lei n. 7.492/86 poderia ser redigido da seguinte forma: “Praticar, na qualidade de gestor de instituição financeira, operações que extrapolem os limites de risco admitidos em razão da sua natureza e das garantias exigidas para a sua realização, violando as normas editadas pelo Banco Central do Brasil”. A substituição das expressões “fraudulentamente” e “temerária” pela vinculação aos critérios a serem definidos pela autoridade competente para definir, segundo as características de cada operação, os níveis de risco que devem ser tolerados sem perigo à higidez do sistema financeiro, implica maior taxatividade à previsão típica. Note-se que não se obtém uma lei penal idealisticamente fechada, mas promove-se uma maior determinação em relação às previsões atuais.

³⁴⁶ Sobre o tema, Naves expõe que a conciliação entre o princípio da legalidade e a técnica de remissões normativas ocorre sempre que, “para editá-las e aplicá-las, forem cumpridas certas exigências que garantam suficientemente o cumprimento das funções políticas atribuídas a tal princípio, tanto formal quanto materialmente. Nesse sentido, ao optar por tal técnica, o legislador deverá submeter-se a limites que não só o afetam, mas, no caso das leis penais em branco próprias, que afetam também à instância inferior encarregada de formular a disposição de complemento [norma complementadora], bem como a todos os tribunais responsáveis pela interpretação e aplicação da norma em seu conjunto”. (NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 40. Em sentido similar, Bechara afirma que “[h]á quem defenda um verdadeiro controle penal da administração, visando a tutelar bens jurídicos coletivos, que ficariam em risco pela negligência de órgãos estatais, como é o caso do meio ambiente. Assim, a complementação do conteúdo das normas penais por disposições externas gera, por consequência, dito problema de legitimação, pois a própria dogmática penal passa a ser substituída por outras, como a administrativa, a civil e a constitucional. De resto, é evidente que o uso de certos termos obriga a outros, e também à adoção de procedimentos a eles vinculados, passando-se a construir um verdadeiro direito penal administrativo”. (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p. 124).

É, todavia, no âmbito da sua aplicação, que a proposta de uma leitura crítica dos tipos de mera transgressão administrativa, a partir do princípio da ofensividade, pode colher frutos de forma mais imediata e efetiva.³⁴⁷

Em tais estruturas típicas, diante de sua inevitável maior abertura em relação às demais, deve-se impor a observância do postulado da taxatividade a partir de um viés de potencial lesividade da conduta incriminada também aos seus intérpretes, em especial, aos membros do Ministério Público e da magistratura.

Tais agentes públicos deverão de apontar, seja na denúncia, seja em eventual sentença condenatória, ainda na etapa do juízo de tipicidade objetiva, qual a circunstância lesiva de cada comportamento que, naquele caso específico, justifica seja ultrapassada a esfera administrativa, adentrando-se na instância, mais restrita, do tipo penal.³⁴⁸

Nos tipos de mera transgressão administrativa, portanto, para se superar uma indesejável coincidência entre qualquer infração administrativa e a tipicidade penal objetiva, devem-se valorizar, quando da sua interpretação, os aspectos atinentes a um juízo material de tipicidade.³⁴⁹

³⁴⁷ Sobre a aplicação do princípio da ofensividade ao âmbito de aplicação das normas, Silveira afirma que “a ofensividade deve ser analisada de forma concreta. Falamos, agora, da necessária lesividade do fato histórico. Nesse momento, já não é a norma abstratamente considerada o foco de maior atenção, mas, sim, a conduta em todas as suas circunstâncias fáticas. Embora formalmente típica, pode ocorrer que ação desenrolada não represente um ataque sério ao bem jurídico tutelado, ou não ao ponto de justificar a engrenagem da Justiça Penal. Nesse caso, tem entendido, depois de um longo período de maturação doutrinária, que a conduta não satisfaz o próprio juízo de tipicidade. Logo, óbvio concluir que o princípio da ofensividade, voltando-se para peculiaridades de cada conduta, assume destacado papel na via judicial, lembrando que a insignificância do fato não compromete a validade constitucional do tipo de crime”. (SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins de. *A Constituição e o princípio da ofensividade penal vinte anos depois*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-a-constituicao-e-o-principio-da-ofensividade-penal-vinte-anos-depois>. Acesso em: 12 mai. 2022).

³⁴⁸ Sobre reflexos processuais de uma proposta de aumento de taxatividade da aplicação dos tipos com remissão normativa, Fragoso pondera que deve o Ministério Público, necessariamente, indicar na denúncia a norma de complementação que completa o tipo. (FRAGOSO, Christiano. Norma penal em branco – alguns aspectos processuais. *Boletim do IBCCRIM*, n. 145, dez. 2004). Tal obrigação, embora necessária, não é suficiente. É também essencial justificar por que a violação da norma administrativa, naquele caso específico, tem relevância, penal, fazendo-o a partir de um juízo sobre sua potencial lesividade ao bem jurídico ou à função estatal essencial que motivaram a previsão típica.

³⁴⁹ Quanto ao juízo de tipicidade, ele pode ser formal e consiste na correspondência entre a conduta realizada pelo agente e os elementos essenciais da figura descrita no tipo legal, ou material, que exige, para que o comportamento seja típico, além da subsunção fática, que a conduta expresse danosidade social, que seja ela ética e socialmente reprovável. A noção de tipicidade material reconhece que o comportamento criminoso não transgredir a lei penal meramente por ajustar-se ao tipo, mas viola o mandamento normativo subjacente ao tipo. Esse raciocínio fundamenta a concepção da tipicidade conglobante defendida por Zaffaroni, segundo o qual uma conduta não pode ser típica se aceita, tolerada ou permitida em outras esferas do ordenamento jurídico, já que o seu conteúdo proibitivo deverá ser confrontado com o conteúdo proibitivo de todo o ordenamento, a tipicidade legal (o que a lei prescreve – conduta que deve se adequar ao tipo), mais a tipicidade conglobada (necessidade de que a conduta deve violar a norma fundamentadora do tipo) é que resulta na tipicidade penal. Importante ponderar que a diferenciação entre a tipicidade conglobante e as causas de exclusão de ilicitude reside no fato de que aquela não surge em função de permissões que a ordem jurídica resignadamente concede, e sim em razão de

A imposição das noções de taxatividade e ofensividade também aos intérpretes dos tipos de mera transgressão administrativa, na medida em que se reconhece que a declaração de inconstitucionalidade de todas as estruturas típicas atualmente assim orientadas, para além de proposta utópica, poderia implicar descriminalização excessiva. É tema de enorme relevância, pois poderá contribuir para a sua adequação constitucional a partir de novos entendimentos jurisprudenciais sobre as abrangências de tais previsões legais, sem prejuízo da defesa de futuras alterações legislativas.³⁵⁰

Não se desconhece o fato de que, em especial no âmbito da intervenção penal das atividades econômicas, tem-se frequentemente se utilizado de técnicas legislativas antecipadoras da intervenção penal e, via de consequência, mitigadoras da exigência de lesividade como premissa de tal esfera regulatória.³⁵¹

Defende-se, entretanto, que tal função de controle de risco, de forma antecipada, pode ser melhor desempenhada justamente pela instância administrativa, resguardando-se a

mandatos ou fomentos normativos ou de indiferença (por insignificância) da lei penal. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 483-486. Na mesma linha, sobre a importância da noção de tipicidade conglobante como elemento concretizador das garantias constitucionais: BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Do estrito cumprimento do dever legal*. Porto Alegre: Fabris, 2005. p. 101. Também sobre a noção de tipicidade material: VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008. p. 1. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. Saraiva, 2002. p. 129. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2.ed. Belo Horizonte, 2002. p. 238. A defender um juízo de tipicidade material para se afirmar a responsabilidade penal, Malheiros Filho registra que “[...] não pode o intérprete acomodar-se na afirmação – tão sonora quanto oca – ‘basta que a conduta se amolde ao tipo penal’, pois estaria considerando o crime como mero ato e não como fato, apurando a mera tipicidade formal e não material. Enquanto fato o delito exige evento, que há de ser verificado para que se configure a infração penal. O que jamais se pode admitir é aplicar a lei como se uma conduta fosse punível sem ter qualquer relevo para o meio social, somente por um capricho do legislador”. [MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Direito penal econômico e crimes de mero capricho. In: VILARDI, Celso Sanchez et al (coord.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 78-79].

³⁵⁰ Mediante novos entendimentos jurisprudenciais sobre o tema, pretende-se evitar que ocorra o fenômeno aduzido por Adriasola, que, referindo-se aos crimes econômicos e financeiros, expõe que o uso de técnicas questionáveis de criminalização pode acarretar outro problema, que é a ocorrência de arbitrariedade judicial na interpretação desses tipos. ADRIASOLA, Gabriel. Juez legislador y principio de taxatividade. In: DALBORA, José Luis Guzmán (coord.). *El penalista liberal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 1067.

³⁵¹ Os defensores de tal posição pretendem justificá-la no sentido de que, tratando-se de bens jurídicos supraindividuais, está-se a cogitar da “protección penal de instituciones”, nas quais “no se produce ni una lesión ni una concreta puesta en peligro através del hecho delictivo”. (TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*. Lima: Grijley, 2009. p. 84-87). Assim, uma intervenção penal que se contenta com um menor grau de ofensividade se justifica “[...] cuando un determinado sector social sólo puede ser organizado con la estandarización de comportamientos, pues en esos casos no puede mantenerse la expectativa de que las personas que se mueven en esa esfera se controlen de tal modo que eviten la producción de daños”. (BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal económico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 45). Ou, ainda, que nos casos de bens jurídicos supraindividuais, somente a reiteração da conduta pode, efetivamente, chegar a lesar ou colocar em perigo o bem jurídico, portanto devem-se admitir tipos penais que busquem “prevenir” a vulneração desses bens, “pela carga simbólica contida na repressão da prática singular”. (MAIA, Rodolfo Tigre. *Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 53-55).

intervenção penal para aquelas hipóteses de lesão ou, ao menos, de risco razoável de lesão a valores socialmente reconhecidos como relevantes.³⁵²

Caso fosse possível, mesmo que sob a justificativa de uma antecipação de gestão dos riscos, admitir tipos de mera transgressão administrativa de lesividade penal neutra, estar-se-ia a cogitar, em termos objetivos, de que uma mesma conduta fosse capaz de gerar uma dupla resposta sancionatória, de intensidades absolutamente distintas, sem qualquer justificativa racional para tanto.³⁵³

Um sistema regulatório econômico assim orientado implica o risco de, ao ampliar excessivamente a esfera criminal, gerar insegurança jurídica e, portanto, um sistema sancionatório economicamente recessivo, fértil à prática de arbitrariedades, ineficiente em relação aos seus propósitos.³⁵⁴

³⁵² Sobre o tema Falavigno, afirma que “[r]esta pensar, no entanto, se a mera perturbação do correto funcionamento da supervisão estatal constitui lesão ou perigo relevante para um bem jurídico de hierarquia penal, ou seja, se a desautorização de uma norma é valor suficiente para a incidência do direito penal. Há o argumento de que as ações abstratamente perigosas legitimam o uso da pena criminal em razão de sua hipotética cumulação, pela reiteração generalizada da conduta. Assim, cada perturbação isolada da atividade inspetora do Estado seria uma desobediência passível de imposição de pena privativa de liberdade, o que obviamente não se acredita. Contudo, os ordenamentos jurídicos passam a incorporar, progressivamente, tais estruturas. [...] Saliente-se que, nesse contexto, está também violado o princípio da ofensividade e lesividade, pois a norma passa a tutelar elemento que não constitui bem jurídico, de forma que sua infração não gera afronta a bem com dignidade penal. Ainda que se encontre legitimada, no direito brasileiro, a proteção penal contra o perigo de dano, seja ele concreto ou abstrato, no caso em tela, nem sequer essa hipótese resta configurada, uma vez que a norma deixou de descrever lesão direta ou indireta a bem penal, ostentando muitas vezes caráter burocrático e regulatório”. (FALAVIGNO, Chiavelli Fazenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 158-159).

³⁵³ Sobre uma necessária visão dos tipos de mera transgressão administrativa, sob o prisma da lesividade, pondera Lopes que, “[m]ais do que pensar a (in) constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, é preciso revisitar (e rechaçar) a ideia de administrativização da tutela penal, que ocorre através da intervenção punitiva deste ramo do Direito em questões ligadas ao simples descumprimento de funções meramente administrativas. Afasta-se, assim, a ideia de ofensividade e de exclusiva proteção de bens jurídicos-penais. Trata-se de um equívoco político-criminal”. LOPES, Luciano Santos; FRANCO, Ticiane Moraes. *Administrativização do direito penal econômico*. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Arana; BORGES, Paulo César Correa; LANGROIVA, Cláudio José (coords.). *Direito penal e criminologia*. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 83 a 109. No presente estudo, pretende-se ampliar as premissas político-criminais de tal crítica, para também orientar a aplicação de tais estruturas típicas, nas hipóteses em que a sua previsão legal se justifique.

³⁵⁴ Sobre o risco de uma intervenção penal pouco clara ao próprio modelo de produção econômica, Bottini pondera que “[...] o paradoxo do risco afeta diretamente a produção da legislação penal. A necessidade de conter simbolicamente a insegurança perante novos e inusitados riscos determina a expansão do direito penal, caracterizada pela utilização crescente da técnica de indeterminação da descrição do comportamento delituoso – normas em branco ou tipos indeterminados –, sempre pautada pela cautela em evitar que este rigor afete os responsáveis pela organização da produção econômica e os elementos necessários para o funcionamento do modelo do risco. O resultado dessa legislação imprecisa e seletiva será a transferência para outras esferas de regulação – administração pública ou Judiciário – da tarefa de preencher de sentido os textos legais, de determinar com maior exatidão a fronteira do permitido e proibido, o que, em última instância, acarretará na politização destas instituições”. (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 267-296, jul./ago. 2010. p. 119).

Em síntese, o que se deve admitir é que, sempre que a natureza da atividade a ser regulada assim o exigir, devem ser tolerados tipos penais representados por leis penais mais abertas, nas quais utilizados com frequência elementos em branco e elementos de valoração global do fato, permitindo-se uma atualização das condutas incriminadas a partir da edição, de forma célere e com viés mais técnico, de atos normativos administrativos.

Em contrapartida, para se evitar uma excessiva ampliação do direito criminal, há de se exigir que tais estruturas, em benefício da sua taxatividade, já sinalizem, seja no texto legal, seja no âmbito dos atos normativos administrativos aptos a complementá-lo, preferencialmente mediante remissões recíprocas, que um juízo positivo de tipicidade objetiva só é possível a partir de transgressões capazes de gerar lesão ou risco ao objeto legitimador da intervenção penal, diferenciando-a, sob tal aspecto, daquela, mais ampla, de natureza administrativa.³⁵⁵

Tal limitação da abrangência típica deverá, ainda, ser imposta aos intérpretes dos tipos assim estruturados, evitando-se interpretações ampliadas de hipóteses de incriminação, que já são representadas por leis abertas.

³⁵⁵ Em posição similar, especificamente no que toca ao direito penal ambiental, Cardoso aponta para a necessidade de propor “critérios penais que possam valorar o ilícito administrativo e que este seja apenas um dos elementos, e não o essencial, para a incriminação penal, evitando-se a punição de meras desobediências administrativas que não agreguem a recondução de ofensas a bens jurídicos (...) o desvalor da conduta e o desvalor do resultado para análise da colocação em risco do bem jurídico deve ser sopesado, distinguindo-se, assim, a infração administrativa da infração penal, logicamente, priorizando a atuação do Direito Administrativo em prol do princípio da *ultima ratio*”. (CARDOSO, Rafaella. *Proteção penal ambiental e acessoriedade administrativa: funções e limites de atuação legítima*. Uberlândia: LAECC, 2021. p. 298). Especificamente no caso dos tipos de mera transgressão, o filtro da lesividade será aplicado para selecionar, dentro do universo regulatório administrativo, quais as transgressões terão legitimidade para complementar o tipo.

4 TIPOS DE MERA TRANSGRESSÃO ADMINISTRATIVA E A RELAÇÃO ENTRE AS ESFERAS SANCIONATÓRIAS ADMINISTRATIVA E PENAL

4.1 Tipos de mera transgressão administrativa e sobreposição normativa

A inequívoca sobreposição normativa entre as instâncias sancionadoras administrativa e penal decorrente dos tipos de mera transgressão administrativa dificulta a tarefa de, sempre que utilizada tal técnica legislativa, definirem-se critérios aptos à diferenciação de qual deve ser a abrangência de cada uma dessas esferas regulatórias estatais.³⁵⁶

Admitindo-se a impossibilidade de uma segregação absoluta, deve-se refletir sobre propostas aptas a integrar referidas instâncias, de modo a conceber uma intervenção estatal punitiva racional e orientada pelas normas constitucionais vigentes.

Analisando-se as principais teorias desenvolvidas sobre o tema, propõe-se valorizar os conceitos de infração administrativa e de injusto penal, de modo a demonstrar critérios aptos a coordená-los no âmbito dos tipos de mera transgressão administrativa.

4.1.1 Teorias sobre os limites entre as esferas sancionatórias administrativa e penal

Quanto à proposição de critérios aptos a diferenciar as esferas sancionatórias penal e administrativa, a doutrina se divide em duas grandes vertentes, a denominada teoria unitária e as ditas teorias diferenciadoras.³⁵⁷

A teoria unitária sustenta a inexistência de diferença substancial entre as aludidas instâncias sancionadoras, afirmando que tanto a responsabilidade administrativa quanto a penal não existem de forma autônoma, são criações jurídicas, razão pela qual não haveria diferenças ontológicas entre elas.³⁵⁸

³⁵⁶ Sobre a complexidade da matéria, Jescheck observa que, em especial, no ambiente de um dito direito penal administrativo, resultam dissidentem na doutrina casos em que o comportamento ilícito pode ser classificado pelo legislador meramente como infração administrativa, excluindo-o da imposição da pena criminal. (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general. 4. ed. Ganada: Comares, 1993. p. 51).

³⁵⁷ A origem da discussão remonta à necessidade de diferenciar crime e contravenção penal ou crime de infrações penais administrativas. Cf. FARIA, Bento de. *Das contravenções penais*. Rio de Janeiro: Récord, 1958. p.20.

³⁵⁸ No sentido de que tanto o crime como a infração administrativa são criações normativas: COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 192. Sobre a ausência de diferença ontológica entre um ilícito dito administrativo e um considerado penal, Hungria pondera que “[a] ilicitude é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico. [...] Assim, não há que se falar de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a

Referida posição tem o mérito de, ao negar diferenças essenciais entre as esferas, fundamentar a aplicação de princípios e garantias afeitos ao direito penal ao direito administrativo sancionador, tese de grande utilidade prática diante de um contexto de expansão punitiva no âmbito administrativo, cujas sanções podem ser de grande intensidade e aplicadas a procedimentos extrajudiciais.³⁵⁹

critérios de conveniência ou de oportunidade, afeitos à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço”. (HUNGRIA, Nelson. *Ilícito administrativo e ilícito penal. Revista de Direito Administrativo: seleção histórica*, Rio de Janeiro, v.1, p. 24-31, 1991). Sobre a posição de Hungria, Baptista ressalva que “Hungria considerava estéril a especulação sobre a existência de uma diferença qualitativa ou essencial entre o crime e infração administrativa, mas admitia uma distinção quantitativa entre ilícito penal ilícito administrativo (menor gravidade ou imoralidade do último). Todavia, foi aqui incluído entre os defensores da teoria unitária por enfatizar a preponderância da conveniência legislativa”. [BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. *As fronteiras do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador: um ensaio sobre os critérios de distinção entre o crime e a infração administrativa. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (orgs.). Limites ao poder punitivo: Diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p. 81]. Em sentido similar, Reale Júnior afirma que a escolha pela modalidade de intervenção consiste em “um problema de política legislativa, e não uma questão de diversidade axiológica”. [REALE JÚNIOR, Miguel. *Ilícito administrativo e jus puniendi geral. In: PRADO, Luiz Regis (coord.). Direito Penal Contemporâneo: estudo em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 93-94].

359 Sobre o tema, Baptista pondera que “[...] o reconhecimento da inexistência de diferenças essenciais entre crime e ilícito administrativo e entre pena e sanção administrativa tem o mérito de desvelar a necessidade da aplicação de princípios informadores do Direito Penal ao âmbito do Direito Administrativo sancionador (legalidade, tipicidade, presunção de inocência, licitude das provas, individualização da pena, etc). [...] pelo menos no que diz respeito ao Direito Administrativo sancionador, cuja atuação é predominantemente repressiva, devem ser aplicados, no limite do cabível, alguns dos princípios informadores do Direito Penal e Processual Penal, ainda que redimensionados e adaptados aos fins e à gravidade da intervenção administrativa”. A autora registra, entretanto, que a adoção de uma teoria que reconheça critérios materiais de distinção entre crime e ilícito administrativo não afasta a possibilidade de impor garantias similares a ambas as manifestações da função sancionatória. [BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. *As fronteiras do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador: um ensaio sobre os critérios de distinção entre o crime e a infração administrativa. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (orgs.). Limites ao poder punitivo: Diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p. 82-83]. Sobre um sistema de garantias único para ambas as instâncias sancionatórias, pondera Dias que teria o mérito de evitar uma burla de etiquetas, na qual o legislador recorre a um instrumento com menor carga de garantias para aplicar sanções equivalentes ou até mais graves que as de natureza penal. (DIAS, Jorge de Figueiredo. *O Direito Penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 33, jan-mar. 2001. p. 50). A proposta acerca da sujeição de ambos os ramos sancionatórios aos mesmos princípios, fundamentada a partir da constatação da expansão do direito administrativo sancionador e da tese acerca de um poder punitivo único, é bastante aceita na Espanha. Cf. CASEMIRO, Pablo Rando. *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador: un análisis de política jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p.25. Tal posição também encontra adeptos na Argentina. Cf. AFTALIÓN, Enrique R. *Derecho Penal Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1955. p. 14. Em sentido contrário à defesa de um regime jurídico único para ambas as esferas, Fazzio sustenta que o processo de penalização do direito administrativo acaba por engessá-lo, suprimindo-lhe instrumentos essenciais ao despenho de suas funções, contribuindo para a ineficiência dessa modalidade de intervenção e, via de consequência, para uma indevida expansão penal. (FAZZIO, Juan Martín Cagni. *La “administrativización” de la coerción estatal: desde una perspectiva de reducción del derecho penal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2006. p. 116-117). Em sentido similar, Navarro Cardoso, apontando uma contradição entre o discurso de uma descriminalização com base na rigidez de garantias e da ineficiência da intervenção penal e, ao mesmo tempo, de sustentar uma penalização, com imposição de mais garantias, ao direito administrativo. (NAVARRO CARDOSO, Fernando. *Infracción administrativa y delito*. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 80). Sobre o problema da expansão do aparato sancionatório administrativo, sem uma evolução acerca das garantias a serem observadas para a sua aplicação, Costa observa que a “[h]ipertrofia do poder punitivo da administração pública não veio acompanhada de um conjunto de regras e princípios que delimite e imponha parâmetros à aferição do ilícito e imposição de sanção”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora*

Já as teorias diferenciadoras, segundo as quais deve haver alguma distinção entre as instâncias administrativa e penal, se subdividem em quatro correntes: a teoria formal; a teoria quantitativa; a teoria qualitativa ou material; e a teoria mista, quantitativa-qualitativa.

A teoria diferenciadora formal pretende diferenciar a responsabilidade administrativa da penal a partir do regime jurídico a que cada uma delas está submetido.

Seus adeptos não cogitam de uma diferença de conteúdo entre as modalidades de intervenção, mas adotam, para distingui-las, aspectos estritamente formais-normativos, referentes aos requisitos necessários para a sua aplicação, dividindo-os em três grupos: regras de imputação; de procedimento; e a natureza da sanção.³⁶⁰

Em relação às regras de imputação, a teoria diferenciadora formal defende que a sanção administrativa pode ser atribuída sob as premissas de uma responsabilidade objetiva, enquanto a penal exige aspectos subjetivos, geralmente o dolo e, excepcionalmente, a culpa.

Também sustenta que enquanto a esfera administrativa pode ser imputável, sem maiores entraves, tanto às pessoas naturais quanto às pessoas jurídicas, a penal deve ser, via de regra, imputável às primeiras.³⁶¹

Quanto às regras de procedimento, a teoria diferenciadora formal pretende distinguir a responsabilidade administrativa e penal a partir da autoridade competente para impor a

integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 118].

³⁶⁰ Adepta à tese de uma diferenciação meramente normativa entre o que denomina ilícito penal e ilícito administrativo, Costa registra que tal posição não inibe o reconhecimento de que, para cogitar da criminalização, deve o legislador atender a parâmetros especiais tais como a “[...] observância da afetação de bem jurídico-penal como um limite à sua atividade; o respeito aos princípios de subsidiariedade e fragmentariedade do direito penal, bem como as regras de proporcionalidade e legalidade, em suas diferentes vertentes, dentre outros”. Já no âmbito administrativo, pondera a autora que, não obstante os requisitos a serem observados pela atividade legiferante sejam menos estritos, “[...] não pode o legislador atuar sem amarras. Assim, devem-se respeitar, ao menos, os espaços de exercício do núcleo de direitos fundamentais, a legalidade e a proporcionalidade”. Conclui que, mesmo sob o prisma normativo, reconhecem-se diferenças importantes entre ilícito administrativo e penal a partir da estrutura na qual se inserem, pois “[...] os ilícitos penais e suas consequências (pena) são trabalhados pelos órgãos do sistema penal – polícia, Poder Judiciário, Ministério Público e sistema prisional, ao passo que os ilícitos administrativos são tratados perante órgãos da Administração Pública, ficando, de todo modo, sujeitos a controle jurisdicional”. Também afirma que, justamente pela sanção penal gerar maior estigmatização, deve vir acompanhada “[...] das garantias típicas do exercício da jurisdição, reforçadas por se tratar de matéria penal – o que levaria, ao menos em tese, a uma maior profundidade no estabelecimento e na análise dos critérios de imputação, assim como do exame mais aprofundado dos demais pressupostos condicionantes da imposição da sanção”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 146]. Sobre a sugestão de diferenciar a partir de regras de imputação, procedimento e natureza da sanção os aspectos formais a serem observados pelo direito administrativo sancionador e o direito penal: ARÊDES, Sirlene Nunes. *Limites constitucionais ao poder legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções*. 2013. 353f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013. p. 92.

³⁶¹ AFTALIÓN, Enrique R. *Derecho Penal Administrativo*. Buenos Aires: Depalma. 1955, p. 07-10. Em relação à responsabilidade penal da pessoa jurídica sabe-se que, atualmente, no Brasil, ela está prevista no artigo 3º da Lei n.º 9.605/98, especificamente quanto aos crimes contra o meio ambiente.

sanção. No primeiro, uma autoridade administrativa; no segundo, reconhecendo-se a necessidade de uma atuação judicial.³⁶²

Sobre a sanção, destacam os defensores da teoria diferenciadora formal que a distinção entre as esferas se dá em razão da diversidade de alguma de suas características intrínsecas, citando, como exemplo, que no âmbito administrativo a reprimenda é, via de regra, autoexecutável, já a seara penal tem como atributo específico a exclusividade quanto à possibilidade de previsão de penas privativas da liberdade, a serem orientadas pelo princípio da individualização.³⁶³

Por se limitar a critérios formais-normativos, a teoria é criticada no sentido de sua pouca utilidade, na medida em que

[...] tais diferenças formais se relativizaram ao longo do tempo, como consequência dos processos de “administrativização” do Direito Penal e de “penalização” do Direito Administrativo sancionador (...) a teoria formal é meramente descritiva de certos aspectos próprios dos regimes jurídicos administrativo e penal, não se preocupando com o conteúdo do injusto. Ademais, algumas diferenças formais apontadas sequer se verificam no cenário atual.³⁶⁴

Por outro lado, a teoria diferenciadora quantitativa pretende superar critérios meramente formais-normativos, sustentando uma maior gravidade do injusto penal em comparação à infração administrativa.³⁶⁵

³⁶² PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção administrativa: anatomia e autonomia*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 140.

³⁶³ ARÊDES, Sirlene Nunes. Limites constitucionais ao poder legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções. 2013. 353f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013. p. 103).

³⁶⁴ BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. As fronteiras do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador: um ensaio sobre os critérios de distinção entre o crime e a infração administrativa. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (orgs.). *Limites ao poder punitivo: Diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 84. A autora pondera que, embora a teoria formal não adote a tese de uma diferenciação essencial entre as modalidades de intervenção, aproximando suas premissas àquelas da teoria unitária, pode ser classificada como uma das espécies da teoria diferenciadora, já que alguns de seus adeptos sustentam ser os critérios formais normativos suficientes para se conceber alguma autonomia entre as instâncias penal e administrativa.

³⁶⁵ Sobre a evolução das teorias quantitativas, afirma Silva Sánchez que “[...] la tesis clásicas (o del aliud) distinguían entre ilícito penal e ilícito administrativo, atribuyendo al primero el carácter de lesión eticamente reprochable de un bien jurídico, mientras que el segundo sería un acto de desobediencia ético-valorativamente neturo. Posteriormente, sin embargo, fue consolidándose como doctrina ampliamente dominante la tesis de la diferenciación meramente cuantitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo, según la cual lo característico de este último es un menor contenido de injusto”. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Buenos Aires: Euros, 2008. p. 135). Sobre as premissas de tal teoria, Muñoz Conde afirma que, no injusto penal, existe “[...] um plus em intensidade e gravidade das sanções e no grau de formalização que sua imposição e execução exigem”. (MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito penal e controle social*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.23). Em sentido similar, Welzel propõe uma distinção entre as esferas a partir da quantidade do desvalor da conduta, o qual obedece a uma linha decrescente a partir do crime em direção à infração administrativa. (WELZEL, Has. Der

As teorias quantitativas têm o mérito de construir a diferenciação entre as esferas a partir de princípios do direito penal, tais como a intervenção mínima, a subsidiariedade e a fragmentariedade.

Por outro lado, são criticadas pelo fato de que, ao insistirem em uma diferença apenas de grau entre as instâncias, endossariam, assim como a teoria unitária, a tese de um direito penal sem autonomia valorativa, meramente sancionador da violação de normas extrapenais, incapaz de constituir ilícitos próprios.

Critica-se, ainda, a teoria diferenciadora quantitativa a partir da constatação pragmática de que há condutas extremamente danosas a interesses coletivos admitidas pelo ordenamento como infração administrativa, bem como a criminalização de condutas de baixíssima gravidade.

Seus críticos ponderam também que há sanções impostas pelo direito administrativo sancionador de gravidade inquestionável, enquanto há sanções ditas penais de intensidade pequena. Em especial em relação à pena de multa afirma-se, com razão, que, no âmbito administrativo, seus valores pecuniários podem ser substancialmente maiores do que aquelas de natureza penal.³⁶⁶

A adoção dessa teoria é igualmente questionada por não estabelecer quais seriam os critérios impostos ao agente normativo para se medir a gravidade da conduta e, via de consequência, estabelecer qual a esfera regulatória mais adequada, acabando por fomentar

Verbotsirrtum im Nebestrafrecht, jz, 1956 *apud* SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Buenos Aires: Euros, 2008. p. 135-136). Cerezo Mir, também adepto à teoria diferenciadora quantitativa, sustenta que o legislador, visando a justificar a opção pela intervenção penal ou administrativa, deve considerar o grau do desvalor ético-cultural do comportamento. (MIR, José Cerezo. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a.1, n. 2, p. 27-40, abr./jun. 1993. p. 31). Também defensor da referida tese, Mith afirma que a infração penal tem conteúdo de culpabilidade e de ilicitude mais graves que aquela administrativa, que é marcada por um menor valor do bem jurídico protegido, menor lesividade da conduta e menor censurabilidade do fato. (MISTCH, Wolfgang. *Rech der Ordnungswidrigkeiten*. 2. ed. Berlin/Heidelberg: Springer, 2005. p. 23 e ss. *apud* D'AVILA, Fábio Roberto. Direito penal e direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 60, p. 09-35, 2006. p. 17-18). A teoria diferenciadora quantitativa é majoritária na doutrina alemã. BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. As fronteiras do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador: um ensaio sobre os critérios de distinção entre o crime e a infração administrativa. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (orgs.). *Limites ao poder punitivo: Diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 85.

³⁶⁶ Baptista cita o mérito e as críticas à referida teoria, reconhecendo, especificamente quanto à existência empírica de sanções taxadas de administrativas de intensidade maior que outras taxadas de criminais, que tal ponderação “tem por norte o Direito como ele é e não o Direito como ele deve ser”. (BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. As fronteiras do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador: um ensaio sobre os critérios de distinção entre o crime e a infração administrativa. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (orgs.). *Limites ao poder punitivo: Diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 86-87).

uma grande margem de discricionariedade em favor do legislador.³⁶⁷

A teoria diferenciadora qualitativa ou material, cuja origem remota está nos ideais liberais do século XIX, defende a existência de critérios extrajurídicos ou extrapenais aptos à diferenciação entre as esferas administrativa e penal.³⁶⁸

Beccaria, ao propor a classificação dos delitos em categorias, divide-os entre os que afetam a segurança privada, os que perturbam o bem-estar público e os de lesa majestade, compreendidos como aqueles praticados contra representantes do Estado, abrindo espaço para a concepção dos denominados “delitos de polícia”.³⁶⁹

A partir dessa noção, Carmignani sustenta uma distinção entre crimes propriamente ditos e os crimes de polícia, já que enquanto os primeiros estão fundamentados na lesão à segurança, os segundos consistem em barreiras à construção de uma ordem social adequada.³⁷⁰

Por ser a mais antiga, a teoria diferenciadora qualitativa sofreu diversas modificações

³⁶⁷ NAVARRO CARDOSO, Fernando. *Infracción administrativa y delito*. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 88. Batista pondera que, embora a reflexão sobre critérios quantitativos tenha significado “[...] um avanço por se dedicar à confrontação entre o injusto penal e administrativo, não se adstringindo ao plano normativo, na medida em que nega a existência de diferenças materiais, fiando-se no julgamento subjetivo do legislador quanto à maior ou menor gravidade dos fatos tal teoria se revela sem utilidade para fins de redução da matéria criminalizável”. [BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. As fronteiras do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador: um ensaio sobre os critérios de distinção entre o crime e a infração administrativa. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (orgs.). *Limites ao poder punitivo: Diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D´Placido, 2016. p. 87-88].

³⁶⁸ Defensora dessa teoria, Baptista afirma que “só é possível falar em um processo de “administrativização” do Direito Penal, numa perspectiva crítica, se admitia a existência de uma diferença qualitativa entre crime e infração administrativa, que justifique a afirmação de que o Direito Penal e Direito Administrativo sancionador possuem lógicas distintas”. [BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. As fronteiras do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador: um ensaio sobre os critérios de distinção entre o crime e a infração administrativa. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (orgs.). *Limites ao poder punitivo: Diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D´Placido, 2016. p. 80].

³⁶⁹ BECCARIA, Cesare. De los delitos y de las penas. Tradução da 15.ed.: Franciso P. Laplaza, Arayú. Buenos Aires, 1959 *apud* FAZZIO, Juan Martín Cagni. *La “administrativizacion” de la coercion estatal: Desde una perspectiva de reduccion del derecho penal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2006. p. 29.

³⁷⁰ CARMIGNANI, Joanis. *Juris Criminalis Elementa*. 5. ed. Pisisis, 1833. v.1 *apud* D´AVILA, Fábio Roberto. Direito penal e direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 60, p. 9-35, 2006. p. 15. Feuerbach, a partir de uma concepção jusnaturalista, adere à ideia de uma distinção qualitativa, defendendo ser o crime vinculado à violação do direito natural dos homens e a infração administrativa uma desobediência ao poder de polícia estatal, razão pela qual esta não violaria qualquer direito, não seria um ilícito autêntico, sua proibição teria como objetivo apenas proteger de maneira mediata o ordenamento jurídico. MATTES, Heinz; MATTES, Herta. *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*. Berlin: Duncker & Humblot, 1977, S.105 e ss. 109 e ss *apud* MIR, José Cerezo. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 1, n. 2, abr./jun. 1993. p. 34. Em sentido similar, Carrara defende a tese de que enquanto os crimes propriamente ditos lesam um direito natural, princípios éticos universais, os ditos crimes de polícia se limitam a violar normas necessárias à proteção da prosperidade, cuja repressão se justifica exclusivamente por utilidade pública. CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal: parte general*. Tradução: José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero. Buenos Aires: TEmis, 1972 *apud* FAZZIO, Juan Martín Cagni. *La “administrativizacion” de la coercion estatal: desde una perspectiva de reduccion del derecho penal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido. 2006, p. 30.

ao longo de seu desenvolvimento histórico, podendo ser dividida a partir de quatro critérios: o ético-social; o bem jurídico; a ofensividade e; os fins da pena e da sanção administrativa.

A teoria diferenciadora qualitativa a partir do critério ético-social, também denominada de teoria qualitativa clássica, tem como seu maior expoente Goldschmidt, cuja pretensão era diferenciar o direito penal alemão daquele denominado direito penal administrativo ou contravencional.³⁷¹

O autor sustenta uma diferenciação material entre a esfera regulatória administrativa em relação à penal a partir da perspectiva de que enquanto este estaria fundado em uma ressonância ético-social, aquela seria caracterizada por uma neutralidade ética.³⁷²

No essencial, “a perspectiva de Goldschmidt parte da controversa noção metapositiva de “delito natural”, contrastando-a com o caráter “artificial” das infrações administrativas, as quais seriam oriundas apenas da vontade do Estado”. Segundo o jurista alemão, “as normas penais corresponderiam àquelas proibições que garantem, nas palavras de Jellinek, o ‘mínimo ético’, enquanto o delito administrativo seria mera violação do dever individual de colaboração para o progresso social”.³⁷³

Identificando as diferenças ontológicas entre as esferas defendidas por Goldschmidt, Aftalión ressalta que, para aquele autor, enquanto o delito se orienta pelo valor justiça, a infração administrativa prestigia o bem-estar público; enquanto os delitos lesam direitos subjetivos ou bens juridicamente protegidos, as infrações administrativas consistem na inobservância dos deveres de obediência lastreados nos interesses da administração.³⁷⁴

A teoria qualitativa clássica é criticada por Aftalión por ser incompatível com a legitimidade de crimes baseados em condutas potencialmente lesivas a instrumentos de controle estatais sobre o ambiente econômico, nos quais não se identifica a reprovação ética, tal como aduzida por Goldschmidt, e dos quais os tipos de mera transgressão administrativa são um exemplo.

Pondera Aftalión que a posição de Goldschmidt somente seria conciliável sob a perspectiva de um liberalismo normativo econômico já superado pela incorporação de novos conteúdos ao direito penal, atualmente concebido como meio apto a regular as atividades

³⁷¹ Sobre o tema: CASEMIRO, Pablo Rando. *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*: un análisis de política jurídica. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 65.

³⁷² GOLDSCHMIDT, James. *Derecho. Derecho penal e proceso I*: problemas fundamentales del derecho. Barcelona: Marcial Pons, 2010. p. 301.

³⁷³ BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. As fronteiras do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador: um ensaio sobre os critérios de distinção entre o crime e a infração administrativa. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (orgs.). *Limites ao poder punitivo*: Diálogos na ciência penal contemporânea. Belo Horizonte: D´Placido, 2016. p. 90.

³⁷⁴ AFTALIÓN, Enrique R. *Derecho Penal Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1955. p. 86.

empresariais, reconhecendo ser ineficiente um ambiente produtivo orientado pelas leis de mercado, sem qualquer intervenção estatal de natureza sancionatória.³⁷⁵

A teoria qualitativa clássica pode ser questionada, ainda, a partir do fato de que é possível identificar valores éticos a fundamentar algumas infrações administrativas atuais, em especial, no direito administrativo sancionador.³⁷⁶

Também se critica a aludida teoria diante do argumento de que não se pode admitir a criminalização de condutas mediante uma visão, sempre subjetiva, do que seria uma imoralidade, pois a concepção de delitos justificados exclusivamente a partir de juízos ético-sociais desconsideraria a pluralidade de valores característicos de um Estado Democrático.³⁷⁷

Mir assevera que a dificuldade de se determinar qualquer conteúdo de delito natural fixo para todos os locais e épocas força a teoria qualitativa clássica a se desenvolver a partir de vínculos históricos, geográficos e sociais aptos a orientar, dentro de tais circunstâncias, a aferição do que seria ético-socialmente relevante ou neutro, abrindo espaço para se adotar, como um guia orientador de sua concretização, o critério do bem jurídico.³⁷⁸

O próprio Goldschmidt já propunha a combinação entre o critério ético-social com o do bem jurídico, pois o autor sustentava que o crime deveria ser concebido a partir de uma visão dicotômica: sob uma perspectiva formal, lastreado no desvalor ético-social da conduta; e, sob um enfoque material, baseado no desvalor da conduta em relação ao bem jurídico.

Já em relação às infrações administrativas, o autor as admitia como mera transgressão das regras integrantes do ordenamento regulatório administrativo.³⁷⁹

³⁷⁵ AFTALIÓN, Enrique R. *Derecho Penal Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1955. p. 78.

³⁷⁶ BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. As fronteiras do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador: um ensaio sobre os critérios de distinção entre o crime e a infração administrativa. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (orgs.). *Limites ao poder punitivo: Diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D' Placido, 2016. p. 91.

³⁷⁷ NAVARRO CARDOSO, Fernando. *Infracción administrativa y delito*. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 72. Não obstante, a teoria é defendida por: DIAS, Jorge Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal e sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 146.

³⁷⁸ MIR, José Cerezo. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a.1, n. 2, abr./jun. 1993. p. 28. Em posição similar, Torío Lopez afirma que as diferenças entre as esferas administrativa e penal não seriam ontológicas, tampouco quantitativas, mas histórico-culturais, ou seja, valorativas. [TORÍO LÓPEZ, Ángel. Injusto penal e injusto administrativo (pressupostos para la reforma del sistema de sanciones). *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría*. Madrid, 1991. t. III, p. 2599 e ss.]. Navarro Cardoso sustenta ser o critério do bem jurídico valorativo, mas o classifica dentro das teorias quantitativas e não qualitativas. (NAVARRO CARDOSO, Fernando. *Infracción administrativa y delito*. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 87).

³⁷⁹ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho. Derecho penal e processo I: problemas fundamentales del derecho*. Barcelona: Marcial Pons, 2010. p. 294. Baptista esclarece que “a utilização do critério do bem jurídico por Goldschmidt tem como influência a obra de Carmignani e se baseia na distinção entre ‘dano emergente’ e ‘lucro cessante’”. Segundo D’Ávila, a ilicitude penal para Goldschmidt decorria da emergência de um dano para o bem jurídico enquanto objeto de proteção da norma. Já a ilicitude administrativa não exigiria o dano para o bem jurídico, mas apenas o não atendimento das exigências normativas de promoção de interesses públicos, isto é, a perda de uma chance de um benefício social”. [BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. As fronteiras do Direito

A partir de tais premissas, diversos autores aderem à teoria diferenciadora qualitativa a partir do critério do bem jurídico, defendendo, na essência, que enquanto a intervenção penal há de ser justificada em condutas lesivas a bens fundamentais, essenciais ao exercício de direitos individuais ou à convivência social, aquela de natureza administrativa poderia se contentar com a violação de regras secundárias, organizacionais, mera transgressão de normas de caráter instrumental.³⁸⁰

Percebe-se, portanto, que tal teoria tem, em seu alicerce, aquela visão tradicional referente à diferenciação, de difícil aplicação aos tipos de mera transgressão administrativa, entre bens jurídico-penais e funções administrativas, as quais, segundo essa corrente, não representam um valor, estão a depender de uma relação com “bens prestação”, são sempre instrumentos para a obtenção de um benefício social.

A partir de tal perspectiva a esfera penal estaria limitada à proteção de bens jurídicos-penais, relegando uma intervenção normativa legitimada por funções, compreendida como um instituto axiologicamente neutro, ao direito administrativo.

Justamente por isso, tal teoria é criticada, na medida em que, atualmente, principalmente no direito administrativo sancionador, concebem-se infrações administrativas cuja fundamentação material remonta a bens jurídicos fundamentais, muito próximos daqueles que estão a justificar uma intervenção penal.³⁸¹

Da mesma forma, admite-se intervenção penal baseada em normas administrativas editadas a partir do exercício de funções estatais de natureza normativa, desde que seu fundamento seja a regulação de valores essenciais ao interesse público, muito próximos à própria noção de bem jurídico, como ocorre, exatamente, no caso dos tipos de mera transgressão administrativa.

Procurando responder às críticas, os adeptos da teoria diferenciadora qualitativa orientada pelo critério do bem jurídico sustentam que, mesmo admitindo-se a utilização da expressão “bem jurídico” às duas esferas, ela conotaria sentido diferente em cada uma delas.

Penal e do Direito Administrativo Sancionador: um ensaio sobre os critérios de distinção entre o crime e a infração administrativa. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (orgs.). *Limites ao poder punitivo: Diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D´Placido, 2016. p. 92].

³⁸⁰ Neste sentido, Faria cita as posições de Civali, Carrara e Binding: FARIA, Bento de. *Das contravenções penais*. Rio de Janeiro: Récord, 1958. p. 20-21.

³⁸¹ Sobre o tema: REALE JÚNIOR, Miguel. Ilícito administrativo e jus puniendi geral. In: PRADO, Luiz Regis. (coord.). *Direito Penal Contemporâneo: estudo em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 95. Navarro sugere que a noção de intervenção mínima e proteção de bens jurídicos valem tanto para o direito administrativo sancionador quanto para o direito penal, aduzindo uma diferença funcional entre eles, já que enquanto o primeiro se legitimaria exclusivamente a partir da ordenação de interesses supraindividuais, o segundo tutelaria interesses individuais e supraindividuais, especificamente no que tange à reprovação de condutas a estes lesivas. (NAVARRO CARDOSO, Fernando. *Infracción administrativa y delicto*. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 70-75).

Defendendo uma autonomia axiológica da intervenção penal em relação àquela administrativa, sustentam que um bem jurídico somente poderia ser alçado à categoria de bem jurídico-penal caso cumprisse dois requisitos: importância social; e necessidade de criminalização para sua proteção.³⁸²

Ocorre que tais requisitos, diante de seu caráter amplo e indeterminado, nem sempre se revelam aptos a concretizar uma conceituação de bem jurídico-penal capaz de diferenciá-lo de um bem jurídico-administrativo.

Em decorrência disso, referida teoria se demonstrou ineficiente em estabelecer um limite para a expansão do poder punitivo criminal, em especial, diante da tendência de sua administrativização, na qual se concebe um direito penal também legitimado materialmente por valores supraindividuais, mais vagos e abstratos que aqueles individuais.³⁸³

Diante do reconhecimento de que, principalmente no que toca aos interesses coletivos, as intervenções normativas administrativa e penal podem se legitimar a partir de objetos muito próximos, as teorias diferenciadoras qualitativas evoluem para, no intuito de sustentar uma distinção material entre as esferas, somar à noção de bem jurídico o critério da ofensividade.³⁸⁴

Mir Puig pondera que para a legitimação sancionatória criminal, em distinção àquela administrativa, não é suficiente o pressuposto de um comportamento, em abstrato, potencialmente lesivo a um bem jurídico-penal, exigindo-se uma verificação, em concreto, sobre qual o potencial de afetação ao referido bem representa a conduta que se pretende sancionar.³⁸⁵

Silva Sánchez pontua que

[...] el Derecho administrativo sancionador es el refuerzo de la ordinaria gestión de la Administración. Así, cabría afirmar que es el Derecho sancionador de conductas perturbadoras de modelos sectoriales de gestión. Su interés reside en la globalidad del modelo, en el sector en su integridade, y por eso tipifica infracciones y sanciona desde perspectivas generales.³⁸⁶

³⁸² MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal em Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994. p. 161-162. No mesmo sentido: NAVARRO CARDOSO, Fernando. *Infracción administrativa y delito*. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 89.

³⁸³ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997. t. I, p. 62.

³⁸⁴ BACH, Marion. *Multiplidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem e proporcionalidade*. Londrina: Thor, 2022. p. 258.

³⁸⁵ MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal em Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994. p. 165-166.

³⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Buenos Aires: Euros, 2008. p. 137.

Em razão disso, referida esfera regulatória, para o autor, prescindiria de critérios de lesividade ou periculosidade concretas, pois “[n]o se trata aqui del riesgo concreto como riesgo en sí mismo relevante e imputable personalmente a un sujeto determinado, sino lo determinante es la visión macroeconómica o macrosocial (las ‘grandes cifras’; ‘el problema estructural’ o ‘sistémico’)”. Assim, para tal forma de intervenção, bastaria “[e]l género de conductas represente, en términos estadísticos, un peligro para el modelo sectorial de gestión o, si se quiere, en términos menos tecnocráticos, para el buen orden del sector de actividad determinado”.³⁸⁷

Em sentido similar, segundo Ferrajoli, enquanto a intervenção administrativa se justificaria a partir de uma noção de perigo abstrato ao bem jurídico, reforçando uma perspectiva de prevenção de riscos e, portanto, a sua utilização antecipada; a intervenção penal somente se justificaria em face de comportamentos de dano ou de perigo concreto.³⁸⁸

Embora aponte que uma legitimação regulatória a partir de perigo abstrato não é exclusiva do direito administrativo sancionador, não constituindo um critério de distinção entre as instâncias, Casemiro registra que quanto maior a distância entre o potencial lesivo da conduta proibida em relação ao núcleo de proteção do bem jurídico, maior a possibilidade de a intervenção administrativa ser suficiente.³⁸⁹

Pontua o autor que a verificação de um perigo apenas abstrato, abstrato-concreto ou hipotético é critério indicativo para se afastar a criminalização, sugerindo que, nessas hipóteses, a melhor alternativa seria contentar-se com uma intervenção de natureza administrativa.³⁹⁰

D’Ávila sugere que a ofensividade não é um ponto central orientador do direito administrativo sancionador e, por outro lado, deve nortear o espaço próprio, porém não exclusivo, da intervenção penal, que há de ser concebida a partir de um juízo de ofensividade decorrente da noção de cuidado de perigo, compreendida, mesmo nos crimes de perigo abstrato, como a possibilidade não insignificante de dano ao bem jurídico legitimador da

³⁸⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Buenos Aires: Euros, 2008. p. 137-138. Em sentido contrário, sustentado a necessidade da aplicação da lesividade também ao direito administrativo sancionador, como uma das espécies de manifestação do poder punitivo, sob pena de se admitirem punições por mero capricho, violadoras de mera imoralidades e desobediências: CASEMIRO, Pablo Rando. *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador: un análisis de política jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 160.

³⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 475; 479.

³⁸⁹ CASEMIRO, Pablo Rando. *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador: un análisis de política jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 187; 283.

³⁹⁰ CASEMIRO, Pablo Rando. *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador: un análisis de política jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 286.

norma.³⁹¹

Em sentido similar, Navarro propõe como critério mínimo para uma intervenção penal materialmente justificada a possibilidade de afetação direta de um núcleo essencial de direitos fundamentais, requisito aplicável, inclusive, para os crimes de perigo abstrato, gênero do qual os delitos de acumulação seriam espécies.³⁹²

Diante do atual contexto de administrativização do direito penal, a posição de que a teoria diferenciadora qualitativa, orientada pela noção conjunta de bem jurídico e ofensividade, seria por ela própria suficiente à proposição de critérios capazes de estabelecer uma distinção material definitiva entre as esferas pode ser, sob um viés pragmático, criticada a partir da constatação de que as suas premissas não têm sido endossadas pela atividade legislativa.

Tal demonstração se dá pela utilização, cada vez mais comum, em especial no que toca ao direito penal econômico, de técnicas legislativas, endossadas jurisprudencialmente, que implicam uma intervenção criminal ampla e antecipada, representada, a título de exemplo, por tipos de mera transgressão administrativa compreendidos como delitos de mera conduta e de perigo abstrato.³⁹³

Quanto às teorias diferenciadoras qualitativas há de se consignar, ainda, uma quarta abordagem, que se refere à pretensão de se estabelecer uma fronteira entre as esferas administrativa e penal, sob o prisma da distinção entre os fins da sanção administrativa e os da pena criminal.³⁹⁴

Seus adeptos reconhecem que a sanção, em ambas as instâncias, tem como ponto em comum o caráter aflitivo, na medida em que consistem em punição e não têm como objetivo a reparação do dano causado pela conduta ilícita. Entretanto, ponderam que, ao contrário do que ocorre no âmbito criminal, a medida repressiva, na esfera administrativa, não tem por objetivo uma prevenção especial positiva, compreendida como a necessidade de ressocializar o infrator.

³⁹¹ D'AVILA, Fábio Roberto. Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 60, p.9-35, 2006. p. 31-32. Em sentido similar, Fazzio sustenta como critério de legitimidade penal a descrição de condutas aptas a representar um perigo relevante a um bem jurídico. (FAZZIO, Juan Martín Cagni. *La "administrativizacion" de la coercion estatal: desde una perspectiva de reducción del derecho penal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2006. p. 118).

³⁹² NAVARRO CARDOSO, Fernando. *Infracción administrativa y delito*. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 111.

³⁹³ A título de exemplo, confira-se a jurisprudência sobre o artigo 60 da Lei n.º 9.605/98. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-29/ambiente-juridico-ocrime-artigo60-lei-960598-perigo-abstrato>. Acesso em: 13 ago. 2021.

³⁹⁴ GOLDSCHMIDT, Roberto V. Problemas político-legislativos en materia económica "Rev. Jurídica de Córdoba", año 3, num. 11, §v *apud* AFTALIÓN, Enrique R. *Derecho Penal Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1955. p. 86.

Sob tal perspectiva, aproximando-se daquelas premissas afeitas ao critério ético-social defendido por Goldshmidt, a finalidade da sanção administrativa, ao contrário da penal, não teria qualquer sentido ético, suas funções se limitariam a relembrar ao desobediente de seus deveres frente à administração.³⁹⁵

Tal critério é criticado por não propor uma distinção entre as instâncias penal e administrativa, limitando-se a diferenciar as consequências jurídicas decorrentes da prática das condutas ilícitas nas duas esferas, bem como por ignorar a falta de capacidade empírica de ressocialização da sanção penal.³⁹⁶

No que toca à diferenciação entre as duas modalidades de intervenção sancionatória, administrativa e penal, há, ainda, quem defenda a adoção de uma teoria mista, quantitativa-qualitativa.

Roxin sustenta a tese de que a diferença entre as instâncias é, na maioria das vezes, quantitativa, reconhecendo, entretanto, a grande discricionariedade do legislador decorrente dessa premissa, já que, a partir de um certo limite, referidos traços distintivos se convertem em qualitativos, a serem orientados pelo princípio da proteção subsidiária de bens jurídicos, que estará a impor a opção pela intervenção penal em alguns casos.³⁹⁷

As teorias mistas são criticadas por recorrerem ao critério qualitativo apenas para exigir a intervenção penal em relação a certas condutas, não contribuindo para frear o avanço da criminalização sobre espaços que deveriam se limitar à esfera administrativa.³⁹⁸

³⁹⁵ AFTALIÓN, Enrique R. *Derecho Penal Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1955. p. 86.

³⁹⁶ Sobre referido critério, pondera Baptista que “[...] bem demonstra a carga estigmatizante da pena, inexistente na sanção administrativa, porquanto não faria sentido falar em ressocialização do infrator de normas administrativas que, diferentemente do criminoso, não é percebido socialmente como um ‘desajustado’”. [BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. As fronteiras do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador: um ensaio sobre os critérios de distinção entre o crime e a infração administrativa. *In*: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (orgs.). *Limites ao poder punitivo: diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D’ Placido, 2016. p. 89]. Cerezo Mir acrescenta a crítica de que no âmbito do direito administrativo disciplinar também se cogita de funções de prevenção geral e especial das sanções. (MIR, José Cerezo. Sanções Penais e administrativas no direito espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a.1, n. 2, p. 27-40, abr./jun. 1993. p.36).

³⁹⁷ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general – fundamentos – la estructura de la teoría del delito*. Tradução e notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003, t.1. p. 72-73. Em sentido similar, sugerindo a adoção de uma teoria quantitativa-qualitativa: JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general - fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 68. Essa linha encontra eco na jurisprudência alemã: “Alguns ilícitos teriam um núcleo de desvalor ético-social alto, sendo tutelado pelo direito penal apenas, já outros ilícitos, no entanto, mereceriam apenas repressão técnica, no âmbito do direito de contra ordenações. A diferença seria, então, qualitativa, porém, haveria um espaço limítrofe, em que se poderia pensar em uma diferença quantitativa, podendo o autor agir de forma discricionária”. (COSTA, Helena Regina Lobo da. O sancionamento de condutas entre a judicilaização e a administrativização. *In*: PAULA, Marco Aurélio Borges de; MAGRINI, Rachel de Paula. *Estudos de direito público*. Campo Grande: Cepejus, 2009. p. 564).

³⁹⁸ D’ÁVILA, Fábio Roberto. Direito penal e direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 60, p. 9-35 2006, p. 20. Há quem sustente que, como as hipóteses de criminalização compulsória aduzidas por Roxin são muito limitadas, não sendo delas

4.1.2 Aspectos terminológicos

Ao refletir sobre os critérios diferenciadores entre as esferas regulatórias sancionatórias estatais, a doutrina ora aduz sobre a diferenciação entre crime e infração administrativa, ora sobre discute a distinção entre ilícito penal e ilícito administrativo.³⁹⁹

Acredita-se que tais terminologias representam, na verdade, duas perspectivas diversas.

A distinção entre crime e infração administrativa parte da noção de um conceito material de delito, cuja finalidade política é limitar, prioritariamente, o legislador e também o aplicador da lei, quanto às circunstâncias legitimadoras da criminalização.

Seu objetivo é ressaltar que a esfera sancionatória penal, principalmente em razão da intensidade distinta da sua sanção característica, há de ser, necessariamente, mais restrita que aquela administrativa.

Já a distinção entre ilícito administrativo e ilícito penal parte da noção de um conceito analítico de crime, cuja função é contribuir didaticamente para a compreensão da estrutura do delito, entre cujos elementos está a ilicitude, em conjunto com a tipicidade e a culpabilidade.

Tem o objetivo científico-dogmático de refletir se a ilicitude, compreendida, em sua essência, como contrariedade da conduta ao ordenamento jurídico como um todo, pode ser originalmente constituída pela intervenção penal.⁴⁰⁰

Sob tal prisma, discute-se a possibilidade de uma ilicitude penal autônoma daquela cível-administrativa ou se tal modalidade de intervenção deve se limitar a sancionar, com suas penas características, condutas já reputadas como ilícitas por outras esferas jurídicas,

possível estabelecer um critério comum, apto a fundamentar as diferenças ontológicas entre as esferas, a denominada teoria mista não teria se desincumbido de propor qualquer critério qualitativo. Cf. FAZZIO, Juan Martín Cagni. *La "administrativización" de la coerción estatal: desde una perspectiva de reducción del derecho penal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2006. p. 102.

³⁹⁹ A título de exemplo, a utilizar as expressões crime e infração administrativa: BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. *As fronteiras do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador: um ensaio sobre os critérios de distinção entre o crime e a infração administrativa*. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia. (orgs.). *Limites ao poder punitivo: Diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 73-101. Já a utilizar ilícito penal e ilícito administrativo: COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 144-148.

⁴⁰⁰ Sobre o conceito de ilicitude, Lopes afirma que “[...] entende-se por ilicitude a característica de proibição que tem uma conduta individual, em relação à norma positivada. Trata-se de uma contrariedade, objetiva (nos moldes apresentados por Zaffaroni), dessa conduta em relação ao ordenamento jurídico como unidade normativa [...]. Ademais, deve ser verificada, em sua concepção material (que engloba a concepção formal), com a finalidade de valorar as lesões/ameaças a bens jurídicos eleitos à proteção penal”. (LOPES, Luciano Santos. *Injusto Penal: a relação entre o tipo e a ilicitude*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 34).

cogitando-se de uma ilicitude una a todo o ordenamento jurídico.

Ambas as perspectivas são relevantes ao estudo dos tipos de mera transgressão administrativa, na medida em que, ao se refletir sobre critérios aptos a orientar qual deve ser o campo de atuação de cada uma das esferas sancionatórias neles sobrepostas, pretende-se estabelecer critérios capazes de adaptar tal técnica legislativa à concepção de uma intervenção penal mais restrita do que aquela administrativa, bem como sistematizá-los a partir das categorias já consagradas no atual estágio dogmático da teoria do delito.⁴⁰¹

Justamente em razão de se pretender abranger a discussão de forma ampla, optou-se por discutir a delimitação do âmbito de cada uma das esferas regulatórias sancionatórias a partir de critérios aptos a diferenciar a infração administrativa do injusto penal, compreendido como conduta ilícita e típica.⁴⁰²

Tal opção terminológica se dá com o objetivo de ressaltar que, nos tipos de mera transgressão administrativa, apesar de haver uma aproximação entre o direito administrativo e o direito criminal, não se prescinde de um limite diferenciador entre tais esferas sancionatórias.

Referido limite será representado exatamente pela função qualificadora que a tipicidade desempenha sobre algumas das condutas ilícitas representadas pelas infrações administrativas objeto das remissões normativas características da representação legal das aludidas estruturas típicas, de modo a conceber o injusto penal.

4.1.3 Posição adotada

Quanto à necessidade de uma distinção entre infração administrativa e injusto, a partir de um conceito material de delito, com o objetivo de limitar o arbítrio do legislador em optar pela criminalização, reconhece-se que a previsão legal e a aplicação concreta dos tipos de

⁴⁰¹ Sobre a relevância de refletir sobre uma fronteira entre a esfera penal e administrativa, Falavigno pondera que “[t]odos os sistemas, atualmente, possuem problemas mal resolvidos de proibições administrativas e sua incidência na área penal (...) o principal problema dos sistemas extremamente conectados é a expansão da punição penal, com a conseqüente perda da sua credibilidade e eficiência. Nos sistemas muito separados, ocorre uma verdadeira disputa na tipificação de condutas”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 93 e 94”.

⁴⁰² Sobre o conceito de injusto penal, Lopes afirma que “[a] composição do injusto penal se dá com a união do tipo penal e da ilicitude. Esses institutos não perdem as suas características de categorias autônomas da teoria do crime. Formam, juntos, um conceito maior: o injusto penal. Assim, enquanto o tipo penal descreve uma conduta proibida, a ilicitude determina uma relação de contradição entre essa conduta e a totalidade da ordem jurídica”. (LOPES, Luciano Santos. *Injusto Penal: a relação entre o tipo e a ilicitude*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 14).

mera transgressão administrativa, como qualquer outra forma de intervenção penal, devem ser especialmente justificadas em relação às outras modalidades de regulação estatal.

Sobre o tema, endossa-se a conclusão de Baptista, segundo o qual, a partir da premissa de que “o poder punitivo, como um todo, carece de pressupostos limitadores, deve-se admitir que a possibilidade de aplicação de pena restritiva da liberdade e o caráter estigmatizante da sanção penal sinalizam a maior severidade dessa seara jurídica”, o que fundamenta “reservar ao Direito Penal um maior arsenal de garantias, a fim de evitar o enfraquecimento político das pautas de descriminalização”.⁴⁰³

Sob tal perspectiva, reconhecendo-se ser a incriminação a modalidade regulatória mais grave disponível às autoridades estatais, devem ser concebidos critérios aptos a evitar “o arbítrio na utilização do Direito Penal e permitir o controle das decisões administrativas”, concretizando uma redução racional da intervenção criminal, sem olvidar da preocupação de não se engessar o legislador, que, “nas situações-limite, quando a discricionariedade legislativa tender para o lado penal da fronteira”, deve de se desincumbir do “dever de fundamentar as suas decisões”.⁴⁰⁴

Tal ponderação encontra fundamento na exigência do ordenamento jurídico brasileiro de que, para se afirmar qualquer responsabilidade penal, devem ser observados requisitos especiais em relação à afirmação de uma responsabilidade administrativa.⁴⁰⁵

⁴⁰³ BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. As fronteiras do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador: um ensaio sobre os critérios de distinção entre o crime e a infração administrativa. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (orgs.). *Limites ao poder punitivo: Diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D' Placido, 2016. p. 98-99.

⁴⁰⁴ BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. As fronteiras do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador: um ensaio sobre os critérios de distinção entre o crime e a infração administrativa. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (orgs.). *Limites ao poder punitivo: Diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D' Placido, 2016. p. 98-99.

⁴⁰⁵ É afirmação que se faz sem prejuízo de se reconhecer, também no que toca ao direito administrativo sancionador, a necessidade de critérios aptos à sua limitação. Sobre o tema, Costa explicita que “[a]s garantias referentes à apuração de ilícito e imposição de sanções não têm emprego somente no campo penal, pois decorrem da atuação sancionadora do Estado, seja ela operacionalizada por qual meio for. No direito penal, essas garantias podem ser mais detalhadas ou intensas, mas não é necessário reconhecer uma identidade entre os ilícitos ou entre as funções penal e administrativo-sancionadora para conferir garantias e observância de princípios limitadores da atuação estatal à seara administrativa. Observe-se, igualmente, que a adoção de limites e garantias mais rigorosos no âmbito administrativo, gerando maior grau de formalização, levaria a um reforço comunicativo desta esfera no sistema de controle social, apresentando como consequência, por sua vez, uma maior efetividade”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 147-148]. Em sentido similar, Silva observa que “[o] Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador se correlacionam por exteriorizarem ambos a manifestação penalizadora do Estado e por integrarem o mesmo gênero, qual seja, o Direito Punitivo. E, justamente para garantir que o poder de punir e o controle estatais se efetivem de maneira comedida, razoável e proporcional, sem que haja o sepultamento dos direitos fundamentais, o Estado democrático de Direito garante um arcabouço normativo de proteção individual que, por sua vez, alcança tanto o Direito Penal como o Direito Administrativo Sancionador. Não por outra razão,

Nessa linha, acredita-se que as diversas teorias, cujo objetivo é sugerir parâmetros para diferenciar a infração administrativa do injusto penal no âmbito dos tipos de mera transgressão administrativa estão, na realidade, a se complementar, e não a se contrapor,⁴⁰⁶ pois:

- ambas as esferas sancionatórias são criações normativas, confirmando-se tal premissa da teoria unitária;
- os regimes jurídicos aplicáveis às instâncias administrativa e penal, seja quanto à imputação ou ao procedimento, embora devam possuir algumas garantias comuns, são diversos, confirmando-se os pressupostos da teoria diferenciadora formal;⁴⁰⁷

Francisco Zardo afirma que ‘os princípios e regras ditas de direito penal e que incidem sobre o direito administrativo sancionador são, a rigor, normas comuns ao direito punitivo do Estado, que se manifesta sob essas duas formas’. As garantias e direitos que permeiam o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador têm como raiz comum a Constituição de 1988 e inúmeros são os princípios aplicáveis a ambos como a legalidade, a proporcionalidade, a individualização da pena, o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, a culpabilidade, a razoabilidade, a vedação à analogia in malam partem, a presunção de inocência e de não culpabilidade e, no que mais importa para o presente trabalho, a retroatividade benigna ou benéfica”. (FORTINI, Cristiana; CAVALCANTI, Caio Mario Lana. Retroatividade benigna da Lei 14.230: o que dizer de decisões transitadas em julgado? *Consultor Jurídico*, São Paulo, fev. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-17/interesse-publico-retroatividade-benigna-lei-1423021>. Acesso em: 15 mar. 2022).

⁴⁰⁶ Faz-se, aqui, apenas uma ressalva em relação à teoria diferenciadora. As supostas finalidades diferentes da sanção administrativa em relação à pena criminal, na realidade, consistem em analisar as consequências de cada esfera regulatória, e não necessariamente critérios aptos a definir em quais hipóteses cada uma delas deve ser utilizada. Confirmando a possibilidade de conjugação das teorias no sentido de se diferenciar, sob a perspectiva de um conceito material de delito, o âmbito regulatório administrativo e penal, Silva Sánchez cogita da aplicação conjunta das teorias diferenciadoras qualitativa clássica, quantitativa e formal, sugerindo uma aproximação desta última à teoria diferenciadora qualitativa orientada pelo critério da lesividade: “La perspectiva que se centra sólo en el injusto y su conformación para distinguir el ámbito de lo penal y lo administrativo es, a mi juicio, errónea. Por eso era errónea la teoría clásica de base ética. Pero también resulta incompleta la moderna teoría de la diferenciación (meramente) cuantitativa. En efecto, lo decisivo de la referida diferenciación no es (solo) la configuración del injusto, sino los criterios desde los que se contempla, los criterios de imputación de esse injusto y las garantías de diverso signo (formales y materiales) que rodean la imposición de sanciones al mismo. A este respecto, es evidente que el sometimiento a un juez es una diferencia cualitativa, como lo es la imposibilidad de que la Administración imponha sanciones privativas de libertad. Tales garantías especiales, que rodean lo penal y que tienen que ver con la repercusión comunicativo-simbólica de la afirmación de que concurre una ‘infracción penal’, más bien abonan la idea de que procede introducir una perspectiva de diferenciación cualitativa que ha de tener reflejo, ante todo, en la forma de entender la lesividad de una y otra clase de infracciones y en los criterios utilizados para su imputación”. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Buenos Aires: Euros, 2008. p. 136). Sobre o tema, Costa, embora se aproxime da tese defendida por Silva Sánchez, ressalva que “não concorda com o argumento deste autor no sentido de que o critério teleológico diferenciaria direito penal e direito administrativo sancionador, pois aquele perseguiria a proteção de bens concretos em casos concretos, sob critérios de lesividade e perigosidade concreta e de imputação de um injusto próprio, enquanto este ‘persigue ordenar, de modo general, sectores de actividad (reforzar, mediante sanciones, un determinado modelo de gestión sectorial)’, estando sujeito a critérios de afetação geral ou estatística e com imputação e persecução menos rigorosas. A discordância decorre da constatação de que o direito administrativo sancionador pode ter como finalidade a proteção de bens jurídicos em casos concretos de lesão ou colocação de perigo, não havendo nada que o impeça de atuar em tais âmbitos, pelo contrário: se se revelar mais eficiente que o direito penal, deverá ser utilizado em seu lugar. Já o direito penal, de fato, não pode atuar como gestor ou ordenador, mas, em razão do acima afirmado, não é possível afirmar que persegue finalidades completamente diferentes daquelas almejadas pelo direito administrativo sancionador, pois há um espaço claro de sobreposição nessa seara”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 147].

- a regulação penal pode exigir um grau maior de desvalor da conduta e do resultado danoso em comparação àquela administrativa, confirmando-se os fundamentos da teoria diferenciadora quantitativa;⁴⁰⁸
- a intervenção penal pode exigir critérios ético-sociais e objeto de tutela mais restritos em relação àquela administrativa, confirmando-se as afirmações da teoria diferenciadora qualitativa, sob todos os seus espectros.⁴⁰⁹

No que tange aos tipos de mera transgressão administrativa, o que ocorre, em comparação às estruturas típicas representadas por leis fechadas e não tão administrativizadas, é que, mesmo se considerando todos os critérios dogmáticos expostos como complementares entre si, há uma maior complexidade empírica para se demonstrar, principalmente no plano abstrato da abrangência legal, qual o limite a ser observado entre o campo administrativo e o penal.

Em tal contexto, conforme exposto no capítulo anterior, deve-se, para fins de limitar a abrangência da seara criminal, depurar quais os atos normativos administrativos sinalizados de forma geral pela lei penal serão aptos a complementar o tipo, submetendo-os ao mesmo filtro crítico pelo qual deve passar a legitimação de qualquer intervenção criminal, qual seja, a necessária descrição de condutas cuja prática tenha a aptidão de lesar ou expor a risco razoável valores socialmente reconhecidos com relevantes.⁴¹⁰

O injusto penal nos tipos de mera transgressão administrativa, portanto, implicará a necessidade de impor à categoria da tipicidade o dever de graduar, no âmbito interno do próprio sistema regulatório administrativo, quais infrações, a partir de premissas vinculadas ao princípio da ofensividade, têm ou não relevância material para justificar a possibilidade de se cogitar da esfera penal.

Em tais estruturas típicas, para se cogitar de uma fronteira sancionatória entre as esferas administrativa e penal, há de se estabelecer uma fronteira interna no âmbito do próprio direito administrativo sancionador, apta a definir quais dos seus atos normativos têm

⁴⁰⁷ Nesse ponto, o registro de que não se citou expressamente o critério da natureza da sanção, pois se considera que a exigência de aplicação da sanção penal pelo órgão judicial ou de se observar o princípio da individualização, por exemplo, é pressuposto abrangido pela existência de regras de imputação e procedimento diversas.

⁴⁰⁸ Tal afirmação não impede que a esfera administrativa também exija ofensividade, apenas ressalta que a esfera penal, ao contrário da administrativa, não pode dela prescindir.

⁴⁰⁹ Da mesma forma que aduzido na nota anterior, tal afirmação não impede que a esfera administrativa também descreva infrações a partir de critérios ético-sociais, apenas ressalta que a esfera penal, ao contrário da administrativa, não pode deles prescindir.

⁴¹⁰ Para além do critério da lesividade, que é útil à definição da tipicidade objetiva, há de se registrar que, sob o prisma subjetivo, o tipo penal vai exigir, via de regra, atuação com dolo e, excepcionalmente, com culpa. Já as infrações administrativas podem se valer de uma responsabilidade objetiva.

legitimidade para complementar o tipo e conformar o injusto.

Já sob a perspectiva do conceito analítico de delito, em especial, no caso dos tipos de mera transgressão administrativa, parece ser inadequado admitir uma ilicitude penal autônoma em relação àquela civil-administrativa.

Os tipos de mera transgressão administrativa se enquadram dentro do conceito de tipos representados por lei abertas, compreendidos como previsões típicas nas quais o enunciado legal expressa parte, mas não a integralidade, da matéria objeto da proibição.

A conduta objetiva a ser praticada, para efeito da imposição da sanção penal, somente será compreendida de forma completa ao se recorrer aos atos normativos complementares referidos, de forma genérica, pela lei.

Nos tipos representados por leis abertas, conforme assevera Lopes, a tipicidade “não consegue exercer adequadamente sua função indiciadora da ilicitude, esta, principalmente nestes casos, deve ser percebida através de uma análise positiva e independente do desvalor jurídico”.⁴¹¹

Nos tipos de mera transgressão administrativa, como espécies do gênero tipos representados por leis abertas, exige-se, antes da afirmação da tipicidade, um juízo positivo da ilicitude, que não se limita à verificação, posterior, sobre a presença ou ausência de causas de justificação.⁴¹²

Nos tipos de mera transgressão administrativa, deve-se iniciar a apuração do injusto a partir da ilicitude, representada, objetivamente, pela constatação de que a conduta está a violar o ato normativo administrativo referido pela lei penal, ou seja, de que se está diante de uma infração administrativa.

Sobre a possibilidade de se iniciar a verificação acerca da existência do injusto a partir da ilicitude, adota-se a tese de Lopes de que é “fundamental que se determinem a função e a importância do conceito de ilicitude no injusto penal, para verificar em que termos ela se relaciona com o tipo penal”, concluindo que “[o] estudo do injusto penal deve ser iniciado pela ilicitude”.⁴¹³

⁴¹¹ LOPES, Luciano Santos. *Injusto Penal: a relação entre o tipo e a ilicitude*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 77-78.

⁴¹² Sobre a necessidade de um juízo positivo da ilicitude no âmbito dos tipos representados por leis abertas, são convergentes as posições de Welzel e Roxin. WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán: parte general*. 11. ed. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1976. p. 120, 234-235. ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Tradução: Prof. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979.

⁴¹³ O autor adota a teoria do tipo total do injusto, tal como desenvolvida por Merkel, segundo o qual tal categoria é composta “[...] pelo tipo estrito, que define a conduta incriminada, e pela parte negativa, isto é, a ausência de negação”. Sustenta que há de se afastar a teoria da *ratio cognoscendi*, tal como concebida por Mayer, na qual “o tipo funciona com indício da ilicitude, que cede diante de uma causa de justificação (regra-exceção)”, afirmando

Será, portanto, papel da tipicidade qualificar, dentre o universo mais amplo dos atos considerados ilícitos por transgredir atos normativos administrativos, quais deles serão aptos a compor a categoria, mais restrita, do injusto penal.

Sob tal perspectiva, nos tipos de mera transgressão administrativa, filia-se à teoria de uma ilicitude una, no sentido de que não pode a instância penal, principalmente nas hipóteses em que utilizada tal técnica legislativa, constituir uma proibição autônoma e independente daquela administrativa.⁴¹⁴

Consigna-se, todavia, que a afirmação prévia de uma infração administrativa, representativa da ilicitude da conduta, é condição necessária, porém não suficiente, para se afirmar a tipicidade objetiva e, via de consequência, se conformar o injusto.

Em termos dogmáticos normativos, a exigência de que, nos tipos de mera transgressão administrativa, a afirmação da infração administrativa é condição necessária, embora não

ser “um erro admitir a existência de uma conduta permitida (justificada), ao mesmo tempo que é proibida (por ser antinormativa)”. Também critica a vertente da teoria *ratio essendi*, tal como sugerida por Mezger e Sauer, sustentado que, “[c]om a tripartição do crime e a manutenção do tipo mesmo diante de uma causa de justificação, a doutrina de Mezger e Sauer (tipo de injusto) adota a provisoriedade na ilicitude típica e ainda trabalha com a ideia de regra-exceção”. (LOPES, Luciano Santos. *Injusto Penal: a relação entre o tipo e a ilicitude*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 2 e 195-196).

⁴¹⁴ Sobre a concepção de uma ilicitude una, Lopes afirma que “[n]ão há ilicitude penal, específica. Trata-se de conceito que é geral a todo o ordenamento jurídico”. (LOPES, Luciano Santos. *Injusto Penal: a relação entre o tipo e a ilicitude*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 195). Tal afirmação não implica em se admitir uma dita unicidade do “poder punitivo estatal”. Primeiramente, cabe uma crítica terminológica, no sentido de que não se deve confundir a noção de poder com as funções estatais que dele decorrem. O poder, do qual o Estado é investido mediante mecanismos democráticos de representação, é uno, mas o seu exercício há de ser segregado, mediante as diversas funções estatais, cuja execução deve sempre ser justificada em prol da sociedade. A terminologia mais adequada, portanto, é função sancionatória, e não poder punitivo, evitando-se qualquer leitura que permita conotar do termo espaço para a sua utilização arbitrária, desconectada do interesse público, cuja preservação há de ser racionalmente demonstrada a partir de cada hipótese de intervenção normativa punitiva da qual se cogite. Sobre a tese de uma suposta unicidade do “poder punitivo”, há de ser fastada, na medida em que, embora tanto o direito administrativo sancionador quanto o penal sejam manifestações de uma função estatal sancionadora, não se pode olvidar que o seu exercício, principalmente em razão da intensidade diversa de suas sanções características, está sujeito a limites e garantidas distintos. Caso fosse possível admitir a existência de um “poder punitivo único”, o direito administrativo sancionador e o direito penal seriam expressões de uma mesma prerrogativa estatal, estariam, portanto, sujeitos ao mesmo regime jurídico. Sobre o tema, Costa afirma: “A principal consequência prática de tal concepção consiste na aceitação de que, tratando-se de fenômeno idêntico (já que direito penal e o direito administrativo seriam manifestações deste mesmo fenômeno) deveria incidir o mesmo regime jurídico”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 174]. No Brasil, a tese de um “direito punitivo único” é admitida, na doutrina penal, por Reale Júnior e, no direito administrativo, por Mello, confira-se: REALE JÚNIOR, Miguel. *Ilícito administrativo e jus puniendi geral*. In: PRADO, Luiz Regis (coord.). *Direito penal contemporâneo: estudo em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 92-100. MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 45. Em sentido contrário: COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 174 e 175 e OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 120.

suficiente, para afirmação da tipicidade objetiva criminal encontra lastro no princípio da fragmentariedade, cuja essência

[...] impõe abandonar a concepção de que o direito penal pode regular setores inteiros [...] somente pode ser usado de forma pontual, descontínua, voltado a condutas específicas, que apresentem acentuada reprovabilidade, e quando se revela apto a atuar de forma eficiente naquele contexto. Observar o postulado da fragmentariedade implica reconhecer que o direito penal não se presta a lidar com contextos de alta complexidade em que não seja possível identificar e isolar condutas de seus contextos sociais, econômicos ou políticos e nos quais não faça sentido, por conseguinte, imputar resultados desvalorados individualmente. Esse dado é especialmente importante no campo do direito penal econômico. Não se está a negar, de forma absoluta e geral, a legitimidade do uso do direito penal nesse campo, mas é preciso depurá-lo de incontáveis condutas criminalizadas sem qualquer legitimidade ou idoneidade da atuação penal, ou, ainda, completamente insignificantes. Raimer Hamm observa, com razão, que o direito penal vive de suas lacunas, em decorrência da taxatividade e subsidiariedade que o caracterizam [...] sendo utópico (e ilegítimo) atribuir ao direito penal tarefas promocionais. Deixando as ilusões de lado, o direito penal intervém para consolidar dispositivos já tutelados por outros instrumentos normativos e a reprimir atos específicos.⁴¹⁵

Para se cogitar de sua conciliação com os valores, constitucionalmente consagrados, referentes aos limites de uma intervenção penal orientada pelos postulados da legalidade, os tipos de mera transgressão administrativa não devem ser admitidos como estruturas típicas sem qualquer caráter descritivo da conduta de forma adicional àquela descrição já constante da esfera administrativa.⁴¹⁶

Conceber uma previsão típica sem qualquer função de delimitação da conduta proibida, especificamente para fins penais, para além de implicar em um esvaziamento total da tipicidade como categoria útil ao conceito analítico de crime, somente seria possível caso se adotasse a premissa de um tipo penal avalorativo, hipótese historicamente superada no

⁴¹⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 128 e 129. Sobre a possibilidade de princípios constitucionais de espectro mais geral atuarem como mecanismo apto a submeter o Estado a uma concepção normativa material, superando limites puramente formais da lei, pondera Di Pietro que “[n]ão é por outra razão que a doutrina e a jurisprudência invocam, constantemente, inúmeros princípios, alguns de ordem constitucional, como os da moralidade, impessoalidade, razoabilidade, segurança jurídica, economicidade, interesse público, motivação e tantos outros, considerados essenciais para limitar a discricionariedade administrativa e, em consequência, ampliar o controle externo exercido pelo Judiciário”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de direito administrativo brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 926, p. 51-78, dez. 2012.) Registre-se que, em matéria penal, tais concepções gerais somente são admissíveis no sentido de limitar a atividade estatal sancionadora, nunca para ampliá-la.

⁴¹⁶ Há, portanto, de ser superada a tese inicial de Welzel de que os tipos penais abertos, com exceção daqueles judicialmente orientados, seriam caracterizados pela utilização de expressões sem qualquer função delimitadora da conduta, implicando em puros juízos de valor do intérprete, a serem sistematizados exclusivamente na ilicitude. WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán: parte general*. 11. ed. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1976. p. 120.

desenvolvimento da teoria do delito.⁴¹⁷

Os elementos normativos da lei penal, cuja utilização no enunciando normativo pode implicar sua classificação como tipos de mera transgressão administrativa, não de ser, portanto, analisados sob a perspectiva reconhecida por Roxin, segundo o qual, adotando-se o pressuposto de que os conceitos jurídicos estão fundados em valores, todas as expressões utilizadas na disposição legal que representa o tipo, por mais vagas que sejam, de alguma forma e ao mesmo tempo, vão descrever a conduta e fundamentar o dever jurídico a ser infringido pelo agente.⁴¹⁸

Assim, mesmo diante da afirmação de que, nos tipos de mera transgressão administrativa, há de se reconhecer que a ilicitude é determinada pela instância administrativa, não se afasta alguma autonomia valorativa do direito penal.

O que se propõe é alocar tal autonomia valorativa na categoria da tipicidade, e não na da ilicitude, já que, nos tipos de mera transgressão administrativa, não é a instância penal que vai constituir um ilícito próprio e autônomo, mas é a tipicidade que vai qualificar a infração administrativa previamente verificada para conceber a possibilidade de um injusto penal.⁴¹⁹

A qualificação da ilicitude desempenhada pelo tipo objetivo nos tipos de mera transgressão administrativa não é meramente sancionatória, mas também valorativa pois, também sob a perspectiva do conceito analítico de crime, estará a impor um filtro dos atos normativos administrativos referidos pela lei de modo a verificar quais deles podem integrar o comando típico.⁴²⁰

⁴¹⁷ Desde a influência da filosofia neokantista, já se estabeleceu que o direito, como ciência cultural, não pode se desenvolver epistemologicamente a partir das mesmas premissas das ciências naturais, limitando-se à observação do objeto de estudo e das regras referentes à sua existência, modificação e interações como o contexto que o circunda. A aplicação das premissas neokantistas na teoria do delito implicou a evolução do conceito de tipo de uma noção avaliativa, para uma de dupla valoração, um desvalor ético-social na origem da sua própria elaboração, que estará a legitimá-lo materialmente, bem com um desvalor da conduta a ser aferido quando da sua aplicação concreta. Cf. HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 33.

⁴¹⁸ ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal*: tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Tradução: Prof. Dr. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979.

⁴¹⁹ Sobre o tema, a conclusão de Lopes é no sentido de que “[o] tipo é a expressão legal da proteção a bens jurídicos. Ele é legislado a partir da valoração prévia da ilicitude inerente às ofensas aos valores eleitos, quando estiverem presentes os pressupostos mínimos da tutela penal”. (LOPES, Luciano Santos. *Injusto Penal*: a relação entre o tipo e a ilicitude. Belo Horizonte: Arraes, 202. p. 195).

⁴²⁰ Acredita-se, portanto, que a defesa, nos tipos de mera transgressão administrativa, do reconhecimento de uma ilicitude una a todo o ordenamento jurídico, não é incompatível com a premissa de um direito penal constitutivo de um injusto próprio. Sobre o tema, no caso dos tipos de mera transgressão administrativa, aplicável a ponderação de Horta no sentido de que “[...] mesmo quando o preceito implicitamente imposto pelo direito penal está expresso em outros ramos do direito, não é recíproca a coincidência entre eles, uma vez que o direito penal não o repete pura e simplesmente. O direito penal submete o preceito à sua própria elaboração, aos seus princípios regentes”. Entretanto, discorda-se do referido autor, em especial no que tange aos tipos de mera transgressão administrativa, quando pondera que a esfera penal poderia ampliar ou reduzir o conteúdo dos preceitos das outras esferas de regulação, na medida em que “[...] uma vez admitida a imperiosidade da

O aspecto axiológico do tipo penal em relação à infração administrativa, nos tipos de mera transgressão administrativa, pode ser definido por um especial desvalor, no que tange à observância de determinados regramentos administrativos.

Pretende-se fundamentar que a conduta que se adequa ao tipo não se limita a contrariar um juízo valorativo proveniente da própria autoridade da qual emana o ato regulatório infralegal. Para fins de se afirmar um injusto penal, a conduta há de violar, também, uma determinação abstrata do legislador penal lastreada no dever de observância das normas administrativas, compreendidas como instrumentos relevantes à concretização de interesses coletivos.

Em tais estruturas típicas, portanto, o ilícito, como elemento do conceito analítico de delito, é único, mas suas consequências não, pois a sua afirmação, via de regra, é suficiente para imposição da sanção administrativa, mas consiste apenas no primeiro passo para se cogitar da sanção penal.

Em síntese, nos tipos de mera transgressão administrativa, para se admitir a possibilidade de responsabilidade penal, deve-se, como primeira etapa, afirmar a ocorrência de uma infração administrativa que tenha sido objeto da remissão legal, no sentido de se aferir a ilicitude. Em seguida, deve-se submeter o ato tido como ilícito às exigências especiais decorrentes da categoria da tipicidade, em especial, a demonstração de algum potencial lesivo a valores socialmente relevantes, de modo a verificar se é possível confirmar a sua tipicidade objetiva e, via de consequência, conformar o injusto.

4.2 Tipos de mera transgressão administrativa e o princípio do *ne bis in idem*

A constatação de que, nos tipos de mera transgressão administrativa, o reconhecimento de uma tipicidade penal objetiva deve partir do pressuposto da afirmação prévia de uma ilicitude representada pela existência de uma infração administrativa, enseja a

intervenção penal para a tutela de um determinado bem jurídico contra certa modalidade de ofensa, nada impede que uma pauta de conduta a salvaguardá-lo seja direta e originalmente imposta pela lei penal, sem paralelo em qualquer disposição não punitiva”. (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 86). Acredita-se que a verificação da dita “imperiosidade” da intervenção penal, sob o prisma do princípio da subsidiariedade, somente se verificará caso tenha o Estado exaurido, sem sucesso, as tentativas de regular a matéria mediante outras esferas de intervenção menos intensas. Portanto, a compatibilidade do caráter constitutivo com o papel subsidiário do direito penal pressupõe a sua noção como esfera de regulação mais restrita entre todas as modalidades de intervenção estatal. Sobre o tema, Lopes, embora reconheça ao direito penal uma “autonomia na escolha do objeto de suas proibições”, pondera que tal contexto há de ser verificado “diante das possibilidades valorativas da Constituição; isso não se discute, notadamente se há a recepção dos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade”. (LOPES, Luciano Santos. *Injusto Penal: a relação entre o tipo e a ilicitude*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 17).

necessidade de seu estudo também a partir da perspectiva do princípio do *ne bis in idem*.

A vedação acerca de uma dupla punição pelo mesmo fato, embora consolidada tanto no âmbito interno do direito penal quanto no do direito administrativo sancionador, é tema bastante controvertido no que tange à sua aplicação interdisciplinar entre as referidas instâncias sancionatórias.

A partir de uma análise das principais posições acerca do dito *bis in idem* transversal, questão de grande relevância empírica dentro da atual realidade regulatória econômica brasileira, pretende-se verificar seus principais reflexos no estudo dos tipos de mera transgressão administrativa.⁴²¹

4.2.1 O princípio do *ne bis in idem* no âmbito interno do direito penal e processual penal

O princípio do *ne bis in idem* em matéria criminal tem sua essência “no imperativo de justiça material decorrente da valoração jurídica integral do fato e da consequente proibição de se punir mais de uma vez o fato que corresponde, concomitantemente e igualmente, em todas as suas partes, a mais de um tipo incriminador”.⁴²²

Dogmaticamente, é tema tratado, via de regra, no âmbito material, nas discussões

⁴²¹ Sobre a relevância de se pesquisar o tema, em especial no âmbito dos tipos de mera transgressão administrativa, Falavigno esclarece que em um direito penal administrativizado “[...] é recorrente a incidência do *bis in idem*, com punições rígidas da mesma conduta sob diferentes vestimentas: ora penal, ora administrativa”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileira*. Florianópolis: Emais Acadmia, 2020. p. 73). No sentido de demonstrar o fenômeno na realidade brasileira: BACH, Marion *Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem e proporcionalidade*. Londrina: Thor, 2022. p. 249-257. Em sentido similar: TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloísa; CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem e o cúmulo de sanções penais e administrativas: um ‘Estado Hidra Lerna’?* Jota, São Paulo, ago. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativas-01082018#:~:text=Ao%20princ%C3%ADpio%20do%20ne%20bis,e%20as%20do%20Direito%20Penal>. Acesso em: 16 mar. 2020.

⁴²² GOMES, Mariângela Gama de Mlagalhães. *Bases para uma teoria geral da parte especial do direito penal*. 2012. Tese (Livre Docência em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 318. Sobre a origem do instituto, Costa pondera que “[h]á muita divergência sobre as origens do brocardo, até por ser tido como um dos mais antigos da história do direito. Pode ter se originado na disputa de Henrique II e o arcebispo Thomas Becket, envolvendo a questão de se os condenados pelas cortes eclesiásticas estavam ou não isentos de futuras punições nas cortes reais, ao que se entendeu negativamente em 1176. Esse dado, para este trabalho, é extremamente instigante, pois demonstra que a ideia de coordenar a incidência de instâncias distintas já se faria presente desde suas origens mais remotas. Todavia, há quem defenda ter surgido a regra no direito romano imperial, tendo perdido sua importância na Idade Média, no bojo de processos inquisitoriais. Somente no século XIX conseguiu-se superar a concepção de absoluto ab instatia que se estabelecera”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 181, nota 615].

sobre concurso de normas⁴²³ e, sob o prisma processual,⁴²⁴ nas reflexões sobre litispendência, coisa julgada⁴²⁵ e competência, neste último caso, reconhecendo-se a unicidade do Judiciário mediante o impedimento de que sejam os mesmos fatos julgados por justiças especializadas distintas.⁴²⁶

⁴²³ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 182. Sobre o tema: GARCÍA ALBERTO, Ramón. *Non bis in idem material y concurso de leyes penales*. Barcelona: Cedecs, 1995. COSTA, Pedro Jorge. *A consumação no direito penal brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2012. GARCÍA PLANAS, Gabriel. Consecuencias del principio *ne bis in idem* en derecho penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 42, n. 1, p. 109-123, jan./abr. 1989. ESCUCHURI AISA, Estrella. El principio do *ne bis in idem* y el concurso de leyes penales en la dogmática y jurisprudências espanholas. *Revista peruana de ciências penales*, Lima, n. 16, p. 195-256, 2005.

⁴²⁴ Sobre o tema, pondera Gomes que “o princípio do *ne bis in idem* tem duplo significado, um processual e outro material. No primeiro, assegura que ninguém deve ser julgado ou condenado duas vezes pelos fatos e, no segundo, garante que ninguém deve ser punido duas vezes pelos mesmos fatos”. [GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Bases para uma Teoria Geral da Parte Especial do Direito Penal*. 2012. Tese (Livre Docência em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 317]. Sob o prisma processual do princípio, Costa pondera que “[e]mbora possa parecer, à primeira vista, tratar-se de simples meio para evitar a ocorrência do bis in idem material, a garantia processual vai além, pois se adianta ao momento da imposição da sanção, afastando também a sujeição ao duplo processo, que configura um ônus desnecessário”. A autora, cita, inclusive, que a Corte Europeia dos Direitos Humanos, após algumas decisões contraditórias, firmou, em caso de dois procedimentos penais, a tese de que o *ne bis in idem* tem três decorrências: “ninguém pode ser perseguido, julgado ou castigado duas vezes pelo mesmo fato. Nesse diapasão, firmou que o aspecto processual do princípio atua de modo adiantado ao material e, por isso, não se poderia admitir um segundo processo, ainda que, ao final, se viesse a descontar a sanção anteriormente imposta”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 209 e 212, com referência expressa à decisão na nota 709].

⁴²⁵ Sobre o tema, Ottaviano observa que “la vertiente procedimental del *ne bis in idem* tiene una considerable autonomía sustancial, pues opera en supuestos en los que no hay ninguna posibilidad de doble punición. Por ejemplo tal es el caso de la persona absuelta o sobreseída en un proceso penal. A ella no se le há impuesto pena, y por lo tanto la que se fije en un procedimiento posterior jamás podría ser considerada ‘doble sanción’, aunque esse nuevo proceso verse sobre idénticas circunstancias fácticas”. (OTTAVIANO, Santiago. *Sanción penal, sanción administrativa y ne bis in idem*. In: YACOBUCCI, Guillermo Jorge, LAPORTA, Mario, H. RAMÍREZ, Nicolás D. (coords.). *Derecho penal empresarial*. Motevidéu: B. de F., 2010. p. 739-797. Sobre o tema, registra Costa que “[r]esta claro, assim, que esse aspecto da garantia considera o próprio processo uma sanção, assim como o risco que dele advém de se impor nova sanção ao mesmo fato razão pela qual Diante desse dados, resta absolutamente clara a importância da vertente processual do *ne bis in idem* para concretizar seu aspecto material e, ainda, para evitar o ônus de se submetido a dois processos, ainda que um deles seja de cunho administrativo. Também sob o ponto de vista do Estado, a existência de procedimentos múltiplos sobre os mesmos fatos é disfuncional, podendo gerar decisões contraditórias e paradoxais, além de custo desnecessário”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 209 e 213]. Sobre o tema: GARCIA CAVERO, Percy. *Derecho Penal económico: parte general*. 2. ed. Lima: Grijley, 2007. t.1, p. 890.

⁴²⁶ Sobre o tema, Japiassu pondera que “[...] se o mesmo fato, aparentemente, caracterizar crime no âmbito de matérias diversas, entre juízes penais com especializações distintas, deverão ser analisadas as especificidades da conduta praticada, tanto no aspecto objetivo quanto subjetivo, para que se determine qual a Justiça competente. Consequentemente, crimes militares cometidos por militar, na forma do artigo 9.º do Código Penal Militar, serão de competência exclusiva das Forças Armadas seu julgamento, ainda que haja tipos penais correspondentes na legislação criminal comum. O mesmo se diga para a Justiça Eleitoral e Justiça Comum Federal, impedindo-se, portanto, o *bis in idem*”. (JAPIASSU, Carlos Eduardo Ariano. O princípio do *ne bis in idem* no direito penal internacional. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos, a. 4, n. 4, e a. 5, n. 5, p. 91-122, 2003-2004. p. 97). No mesmo sentido: COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo*

Apesar de não haver, no ordenamento brasileiro, norma penal expressa a prever o princípio do *ne bis in idem*, seu reconhecimento legislativo pode ser recolhido do disposto nos artigos 7º, § 2º, alínea d, e 8º, ambos do Código Penal.⁴²⁷

No direito criminal, a matéria é também regulada por tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, mais especificamente no artigo 8.4 do Pacto de San José da Costa Rica, bem como do artigo 14, inciso 7, do Pacto Interamericano dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas-ONU.⁴²⁸

Jurisprudencialmente o princípio do *ne bis in idem* em matéria penal também é admitido para afastar a possibilidade de consideração de um mesmo elemento incriminador por mais de uma vez, determinando-se a sua valoração única, seja como componente típico, agravante ou causa de aumento de pena.⁴²⁹

4.2.2 O princípio do *ne bis in idem* no âmbito interno do direito administrativo sancionador

No campo do direito administrativo sancionador o princípio do *ne bis in idem* tem essência similar àquela que lhe dá fundamento na seara penal, trata-se de norma substancialmente reconhecida para determinar a impossibilidade, fundamentada no princípio da proporcionalidade, de aplicação de duas ou mais sanções pelo mesmo fato, ainda que aplicadas por autoridades ou órgãos de diferentes competências.⁴³⁰

sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 183.

⁴²⁷ Sobre o tema: MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição brasileira de 1988. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, v. 4, n. 16, p. 11-75, jul./set. 2005. p. 12 e COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 183.

⁴²⁸ Há precedente de aplicação dessa norma pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ainda no âmbito comunitário, de se consignar o Projeto Eurodelitos, cujo objetivo é a uniformização dos tipos penais no que toca aos ordenamentos internos dos países da União Europeia, em que há previsão expressa do *ne bis in idem* entre sanções penais passíveis de serem aplicadas por mais de um Estado-membro. Cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 186, nota 631, e 191-192.

⁴²⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 182, nota 619.

⁴³⁰ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 183. Sobre o tema, Silva pondera que, “[a]nalisado sob a ótica da Constituição de 1988, o princípio há de ser considerado como reflexo do Estado Democrático de Direito e da centralidade da pessoa humana. A ausência de contornos para a atividade sancionatória do Estado situaria o cidadão como refém do poder estatal, geraria profunda instabilidade que antagonizaria com a ideia de segurança jurídica, baluarte de um Estado de Direito. O princípio da proporcionalidade, a constranger os agentes públicos a adotarem condutas ajustadas ao interesse público,

No plano legislativo cível-administrativo, a previsão legal do *ne bis in idem* pode ser compreendida, a título de exemplo, no artigo 17 da Lei Complementar n. 140/11, que estabelece que, sem prejuízo do exercício pelos entes federados de seu poder fiscalização comum, previsto, em matéria ambiental, no artigo 23, incisos VI e VII, da Constituição Federal, em caso de infração, deve prevalecer a autuação do órgão responsável pelo licenciamento ou autorização, o qual passa, portanto, a ter a legitimidade para a instauração de processo administrativo sancionador contra o empreendimento licenciado ou autorizado.⁴³¹

Pode-se citar, ainda, o exemplo do artigo 22, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (Decreto-Lei n. 4.657/1942), segundo o qual “[a]s sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções da mesma natureza e relativas ao mesmo fato”.

Embora haja algumas posições contrárias, o reconhecimento da vedação de uma punição dupla pelo mesmo fato está substancialmente consolidada no âmbito interno tanto do direito criminal quanto do direito administrativo sancionador.⁴³²

4.2.3 O princípio do *ne bis in idem* transversal

A aplicação do princípio do *ne bis in idem* na relação interdisciplinar entre a sanção administrativa e a penal é controversa.

Há posição doutrinária relativamente consolidada em sentido contrário, tendo como

vedados os excessos (assim como as omissões), também se entrelaça com o princípio do *ne bis in idem*. Logo, seja sob a vertente formal, a inibir a instauração de um mesmo processo diante do mesmo fato, seja sob o ângulo material, a afastar a punição dupla, na mesma esfera, diante do mesmo fato, é possível afirmar a validade do citado princípio no Brasil”. (FORTINI, Cristiana ; VIEIRA, Ariane Shermam Moraes. Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do 'bis in idem'. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 5, p. 91-112, 2018. p. 104).

⁴³¹ Mello cita também o exemplo do direito do consumidor, cujas sanções podem ser aplicadas tanto no âmbito municipal, estadual e federal, entretanto, não de forma cumulativa. (MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007). No plano jurisprudencial, pode-se citar a súmula 19 do Supremo Tribunal Federal: “É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira”.

⁴³² Costa pondera que o princípio de proibição da punição pelo mesmo fato não se limita ao direito administrativo e penal, é instituto de natureza bastante ampla, concebido como regra praticamente universal, com aplicação tanto em sistemas *civil law* quanto de *common law*, bem como no direito internacional público e comunitário. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 181 e 185. Em sentido contrário, admitindo a cumulação das sanções previstas pelo Banco Central do Brasil-Bacen e da Comissão de Valores Mobiliários-CVM, GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Sobre o poder disciplinar da CVM. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, ano 20, n. 43, pp. 64-78, jul./set. 1981. p. 29.

argumento principal a tese de que referidas esferas seriam independentes entre si.⁴³³

Todavia, principalmente diante do atual contexto de administrativização da intervenção penal na economia, trata-se de tema que vem sendo rediscutido, seja no plano de cortes internacionais, seja no ambiente interno de vários ordenamentos jurídicos nacionais.⁴³⁴

No âmbito comunitário, o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas-ONU já se posicionou no sentido de que a vedação do *bis in idem*, expressamente prevista em matéria criminal no Pacto Interamericano dos Direitos Civis e Políticos, pode ser estendida às searas não consideradas formalmente penais pelo direito interno de cada Estado, a depender de considerações afeitas ao seu objetivo, caráter ou gravidade.⁴³⁵

⁴³³ Nesse sentido: MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 213. FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 133. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 62-64.

⁴³⁴ Sobre a relevância das contribuições das decisões das cortes internacionais, Bach assevera que: “há muito mais tempo e com muito maior frequência, enfrentam o tema sem o nacional apego ao mantra da independência entre as instâncias; de modo unânime concluem que, para proceder à análise sobre o *bis in idem* entre ilícito penal e ilícito administrativo, não se pode considerar a classificação do ilícito realizada pelo legislador de cada país como vinculante”; em face dessa terceira ponderação, permitem refletir sobre a real natureza do ilícito a partir “(i) da classificação feita pelo legislador interno, (ii) da verdadeira natureza material do ilícito e (iii) da severidade da sanção imposta” sendo consideradas, também, (i) a finalidade/função da pena imposta, (ii) a coincidência (ou não) entre os elementos que compõem o ilícito e (iii) a autoridade que impõe as sanções; reconhecem que embora o Poder Legislativo seja o primeiro destinatário do princípio e o legislador deva, portanto, evitar sancionar de modo múltiplo e indevido o mesmo fato, o Poder Judiciário é o segundo destinatário do *bis in idem* e pode (ou, ainda, deve) (re) avaliar a (legitimidade) da classificação ilícitos realizada pelo legislador e a (legitimidade da) (co) existência de outros ilícitos baseados no mesmo fato”. Apesar de tais ponderações, a autora reconhece que os tribunais internacionais não pacificaram a matéria “inclusive, possuem decisões contraditórias e incoerentes em relação à sua própria jurisprudência”. (BACH, Marion *Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem* e proporcionalidade. Londrina: Thor, 2022. p. 272-274). Também a expor a importância da análise do tema a partir do direito comparado, em especial da nova jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia: TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloísa; CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem* e o cúmulo de sanções penais e administrativas: um ‘Estado Hidra Lerna’? *Jota*, São Paulo, ago. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativas-01082018#:~:text=Ao%20princ%C3%ADpio%20do%20ne%20bis,e%20as%20do%20Direito%20Penal>. Acesso em: 16 mar. 2020. Sobre as posições contrárias à corrente tradicional de impossibilidade de aplicação do princípio do *ne bis in idem* na relação entre as esferas administrativa e penal, confira-se: MACHADO, Hugo de Brito. Teoria das sanções tributárias. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). *Sanções administrativas tributárias*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 167. TAVARES, Alexandre Macedo. As vias de repressão do contribuinte (procedimento administrativo e processo penal) sob o prisma da garantia do *non bis in idem*. *Revista dialética de direito tributário*, São Paulo, n. 138, p. 7-22, mar. 2007. p. 21. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 283 e ss. SICA, Leonardo. Tutela penal da ordem econômica no direito brasileiro: comparação entre as Leis n. 8.137/90 e 8.884/94. In: VILLARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresse; DIAS NETO, Theodomiro (orgs.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*. São Paulo, 2009. p. 145-185. Costa observa que há “[...] uma tendência bastante clara no sentido de alargar a vedação do *bis in idem* também aos casos que envolvam as esferas penal e administrativa. Ao se aumentarem os espaços de sobreposição das instâncias, acolhendo-se a previsão de sanções administrativas e penais mais graves, passa-se a notar, cada vez mais claramente, a existência de reação estatal excessiva”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 208 e 209].

⁴³⁵ Sobre o tema, posicionou-se a Comitê no sentido de que “[I]as acusaciones de carácter penal corresponden en principio a actos que en el derecho penal nacional se han declarado punibles. La noción puede extenderse

Em posição similar, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição foi reconhecida no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 89, de 03.12.1988, já se manifestou no sentido de que o artigo 8.4 da Convenção Americana dos Direitos Humanos não se restringe à duplicidade de processos criminais, mas também pode vetar que os mesmos fatos sejam julgados por instâncias distintas, tais como a administrativa e a penal.⁴³⁶

Na Europa, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos já se pronunciou sobre a impossibilidade de cumulação entre sanções administrativas e penais, bem como sobre critérios para se examinar se a sanção formalmente admitida como extrapenal pelo ordenamento interno não possui, materialmente, natureza penal.⁴³⁷

también a actos de naturaliza delictiva porque conllevan sanciones que, independentemente de sua calificación em el derecho interno, devén considerarse penales por su objetivo, carácter o gravedad” (CDH observación general n.º 32, pár. 15). OTTAVIANO, Santiago. Sanción penal, sanción administrativa y *ne bis in idem*. In: YACOBUCCI, Guillermo Jorge; LAPORTA, Mario; H. RAMÍREZ, Nicolás D. (coords.). *Derecho penal empresario*. Motevidéu: B. de F., 2010. p. 739-797, p. 760, nota 51.

⁴³⁶ Tal manifestação se deu no caso *Loayza Tomayo vs Peru*, julgado em 1997, no qual uma professora da Universidad San Martín de Porres, diante da suspeita de colaborar com o grupo Sendero Luminoso, tido por subversivo, após ser julgada e absolvida por um tribunal militar acerca da acusação de crime de traição à pátria, foi processada novamente perante a justiça comum, pelos mesmos fatos, visando a apurar suposto crime de terrorismo. Embora tenha sido reconhecido o *bis in idem* no âmbito interno à esfera penal, houve expressa manifestação acerca da possibilidade de reconhecimento interdisciplinar do princípio. Cf. BACH, Marion. *Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem e proporcionalidade*. Londrina: Thor, 2022. p. 270-272.

⁴³⁷ No âmbito do direito comunitário europeu, o tema tem relevância seja diante do questionamento sobre a possibilidade de cumulação entre sanções comunitárias/internacionais e aquelas de natureza interna aos Estados-membros, seja no que toca à legitimidade de se cumular sanções impostas em diversas jurisdições do Estados-membros. Sobre a impossibilidade de cumular sanções administrativas e penais, o tema foi tratado no caso *Franz Fischer vs Áustria* (pedido n. 37.95097), julgado em 29.05.2001, em que um motorista, ao dirigir embriagado, atropelou e matou um ciclista, fugindo do local sem prestar socorro, tendo sido condenado à pena de multa (com possível pena de prisão em caso de não pagamento) e privativa de liberdade por homicídio culposo. A corte confirmou a impossibilidade de cumular as sanções, afirmando que apenas uma infração deve prevalecer quando uma delas abrange todos os elementos contido na outra. Em sentido similar, o caso *Grande Stevens* (processo n. 18.640/18), julgado em 03.03.14, no qual se apurou uma infração lesiva ao mercado de capitais na Itália por conduta praticada no âmbito da *holding* familiar controladora da FIAT, aplicando-se pesadas sanções administrativas aos seus executivos, que também foram, posteriormente, condenados por crimes contra o mercado de capitais. A corte, admitindo o caráter sancionatório do direito administrativo italiano e que a apuração criminal se deu pelos mesmos fatos reconheceu a aplicação do *ne bis in idem* entre sanções aplicadas pelas instâncias administrativas e penais, anulando o processo penal. BACH, Marion. *Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem e proporcionalidade*. Londrina: Thor, 2022. p. 265-266. Sobre os critérios para examinar se uma sanção formalmente tida como extrapenal deve ter reconhecido seu conteúdo como criminal, o tema foi tratado no caso *Engel and Others vs Netherlands*, julgado em 08.06.76, no qual soldados holandeses que haviam recebido sanções disciplinares recorreram à corte para que fosse reconhecido o caráter sancionatório das imposições, de modo a obter garantias processuais que lhes haviam sido negadas. A Corte Europeia de Direitos Humanos, sob a perspectiva do artigo 4 do protocolo 7 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, visando a evitar a tentativa de se burlar a concretização de garantias nela previstas em matéria penal (“burla de etiquetas”), acolheu o pedido e estabeleceu aqueles que, a partir de então, foram denominados critérios “Engel”, segundo os quais, para se determinar a real natureza de uma sanção, devem ser considerados: a qualificação jurídica da infração no direito interno; a análise material da natureza da infração; e o grau de severidade da sanção. Estabeleceu-se, ainda, que, para aferir esses critérios, devem ser considerados os sujeitos das condutas, os bens jurídicos protegidos e as finalidades da sanção. Por conta desse posicionamento, Costa pondera que a referida Corte “[...] acabou por promover uma verdadeira integração entre direito administrativo sancionador e direito penal, ao estender a proibição do *ne bis in idem* a hipóteses nas quais haja cumulação de sanção penal e administrativa aos mesmos fatos, desde que a sanção administrativa se

O Tribunal de Justiça da União Europeia, no que toca aos ilícitos concorrenciais, considerando que a Comissão Europeia somente aplica sanções às pessoas jurídicas, consolidou o entendimento de que a cumulação de punições impostas pelas autoridades comunitárias com aquelas impostas por autoridades de cada Estado membro, pelos mesmos fatos, não viola o princípio do *ne bis in idem*, desde que: as práticas ilícitas tenham efeitos prejudiciais à concorrência tanto no âmbito nacional como no da União Europeia; e que a sanção comunitária considere a sanção interna, mediante compensação, com base no princípio da equidade.⁴³⁸

Em outras modalidades de ilícito, o referido Tribunal ora afasta a possibilidade de aplicação do princípio do *ne bis in idem* entre esferas distintas, ora o reconhece, sempre a partir de peculiaridades dos casos concretos.⁴³⁹

caracterize como matéria penal, nos termos da jurisprudência da corte. [...] Vê-se, assim, que no âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos, a aplicação do *ne bis in idem* entre sanção penal e sanção administrativa foi reconhecida e amplamente consolidada, tendo sido estabelecido critérios para identificar quando uma sanção administrativa deve ser tida como punitiva, tendo, pois, na visão da corte, matéria penal”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 192-193]. Os critérios “Engel” já orientaram outras decisões da corte, tais como Sergey Zolotukhim vs Rússia, julgado em 22.04.2013, bem como foram aplicados pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, nos casos Van Esbroeck, Proc. C-436/04, julgado em 09.03.06, Van Straaten, Proc. C-150/05, julgado em 28.09.06, Jürgen Kretzinger, Proc. C-288/05, julgado em 18.07.07, Garlsson Real State, Proc. C-537/16, julgado em 09.09.07. Sobre o tema: BACH, Marion. *Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem* e proporcionalidade. Londrina: Thor, 2022. p. 260-264; 268, notas 53 e 270. Costa registra que a posição da corte foi recentemente relativizada, no caso A. B. vs Noruega, “[...] tendo-se afirmado a possibilidade alguns sistemas reprimam ilícitos em níveis diversos, com diversas finalidades, mas destacando-se que, nesses casos, os procedimentos não devem levar a uma duplicidade, mas sim combinações integradas que formem um todo coerente. Ne bis in idem entre direito penal e direito administrativo sancionador”. (COSTA, Helena Regina Lobo. *Ne bis in idem* entre direito penal e direito administrativo sancionador. *Boletim IBCCRIM*, a. 29, n. 340, mar. 2021, p. 6-8).

⁴³⁸ Sobre o tema: COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 191 e 211.

⁴³⁹ Bach, a partir da análise do Proc. C-489/10, julgado em 05.06.12, do Proc. C-617/10, julgado em 26.02.13, e do Proc. C-524/15, julgado em 2018, expõe que a corte, respectivamente: afastou o reconhecimento de *bis in idem* entre as instâncias distintas, nas hipóteses em que a finalidade de uma sanção seja reparatória e a outra sancionatória; ponderou que caráter penal de uma sanção não corresponde exclusivamente à sua função sancionatória, cabendo ao órgão jurisdicional interno verificar a natureza do ilícito, independentemente da classificação formal do legislador; e que, para violar o princípio do *ne bis in idem*, a cumulação de sanções deve visar a um interesse geral suscetível de justificá-la, conter regras de coordenação que limite os ônus adicionais da cumulação sancionatória ao estritamente necessário, bem como estabelecer proporcionalidade entre a severidade do conjunto de sanções e a gravidade da infração. (BACH, Marion *Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem* e proporcionalidade. Londrina: Thor, 2022. p. 267-270). O mesmo Tribunal, nos processos C-596/16 e C-597/13, reconheceu a existência de *bis in idem* diante da aplicação de sanções administrativas a executivos italianos pela suposta prática de abuso de informações no mercado imobiliário, em face desses mesmos fatos haverem sido objeto de decisão absolutória em processo criminal, julgado pelo Tribunal de Recursos de Milão, com fundamento de que os fatos constitutivos da infração não haviam sido provados, esclarecendo que o referido princípio “[...] não se limita à situação a pessoa em causa foi objeto de uma condenação penal, mas estende-se também àquela em que essa pessoa foi definitivamente absolvida”. TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloísa; CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem* e o cúmulo de sanções penais e

Na Espanha, o Tribunal Constitucional, com base no artigo 25 da Constituição, no qual há a previsão expressa do princípio da legalidade e da tipicidade tanto na seara administrativa quanto na penal, estabeleceu que está vedada a imposição de sanções administrativas e penais aos mesmos fatos, desde que haja a identidade entre: o sujeito a sofrer a sanção; os fatos previstos na lei como autorizadores da aplicação da reprimenda; e os fundamentos ou a natureza para a punição.⁴⁴⁰

A partir de tais premissas, desenvolveu-se, na Espanha, um regime jurídico próprio sobre o tema, do qual se destacam:

- a prevalência da jurisdição penal sobre a esfera administrativa,⁴⁴¹

administrativas: um ‘Estado Hidra Lerna’? *Jota*, São Paulo, ago. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativas-01082018#:~:text=Ao%20princ%C3%ADpio%20do%20ne%20bis,e%20as%20do%20Direito%20Penal>. Acesso em: 16 mar. 2020.

⁴⁴⁰ O Tribunal acrescentou, posteriormente, como fundamento para a aplicação do princípio do *ne bis in idem* entre sanção administrativa e penal, a impossibilidade de o Estado julgar os mesmos fatos de forma sucessiva ou simultânea em esferas diferentes, sob pena de violação do princípio da presunção de inocência. Tais posicionamentos foram referendados por decisões posteriores, consolidando a posição da corte sobre o tema. No plano legislativo, o entendimento da corte constitucional espanhola foi consolidado com a edição do artigo 133 da Lei de Regime Jurídico e Administrações Públicas. Cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 194-197. Sobre o debate acerca da aplicação do princípio do *ne bis in idem* entre as sanções administrativas e penais na Espanha, importante consignar que seu desenvolvimento foi certamente influenciado pela posição, amplamente aceita tanto pela doutrina quanto jurisprudência daquele país, de que o texto constitucional espanhol reconhecera o direito administrativo sancionador e o direito penal como manifestações de um *ius puniendi* estatal único, razão pela qual seriam aplicáveis à esfera administrativa alguns dos princípios afeitos à matéria criminal. Os defensores da tese de um poder punitivo único fundamentam que há fatores comuns ao direito administrativo sancionador e ao direito penal que, ao lhes aproximarem, os distinguem dos demais ramos jurídicos, tais como: o fato de que tanto as infrações administrativas quanto os tipos penais devem estar lastreados no interesse público os diferencia do direito civil, o qual, via de regra, se resume ao conflito entre as partes em litígio; o fato de as sanções passíveis de serem aplicadas nas duas mencionadas esferas devem ter natureza afluente, os afasta do caráter indenizatório que geralmente orienta o direito privado; e, como decorrência das duas primeiras, as regulações sancionatórias administrativas e penais exigem um caráter mais formal, se comparadas àquelas de inequívoca natureza cível. Sobre o tema: RANDO CASERMEIRO, Pablo. *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador: un análisis de política jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 87 e ss; p. 135 e ss.

⁴⁴¹ Sobre a prevalência da jurisdição penal na Espanha, Costa observa que “[...] caso a administração vislumbre a possibilidade de se estar diante de um delito, deverá suspender seu procedimento e enviá-lo ao Ministério Público, que analisará a questão. E, d’outro lado, se o processo penal findar com o reconhecimento de que conduta examinada não constitui crime, a autoridade administrativa poderá processar e eventualmente aplicar sanções em decorrência da prática dos fatos. Caso haja, entretanto, absolvição por inexistência do fato, não poderá haver processo administrativo, em decorrência de uma das vertentes do *ne bis in idem*, qual seja, a proibição de revisão”. A autora pondera, também, que “[e]ssa linha se compatibiliza, ainda, com a prevalência da jurisdição sobre as decisões da administração nesse campo”. A linha de prevalência da esfera penal sobre a administrativa pode enfrentar dificuldades cronológicas, decorrentes do encerramento do processo administrativo antes do encerramento ou início da ação penal. A Corte espanhola tem posicionamento no sentido de que poderia haver sentença penal, desde que, em caso de condenação, se procedesse à compensação da sanção administrativa anteriormente aplicada. Não obstante, há precedente da mesma Corte, em caso em que os tribunais anteriores já tinham afirmado a identidade de fato, sujeito e fundamento jurídico, no sentido de ser inviável o início de uma ação penal quando uma sanção administrativa já tenha sido aplicada, hipótese que desafiaria a reafirmação do princípio do *ne bis in idem* como direito fundamental, evitando-se pronunciamentos contraditórios, bem como

- a possibilidade de previsão de mais de uma consequência punitiva de natureza distinta para uma única infração no âmbito interno de cada esfera sancionadora, vedando-se, porém, a aplicação de duas punições idênticas ao mesmo fato;⁴⁴²
- a possibilidade de aplicação de duas sanções de esferas distintas, se a restrição penal depender da administrativa para ser operacionalizada.⁴⁴³

Na Itália, a discussão sobre a aplicação do princípio do *ne bis in idem* entre as esferas administrativa e penal é tratada a partir do princípio da especialidade, admitindo-se que somente uma sanção pode ser aplicada sempre que os mesmos fatos configurem dois ilícitos distintos, prevalecendo a sanção prevista para aquele no qual se verificarem mais elementos de identidade entre a previsão legal e os fatos concretos.⁴⁴⁴

A aplicação prática do critério italiano foi fonte de grande insegurança jurídica, com decisões jurisprudenciais conflitantes, seja quando, em razão da redação similar dos enunciados normativos administrativo e penal, as esferas atuarem de forma quase que

impedindo que a violação, pela administração, do seu dever de paralisar o processo administrativo e enviar a matéria para a análise da jurisdição penal, nas hipóteses de possível delito, pudesse gerar efeitos negativos ao cidadão. Essa decisão foi muito criticada pela doutrina no sentido de que a aplicação da uma sanção administrativa não poderia, necessariamente, impedir a aplicação de uma sanção penal. Posteriormente, a corte alterou seu posicionamento reafirmando a tese de compensação entre a sanção administrativa anterior e a penal. Costa, refutando a tese da compensação, adere à posição de que, após uma sanção administrativa imposta, deve-se obstar o processo penal, até porque, no âmbito do regime jurídico espanhol, tal circunstância somente vai se dar caso a administração descumpra o seu dever legal de sobrestar o procedimento administrativo, na hipótese de possível responsabilidade penal, razão pela qual um equívoco do órgão administrativo não pode prejudicar o administrado. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 197 e 210-211, notas 701, 702, 703 704 e 705].

⁴⁴² Admitindo-se, por exemplo, a previsão de prisão e multa ou de multa e fechamento do estabelecimento, no âmbito interno das esferas penal e administrativa respectivamente. 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 em homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2003. p. 173-192

⁴⁴³ Sobre o tema, Silva Forné cita o exemplo de “una pena de inhabilitación para profeción u oficio puede necessitar la supspección de una licencia concedida administrativamente”. (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 em homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2003. pp. 173-192).

⁴⁴⁴ Tal critério foi sistematizado pela Lei n. 689/81. Sobre o tema: DOLCINI, Emilio. Sui rapporti fra técnica sazionatoria penale e amministrativa. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 30, 1987. p. 778-779. Analisando a legislação italiana, Costa pondera que, naquele país, “[...] consolidou-se a concepção de que não haveria distinção qualitativa entre os ilícitos penal e administrativo, o que resultaria na impossibilidade de aplicação de ambas as sanções sobre um mesmo fato conclui que Considerando a tendência de o legislador atuar de modo pouquíssimo técnico, criando figuras de ilícito penal e administrativo muito semelhantes entre si, o princípio da especificidade não se mostrou suficiente para fornecer parâmetros concretos de aplicação”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 198 e 203]. Sobre as críticas doutrinárias ao sistema italiano: PALIERO, Carlo Enrico. I principi generali dell’ illecito amministrativo ne disegno di legge modifiché al sistema penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 23, p. 1154-1181, 1980.

integralmente sobrepostas, seja nas hipóteses em que, apesar de alguma distinção no plano da descrição legal entre a infração administrativa e o delito, subsistam espaços para sua aplicação comum.⁴⁴⁵

Na Alemanha, como os ilícitos contraordenacionais (*Ordnungswidrigkeiten*) são considerados espécies de infrações penais *lato sensu*, a discussão sobre a sua cumulação com outras sanções se dá com base na aplicação do princípio do *ne bis in idem* no âmbito interno do direito penal.⁴⁴⁶

Havendo a concorrência entre crimes, os ilícitos, a partir da constatação de que uma só conduta se enquadra em ambas as descrições legais, aplica-se somente uma consequência jurídica, com prevalência do direito penal, considerando-se o sistema contraordenacional subsidiário, salvo quando a norma deste for mais específica, hipótese na qual deve prevalecer.⁴⁴⁷

Já na França, compreende-se a cumulação das sanções administrativas e penais ao mesmo fato como “simples expressão de causas jurídicas diferentes, afastando a proibição do *ne bis in idem* diante da independência das instâncias de repressão e persecução”.⁴⁴⁸

Não obstante, até diante dos já expostos posicionamentos das Cortes comunitárias, há uma tendência em afastar a aplicação absoluta da independência das instâncias, relativizando,

⁴⁴⁵ Como hipótese de instância integralmente sobreposta, cita-se o exemplo do *insider trading*, em que, diante da similitude das descrições legais administrativa e penal previstas, respectivamente, nos artigos 184 e 187bis do Testo Único della Finanza, decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, parte da doutrina sustenta a impossibilidade de aplicação do princípio da especificidade, admitindo que, pela aplicação do artigo 187-ter do mesmo diploma legal, seria possível a cumulação das sanções, observada a hipótese de compensação. Sobre espaços de aplicação comum, a doutrina italiana cita o exemplo da manipulação de mercado, no qual o crime, previsto no artigo 185 do referido Testo Único della Finanza, decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, exige que a informação divulgada ou a operação efetuada sejam concretamente capazes de alterar de forma relevante o valor dos ativos financeiros. Já o ilícito administrativo, previsto no artigo 187-ter do mesmo diploma legal, se configura caso a notícia ou rumor seja suscetível de fornecer falsos pressupostos que possam implicar a alteração relevante do preço, sendo a figura administrativa mais ampla que aquela penal. Nesse caso, parte da doutrina admite a cumulação das sanções, assim como ocorre no *insider trading*, e parte sustenta que, diante das diferenças entre as figuras administrativa e penal, deve incidir apenas a figura mais grave (crime). A jurisprudência acabou consolidado o entendimento de que, caso presentes todos os elementos previstos pela figura penal, esta deve ser aplicada; em sendo ausentes tais requisitos, deve-se aplicar apenas a sanção administrativa. Registram-se, entretanto, decisões contrárias, admitindo-se a cumulação em razão de o princípio da especificidade não ter natureza constitucional, razão pela qual seria possível a cumulação das sanções pela aplicação ao caso do já referido artigo 187-tercedies. Sobre o tema: MAZZACUVA, Nicola; AMATI, Enrico. *Diritto penale dell'economia: problemi e casi*. Padova: CEDAM, 2010. p. 380, 404, 422, 428-433.

⁴⁴⁶ Em sentido similar ao sistema Português. COSTA, Helena Regina Lobo. *Ne bis in idem* entre direito penal e direito administrativo sancionador. *Boletim IBCCRIM*, a. 29, n. 340, mar. 2021, p. 6-8.

⁴⁴⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 203-204.

⁴⁴⁸ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 204, nota 685.

mediante o princípio da proporcionalidade, a possibilidade de cumulação entre sanções administrativa e penais aos mesmos fatos, prevendo, especialmente na ausência de fraude, a prevalência da esfera administrativa.⁴⁴⁹

Na Bélgica, a Corte Constitucional admite, no plano legislativo, a previsão de sanções penais e administrativas para os mesmos fatos, mas ressalva não ser possível a sua aplicação cumulativa em um caso concreto, devendo o conflito ser dirimido pelo magistrado competente quando do julgamento de cada causa em particular. Referida Corte também considera a finalidade da medida, admitindo a cumulação de sanções de natureza civil com aquelas de natureza administrativa ou penais.⁴⁵⁰

No Peru, o Código de Processo Penal veda, expressamente, a cumulação de sanções penais e administrativas quando há identidade de sujeito e fundamento, hipóteses em que deve prevalecer o direito penal.⁴⁵¹ Tal previsão legal foi chancelada pelo entendimento jurisprudencial da Corte Constitucional peruana, endossando-se a aplicação do princípio do *ne bis in idem* entre a esfera administrativa e penal, com base nos princípios da legalidade e da proporcionalidade, a partir de critérios muito similares àqueles do modelo espanhol, ressaltando que, no Peru, se compreendeu o critério de unidade de fundamento como identidade de interesses ou bens jurídicos.⁴⁵²

Em relação aos países que adotam o sistema da *common law*, também há previsão do

⁴⁴⁹ Cita-se, a título de exemplo, no âmbito dos ilícitos contra a ordem econômica, a possibilidade de a Comissão de Concorrência decidir se aplica multa diretamente ou se envia os fatos ao Ministério Público, bem como a previsão da *Ordonnance du 1er décembre 1986*, prevendo a exclusividade da sanção administrativa quando a prática ilícita tenha se dado sem fraude, fato endossado por outros diplomas legislativos posteriores. Em sentido similar, decisão da Corte Constitucional Francesa, segundo a qual, no âmbito das operações de bolsa de valores, havendo a cumulação de pena e sanção administrativa pelos mesmos fatos, não se pode ultrapassar o valor mais elevando da sanção prevista. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 204, notas 686-689.

⁴⁵⁰ Assevera a Tribunal Constitucional belga que a manutenção da possibilidade do *bis in idem* no plano legal tem fundamento na necessidade de impedir “injustiças que formem coisa julgada em um setor (administrativo ou penal) e impeçam a persecução em outro – muito embora seja difícil vislumbrar essa possibilidade sem a ocorrência de um concreto *bis in idem*”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 205, nota 690].

⁴⁵¹ A doutrina alerta para o fato que, não obstante a previsão legal expressa, na prática, a regra acaba por ser muitas vezes violada. Alerta-se, ainda, que, no regime jurídico peruano, a norma do *ne bis in idem* entre as esferas consistiria em norma de nível superior, razão pela qual inaplicáveis dispositivos que tentem contornar a sua aplicação, tal como o artigo 190 do Código Tributário Peruano, a prever que as sanções tributárias seriam independentes daquelas de natureza penal. Cf. ABANTO VASQUEZ, Manuel A. *Derecho penal económico: consideraciones jurídicas y económicas*. Lima: Idemsa, 1997. p. 185 e 884.

⁴⁵² Sobre a compreensão da identidade de fundamento como mesmo interesse e bem jurídico: CARO CORIA, Dino Carlos. El principio de *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Trinual Constitucional, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 66, p. 9-52, maio. /jun. 2007.

instituto do *ne bis in idem*, podendo-se citar, a título de exemplo, a vedação do *double jeopardy*, previsto, especificamente em matéria criminal, na Quinta Emenda da Constituição Norte Americana.⁴⁵³

Embora, via de regra, referido princípio não seja admitido nos Estados Unidos da América para os casos de cumulação entre sanções civis e penais, há precedentes da Suprema Corte a estabelecer tal vedação (*multipunishment protection*), desde que ambas tenham caráter punitivo e sejam direcionadas à mesma pessoa, admitindo-se a cumulação de sanções apenas quando uma reprimenda tenha natureza reparatória e a outra sancionatória.⁴⁵⁴

No Brasil, o tema do *ne bis in idem* entre o direito administrativo sancionador e o direito penal se reveste de uma enorme importância empírica, diante da cada vez mais frequente utilização de estratégias legislativas aptas a gerar espaços de multiplicidade sancionatória.⁴⁵⁵

Jurisprudencialmente, a proibição de vedação de duas punições pelo mesmo fato por instâncias distintas é, tradicionalmente, afastada, embora trate-se de tema que tem sido objeto de discussões recentes.⁴⁵⁶

⁴⁵³ Sobre o *bis in idem* no direito norte americano: CHAGAS, Ciro. *Corrupção. Processo sancionatório, administrativo e penal em uma perspectiva de direito comparado*. Del Rey, Belo Horizonte, 2020. p. 76-86.

⁴⁵⁴ Sobre o tema, Teixeira, Estellita e Cavali observam que, “nos EUA, essa política de sobreposição de sanções foi alcunhada de *pill on*, numa referência ao termo utilizado no futebol americano quando os jogadores saltam uns sobre os outros, formando uma pilha sobre um oponente já neutralizado”. (TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloísa; CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem* e o cúmulo de sanções penais e administrativas: um ‘Estado Hidra Lerna’? *Jota*, São Paulo, ago. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativas01082018#:~:text=Ao%20princ%C3%ADpio%20do%20ne%20bis,e%20as%20do%20Direito%20Penal>. Acesso em: 16 mar. 2020). NOLAN, Patrick S. *Double Jeopardy’s Multipunishment Protection and Regulation of Civil Sanctions After United States v. Ursery*. *Marquette Law Review*, Milwaukee, v. 80, n.4, p. 1081-1116, 1997. p. 1081;1093.

⁴⁵⁵ Ilustrando essa realidade, em especial, na área do mercado financeiro, Teixeira, Estellita e Cavali ponderam que “outra alegoria que ilustra bem a situação da pessoa que se vê confrontada com a multiplicidade de mecanismos repressivos é a figura da Hidra de Lerna, que tinha, segundo a lenda, corpo de dragão e várias cabeças de serpente. No lugar de cada cabeça do monstro mitológico cortada por Hércules, nasciam outras duas. Esse acúmulo sancionatório baseado em uma só conduta não precisa ser aceito passivamente como mero dado da realidade. Aquele que comete infrações contrárias a bens jurídicos relevantes deve ser adequadamente punido, mas não parece razoável que tenha que se defrontar com várias cabeças do mesmo Estado”. (TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloísa; CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem* e o cúmulo de sanções penais e administrativas: um ‘Estado Hidra Lerna’? *Jota*, São Paulo, ago. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativas-01082018#:~:text=Ao%20princ%C3%ADpio%20do%20ne%20bis,e%20as%20do%20Direito%20Penal>. Acesso em: 16 mar. 2020. Bach exemplifica a questão a partir de diversos casos, entre eles, o de “um indivíduo que corta árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente. A (mesma) conduta pode ensejar a sanção criminal (art. 39 da Lei n. 9.605/98, que prevê detenção de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente) e sanção administrativa (nos moldes do disposto no Capítulo VI da Lei n. 9.605/98, com as sanções previstas no artigo 72 da mesma Lei, como advertência, multa (simples ou diária), penas restritivas de direito, etc)”. (BACH, Marion *Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem* e proporcionalidade, Londrina: Thor, 2022. p. 251.

⁴⁵⁶ Sintetizando o histórico de decisões acerca do *ne bis in idem* no Supremo Tribunal Federal, Bach cita o Recurso Extraordinário n. 7.071/SP, julgado em 1944, no qual se concluiu pela inexistência de *bis in idem* diante da cumulação de sanções administrativa e penal, com base no princípio da independência das instâncias,

Doutrinariamente, merecem destaque as posições de Bach e Costa, que dedicaram importantes pesquisas sobre o tema.

Bach parte da premissa de que a Constituição Federal e as leis ordinárias não apenas permitem, mas expressamente determinam que, diante da prática de determinado fato, possam advir sanções penais, administrativas e civis.

A autora, entretanto, ressalva que, reconhecendo uma distinção qualitativa entre as esferas administrativa e penal, o legislador não possui discricionariedade para definir qual esfera regulatória a ser utilizada, devendo observar quais núcleos:

- precisam, necessariamente, ser objeto de regulação pela esfera penal, em decorrência da insuficiência da esfera administrativa;
- devem ser regulados exclusivamente pelo direito administrativo, em razão da ausência de lesividade a um bem jurídico de relevância penal;
- legitimam tanto a regulação administrativa quanto a penal.⁴⁵⁷

Admitindo que o legislador pode se equivocar em tal avaliação, classificando como penal algo que deveria ser administrativo ou como administrativo algo que deveria ser penal, a autora sustenta que tal controle sobre as “etiquetas legais” deve ser feito pelo Judiciário, já que, embora o princípio do *bis in idem* tenha como destinatário primário o legislador, referida norma também vincula a atividade das autoridades jurisdicionais, que, como reconhecido pelas decisões de direito comunitário sobre a matéria, não estão vinculadas à modalidade

diferença entre a pena e seus efeitos (à época a multa penal, diferentemente da administrativa, poderia ser convertida em prisão), existência de diploma legal federal autorizativo da dupla persecução e tradição republicana do fenômeno. Já em 1945, cita o HC n. 62196, no qual também se afastou o *bis in idem* interdisciplinar, considerando-se que a multa administrativa seria expressão do poder de polícia, enquanto a penal seria decorrente da necessidade de repressão de perigo à incolumidade pública, ressaltando-se que enquanto a primeira seria aplicável por autoridade vinculada à administração pública, a segunda seria imposta pelo Judiciário. Em 2017, cita o Mandado de Segurança n. 32.788/GO, que, embora discutiu a possibilidade de existência de dois processos administrativos disciplinares, sugere, em sua fundamentação, três requisitos para se reconhecer uma hipótese de *bis in idem*: mesma conduta objeto de mais de uma persecução de natureza sancionatória; mesma pessoa sancionada; e identidade teleológica da norma sancionadora. Por fim, em 2020, cita a Medida Cautelar na Reclamação n. 41.557/SP, na qual se discutiu a possibilidade de se admitir a propositura de ação civil pública visando a discutir mesmos fatos objeto de ação penal já trancada, ressaltando que, do voto do Ministro Relator, depreende-se que: a ação civil de improbidade administrativa é expressão do direito administrativo sancionador, que, por sua vez, deve ser compreendido como uma extensão do sistema punitivo estatal e do sistema criminal; faz-se necessário firmar um conceito unitário em matéria punitiva estatal; em face das ponderações anteriores, há de se estender garantias individuais tipicamente penais ao direito administrativo sancionador (legalidade, proporcionalidade, presunção de inocência e *ne bis in idem*); tais princípios devem ser aplicados não apenas dentro dos subsistemas punitivos, mas principalmente na relação entre ambos; a independência entre as instâncias é tema complexo, que há de ser interpretado de forma mitigada e sem ignorar o princípio do *ne bis in idem*; concluindo ser vedada a persecução pelo direito administrativo sancionador e pelo direito penal acerca dos mesmos fatos. (BACH, Marion. *Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem* e proporcionalidade, Londrina: Thor, 2022. p. 274 a 279).

⁴⁵⁷ BACH, Marion *Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem* e proporcionalidade, Londrina: Thor, 2022. p. 280-281.

formalmente sugerida pela lei para aferir qual o real conteúdo de uma conduta.⁴⁵⁸

Bach sustenta que é a partir dessa análise material do conteúdo do ilícito, e não meramente de sua classificação formal, que o Judiciário deverá concluir acerca da legitimidade ou não da aplicação de múltiplas sanções ao mesmo fato.

A autora conclui acerca da possibilidade de sanções múltiplas, sem violação do princípio do *ne bis in idem*, sempre que o Judiciário confirmar ter o legislador classificado corretamente os ilícitos, sem uma burla de etiquetas.⁴⁵⁹

Por fim, Bach afirma que, nas hipóteses em que admite ser possível uma multiplicidade sancionatória, caberá ao Judiciário, mais uma vez, viabilizar mecanismos para que as sanções não sejam simplesmente cumulas, viabilizando, em um contexto integrado, a concretização do princípio da proporcionalidade da pena.⁴⁶⁰

Já Costa, embora não endosse a tese segundo a qual o direito administrativo sancionador e o direito penal seriam a manifestação de um mesmo “poder punitivo”, é defensora da aplicação do princípio do *ne bis in idem* entre as esferas administrativa e penal.⁴⁶¹

A autora propõe que o fundamento para o reconhecimento do *ne bis in idem* entre as

⁴⁵⁸ A autora reconhece, entretanto, que algumas vezes a violação ao princípio do *ne bis in idem* decorre do próprio julgador, “[...] quando, diante da análise do caso concreto, deixa de considerar a ausência dos requisitos essenciais à configuração do ilícito penal (lesividade a bem jurídico e dignidade penal) e, como isso, acaba por casuisticamente equiparar ilícito penal e administrativo, permitindo, em relação aos mesmos fatos, ocorrência de *bis in idem*”. (BACH, Marion *Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem e proporcionalidade*, Londrina: Thor, 2022. p. 281-282 e 299.

⁴⁵⁹ Para aclarar sua afirmativa, a autora pondera que o legislador pode classificar como infração administrativa uma conduta que deveria ser, em razão da sua natureza, gravidade e função da sanção imposta, regulada pela esfera penal, “[...] a cumulação de tal ilícito ‘administrativo’ (que é, na verdade, penal) com um (outro) ilícito penal violará, sim, o princípio do *ne bis in idem*, já quando a classificação do legislador se dê de forma correta, ou seja, o ilícito classificado como penal tenha efetivamente (pelos critérios acima) caráter penal e o ilícito classificado como administrativo tenha efetivamente (pelos critérios acima) caráter administrativo”, a autora admite a aplicação de ambas as sanções sem violação do *bis in idem*. BACH, Marion. *Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem e proporcionalidade*, Londrina: Thor, 2022. p. 282.

⁴⁶⁰ Sobre o tema, a autora pondera que há de se “realizar uma análise casuística do conjunto sancionatório (global) que está (verdadeiramente) incidindo sobre aquele (mesmo) fato viabilizando um ajuste punitivo, de modo a desenvolver a proporcionalidade e, como isso, a legitimidade, ao conjunto sancionatório estatal”, fazendo-o a partir da consideração da sanção anteriormente imposta quando da dosimetria da sanção subsequente. (BACH, Marion *Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem e proporcionalidade*, Londrina: Thor, 2022. p. 305). A ideia de impor o dever de cumprir o princípio do *ne bis in idem* também ao Judiciário é interessante, entretanto, o modelo proposto ao relegar ao aplicador da lei a função de corrigir o erro do legislador, seja quanto à qualificação da conduta, seja quanto à dosimetria da sanção, a partir de casos concretos, tem o risco de, ao propor um controle casuístico, gerar contradição e insegurança jurídica.

⁴⁶¹ Costa afasta a tese de um “poder punitivo” único, afirmando que, ao se reconhecer “a existência de ao menos alguma diferença entre o direito penal e direito administrativo, ainda que somente de natureza quantitativa”, há de se admitir que as garantias necessárias para a aplicação de cada uma das esferas “devem sofrer nuances, adaptações, delimitações no campo do direito administrativo sancionador. E, com isso, boa parte da força retórica da ideia de unidade do *ius puniendi* se esvai”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 175].

esferas está no princípio da proporcionalidade,⁴⁶² o qual

“[...] impõe que o Estado atue com moderação, sobretudo no campo punitivo. Por meio de seus subprincípios indica que se deve adotar a solução mais idônea à finalidade, estritamente necessária a seu atingimento e cujos meios não se revelem desproporcionais ao atingimento do fim. Nessa linha, cumular sanções que apresentam finalidade praticamente idênticas, por meio de processos paralelos, não se configura como um meio necessário ao atingimento do fim almejado pelo legislador.⁴⁶³”

Costa sustenta que os pressupostos para a identificação das hipóteses nas quais o princípio do *ne bis in idem* deve ser aplicado entre as esferas administrativa e penal são os mesmos para o seu reconhecimento interno ao direito criminal, quais sejam: identidade de sujeitos;⁴⁶⁴ de objeto;⁴⁶⁵ e de fundamento jurídico.⁴⁶⁶

⁴⁶² Costa argumenta que a tese do *ne bis in idem* transversal não está diretamente ligada às noções de equidade, justiça, dignidade da pessoa humana ou da própria concepção de Estado de Direito, sustentando a necessidade de se perquirir por fundamentos dogmáticos mais concretos capazes de justificá-la de forma mais próxima. Também critica o argumento de que a aplicação do princípio do *ne bis in idem* entre as esferas administrativa e penal decorreria do princípio da legalidade, tipicidade ou segurança jurídica, asseverando que, embora tais normas possam fundamentar de forma mediata o referido instituto, em que haja o “[...] estabelecimento dos ilícitos e de suas respectivas sanções por meio de lei, o princípio democrático, fundamento da legalidade, não seria afetado. Tampouco haveria violação à vertente da certeza, desde que ambos os ilícitos estejam clara e terminantemente formulados em lei. Por fim, também não se vulneraria o aspecto de segurança caso o processo administrativo respeite as garantias que lhe são exigidas”. Quanto à coisa julgada, a autora pondera que, embora tal instituto seja apto a, em algumas hipóteses, justificar a aplicação do *ne bis in idem* entre as instâncias administrativa e penal, para além de ser um argumento limitado ao âmbito processual, não teria caráter geral, portanto, seria insuficiente para respaldar todos os casos nos quais deve estar vedada uma dupla punição, mesmo que por esferas distintas. Sobre as noções de culpabilidade e individualização da pena, ressalta que são fundamentos apenas para a aplicação do princípio no âmbito interno ao direito penal. Também cita a razoabilidade com um valor importante à concepção do *ne bis in idem* transversal, mas valoriza o caráter dogmático do princípio da proporcionalidade. Ressalta que há uma lógica equivocada na discussão do tema: a regra são duas sanções e, somente em alguns casos, uma; mas deveria ser ao contrário, a regra é de que a coerção do Estado deve ser formal e materialmente justificada, portanto, a regra deve ser a aplicação de uma sanção. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 216-217].

⁴⁶³ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 216. Sobre a adoção do princípio da proporcionalidade pelo nosso ordenamento jurídico: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002. p. 61 e ss. GOMES, Mariângela, Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 61 e ss.

⁴⁶⁴ Segundo a autora, admite-se, portanto, a cumulação entre sanções administrativas e penais imputadas às pessoas jurídicas e naturais, hipóteses nas quais estaria ausente o requisito da identidade de sujeitos. No que toca às pessoas jurídicas, a autora ressalva a necessidade de se valorizar a esfera extrapenal, seja porque as penas passíveis de lhes serem impostas se aproximam ontologicamente das sanções administrativas, seja porque o campo do direito administrativo sancionador teria maior potencial eficiência nessa seara. Cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 218.

⁴⁶⁵ Em relação à identidade de objeto, afirma Costa a necessidade de sua constatação a partir da estrutura legal que está a descrever as condutas, “[...] conjugando-se os conceitos de ação e de tipo (penal ou administrativo)”,

Reforçando a tese de que a noção de *ne bis in idem* é diretamente fundamentada pela proporcionalidade, a autora registra que decorrem do referido princípio três subnormas: a adequação; a necessidade; e a proporcionalidade *stricto sensu*.⁴⁶⁷

Partindo da premissa segundo a qual a finalidade essencial da aplicação das sanções, tanto administrativas quanto penais, seria a retribuição pela prática de ilícitos com o objetivo de preveni-los, a autora pondera que o legislador tem o dever de, a partir das referidas subnormas decorrentes do princípio da proporcionalidade, questionar qual esfera será a mais idônea para atingir a mencionada finalidade, considerando as circunstâncias específicas de cada setor para o qual se cogita de uma regulação sancionatória, evitando-se a sua

defendendo, portanto, a tese de que a existência de tal pressuposto não pode ser afirmada a partir da simples verificação dos fatos, sendo imprescindível a sua análise de forma integrada aos enunciados normativos que estão a constituir juridicamente a infração administrativa e o tipo penal. A autora reconhece que, em especial nos delitos econômicos, no caso de práticas complexas, nas quais se cogita da violação de várias normativas administrativas, não é simples correlacionar quais delas também estariam a ser consideradas para fins penais, sugerindo que as regras para resolução do concurso de normas elaboradas pela dogmática penal poderiam auxiliar na aludida tarefa. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 218-219]. Sobre uma análise do requisito identidade de objeto, a partir da integração entre fatos e enunciados normativos: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, GALLEGO SOLER, José-Ignácio. *Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito mediomambiental: ne bis in idem* material y procesal. *Actualidad Penal*, Buenos Aires, n. 8, p. 159-178, fev. 2000. p. 165. Sobre a dificuldade que de correlacionar as infrações administrativas violadas pelo tipo pena em situações complexas, Ottaviano pondera que “[e]s posible, por ejemplo, que en el contexto de una compleja manobra de defraudación tributaria, o en un enrevesado caso penal de contaminación ambiental, se advierta que el autor o los autores violaran varias normas administrativas para cuya infracción se prevén asimismo sanciones. En casos así puede resultar difícil establecer cuáles de las conductas constitutivas de estas infracciones administrativas fueron efectivamente objeto del proceso penal y cuáles no”. [OTTAVIANO, Santiago. Sanción penal, sanción administrativa y *ne bis in idem*. In: YACOBUCCI, Guillermo Jorge, LAPORTA, Mario, H. RAMÍREZ, Nicolás D. (coord.). *Derecho penal empresarial*. Motevidéu: B. de F., 2010. p. 739-797].

⁴⁶⁶ Sobre o pressuposto da identidade de fundamento jurídico, Costa esclarece que a sua confirmação, sob pena de impedir qualquer utilidade ao princípio do *ne bis in idem* entre as esferas, deve se dar a partir da superação de considerações meramente formalistas, tais como verificar se as disposições que constituem a infração administrativa e o tipo penal estão contidos no mesmo diploma legal ou não. A autora, entretanto, afasta a compreensão desse pressuposto como exigência de identidade de interesses ou bens jurídicos, afirmando que tal conclusão decorreria do fato de que o direito administrativo sancionador poderia prescindir do critério de ofensividade. Afirma que o pressuposto da identidade de fundamento deve ser aferido a partir do que denomina “identidade de efeitos, estabelecendo-se, assim, que se verifique se as sanções cumprem idênticas funções ou não”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 219-220]. Em sentido similar: GARCIA CAVERO, Percy. *Derecho Penal económico: parte general*. 2. ed. Lima: Grijley, 2007. t.1, p. 883.

⁴⁶⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 222. Sobre a necessidade de analisar referidas subnormas na ordem enunciada e a partir de uma noção de subsidiariedade entre elas, Silva pondera que, “[e]m temos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade”. (SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002. p. 34).

sobreposição desnecessária.

Em relação ao juízo de adequação, compreendido como dever do agente regulador de demonstrar que a intervenção normativa desejada seja idônea à finalidade que se pretende alcançar, Costa sustenta que a cumulação de sanções, em tese, poderia ser adequada à promoção de retribuição ou prevenção de comportamentos ilícitos, razão pela qual tal postulado não seria violado por uma punição dupla.⁴⁶⁸

Já no que toca ao juízo de necessidade, segundo o qual o Estado obriga-se a adotar a medida menos gravosa aos indivíduos para atingir determinado objetivo, a autora afirma que a cumulação entre sanções administrativas e penais encontra óbice dogmático, pois “não é possível sustentar que a incidência cumulada das esferas penal e administrativa seja mais eficiente do que a aplicação somente da esfera penal ou somente da esfera administrativa”.⁴⁶⁹

Visando a concretizar tal formulação, a autora pondera que: caso não existam os requisitos dogmáticos para utilização da esfera penal, somente a via administrativa será legítima, hipótese, portanto, na qual a cumulação entre as esferas deve ser considerada meio excessivo aos fins da regulação; nas hipóteses em que presentes os pressupostos tanto para uma regulação administrativa quanto penal, deve o regulador ponderar qual delas seria o meio idôneo ao objetivo de retribuição e prevenção, sendo certo que: (a) caso tal conclusão aponte para o direito administrativo, este deve ser aplicado de forma isolada, sob pena de uma criminalização desnecessária e, em face disso, violadora da concepção de necessidade decorrente do princípio da proporcionalidade; (b) caso a intervenção penal seja imprescindível, a esfera desnecessária seria a administrativa, pois a sua adoção em nada contribuiria para a eficiência da regulação, consistindo em providência excessiva.⁴⁷⁰

⁴⁶⁸ Ressalva, entretanto, especificamente quanto à prevenção, um “aspecto disfuncional” da possibilidade de *bis in idem*, na medida em que a cumulação de sanções de esferas distintas aos mesmos fatos pode implicar em decisões contraditórias, confundido a mensagem a ser transmitida aos agentes regulados quanto ao comportamento que deles se espera. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 223.

⁴⁶⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 224. Sobre a compreensão do juízo de necessidade do princípio da proporcionalidade como obrigação do poder público de adotar a medida menos gravosa aos indivíduos para atingir determinado objetivo: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002. p. 38.

⁴⁷⁰ Costa pondera que a solução proposta “respeita o âmbito de opção política, pois o legislador poderá escolher a sanção que lhe pareça mais efetiva. Entretanto, não poderá impor um duplo sancionamento, por meio de distintas esferas”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 224]. Sobre a adoção desses argumentos para impedir a cumulação de sanções pecuniárias pela justiça

Quanto ao requisito da proporcionalidade *strictu sensu*, Costa registra ser dispensável a sua análise, pois a possibilidade do *bis in idem* entre as esferas administrativa e penal já teria sido dogmaticamente afastada em face da noção de necessidade, segunda sub-regra decorrente do princípio da proporcionalidade.⁴⁷¹

Asseverando que as possibilidades de controle judicial sobre a atividade legislativa são atualmente extremamente limitadas, conclui a autora que a aplicação do princípio do *ne bis in idem* entre as esferas administrativa e penal no ordenamento nacional, a partir da adoção de uma política sancionadora geral, capaz de integrar as esferas, seria uma relevante proposição *de lege ferenda*, capaz de aportar racionalidade ao sistema sancionatório de forma global.⁴⁷²

4.2.4 Posição adotada

Para se cogitar da aplicação do princípio do *ne bis in idem* nos tipos de mera transgressão administrativa faz-se necessário, inicialmente, analisar quando a sobreposição normativa entre as esferas administrativa e penal deles decorrente tem o potencial de gerar uma dupla sanção a partir da identidade de sujeitos, de objeto e de fundamento jurídico.

penal e pelo CADE: REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 7, n. 28, p. 116-129, out./dez. 1999. p. 123-124.

⁴⁷¹ Costa pondera que o princípio do *ne bis in idem* seria destinado especialmente à esfera legislativa, sendo vedado ao juiz fazer juízos de oportunidade sobre a política criminal, salvo nas hipóteses de controle de constitucionalidade das decisões legislativas, os quais podem abranger, inclusive, análise sobre os objetivos da atividade normativa. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 225]. Sobre o princípio da proporcionalidade ser direcionado prioritariamente para o legislador: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 212. Sobre o controle de constitucionalidade como limite à liberdade do legislador penal: AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de la proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: EDERSA, 1999. p. 285.

⁴⁷² Costa afirma que não seriam necessárias profundas mudanças no sistema para adotar os parâmetros de consolidação do princípio do *ne bis in idem* entre as instâncias segundo os parâmetros adotados na Espanha e no Peru. A autora afirma que o reconhecimento do princípio do *ne bis in idem* entre as esferas fomentaria, ainda, o princípio da subsidiariedade, diante de seu conteúdo similar àquele do princípio da proporcionalidade, no que toca ao fato de que a “[...] sua aplicação resultaria em diminuição da rede penal e maior racionalidade do direito administrativo sancionador e, especialmente, promoveria o desenvolvimento de formas de prevenção, como a autorregulação ou a prevenção técnica”, reduzindo o espectro de um direito penal simbólico. Aduz que sua proposta traria ao sistema sancionatório “[...] considerável dose de racionalidade, já que o legislador seria instado a optar entre a via penal ou a administrativa – pois saberá que, criando ilícitos sobrepostos, um deles restará afastado – e, assim, terá de refletir sobre as especificidades e possibilidades de cada âmbito no sentido de atingir as finalidades de prevenção e retribuição”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 228]. Sobre a contribuição da proposta à noção de *ultima ratio* do direito penal: MOCCIA, Sergio. *Il diritto penal tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica*. Napoli: Scientifiche Italiane, 1992. p. 229-252, p. 341.

Uma identidade de sujeitos ocorrerá sempre que a possibilidade de cumulação da sanção administrativa com a penal se dê em face da mesma pessoa, seja ela natural ou jurídica.

No Brasil tal possibilidade será substancialmente reduzida às hipóteses nas quais se imputa a infração administrativa a uma pessoa natural, pois, salvo no caso dos crimes ambientais, não há a possibilidade de responsabilização criminal da pessoa jurídica.⁴⁷³

A identidade de fato, embora as condutas descritas pelos tipos penais de mera transgressão administrativa sejam mais restritas do que aquelas abrangidas pelos atos normativos administrativos referidos formalmente em seu enunciado legal, estará presente sempre que a infração administrativa da qual se cogite tenha potencial lesivo para também complementar o tipo, pois se consolida a partir de comportamentos potencialmente lesivos a valores socialmente relevantes.⁴⁷⁴

Tratando-se de infrações administrativas sem dignidade criminal, a hipótese seria, conforme já exposto, de afastar a possibilidade de dupla punição por ausência de tipicidade penal objetiva material, estando, sob tal prisma, legitimada exclusivamente a sanção administrativa, sendo desnecessário recorrer-se à aplicação do princípio do *ne bis in idem*.⁴⁷⁵

Quanto ao pressuposto da identidade de fundamento jurídico, deve-se reconhecer que, nos tipos de mera transgressão administrativa, ambas as esferas terão, via de regra, sanções

⁴⁷³ Há de se consignar, aqui, a ressalva de Costa no sentido de se observar a necessidade de, no caso de sociedades unipessoais, perquirir se a conclusão sobre a inexistência de distinção entre sujeitos não vai consistir em uma afirmação artificial. Cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livredocência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 218.

⁴⁷⁴ Sobre o tema, destaca-se a lição de Santos acerca da unidade de fatos no âmbito criminal, cuja aplicação pode ser estendida à unidade de fatos entre as esferas administrativa e penal nos tipos de mera transgressão administrativa, segundo a qual “[...] a fórmula adequada estaria na fusão dos conceitos de ação e de tipo legal, integrados na unidade do conceito de ação típica: a divisão ou delimitação daquele continuum em unidade significativas de ações ou omissões de ação, não pode ser realizada, isoladamente, nem pelo conceito de ação, nem pelo conceito de tipo legal, mas pelo conceito de ação típica, em que ação aparece como portadora do e contida no tipo legal – ou seja, a ação como conteúdo e o tipo legal como forma do conteúdo para existência da ação típica em pluralidade material, forma ou continuada do Direito Penal”. (SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte Geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Iuris, 2007. p. 407). No mesmo sentido: COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livredocência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 218.

⁴⁷⁵ Essa visão restritiva de quais hipóteses fáticas estão objetivamente descritas pelo tipo penal objetivo em abstrato, portanto, limita substancialmente a discussão sobre eventual *bis in idem* entre as instâncias nos tipos de mera transgressão administrativa, na medida em que reduz, por si só, as hipóteses nas quais se pode admitir uma dupla punição.

com inequívoco caráter sancionatório, cuja finalidade precípua é prevenir ilícitos mediante a previsão de punições, afastando-se de qualquer pretensão indenizatória.⁴⁷⁶

Nos tipos de mera transgressão administrativa, portanto, há a possibilidade de se cogitar de *bis in idem* entre as instâncias administrativa e penal, desde que:

- a infração administrativa e o injusto penal sejam imputados à mesma pessoa;
- a infração administrativa da qual se cogite tenha relevância lesiva apta para complementar o tipo penal; e
- ambas as sanções tenham finalidade sancionatória e não reparatória.

Confirmadas tais hipóteses, há de se ponderar de que forma a norma que veda uma dupla punição transversal pode, nos referidos tipos penais, ser aplicada.

Na medida em que a finalidade da aplicação do princípio do *ne bis in idem* às referidas estruturas típicas é evitar a cumulação de sanções administrativas com aquelas inequivocamente de caráter penal, portanto, de natureza absolutamente distintas, a tese sobre eventual compensação entre elas, comuns no âmbito do direito comunitário europeu, não contribui para o debate.⁴⁷⁷

O modelo italiano, segundo o qual, diante de múltiplas disposições a punir o mesmo fato em instâncias distintas, o *bis in idem* deve ser evitado, a partir da aplicação de uma única sanção a ser determinada segundo o princípio da especificidade, também pouco ajuda, pois, nos tipos de mera transgressão administrativa, via de regra, é extremamente difícil distinguir, a partir da análise isolada da descrição formal da conduta constante de cada um dos modelos normativos, qual deles é o mais específico, se o da infração administrativa ou o da lei penal.⁴⁷⁸

Da mesma forma, pouco útil o modelo alemão, pois, naquele país, as infrações contraordenacionais são consideradas de natureza criminal, portanto, a discussão do princípio

⁴⁷⁶ Ao se admitir um núcleo de finalidades comuns às sanções administrativas e penais, não se está a afirmar que ambas são equivalentes, pois não parece haver dúvidas acerca da maior intensidade da sanção criminal, até porque a sua aplicação pode ensejar a limitação de um direito fundamental tão relevante quanto a liberdade. Aliás, justamente em face disso, tal esfera regulatória terá garantias específicas em relação a todas as demais.

⁴⁷⁷ Para fins desse raciocínio, está-se a considerar como passível de ter natureza administrativa toda e qualquer sanção que não seja de competência exclusiva da seara judicial penal. Ainda, a partir dessa premissa, afasta-se, sob o prisma através do qual se apreciará a questão, a discussão sobre a necessidade de se verificar, para efeito de aplicação do princípio do *ne bis in idem*, se a sanção tida formalmente como de natureza administrativa não consiste, materialmente, em sanção penal, pois, nos tipos de mera transgressão administrativa, somente se atribui natureza material criminal àquelas sanções privativas de liberdade, pois são elas que estão a fundamentar uma limitação especial dessa modalidade específica de atuação regulatória estatal em relação a todas as demais.

⁴⁷⁸ Para que o critério da especificidade tenha utilidade no âmbito dos tipos de mera transgressão administrativa, há de se adotar a proposta da presente pesquisa, no sentido de que, da análise integrada da lei penal e dos atos normativos administrativos capazes de complementar o tipo, a esfera penal é sempre mais restrita do que aquela administrativa. Uma análise isolada de cada um dos modelos regulatórios pode, inclusive, gerar uma conclusão equivocada, pois, via de regra, a descrição da lei penal é mais ampla do que aquela do ato normativo complementar, exatamente por isso o tipo somente pode ser depreendido de sua análise conjunta.

do *ne bis in idem* se dá, substancialmente, dentro do próprio direito penal, e não de forma interdisciplinar.

Não se recolhe, ainda, para a finalidade do debate ora proposto, grande contribuição do modelo francês, pois ali se reconhece, via de regra, a possibilidade de cumulação entre as sanções administrativas e penais, a partir do reconhecimento de uma independência entre as instâncias, premissa dogmática sobre a qual pairam dúvidas acerca de sua aplicação de forma absoluta no ordenamento jurídico nacional, em especial, nos tipos de mera transgressão administrativa, consoante se pretende demonstrar no próximo item deste capítulo.⁴⁷⁹

Quanto à aplicação do princípio do *ne bis in idem* interdisciplinar, tal como proposto pela Corte Constitucional belga, a definição de qual esfera deve prevalecer, a partir de um controle judicial em cada caso concreto, também é passível de críticas, pois, nos tipos de mera transgressão administrativa, o ideal é que a verificação acerca da violação do ato normativo infralegal que, em tese, complementa o tipo, seja aferida inicialmente no âmbito administrativo, sendo resguardados ao Judiciário apenas aqueles casos nos quais referidas autoridades já tenham sinalizado, de forma prévia, a possibilidade de uma intervenção penal.⁴⁸⁰

Em relação ao sistema norte americano, também é inaplicável à solução da questão posta, já que nele, assim como ocorre no sistema alemão, a mencionada norma é adotada, geralmente, dentro do sistema penal. Seu reconhecimento interdisciplinar se dá de forma eventual, na relação entre medidas punitivas e cíveis reparatórias, premissa inaplicável aos tipos de mera transgressão administrativa.

Deve-se endossar, portanto, a tese de Costa no sentido de que, a partir do juízo de necessidade decorrente do princípio da proporcionalidade, nas hipóteses em que for possível um duplo sancionamento nos tipos de mera transgressão administrativa, deve-se impor ao aparato punitivo estatal, compreendido de forma global, o ônus de optar por uma única

⁴⁷⁹ Consigna-se, entretanto, especialmente no que tange ao aspecto político-criminal quanto à eleição de qual a melhor esfera regulatória estatal para intervir sobre determinadas condutas, a interessante observação que está a orientar a mitigação da posição dominante naquele país que admite a possibilidade de cumulação entre sanções administrativas e penais, no sentido de que, diante da ausência de fraude, a melhor alternativa pode ser a prevalência da esfera administrativa, prescindindo-se do direito criminal.

⁴⁸⁰ Trata-se, ainda, de proposta de difícil aplicação na atual realidade normativa brasileira, na qual não é, via de regra, papel do Judiciário revisar atos administrativos, salvo em hipóteses excepcionais de vício de legalidade. Tem-se, ainda, que, muitas vezes, a apreciação pela via judicial se dá quando a sanção extrapenal já foi definitivamente cumprida.

instância sancionatória para atingir seus objetivos, impedindo-se uma desnecessária cumulação de punições, sob pena de violação ao princípio do *ne bis in idem*.⁴⁸¹

Especificamente no caso dos tipos de mera transgressão administrativa, como tais circunstâncias somente ocorrem quando já estiver demonstrada a imprescindibilidade da esfera penal, caso contrário a conclusão será pela atipicidade objetiva da conduta, a punição desnecessária é aquela administrativa.

Registre-se, entretanto, que enquanto na Espanha e no Peru a adoção de tal modelo de reconhecimento do *ne bis in idem* interdisciplinar, com prevalência da esfera penal, se dá mediante disposições constitucionais e legais expressas, no Brasil há uma carência de mecanismos normativos específicos para a regulação da matéria.⁴⁸²

Em síntese, nos tipos de mera transgressão administrativa, quando a possibilidade de cumular as responsabilidades administrativa e penal se verificar em face do mesmo sujeito, sendo possível admitir a tipicidade objetiva diante de uma infração administrativa com relevância lesiva apta a complementar a lei e tendo ambas as sanções finalidade sancionatória, deve-se aplicar o princípio do *ne bis in idem*, impedindo a cumulação das sanções, prevalecendo aquela de natureza penal.

⁴⁸¹ Note-se que, nos casos em que possível cogitar de uma dupla punição nos tipos de mera transgressão administrativa, também a partir da proposta de Bach, poder-se-ia sustentar a aplicação do princípio do *ne bis in idem*. Na medida em que somente estarão aptas a complementar o tipo penal aquelas infrações administrativas que, pelos critérios da autora, estariam equivocadamente alocadas no âmbito administrativo, pois seriam passíveis justificar materialmente uma intervenção penal, estaria verificada a “burla de etiquetas”, tida por Bach como pressuposto para a afirmação da referida norma de vedação de uma dupla punição. BACH, Marion. *Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem e proporcionalidade*, Londrina: Thor, 2022. p. 282-299. Registre-se, entretanto, que a autora, ao admitir um “núcleo” no qual podem coexistir as regulações administrativa e penal, acaba por conceder um espaço bastante amplo de discricionariedade ao legislador para usar quaisquer das modalidades regulatórias, inclusive de forma cumulativa, pois nesse estrato não seria possível aplicar o próprio critério por ela proposto de “burla de etiquetas”. Em face disso, reputa-se mais adequada a proposta de Costa de separar as condutas em apenas dois grupos, sem ou com dignidade penal, limitando-se a discussão acerca da possibilidade de cumulação de sanções ao último grupo e concluindo-se que, diante da aplicação da sub regra da adequação decorrente do princípio da proporcionalidade, a resposta deve ser negativa. Em relação à posição de Costa, há de se fazer uma única ponderação, acredita-se que, em razão do princípio da subsidiariedade, os pressupostos para a regulação penal estarão presentes apenas nas hipóteses em que ela já for imprescindível. Por isso, presentes os demais requisitos para o *bis in idem*, a sanção a ser afastada será sempre a administrativa. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

⁴⁸² Costa expressamente consigna que sua proposta de uma política sancionadora integrada se dá *de lege ferenda*. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 226.

4.3 Tipos de mera transgressão administrativa e a independência entre as instâncias

A forma pela qual estão estruturados os tipos de mera transgressão administrativa enseja a discussão acerca de possíveis vínculos a serem estabelecidos entre as providências estatais necessárias à apuração da eventual responsabilidade administrativa e penal deles decorrentes.

Em tal contexto, há de se confrontar a existência dessas estruturas típicas com a premissa, razoavelmente endossada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, de que as distintas instâncias regulatórias sancionatórias seriam independentes entre si.

Analisando a questão exatamente a partir da forma em que estão legalmente representados os tipos de mera transgressão administrativa, pretende-se propor soluções aptas a superar posições atualmente majoritárias, mitigando a afirmação de que, em tais estruturas típicas, cada esfera regulatória pode ser apura de forma absolutamente isolada e autônoma.

4.3.1 A independência entre as instâncias

A independência entre as instâncias tem fundamento remoto na concepção de um Estado estruturado a partir da separação dos poderes, que, por sua vez, remonta, sob o aspecto filosófico, aos ideais iluministas do século XVI.⁴⁸³

Segundo as referidas teorias clássicas, a divisão das funções estatais entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário se fundamenta no reconhecimento de que aqueles que detêm a prerrogativa de criar as normas não devem cumular a função de aplicá-las coercitivamente ou de gerir a alocação dos recursos públicos, sob pena de tal concentração implicar um ambiente propício ao exercício da autoridade de forma abusiva.⁴⁸⁴

⁴⁸³ Sobre a vinculação entre independência das instâncias e separação de poderes: MACHADO, Antônio Rodrigo Machado. *Sanções e Penas: a independência entre as instâncias administrativa e jurisdicional penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 18. Sobre a essência da separação dos poderes, Montesquieu afirma que “para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”. (MONTESQUIEU, Charles de. *Do espírito das leis*: livro décimo primeiro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. cap. IV, p. 148).

⁴⁸⁴ Caso o poder de editar as leis, de aplicá-las, bem como de administrar o Estado estivesse concentrado num só órgão ou pessoa, inquestionável o risco às liberdades dos cidadãos. Uma estrutura assim orientada permitiria ao detentor do poder isentar-se do cumprimento das próprias normas. Em última instância, retornar-se-ia àquela já superada estrutura absolutista. Sobre os riscos desse caminho, Rousseau assevera que “[...] se aquele que governa os homens não deve governar as leis, o que governa as leis não deve também governar os homens: de outra forma, suas leis, instrumentos de suas paixões, frequentemente não fariam mais do que perpetuar suas injustiças e jamais ele poderia evitar que pontos de vista particulares alterassem a integridade de sua obra”. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*: ensaio sobre a origem das línguas; discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens; discurso sobre as ciências e as artes. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 57, nota 176). No caso específico do Judiciário, sua atuação abrange a competência

O escopo da estrutura tripartite, tal como filosoficamente fundamentado, não se resume, portanto, ao aspecto meramente formal, compreendida como modelo de organização mediante distribuição de tarefas entre os agentes públicos, mas possui também um viés material, no que toca ao objetivo de promover a defesa da liberdade individual em face do risco de arbítrio por parte das autoridades estatais.

Sob o prisma histórico-normativo, a separação dos poderes está, a título de exemplo, prevista na Constituição estadunidense de 1787, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na Carta Francesa de 1791 e, no contexto constitucional brasileiro, em todas as Constituições, com exceção à de 1937.⁴⁸⁵

Atualmente, o instituto está previsto no artigo 2º da Constituição Federal, sendo que a sua adoção pode ser depreendida, ainda, do modelo de Estado Democrático de Direito, que, por sua vez, fundamenta o próprio princípio da legalidade.⁴⁸⁶

Diante dessa estrutura tripartite do exercício dos poderes estatais, conjugada com o disposto nos artigos 37, § 4º, e 225, § 3º, da Constituição Federal, bem como em diversos dispositivos infraconstitucionais, parte da doutrina sustenta estar endossada no ordenamento jurídico nacional uma independência entre as instâncias, cuja abrangência permitiria, inclusive, uma autonomia plena entre as esferas sancionatórias administrativa e penal.⁴⁸⁷

institucional para resolver, de forma definitiva, os conflitos sociais inerentes a uma sociedade democrática, além da função de equacionar as antinomias entre as próprias leis e entre estas e a Constituição. CARNELÓS, Guilherme Ziliani. *A “independência das instâncias”*: investigação sobre origem e critérios de aplicação na esfera penal. 69f. 2021. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito Penal Econômico) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021. p. 12.

⁴⁸⁵ CARNELÓS, Guilherme Ziliani. *A “independência das instâncias”*: investigação sobre origem e critérios de aplicação na esfera penal. 69f. 2021. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito Penal Econômico) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021. p. 10 e SILVA, Gustavo Henrique de Souza e. *O princípio da legalidade e o direito penal econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 57.

⁴⁸⁶ Brandão observa que a legalidade é um princípio decorrente do Estado de Direito que, por sua vez, impõe um modelo tripartido do exercício do poder, tudo de modo a submeter a atividade estatal, seja ela administrativa, legislativa ou judicante, aos limites imposto pela lei. (BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema à luz do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002 p. 69).

⁴⁸⁷ Sobre os dispositivos infralegais a fundamentar a independência das instâncias, Bach cita, como exemplos: artigos 121 e 125 da Lei n. 8.112/90, artigo 12 da Lei n. 8.249/92, esta objeto de recente alteração pela Lei n.º 14.230/21, artigos 1º e 3º da Lei n. 12.846/2013, artigo 56 da Lei n. 8.078/90, 256, § 1º, da Lei n. 9.503/1997 e a nova redação do artigo 52 da Lei de Execução Penal, tal como redigida pela Lei n. 13.964/19. (BACH, Marion *Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem e proporcionalidade*. Londrina: Thor, 2022. p. 163). Como defensores da aludida tese acerca de uma independência das esferas sancionatórias: MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da constituição federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 213. FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 133. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 62-64.

Tal posição, que sugere uma compreensão ampla acerca da abrangência da independência entre as instâncias, encontra, em seu favor, vasto entendimento jurisprudencial.⁴⁸⁸

Não obstante contar com substancial apoio doutrinário e jurisprudencial, a afirmação de que estaria vigente em nosso ordenamento jurídico uma norma segundo a qual as instâncias seriam absolutamente independentes, em especial, no que toca à possibilidade de uma atuação totalmente segregada entre as esferas sancionadoras administrativa e penal, tem sido objeto de intenso debate.⁴⁸⁹

⁴⁸⁸ Sobre tema Bach registra: “interessante notar que, quando do julgamento de casos que envolvem processos e punições múltiplas, advindas de distintas instâncias, os tribunais sequer se aprofundam sobre o tema. Há, como dito, a repetição de uma espécie de mantra. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, quando provocado sobre o tema, decide sem maiores aprofundamentos, registrando na ementa ‘prestígio à regra da independência entre as instâncias’ e, no corpo do acórdão, a ‘a incontestada independência entre as instâncias’. O Superior Tribunal de Justiça vai na mesma linha. Reiteradamente entende pela ‘autonomia e independência entre as esferas civil, penal e administrativa’. Como consequência de tal compreensão, entende, ilustrativamente, que ‘eventual improcedência de demanda ajuizada na esfera civil ou de procedimento administrativo instaurado não vincula a ação penal’, ‘o reconhecimento de transgressão disciplinar e a aplicação da punição respectiva não dependem do julgamento no âmbito criminal, nem obriga a Administração a aguardar o desfecho dos demais processos’, ‘as alterações da Lei civil não induzem a descriminalização de conduta tida típica na seara penal’, ‘a extinção do crédito tributário não induz, necessariamente, isenção da responsabilidade penal’, ‘a decisão penal extintiva de punibilidade pela prescrição em nada afetará eventuais discussões que estejam em curso no âmbito cível, competindo àquele juízo formular livremente a sua convicção’, ‘a previsão estatutária de sanções disciplinares ao advogado não obsta seja condenado e sancionado também pelo cometimento de improbidade administrativa’, dentre tantos outros julgados que consideram o tema”. A autora cita, como precedentes do Supremo Tribunal Federal: RMS 28.919, AI 681.487, MS 22.889, AgR em RHC 173.224. No Superior Tribunal de Justiça: HC 50.954, AgRg no HC 509.346, HC 306.865, MS 19779, AgInt no RMS 53.362, MS 19779, AgRg no AREsp 134.660, AgRg no RHC 125.312, AgRg no AREsp 1397738, AREsp 1238100. BACH, Marion. *Multiplidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem e proporcionalidade*. Londrina: Thor, 2022. p. 164-165, notas 157, 159, 161, 162, 163, 164 e 165. Sobre pesquisa jurisprudencial acerca do tema tanto no Supremo Tribunal Federal como no Superior Tribunal de Justiça: CARNELÓS, Guilherme Ziliani. *A “independência das instâncias”*: investigação sobre origem e critérios de aplicação na esfera penal. 69f. 2021. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito Penal Econômico) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021. Uma análise jurisprudencial do tema sob o prisma do direito administrativo disciplinar, disponível em: MACHADO, Antônio Rodrigo Machado. *Sanções e Penas: a independência entre as instâncias administrativa e jurisdicional penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 155-199. No que toca ao direito administrativo disciplinar, a matéria é objeto da Súmula 18 do Supremo Tribunal Federal: “Pela falta residual, não compreendida pela absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público”.

⁴⁸⁹ Sobre o tema, Costa afirma que a justificativa utilizada pela jurisprudência preponderante de que as instâncias sancionatórias administrativa e penal seriam independentes “[...] é bastante frágil na medida em que inexistente uma estruturação teórica que aponte os seus fundamentos – que teriam que ser, inclusive, bastante contundentes, já que a adoção dessa vertente redundaria em restrições mais drásticas a direitos fundamentais”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 221]. Em sentido similar: Teixeira, Estellita e Cavali afirmam que “[o] argumento, sempre sacado da manga e usado indiscriminadamente, da ‘independência das instâncias’ penal e administrativa não é capaz, por si só, de domesticar o odioso bis in idem”. (TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloísa; CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem e o cúmulo de sanções penais e administrativas: um ‘Estado Hidra Lerna’?* Jota, São Paulo, ago. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativas01082018#:~:text=Ao%20princ%C3%ADpio%20do%20ne%20bis,e%20as%20do%20Direito%20Penal>. Acesso em: 16 mar. 2020). Partidários de alguma vinculação entre as instâncias, em especial para se evitar cumulação de sanções: OSÓRIO,

Os críticos de uma dita autonomia irrestrita entre as instâncias, compreendida como uma atuação estanque e isolada das esferas de responsabilidade civil, administrativa e penal, aduzem, inicialmente, a inexistência de uma norma clara em nosso ordenamento jurídico apta a lastrear tal conclusão.

Ponderam que a ideia de instâncias independentes teve origem no direito francês, no qual um dos princípios essenciais do direito administrativo é “o da separação das autoridades administrativa e judiciária, que determina as matérias para as quais os tribunais judiciais são incompetentes”.⁴⁹⁰

Já o direito administrativo brasileiro, desde o Decreto n. 848, de 11.10.1890, endossa a tese de unidade de jurisdição, prerrogativa que atualmente possui, inclusive, *status* de cláusula pétrea, prevista no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.⁴⁹¹

Sustenta-se, portanto, que o entendimento jurisprudencial majoritário sobre a matéria ignora fundamentos normativos, inclusive de natureza constitucional, aptos a estabelecer algum vínculo entre as instâncias, em especial, a administrativa e a judicial.⁴⁹²

Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 283 e seguintes. MACHADO, Hugo de Brito. Teoria das sanções tributárias. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord). *Sanções Administrativas Tributárias*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 167. SICA, Leonardo. A tutela penal da ordem econômica no direito brasileiro: comparação entre as leis 8.137/90 e 8.884/94. In: VILARDI, Celso Sanchez *et al.* (Coord.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.145-185, p. 166 e ss. BACH, Marion. *Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem e proporcionalidade*, Londrina: Thor, 2022. Em sentido similar: CARNELÓS, Guilherme Ziliani. *A “independência das instâncias”*: investigação sobre origem e critérios de aplicação na esfera penal. 69f. 2021. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito Penal Econômico) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021. MACHADO, Antônio Rodrigo Machado. *Sanções e Penas: a independência entre as instâncias administrativa e jurisdicional penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

⁴⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de direito administrativo brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 926, p. 51-77, dez. 2012.

⁴⁹¹ Sobre a origem da opção brasileira pelo modelo de unidade de jurisdição, Di Pietro afirma que, no Brasil, “[c]om o início de período republicano, suprime-se o Poder Moderador e a jurisdição administrativa antes atribuída ao Conselho de Estado. Isto ocorreu porque se abandonou a influência francesa da dualidade jurisdição e se acolheu o modelo anglo-americano da unidade de jurisdição. Na exposição os que serviu de fundamento para o Dec. 848, de 11.10.1890, sobre a organização da Justiça Federal, diz o Ministro da Justiça “é a vontade absoluta das Assembléias Legislativas que se extingue, nas sociedades modernas, como se não extinguiu as doutrinas do arbítrio soberano do Poder Executivo. Aí está posta a profunda diversidade de índole que existe entre o Poder Judiciário tal como se achava instituído no regime decaído e aquele que agora se inaugura [...]. Com isso, passou a Administração Pública a submeter-se ao controle jurisdicional [...]. Pode-se afirmar que o direito administrativo brasileiro sofreu, nessa fase, influência do direito norte-americano no que diz respeito ao sistema de unidade de jurisdição e à necessidade de submissão da Administração Pública controle do Poder Judiciário”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de direito administrativo brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 926, p. 51-78, dez. 2012).

⁴⁹² Costa aponta essa contradição entre a jurisprudência majoritária e a adoção, pelo direito administrativo brasileiro, da unidade de jurisdição. No que toca à falta de fundamento constitucional apto a fundamentar a existência de um princípio da independência entre as instâncias, a autora sustenta que o reconhecimento acerca da existência da aludida norma não encontra lastro sequer no artigo 225, § 3º, da Constituição Federal, já que “[...] é possível interpretar a previsão constitucional no sentido de que a locução “sanções penais e administrativas” como um complemento respectivo às pessoas físicas e jurídicas, ou seja, as sanções penais aplicar-se-iam às pessoas físicas e as administrativas às jurídicas”, ressaltando, ainda, que a utilização de tal dispositivo como fundamento para um autonomia entre as esferas, caso pudesse ser admitida, deveria ser, no

A possibilidade de se admitir uma independência entre as instâncias de forma absoluta também é criticada sob o prisma de diversos dispositivos legais vigentes que estabelecem vínculos entre as esferas,⁴⁹³ os quais, entre outros, podem dizer respeito à relação: entre a responsabilidade penal e providências de natureza indenizatória, seja esta cível, tributária ou ambiental;⁴⁹⁴ entre institutos de natureza cível-administrativa que possuem, por expressa determinação legal, inequívocos reflexos penais;⁴⁹⁵ e entre as instâncias sancionatórias administrativa e penal, principalmente quando ambas estão previstas em um ambiente regulatório de sobreposição normativa.⁴⁹⁶

Apontam-se, também, inúmeros problemas decorrentes de uma aplicação prática da

máximo, limitada ao direito ambiental. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 221, nota 736 e 737]. Em sentido similar, Bach pondera que, “[m]esmo que tradicionalmente compreendidas como independentes, as instâncias devem ser – no mínimo e em nome de um Estado harmônico (ou, diga-se claramente, não esclerosado) – coerentes entre si. Eis a razão de se haver reconhecido que a independência entre as instâncias é relativa, não absoluta. Nesse ponto, convém esclarecer que o princípio que determina a separação entre os poderes não detém, hoje, o rigor da concepção original de Montesquieu, que buscava essencialmente a limitação de um poder pelo outro. No constitucionalismo moderno – e com ampliação das atividades estatais, que impôs novas formas de inter-relação entre os poderes, de modo a estabelecer uma colaboração recíproca – tal postulado é compreendido sob a ótica da harmonização entre os poderes, ainda através da ideado sistema de freios e contrapesos. Assim, tampouco a separação entre os poderes é absoluta, mas relativa”. (BACH, Marion *Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem e proporcionalidade*, Londrina: Thor, 2022. p. 165-166). Talvez esse divórcio entre o sistema normativo e a jurisprudência dominante possa ser explicado pela circunstância apontada por Di Pietro, no sentido de que, no início do período republicano, o direito administrativo brasileiro, apesar de ter endossado, sob o prisma normativo, a ideia norte-americana de unidade de jurisdição, no que toca ao desenvolvimento teórico e principiológico, ainda tinha uma influência dominante “do direito francês, criado pela jurisdição administrativa que, aos poucos, pela decisão de casos concretos, foi derogando o direito privado antes aplicado à Administração e criando um regime jurídico próprio que acabou por dar autonomia ao direito administrativo. Nisto afastou-se o sistema da *common law*, que repudiava a existência de um regime jurídico especial para a Administração Pública, como também repudiava a existência de tribunais administrativos para decidir litígios ela fosse interessada”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de direito administrativo brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 926, p. 51-78, dez. 2012).

⁴⁹³ Sobre o tema: BACH, Marion. *Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem e proporcionalidade*, Londrina: Thor, 2022. p. 167-175. Em sentido similar: CARNELÓS, Guilherme Ziliani. *A “independência das instâncias”*: investigação sobre origem e critérios de aplicação na esfera penal. 69f. 2021. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito Penal Econômico) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021. p.29-30.

⁴⁹⁴ Sobre o tema, a título de exemplo: os artigos 45, § 1º, e 91, inciso I, no Código Penal; os artigos 63, 64, 65, 66, 67, 386, 387, inciso IV, e 630, do Código de Processo Penal; os artigos 188, 200, 935, 948, 953 e 954 do Código Civil; o artigo 515 do Código de Processo Civil; o artigo 137 do Código Tributário Nacional; e o artigo 20 da Lei n. 9.605/98.

⁴⁹⁵ Sobre o tema, a título de exemplo: os artigos 16, 65, inciso III, aliena “b”, 78, 83, inciso IV, 92, 94, inciso III, 312, §3º, 337-A do Código Penal; o artigo 28-A do Código de Processo Penal; os artigos 74 e 89 da Lei n. 9.099/95; os artigos 27 e 28 da Lei n. 9.605/98; o artigo 9º, § 2º, da Lei n. 10. 684/03; e o artigo 60 da Lei n. 12.651/12.

⁴⁹⁶ Sobre o tema, a título de exemplo: o artigo 387, § 2º do Código de Processo Penal; o artigo 22 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro-LINDB (Decreto-Lei n. 4.657/4); o artigo 126 da Lei n. 8112/90; o artigo 21 da Lei n. 8.492/92; o artigo 83 da Lei n. 9.430/96; os artigos 4º, 6º e 8º da Lei n. 13.869/19. Ainda sobre a vinculação entre a esfera administrativa tributária e a penal, a Súmula Vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”.

premissa de que as instâncias seriam sempre independentes entre si, em especial, quanto aos seus reflexos no que toca à necessidade de se obter uma consistência racional do sistema normativo, essencial para a promoção do valor segurança jurídica.⁴⁹⁷

Há de se registrar, portanto, que o reconhecimento da independência entre as instâncias, compreendido como norma apta a conferir uma autonomia plena entre as esferas sancionatórias administrativa e penal, é tema atualmente objeto de grande controvérsia.⁴⁹⁸

4.3.2 Independência entre as instâncias e a representação legal dos tipos de mera transgressão administrativa

A independência entre as instâncias, mesmo no que toca especificamente à discussão sobre quais devem ser os limites de autonomia entre as esferas regulatórias sancionatórias administrativa e penal, é tema que pode ser objeto de análise sob diversos prismas.

⁴⁹⁷ Costa afirma que o paradigma de independência entre as instâncias “[...] gera diversos resultados paradoxais. Além disso, constrói um modelo que pouco se coaduna com a ideia de unidade da ordem jurídica, como um sistema jurídico estruturado e dotado de racionalidade interna. O ordenamento jurídico não pode ser tido como conjunto desconexo de normas jurídicas, submetidas somente ao princípio da hierarquia”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 119].

⁴⁹⁸ Costa consigna que mesmo para os defensores da posição de uma independência entre as instâncias, haveria de se reconhecer que tal conclusão não poderia possuir natureza absoluta, concluindo que “a ideia de independência entre as instâncias apresenta diversas inconsistências, não podendo ser abraçada como dogma inquestionável, bem ao contrário”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 221-222]. Em sentido similar, Bach afirma que, “[n]ão obstante a repetição – muitas vezes irrefletida – do mantra da independência entre as instâncias, há de se reconhecer que a legislação, doutrina e jurisprudência se curvam ao fato de tal independência não é – e não pode ser – absoluta”. (BACH, Marion *Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem* e proporcionalidade. Londrina: Thor, 2022. p. 165). Carnelós, na mesma linha, afirma que a jurisprudência que denomina de princípio da independência das instâncias o argumento invocado “para justificar o descolamento da conclusão processual penal daquilo que foi ou viria a ser decidido em esferas não penais, administrativa ou cível, utiliza-se de recurso argumentativo desprovido de fundamentação ou descrição exata de seu conteúdo, motivo pelo qual a ele não nos referimos como um princípio jurídico, mas simplesmente como um aforismo, um dogma ainda carente de justificação”. [CARNELÓS, Guilherme Ziliani. *A “independência das instâncias”*: investigação sobre origem e critérios de aplicação na esfera penal. 69f. 2021. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito Penal Econômico) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021. p.8]. Também a limitar a abrangência do instituto da independência entre as instâncias, Teixeira, Estellita e Cavali ponderam que “[o] argumento, em si, não é falso, mas serve apenas para explicar outra coisa: que as conclusões alcançadas em um processo administrativo, por exemplo, não são necessariamente vinculantes em relação ao processo penal (e vice-versa)”. (TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloísa; CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem* e o cúmulo de sanções penais e administrativas: um ‘Estado Hidra Lerna’? *Jota*, São Paulo, ago. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativas-01082018#:~:text=Ao%20princ%C3%ADpio%20do%20ne%20bis,e%20as%20do%20Direito%20Penal>. Acesso em: 16 mar. 2020).

Pode-se estudar a questão, por exemplo: a partir de eventuais reflexos, no âmbito do direito administrativo, de decisões penais condenatórias ou absolutórias;⁴⁹⁹ considerando a relação entre sanções administrativas disciplinares impostas a funcionários públicos e seus eventuais reflexos criminais;⁵⁰⁰ ou, com o objetivo de superar a sua invocação como fundamento suficiente para afastar hipóteses de *bis in idem* interdisciplinar, ponto sobre o qual já se discorreu no item anterior.⁵⁰¹

Embora se reconheça a pertinência e a relevância dos demais debates que podem ser propiciados pelo tema, a presente pesquisa se limita à reflexão acerca da relação entre as instâncias sancionatórias decorrente da própria estruturação do enunciado legal que representa os tipos de mera transgressão administrativa.

Não obstante a referida delimitação sobre o objeto de análise, para se cogitar de alguma vinculação entre esferas distintas de responsabilidade, é preciso expor uma crítica, de ordem geral, ao argumento de que a noção de separação dos poderes seria fundamento dogmático para se sustentar uma independência entre as instâncias, compreendida como autonomia absoluta entre as regulações sancionatórias administrativa e penal.⁵⁰²

O instituto da separação e independência dos poderes não deve ser admitido como simples regra formal de divisão das atividades públicas entre as diversas autoridades constituídas, devendo ser valorizado sob seu aspecto material, como garantia fundamental do cidadão contra o risco de arbítrio estatal.

Trata-se de postulado, portanto, que não tem o condão de implicar a conclusão inexorável de uma atuação necessariamente isolada entre as instâncias punitivas

⁴⁹⁹ Sobre o tema BACH: *Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem e proporcionalidade*, Londrina: Thor, 2022, p. 167-172.

⁵⁰⁰ Sobre o tema: MACHADO, Antônio Rodrigo Machado. *Sanções e Penas: a independência entre as instâncias administrativa e jurisdicional penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

⁵⁰¹ Sobre o tema: COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013; e BACH, *Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem e proporcionalidade*, Londrina: Thor, 2022.

⁵⁰² Conforme alerta Carnelós, há “equivoco em invocar independência das instâncias como sinônimo de independência do poder judiciário frente ao executivo e ao legislativo, até porque, especificamente sobre a independência dos juízes, não está propriamente na solução do caso concreto, mas na libertação dos juízes de amarras políticas e funcionais que os impediriam de aplicar livremente a lei. O juiz livre não é propriamente autorizado a agir como quiser, pois continua adstrito à ordem jurídica. Aliás, seu dever de imparcialidade pressupõe não agir de acordo com a vontade, mas com a lei”. [CARNELÓS, Guilherme Ziliani. *A “independência das instâncias”*: investigação sobre origem e critérios de aplicação na esfera penal. 69f. 2021. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito Penal Econômico) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021. p. 11 e 26].

administrativa e penal, em especial, quando tal afirmação, ao permitir uma atuação estatal sancionatória irracional e excessiva, vai de encontro às razões essenciais de sua existência.⁵⁰³

Ao contrário, a separação dos poderes, até para que seu exercício se dê de forma harmônica, está a recomendar “um arranjo entre poderes permeado de mecanismos contundentes de mútua fiscalização”,⁵⁰⁴ portanto, “instâncias independentes não são instâncias estaques, que não se comunicam e aproveitam, entre si, os caminhos e resultados de suas decisões. Aliás, a unidade da ordem jurídica é impeditiva da afirmação de independência a todo custo”.⁵⁰⁵

É exatamente uma atuação independente, harmônica e conjunta entre os órgãos públicos encarregados do exercício da função sancionatória que caracteriza os tipos de mera transgressão administrativa, nos quais, via de regra, é uma atividade fiscalizatória do Executivo, baseada na lei emanada pelo Legislativo, que vai subsidiar a possibilidade de uma atuação estatal penal, esta de competência exclusiva do Judiciário.⁵⁰⁶

⁵⁰³ Acredita-se, assim, que ao se reconhecerem hipóteses aptas a estabelecer vínculos entre as esferas como forma de racionalizar a atividade punitiva, nem sequer haverá o conflito de princípios entre a separação de poderes, a presunção de não culpabilidade, o respeito à coisa julgada ou a dignidade da pessoa humana, conforme sugere Machado, mas, simplesmente, estar-se-á a cumprir a própria concepção material do instituto. O autor pondera que, na hipótese em que houver referido conflito, a solução deve advir a partir do princípio da proporcionalidade. MACHADO, Antônio Rodrigo Machado. *Sanções e Penas: a independência entre as instâncias administrativa e jurisdicional penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 134-154. Sobre o tema, Carnelós observa que “o diálogo institucional em nada tem a ver com desrespeito à separação de poderes, pois intimamente relacionado à harmonia entre os órgãos de poder, como dito, em prol do fim constitucional comum”. [CARNELÓS, Guilherme Ziliani. *A “independência das instâncias”*: investigação sobre origem e critérios de aplicação na esfera penal. 69f. 2021. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito Penal Econômico) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021, p.14].

⁵⁰⁴ MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *Separação de poderes: de doutrina liberal a princípio constitucional*. *Revista de informação legislativa*, v. 45, n. 178, abr./jun. 2008, p. 195-205.

⁵⁰⁵ CARNELÓS, Guilherme Ziliani. *A “independência das instâncias”*: investigação sobre origem e critérios de aplicação na esfera penal. 69f. 2021. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito Penal Econômico) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021, p. 26. Sobre o tema Arguelhes e Leal, esclarecem que “[...] essa compreensão harmônica da distribuição de poderes dirige a busca de soluções para tensões interinstitucionais a partir da necessidade de efetiva coordenação e interação equilibrada entre eles no exercício de suas funções e é sustentada por um ideal regulativo de unidade do poder estatal que se orienta na realização de objetivos comuns. O poder é monopolizado no Estado, mas a sua divisão horizontal impõe cursos inafastáveis de negociação e, por isso, existe a necessidade de cooperação permanente entre as esferas para a condução do governo”. (ARGUELHES, Diego Werneck. LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Revista PUC Direito, Estado e Sociedade*, n. 6, p. 6-50, jan./jun. 2011).

⁵⁰⁶ Sobre o tema Carnelós pondera que é “[a] intensa fiscalização promovida pelo poder executivo, fundada em lei (poder legislativo), subsidia o direito penal econômico (poder judiciário), rico em tipos acessórios”. [CARNELÓS, Guilherme Ziliani. *A “independência das instâncias”*: investigação sobre origem e critérios de aplicação na esfera penal. 69f. 2021. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito Penal Econômico) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021. p. 11].

4.3.3 Posição adotada

A ideia de uma independência absoluta entre as instâncias sancionatórias administrativa e penal pressupõe, por premissa lógica, que tais distintas esferas regulatórias possam ter a sua abrangência segregada, já no plano abstrato, a partir da análise isolada de cada um dos dispositivos normativos que representam, respectivamente, a infração administrativa e o tipo penal.

Tal circunstância não ocorre nos tipos de mera transgressão administrativa, nos quais referidas modalidades de intervenção estão em nítida sobreposição, de modo que a estrutura do enunciado legal que representa o tipo exige a verificação da existência prévia de uma infração administrativa como condição necessária, embora não suficiente, para a afirmação da tipicidade objetiva.⁵⁰⁷

⁵⁰⁷ Sobre o contexto de sobreposição normativa nos tipos de mera transgressão administrativa, Costa pondera que “não é possível compatibilizar minimamente uma concepção de independência entre as instâncias diante do conceito de ilicitude ou antijuridicidade penal, que obrigatoriamente determina vinculação entre as instâncias para a estruturação do ilícito criminal”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 222]. Sobre a exigência da verificação prévia da infração administrativa, Greco esclarece que “[e]nquanto no caso das normas tradicionais, sem referência expressa ao direito administrativo, acaba sendo o juiz quem ao final determina se o risco criado é ou não permitido, tarefa na qual pode ou não recorrer ao direito administrativo, nas normas penais que remetem a uma violação do direito administrativo, esta determinação é feita em momento anterior, pelo órgão administrativo, sendo a violação àquele que determinou este órgão indispensável para que esteja praticada a conduta prevista no tipo”. O autor aponta ainda ser possível, mesmo no caso em que a lei penal não faz referência expressa ao direito administrativo, conceber estruturas típicas nas quais a conteúdo da proibição penal está alocado na seara administrativa. (GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas de acessoriedade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 58, n. 14, p. 159-161, 2006. p. 167-168; 190). Em sentido similar, Carnelós observa que, em estruturas típicas nas quais a transgressão infralegal é um elemento normativo da lei penal, tem-se uma “[...] hipótese de limitação da instância penal, inapta à valoração do risco criado pelo autor sedo certo que se torna inviável considerar a conduta penalmente relevante, se o direito administrativo aponta para atuação do autor em risco permitido”. Sobre o endosso jurisprudencial acerca da tese, o autor cita, no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do Recurso Especial n. 1.613.260, no qual, para configuração do delito previsto no artigo 4º da Lei nº 7.492/86, reiterou-se a necessidade de violação de deveres extrapenais, o que demonstraria a necessidade, para efeito de condenação penal, da aferição do risco permitido pelas normas administrativas mediante sua contraposição à conduta analisada no caso concreto. [CARNELÓS, Guilherme Ziliani. *A “independência das instâncias”*: investigação sobre origem e critérios de aplicação na esfera penal. 69f. 2021. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito Penal Econômico) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021. p. 17-18]. Ainda sobre a necessidade de verificação prévia da infração administrativa, Abanto Vasquez chama a atenção para o fato de que, em alguns casos, a configuração do delito estará a depender de uma qualificação prévia da esfera administrativa, hipóteses nas quais a seara penal teria uma manifestação mais técnica sobre os fatos para formar sua posição, independentemente de um duplo processamento. Embora a constate, o autor critica essa possibilidade, aduzindo que a autoridade administrativa se pauta, via de regra, pela noção de desobediência às suas determinações, sem maiores preocupações com a intensidade do comportamento e de seu resultado. ABANTO VASQUEZ, Manuel A. *Derecho penal económico: consideraciones jurídicas y económicas*. Lima: Idemsa, 1997. p. 188-189.

Em tais estruturas típicas, portanto, não se podem ignorar reflexos dogmáticos, no âmbito da tipicidade penal, decorrentes de juízos valorativos emitidos por autoridades administrativas em processos sancionadores de sua competência e, via de consequência, há de se admitir que a possibilidade de um vínculo entre as instâncias é decorrência direta da forma na qual está estruturada a sua previsão legal.⁵⁰⁸

Diante de tal realidade, está-se a sustentar que, nos tipos de mera transgressão administrativa, a apuração de eventual responsabilidade criminal ficará prejudicada sempre que, no âmbito de regular processos administrativos sancionatórios, a conclusão for no sentido da inexistência de infração.

Em tais estruturas típicas, quando inexistente a infração administrativa, estará também afastada, em razão da forma na qual estruturado o tipo, a possibilidade de tipicidade objetiva, da qual aquela é condição necessária.⁵⁰⁹

Ressalte-se que a recíproca não é verdadeira, ou seja, um juízo positivo de uma infração obtido no âmbito de regular processo administrativo não vincula automaticamente, para efeito da afirmação da tipicidade objetiva nos tipos de mera transgressão administrativa, a esfera penal.⁵¹⁰

⁵⁰⁸ A proposta de uma vinculação da esfera penal aos processos administrativos sancionadores já é sinalizada por Estellita, quando a autora pondera que “[e]nquanto no paradigma clássico predomina a repressão a condutas desvaloradas por si (mala in se), no âmbito do Direito Penal Econômico predominam proibições de condutas cujo conteúdo sequer pode ser compreendido sem o conhecimento das normas do ramo primário de proibição (mala quia prohibita). Um dos reflexos dessa vinculação entre o tipo de injusto e a regulação no ramo jurídico primário é a afamada afirmação da “independência entre as instâncias”, tão solene e inutilmente proclamada por nossos tribunais, que não hesitam em negá-la quando a instância tecnicamente competente para avaliar a regularidade ou não de uma conduta considera-a regular. Há vários precedentes nos quais a decisão da esfera administrativa acerca da regularidade da operação conduziu ao trancamento da ação penal. Se assim é, o que dizer da insistente negativa de efeitos processuais penais à pendência desses processos administrativos? Há incongruência nesse tratamento e cumpre à doutrina oferecer critérios que busquem solucionar a questão”. ESTELLITA, Heloisa. Criminalidade Econômica traz desafios para a dogmática penal. *Conjur*, São Paulo, abr. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-abr-30/heloisa-estellita-criminalidade-economica-traz-desafios-dogmatica-penal#:~:text=Essas%20caracter%C3%ADsticas%20da%20criminalidade%20econ%C3%B4mica,elabora%C3%A7%C3%A3o%20de%20melhores%20estrat%C3%A9gias%20de>. Acesso em: 20 jun. 2020. Sobre a necessidade de se estabelecerem vínculos entre as esferas de apuração das responsabilidades em que a própria estrutura típica está baseada em um contexto de sobre posição normativa, sob pena de se promover um total divórcio entre aspectos dogmáticos e seus inevitáveis reflexos processuais, Carnelós observa que, ao se endossar uma independência entre as instâncias, mesmo em tipos penais administrativizados, criam-se “[...] dois caminhos paralelos: de um lado há integral cooperação entre direito penal extrapenal; de outro há jurisdição penal independente”. [CARNELÓS, Guilherme Ziliani. *A “independência das instâncias”*: investigação sobre origem e critérios de aplicação na esfera penal. 69f. 2021. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito Penal Econômico) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021. p. 11].

⁵⁰⁹ Note-se que o afastamento da infração administrativa pode, muitas vezes, implicar o reconhecimento da própria licitude da conduta.

⁵¹⁰ Sobre o tema, alerta Costa que, não obstante também devam ser aplicadas às esferas de apuração administrativas sancionatórias garantias decorrentes da legalidade e do devido processo legal, não se pode ignorar “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 conflito de interesses. Além da falta de isenção, a administração trabalha a partir de parâmetros de racionalidade diversos daqueles adotados

Consoante já exposto no capítulo anterior, não é qualquer infração administrativa que tem relevância para complementar o tipo, sendo certo que um juízo definitivo acerca de tal valoração somente poder ser aferido no âmbito judicial criminal.⁵¹¹

Nos tipos de mera transgressão administrativa, somente após um juízo prévio administrativo acerca da existência de infração, deve-se passar a um segundo estágio de verificação da tipicidade objetiva, agora com a importante função de qualificar, dentro de um universo infinitamente maior, representado pelas transgressões infralegais aos quais o seu enunciado legal faz referência, quais podem ter, mesmo que em tese, legitimidade para serem abrangidas pela instância penal.⁵¹²

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 jurídico”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 116 – 117].

⁵¹¹ Sobre o tema, aduz Costa que, diante de um contexto de um direito penal econômico administrativizado faz-se necessária uma “construção coordenada do ilícito, ou seja, é imprescindível considerar o que é proibido e permitido nos campos civil, comercial e/ou tributário e, a partir desse dado, construir a ilicitude penal”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 120-121. Em sentido similar, Coca Vila afirma que “[...] solo el acto de gestión mercantilmente ilícito puede ser considerado penalmente relevante, pero no todo acto de gestión mercantilmente ilícito integra automáticamente el injusto penal. La antijuridicidad mercantil es, pues, condición necesaria, pero no suficiente, para afirmar la tipicidade penal de acto de gestión desleal; para ello es necesario todavía un segundo filtro de antijuridicidade, este sí, de naturaleza propriamente penal”. (COCA VILA, Ivó. *La Business Judgment Rule ante la determinación del riesgo permitido en el delito de administración desleal. Diario La Ley*, n. 9.371, Editorial Wolters Kluwer, 2019. p. 12). Essa necessidade de uma integração entre as esferas, embora seja de especial relevância nos tipos de mera transgressão administrativa, não é fato novo na dogmática penal. Sobre o tema, Malheiros Filho observa que “[n]a conhecida representação gráfica da responsabilidade jurídica em círculos concêntricos, o penal é o mais central deles, o de menor raio; assim, qualquer fato que se situe dentro dele estará também, ipso facto, dentro de todos os demais, porém um fato pode estar fora dele mas sujeito à incidência da responsabilidade que é própria aos demais (administrativa, civil, etc)”. [MALHEIROS FILHO, Arnaldo. *Direito penal econômico e crimes de mero capricho. In: VILARDI, Celso Sanchez et al. (coord.). Direito penal econômico: análise contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 70]. Sobre a representação gráfica de uma intervenção penal mais restrita que aquela cível-administrativa: TOLEDO, Franciso de Assis. *Princípios básicos de direito penal. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 165.**

⁵¹² Sobre a função da tipicidade penal de qualificar um universo maior de condutas ilícitas comuns a todo o ordenamento jurídico e das consequências de tal afirmação, no que toca ao paradigma da independência das instâncias, Bitencourt pondera que “sendo, com efeito, a ilicitude uma só, é inadmissível que, ainda, hoje, estejamos arraigados no antigo e retórico preconceito de que a decisão extrapenal não faz coisa julgada na área penal [...] em outras palavras, o direito penal não cria a antijuridicidade: apenas a seleciona, por meio da tipificação de condutas, uma parte significativa dessas condutas antijurídicas, via de regra as mais graves ou mais danosas, combinando-lhes uma sanção de natureza criminal. O mais grave, no entanto, é sustentar – como têm feito reiteradamente alguns de nossos tribunais – a pluralidade de (i)licitudes quando crime está sujeito ao preenchimento de um pressuposto extrapenal”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 352). Sobre a importância deste segundo filtro, de modo a se evitar uma excessiva expansão da intervenção penal, Costa afirma que, “[...] diante da inexistência de normas claras para determinados procedimentos no campo civil ou empresarial, tampouco se pode criminalizar a realização indevida de tais procedimentos – a não ser em caso de fraude, pois se trata de uma figura ilícita seja no campo extrapenal, seja no penal”. A autora reforça, ainda, a importância de se restringir a esfera penal no estrato da tipicidade objetiva, discorrendo sobre atos e acordos administrativos com reflexos penais, mas cujo raciocínio

Ao estabelecer a possibilidade de vínculos entre as instâncias administrativa e penal nos tipos de mera transgressão administrativa, ganha relevância uma análise sobre a prevalência e a precedência entre as providências estatais cujo objeto é apurar tais esferas de responsabilidade.

Quanto à prevalência, compreendida como uma ponderação de importância e hierarquia, há de se admitir que, via de regra, a instância criminal, até pela disposição constitucional expressa que permite ao Judiciário revisitar juízos aferidos em sede administrativa, deve preponderar.⁵¹³

Tal conclusão, no que toca aos tipos de mera transgressão administrativa, não é incompatível com a afirmação de que se deve prescindir da esfera penal nas hipóteses em que reconhecido, no âmbito de regular processo administrativo, a inexistência de infração.

Uma aplicação concreta da norma constitucional de reserva de jurisdição exige, para se cogitar da prevalência da esfera penal como instância judicial apta a superar uma conclusão definitiva acerca da inexistência de infração, a constatação de algum vício de legalidade da apuração administrativa, a partir do qual se demonstre ter havido lesão ou ameaça a direito.

É possível, portanto, mesmo em tais hipóteses excepcionais, sustentar a existência do vínculo entre as esferas, pois, nesses casos, a apuração de eventual responsabilidade criminal depende do prévio e fundamentado reconhecimento judicial acerca da ilegalidade da decisão anterior que estava a afastar a infração administrativa.⁵¹⁴

Nos tipos de mera transgressão administrativa, diante da forma pela qual estão legalmente representados, não parece ser possível admitir que a autoridade judicial, sob o pretexto de invocar a sua autonomia constitucional, ignore de forma injustificada uma conclusão definitiva da instância administrativa acerca da inexistência de infração, com o objetivo de, na seara criminal, se afirmar um juízo positivo de tipicidade objetiva.⁵¹⁵

pode ser aplicado à necessidade de uma interpretação limitada acerca das condutas abrangidas pela descrição legal nos tipos de mera transgressão administrativa. Nesse ponto, ela afirma que “tampouco sua consideração somente na tipicidade subjetiva, como um indicativo de boa-fé, de ausência de dolo do agente, parece ser satisfatória”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 121].

⁵¹³ Tradicionalmente, em especial nas discussões sobre *bis in idem*, sustenta-se que a esfera penal deve ter prevalência sobre o âmbito administrativo. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 227.

⁵¹⁴ O ideal seria exigir, nesse caso, que qualquer responsabilidade penal somente pudesse ser admitida após a declaração judicial de invalidade da decisão administrativa na qual se reconheceu a inexistência de infração, preferencialmente a ser obtida em expediente processual próprio, prévio ao processo penal.

⁵¹⁵ A própria essência da afirmação de que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser excluída da apreciação do Judiciário há de ser interpretada em consonância com a garantia, em favor do cidadão, de uma unidade

Já no que toca à precedência, compreendida sob um aspecto meramente temporal, razoável exigir-se, nos tipos de mera transgressão administrativa, que a apuração administrativa com possíveis reflexos criminais deva ser finalizada antes de se cogitar de medidas persecutórias de natureza penal.⁵¹⁶

Trata-se de proposição que reforça o caráter mais restrito, subsidiário e fragmentário da esfera penal, capaz de evitar decisões contraditórias, as quais tiram a credibilidade do ordenamento como sistema coerente de resolução de conflitos, bem como permite à esfera judicial o aproveitamento de juízos mais técnicos sobre os fatos, os quais poderão ser de grande utilidade para a apuração de eventual responsabilidade criminal.⁵¹⁷

Embora a proposta de precedência das instâncias processuais administrativas sobre aquelas de natureza judicial penal possa, atualmente, encontrar lastro legal a partir de uma interpretação extensiva dos artigos 92 a 94 do Código de Processo Penal, há de se reconhecer a necessidade de se estabelecer, *de lege ferenda*, mecanismos aptos a sistematizar essa

sistêmica do ordenamento jurídico como um todo. A origem remota de tal disposição reside exatamente na premissa principal do Estado de Direito, no sentido de também submeter as autoridades estatais constituídas aos limites democraticamente estabelecidos pela lei. A mitigação da autonomia da autoridade judicial penal, no sentido de impedir que se ignore uma conclusão administrativa para se cogitar de uma aplicação expandida de uma responsabilidade penal, funciona como contrapeso ao ônus, decorrente das especificidades da área econômica como ambiente a ser regulado, de se admitir a validade de tipos representados por leis abertas.

⁵¹⁶ Sobre o tema, Costa observa que “[u]m 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 órgãos do sistema penal para aferir se houve ou não conduta criminosa”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 116-117]. Para apuração do que é relevante para se cogitar da esfera penal, Paredes Castañón observa “[...] que normas administrativas procedimentais ou mesmo substantivas que tragam conteúdo distinto do objeto de proteção da norma penal, são irrelevantes para aferir a tipicidade. Em oposição, pois, são passíveis de integrar o injusto penal apenas as regras de conduta, necessárias à proteção do bem jurídico, seja proibindo ações perigosas, descrevendo a ação contida no próprio tipo penal, ou estabelecendo medidas de cuidado”. [PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *La Accesoriedad administrativa de la tipicidad penal como técnica legislativa: efectos políticos y efectos materiales*. In. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, MORALES PRATS, Fermín (coords.). *Estudios de derecho ambiental: libro homenaje al profesor Josep Miguel Prats*. Espanha: Tirant lo Blanch, 2008. p. 621-684 *apud* CARNELÓS, Guilherme Ziliani. *A “independência das instâncias”*: investigação sobre origem e critérios de aplicação na esfera penal. 69f. 2021. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito Penal Econômico) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021. p. 28, ver nota 93].

⁵¹⁷ Sobre a utilidade de juízos oriundos da esfera administrativa como elemento a ser considerado pela esfera penal, Costa observa que “[...] especialmente no direito penal econômico também parece ser recomendável que se adote a exigência de um informe técnico ou de uma manifestação fundamentada do órgão administrativo sobre a caracterização técnica e jurídica dos fatos, com um pressuposto para a atuação da via penal, assim como ocorre no Peru, em certos âmbitos, conforme já anteriormente aludido”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 227]. Ressalte-se que eventual aproveitamento de tais elementos no processo penal não prescinde de sua submissão ao mais amplo contraditório, somente plenamente garantido na esfera judicial. Não devem, portanto, serem admitidos com qualquer presunção de veracidade ou prevalência sobre qualquer outro elemento probatório a ser produzido a partir do devido processo legal.

integração entre as esferas, coordenando o respeito às garantias constitucionais individuais, com a necessidade de promoção de uma eficiência regulatória sancionatória.⁵¹⁸

Uma possibilidade seria a adoção, nos tipos de mera transgressão administrativa, de um regime jurídico similar àquele atualmente vigente para os delitos tributários, nos quais, pela leitura combinada do artigo 83 da Lei n. 9.430/96 com o teor da Súmula Vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal, não se cogita de responsabilidade criminal antes de exaurida a instância administrativa.⁵¹⁹

Seria interessante, ainda, avançar no sentido de regular qual deve ser o procedimento a ser observado pelas autoridades públicas no que toca às providências necessárias à apuração das responsabilidades em face de condutas violadoras de tais estruturas típicas.⁵²⁰

Pode-se determinar, por exemplo, que, a partir da constatação definitiva, apurada em regular processo administrativo sancionatório, de uma infração cujo reconhecimento também

⁵¹⁸ Sobre o tema, Costa cita a pertinência de se formular “[...] algumas regras específicas para lidar com questões características de certos delitos – como, a título de exemplo, a extinção da punibilidade dos crimes tributários pelo pagamento do tributo ou a realização de acordos administrativos como os termos de cessação de conduta na esfera do CADE ou da CVM”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livredocência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 227].

⁵¹⁹ Sobre o tema, Segarra pondera que “[...] nos crimes contra a ordem tributária vigora o princípio da dupla tipicidade, isto é, faz-se necessária a caracterização de infração fiscal na esfera administrativa para que se configure um delito propriamente na esfera pena”. (SEGARRA, Gabriela Carolina Gomes. *Algumas peculiaridades da Lei 8.137/1990*. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigos/188-Artigos. Acesso em: 14 nov. 2021). No que tange à Súmula Vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal, pode-se criticar a sua redação, em especial em relação à expressão “não se tipifica”, que parece inadequada, talvez seria melhor “não se verifica a tipicidade” de crime material contra a ordem tributária antes do lançamento definitivo. Além disso, embora a súmula sugira ser o lançamento definitivo necessário para se afirmar a presença do elemento normativo do tipo “tributo”, no âmbito do próprio precedente principal que a originou, HC STF n. 81.611-8, existiu importante discussão, não pacificada e atualmente adormecida, sobre se o melhor enquadramento jurídico da necessidade de lançamento definitivo não seria condição objetiva de punibilidade ou questão prejudicial heterogênea. Referida discussão passa pela definição da natureza jurídica do próprio lançamento tributário, se meramente declaratório (artigo 113 do CTN) ou constitutivo (artigo 142 do CTN).

⁵²⁰ Consigna-se, ainda, a relevância de se avançar na regulação da relação entre as esferas sancionatórias, nos casos de consequências penais do direito negocial, e quanto à compatibilidade entre cautelares administrativas e penais. Sobre o problema, Bach registra que “[a] prática forense vem constantemente revelando situações como (por exemplo): o indivíduo realiza acordo de colaboração premiada com o Ministério Público Federal pela prática de determinado fato. Feito o acordo, outros órgãos estatais – como Tribunal de Contas da União (TCU), a Controladoria Geral da União (CGU) ou a Receita Federal (RFB) – procuram tal indivíduo para sancioná-lo ou para realizar (novo) acordo, em razão do mesmo fato, sob o argumento de que colaboração premiada fora realizada ‘em instância distinta’ e ‘com órgão distinto’, não obstante sejam ambos do Estado. [...] A terceira consequência processual penal diz respeito às (in)compatibilidades entre medidas cautelares decretadas simultaneamente no direito penal e no direito administrativo sancionador (em decorrência da Lei de Improbidade Administrativa, por exemplo). Pense-se em funcionário público que responde por crime de corrupção passiva e que tem, em decorrência de tal fato, medida cautelar penal restringindo bens avaliados em milhão de reais. Pense-se, agora, esse mesmo funcionário público com medidas cautelares decretadas (também) no âmbito da ação civil pública, em razão da prática do mesmo fato, com constrição de (outros) bens, (também) avaliados em um milhão de reais. Pois tal exemplo não é raro na prática forense”. (BACH, Marion *Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem* e proporcionalidade. Londrina: Thor, 2022. p. 255-257). No caso das cautelares patrimoniais, a autora pondera que há de se apurar se a finalidade de ambas é ou não assegurar a mesma obrigação, caso positivo apenas uma pode prevalecer.

possa gerar efeitos criminais, seja suspenso o cumprimento da sanção administrativa imposta até a decisão definitiva do Judiciário acerca da existência ou não de responsabilidade criminal.⁵²¹

Em havendo o reconhecimento de que também houve crime, caso verificados os pressupostos do *bis in idem* expostos no item anterior, a sanção penal deve prevalecer e o cumprimento da sanção administrativa restaria prejudicado por ser desnecessário,

Em se afastando a responsabilidade criminal, salvo nas hipóteses excepcionais em que a decisão criminal tenha o condão de desconstituir judicialmente a decisão administrativa condenatória anterior,⁵²² é possível retomar o cumprimento da decisão administrativa.⁵²³

Em síntese, nos tipos de mera transgressão administrativa, há de se afastar a aplicação da independência absoluta entre as instâncias, na medida em que, da forma em que estruturado o enunciado legal que os representa, o reconhecimento da infração administrativa é um requisito essencial, embora não suficiente, para se afirmar a tipicidade penal objetiva.

Em tais estruturas típicas, as esferas de apuração administrativas não de ser precedentes àquelas de natureza penal, sendo que as decisões definitivas obtidas em regular

⁵²¹ Sobre a identificação de quais as infrações administrativas podem ter reflexos penais, reconhece-se a dificuldade atual de se estabelecerem critérios objetivos para determinar essa possibilidade, circunstância que valoriza a sugestão, proposta no capítulo anterior, de se adotar a remissão recíproca no âmbito dos atos normativos administrativos que tenham a potencial capacidade de complementar os tipos de mera transgressão administrativa. Sobre a sugestão proposta, trata-se de modelo similar àquele espanhol, entretanto, no qual se está a cogitar não da suspensão do processo administrativo, mas do diferimento do cumprimento da decisão administrativa condenatória. Esse ajuste traz a vantagem de que, em sendo afastada a infração administrativa, a questão já estaria definitivamente resolvida a partir do vínculo entre as instâncias sancionatórias tal como proposto. Sobre o modelo espanhol: COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livredocência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 197.

⁵²² O ideal seria também regular as hipóteses em que a absolvição criminal tenha como consequência a revisão da decisão administrativa condenatória anterior, por exemplo, no caso de ser reconhecida a inexistência do fato, a ausência de autoria ou a licitude do comportamento. Também teriam de ser regulados aspectos de prescrição, evitando-se que a proposta frustre a efetiva execução de sanções legitimamente impostas, mas sem se olvidar que a duração razoável do processo é direito fundamental, reconhecido constitucionalmente. Sobre o fato de que decisões judiciais nas quais se afasta a responsabilidade penal podem vincular a seara do direito administrativo sancionador, criando-se um princípio da independência mitigada, destaca-se precedente do Supremo Tribunal Federal, na Reclamação n. 41.557/SP, objeto de análise em: MENDES, Gilmar; BUONICORE, Bruno Tadeu. A vedação do *bis in idem* na relação entre direito penal e direito administrativo sancionador e o princípio da independência mitigada. *Boletim IBCCRIM*, a. 29, n. 340, mar. 2021.

⁵²³ Cita-se, a título de exemplo, o caso de um diretor de um banco que aprova, em favor de sociedade controlada por seu irmão, um limite de crédito superior àquele recomendado pelo *rating* da referida empresa. Em razão de tal conduta, é processado perante o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional pela prática da infração prevista no artigo 3º, inciso XVII, alínea “g”, da Lei n. 13.506/17, sendo condeando à pena de multa, tal como previsto pelo artigo 5º, inciso II, do referido diploma legal. Considerando que os mesmos fatos podem, em tese, também configurar o crime de gestão fraudulenta de instituição financeira, previsto no artigo 4º da Lei n. 7.492/86, uma atuação coordenada entre as instâncias sancionatórias haveria de suspender a exibibilidade da multa administrativa imposta até o término do regular processo penal. Em caso de condenação, do mesmo sujeito, pelos mesmos fatos, prevaleceria a sanção criminal, evitando-se o *bis in idem*. Em caso de não aplicação da sanção penal, seria cumprida a sanção administrativa regularmente imposta.

processo administrativo a reconhecer a ausência de infração vinculam a esfera penal, já as decisões administrativas condenatórias não impedem a possibilidade de afastamento da tipicidade penal objetiva, a qual somente é definitivamente aferida a partir de um juízo judicial crítico acerca de quais infrações terão a capacidade de complementar o tipo.⁵²⁴

⁵²⁴ Pretende-se, com a posição adotada, contribuir para suprir a necessidade, apontada por Costa, de que “[m]uitas outras pautas de pesquisa devem ser percorridas para aprimorar o relacionamento entre o direito penal e o direito administrativo e superar o paradigma da independência absoluta entre as instâncias, estruturando-se uma relação não de identidade, mas de coordenação entre os diferentes ramos que incidem na formação do ilícito e de sua sanção”, na medida em que se concorda com a ponderação da autora no sentido de que a falta de uma política sancionadora integrada tem implicado a construção de uma jurisprudência casuística, que “[...] acaba por criar soluções para essas questões com base muito mais em parâmetros de equidade do que efetivamente em uma construção doutrinária ou teórica que ofereça um recurso adequado sistematicamente [...]. Essas construções revelam o efetivo déficit dogmático que existe neste campo, sem, contudo, solucionar de forma cabal essas intrincadas questões, não apenas por deixarem de apresentar uma estrutura teórica suficientemente fundada na teoria do delito, mas também por serem excepcionais - a maior parte dos casos acaba por ser selecionada com base na ideia de “independência das instâncias”, ainda que dando ensejo a soluções contraditórias e paradoxais”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013 p. 121-122].

5 TIPOS DE MERA TRANSGRESSÃO ADMINISTRATIVA E MODELOS ALTERNATIVOS DE REGULAÇÃO

5.1 O direito penal de duas velocidades, o direito de intervenção e o direito administrativo sancionador como possíveis alternativas regulatórias aos tipos de mera transgressão administrativa

Uma intervenção penal econômica administrativizada, representada pela previsão legal e a aplicação concreta dos tipos de mera transgressão administrativa, vem sendo, no plano legislativo e jurisprudencial, amplamente endossada.

Já no âmbito acadêmico, na medida em que a validade constitucional desse tipo de técnica legislativa está a impor reflexões dogmáticas mais complexas, há quem sustente haver uma dificuldade insuperável no que toca à sua conciliação com os valores de um direito penal constitucionalizado.⁵²⁵

Para essas correntes, a concepção de uma regulação sancionatória econômica válida e eficiente, em especial, por conta de seu objeto de tutela consistir em bens jurídicos supraindividuais, passaria por duas estratégias principais: a promoção de ajustes dogmáticos internos ao sistema penal, compatibilizando-o com a previsão ampla de tipos representados por leis abertas, administrativizados, de perigo abstrato, de caráter essencialmente preventivo,⁵²⁶ ou a transferência da tarefa de sancionar as novas realidades impostas pela atual evolução social-econômica às esferas não penais.⁵²⁷

⁵²⁵ Sobre o tema Silva Sánchez aduz que, ao se expandir a intervenção criminal para o campo socioeconômico “es más que probable que tal expansión flexibilice reglas de imputación y principios de garantía; pues, dada la naturaliza de los intereses objeto de protección, dicha tutela sería prácticamente imposible en el marco de reglas y principios clásicos”. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2.ed. Buenos Aires: Euros, 2008 p. 177). Em posição similar, Hassemer pondera que o direito penal tradicional não estaria apto a combater a criminalidade moderna. Especificamente no que tange à seara econômica, sustenta o autor que a exigência de uma linguagem clara dos tipos, apta a acompanhar a realidade, é tarefa muitas vezes impossível diante do descompasso linguístico entre os conceitos econômicos e os penais. (HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. *Revista IBCCRIM*, São Paulo, n. 2, p. 41-51, out./dez. 1994. p. 46). Na doutrina brasileira, Reale Júnior já sustentou posição similar, ao afirmar que “o Direito Penal deveria ter por fulcro a proteção de bens individuais, como a vida, a liberdade, a integridade física e a propriedade, sem se voltar para o campo da moderna criminalidade. Do contrário, a meu ver, arrebentar-se-á o Direito Penal, que se transforma em um instrumento insuficiente”. (REALE JÚNIOR, Miguel. *Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa?* *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 2, p. 41-51, out./dez. 1994 p. 116-129).

⁵²⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2008. p. 165-182.

⁵²⁷ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. *Revista IBCCRIM*, São Paulo, n. 2, p. 41-51, out./dez. 1994. p. 41-51. FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*.

Essa já tradicional discussão sobre a (in)aptidão da intervenção penal clássica como instrumento normativo próprio à regulação das atividades produtivas se reforça diante de inovações tecnológicas que estão a impor, sobretudo no que toca ao ambiente empresarial, uma dinamicidade cada vez mais profunda e veloz das inúmeras relações estabelecidas nos mais diversificados mercados.⁵²⁸

É justamente nesse ponto que ganha relevância, para o objeto da presente pesquisa, o estudo do direito penal de duas velocidades, do direito de intervenção e do direito administrativo sancionador como possíveis alternativas regulatórias ao atual modelo de intervenção criminal da economia, no qual tem-se adotado uma expansão penal, com a possibilidade de aplicação de sanções privativas de liberdade, a partir de uma utilização acrítica dos tipos de mera transgressão administrativa.

5.1.1 O direito penal de duas velocidades

A proposta de um direito penal de duas velocidades tem origem na posição de Silva Sánchez, segundo o qual os problemas regulatórios sancionatórios mais complexos não residiriam na expansão do direito penal em si, mas na ampliação da imposição de penas privativas de liberdade.⁵²⁹

O autor, partindo da premissa de que, diante da demanda social por uma expansão penal, é impossível a defesa útil de processos de descriminalização, propõe criar, no âmbito interno da intervenção criminal, dois estratos distintos.

Um núcleo clássico, a primeira velocidade, no qual seria possível a aplicação de penas privativas de liberdade, cujo objeto seriam as “conductas que, por sí solas, lesionan o ponen en peligro real un bien individual” ou “bienes supraindividuales, sempre que sea la conducta

Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 222. REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *Revista, Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 7, n. 28, p. 116-129, out./dez. 1999.

⁵²⁸ Sobre o tema, Falavigno pondera que “[n]o caso dos bens jurídicos de grande mutabilidade, como a economia e o meio ambiente, o fato de muitas normas necessitarem de expressiva complementação é um forte indício de que o direito administrativo estaria mais apto que o direito penal a promover tais sancionamentos, seja porque esse pode ser mais facilmente alterado, seja porque trabalha, em suas sanções, com aspectos mais voltados à reparação do dano do que à retribuição do mal causado. Note-se que, se o objetivo é a preservação de bens coletivos, os quais pertencem à sociedade como um todo, é inegável que o maior benefício à coletividade adviria de procedimentos voltados à reparação”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 214).

⁵²⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2008. p. 169.

del concreto sujeto la que efectivamente los lesione o ponga en peligro real”, sem a necessidade de qualquer análise de acumulação ou repetição.⁵³⁰

Já a segunda velocidade, sem a possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade, seria reservada a “ilícitos de acumulación o peligro presunto, esto es, a conductas alejadas de la creación de un peligro real para bienes individuales (e incluso supraindividuales, si es que éstos se conciben con un mínimo rigor)”.⁵³¹

Quanto à segunda velocidade, Silva Sánchez sustenta a pertinência de se manter um modelo de menor intensidade sancionatória e garantias reduzidas dentro do sistema penal, sob os fundamentos de que assim seria possível: a apuração dos ilícitos mediante a utilização do aparato público coercitivo próprio do direito criminal, ponto que reforçaria o seu caráter mais estigmatizante,⁵³² e um incremento de garantias, na medida em que a competência para a aplicação das sanções seria exclusiva das instâncias judiciais, gerando uma maior neutralidade política e imparcialidade em comparação à possibilidade de aplicação de penas pelas instâncias administrativas.⁵³³

⁵³⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2008. p. 182, nota 389.

⁵³¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2008. p. 182.

⁵³² Sobre o caráter mais estigmatizante da responsabilidade penal, o autor aduz que, “[s]eguramente, tal fuerza expresiva-comunicativa está relacionada con el viejo Derecho penal nuclear (vinculado a penas de muerte, corporales o de cárcel) y su referencia a un mínimo ético. Ambos aspectos faltarían en múltiples infracciones del moderno Derecho penal socio-económico. Sin embargo, habida cuenta de la ósmosis existente entre ambos grupos de infracciones en tanto que sometidas a la misma jurisdicción, podría confiarse en el mantenimiento de una relevante capacidad comunicativa, aun en el caso de que las penas que se impusieran fueran – en los delitos económicos en los que se flexibilicen las reglas de imputación o los principios de garantía – distintas de la privativa de libertad. Aunque ciertamente tal fuerza comunicativa no fuera de la misma intensidad que la que es propia de la prisión (...) La ausencia de pena “corporales” permitiría flexibilizar el modelo de imputación. Con todo, para dotar de sentido a este nivel sí sería importante que sanción se impusiera por una instancia judicial penal, de modo que retuviera (en la medida de lo posible) los elementos de estigmatización social y de capacidad simbólico-comunicativa propios del Derecho penal”. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2008. p. 178, nota 383, e p. 181).

⁵³³ Sobre o tema, o autor pondera que “[l]a opción político-jurídica por el Derecho penal sigue teniendo, en efecto, ventajas relevantes, no vinculadas necesariamente a la dureza fáctica de la sanción. Frente al Derecho Civil compensatorio, el Derecho penal aporta la dimensión sancionatoria, así como la fuerza del mecanismo público de persecución de infracciones; algo que le atribuye una dimensión comunicativa superior, incluso de modo independiente a la conexión ético-social tradicionalmente inherente a todos sus ilícitos. Frente al Derecho administrativo, y tanto dentro del ámbito de lo sancionatorio, el Derecho penal aporta su mayor neutralidad respecto a la política, así como la imparcialidad propia de lo jurisdiccional. Ello hace más difícil para el infractor la utilización de las técnicas de neutralización del juicio de desvalor (reproches de parcialidad, politización) de que aquél se sirve con frecuencia frente a la actividad sancionadora de las Administraciones públicas”. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2008. p. 173, nota 376).

5.1.2 O direito de intervenção

O direito de intervenção, com origem em Hassemer, tem sua essência na premissa de que, sempre que houver uma impossibilidade de observância das garantias penais individuais clássicas, deve-se limitar a uma regulação não criminal.

O autor, como alternativa ao direito penal de duas velocidades sugerido por Silva Sánchez, propõe o abandono da seara criminal, sugerindo a criação de um novo ramo do direito, em que o Estado

[...] não aplique as pesadas sanções do Direito Penal, sobretudo as sanções de privação da liberdade e que, ao mesmo tempo possa ter garantias menores. [...] Esse novo campo do direito estaria localizado entre o Direito Penal, Direito Administrativo, entre o direito dos atos ilícitos no campo do Direito Civil, entre o campo do Direito Fiscal e utilizaria determinados elementos que o fariam eficiente.⁵³⁴

O direito de intervenção teria como principais características:

- a gestão de atos praticados por pessoas jurídicas; a regulação de condutas de perigo abstrato;
- a aptidão à proteção de direitos coletivos;
- a capacidade para a solução de problemas de forma preventiva, antes da ocorrência de danos;
- a prevenção por meios de controle e fiscalização e não apenas por regulação de condutas lesivas ou perigosas em si;
- a cooperação com outros âmbitos de competência, como o direito administrativo e o direito de contravenções;
- e a disposição de um ordenamento processual com garantias adequadas às suas possibilidades operacionais.⁵³⁵

Segundo Hassemer, o denominado direito da intervenção teria como objetivo não uma substituição do direito penal, mas a sua desoneração em relação às tarefas para as quais tal regime sancionatório não estaria preparado.⁵³⁶

⁵³⁴ HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista IBCCRIM*, São Paulo, n. 2, p. 41-51, out./dez. 1994. p. 41; 46-47. Sobre o tema também: HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1994 p. 84.

⁵³⁵ HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 8, n. 28, p. 9-20, jan./mar. 2008. p. 18. Sobre o tema: FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 219.

Em sentido similar, mas utilizando-se de terminologia diversa, pois considera todos os ramos repressivos do direito como intervencionistas, Reale Júnior sugere a criação de um direito administrativo-penal, orientado por uma parte geral, na qual seriam previstas garantias e princípios ordenadores do conjunto normativo, e por uma parte especial, a prever as hipóteses de sua incidência.⁵³⁷

5.1.3 O direito administrativo sancionador

Pode-se afirmar que as noções de um direito penal de duas velocidades, direito de intervenção ou direito administrativo-penal tal como concebidos, respectivamente, por Silva Sánchez, Hassemer e Reale Júnior, se concretiza normativamente no ordenamento jurídico nacional mediante o desenvolvimento do direito administrativo sancionador.

Em termos históricos, a ideia de um poder sancionador da administração pública ganha relevo, no plano político, na França pós-revolucionária, período no qual, a partir da separação dos poderes, passou-se a admitir a possibilidade de sanções não penais aplicadas por autoridades vinculadas ao Executivo, sem controle judicial.⁵³⁸

Tal linha de pensamento evolui para a concepção, no plano normativo, de um direito administrativo sancionador, que, em síntese, consiste na possibilidade de aplicação de uma sanção administrativa, compreendida como “medida punitiva prevista em ato normativo, aplicada diretamente pela Administração, no âmbito de suas relações jurídicas gerais, a quem, sem justificação, deixe de cumprir um dever administrativo certo e determinado normativamente imposto”.⁵³⁹

⁵³⁶ HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 8, n. 28, p. 9-20, jan./mar. 2008. p. 18.

⁵³⁷ O objetivo seria construir “[...] uma terceira via, que dote o ordenamento de um instrumento mais ágil que, sem deixar de atender a alguns princípios garantistas do Direito Penal, supere os óbices que toram este último ineficiente, fazendo atuar, por outro meio e de modo eficaz, os fins de prevenção e retribuição na defesa de bens jurídicos essenciais fracamente protegidos pela lei penal, que se revela dispicienda”. (REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, local, volume, número, página, ano. p. 116-129).

⁵³⁸ CERVEIRA, Fernanda Pessôa. *Fundamentos do poder administrativo sancionador: o exame da culpabilidade da sanção administrativa*. 2005. 134f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. p. 14.

⁵³⁹ PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção administrativa: anatomia e autonomia*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 54. Sobre o histórico e o conceito do direito administrativo sancionador: OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 7.ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2020. p. 71-166. Sobre a essência desse ramo jurídico: NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 5. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2018. p. 26-30.

O direito administrativo sancionador consiste, em sua essência, no exercício, de forma excepcional, pela administração pública, de uma função sancionadora que, via de regra, deve ser desempenhada pelo Judiciário.

Referida vertente do direito administrativo se aproxima do direito penal na medida em que, como uma das formas de expressão do poder punitivo do Estado, também se pauta pela aplicação de uma consequência jurídica previamente prevista a um comportamento anteriormente descrito, tudo mediante a observância de um procedimento próprio.⁵⁴⁰

Já as principais diferenças entre as searas sancionadoras administrativa e penal são:

- a intensidade da sanção, já que a proposição de penas restritivas da liberdade é exclusiva do direito penal, dispondo o direito administrativo de um leque ampliado de sanções;⁵⁴¹

⁵⁴⁰ Baptista alerta que o conceito não pode ser confundido com o de poder de polícia, já que este “[...] evoca o período, posterior ao Estado Absolutista e anterior ao Estado de Direito, do Estado de Polícia, no qual era reconhecida ao príncipe a prerrogativa de restringir a liberdade e a propriedade dos súditos para fazer cumprir as normas administrativas por eles baixadas e pode ser definido como atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos à liberdade e à propriedade em benefício do interesse público, mediante a imposição de medidas de coerção direta (ex.: apreensão de armas de fogo irregular). As medidas são, em geral, tidas como autoexecutáveis e conformam o comportamento individual dos interesses sociais sua função é evitar um mal ao interesse coletivo, proveniente da ação dos particulares, por meio, em regra, de um *non facere*”. Logo, enquanto no direito administrativo sancionador predomina a ideia de repressão e responsabilização posterior à prática do ilícito administrativo, uma vez que a sanção administrativa tem efeito aflitivo, e não obstrutivo ou reparador, o poder de polícia tem por objetivo, por meio de medidas de força, tentar impedir que o ato lesivo seja praticado, apresentando natureza essencialmente fiscalizatória e preventiva direta. Embora afirme a autonomia dos conceitos, a autora reconhece que em sua fase inicial “[...] o exercício da atividade sancionadora da Administração, função atípica ou secundária do Poder Executivo, derivava do descumprimento pelo particular das restrições impostas pelo poder de polícia. Por conseguinte, nota-se que o Direito Administrativo sancionador nasce do poder de polícia”. [BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. As fronteiras do direito penal e do direito administrativo sancionador: um ensaio sobre os critérios de distinção entre o crime e a infração administrativa. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (org.). *Limites ao poder punitivo: diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p. 74-75]. Sobre a origem do dever de polícia: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 116. Sobre a função do poder de polícia: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo, Malheiros, 2001. p. 690. Sobre a origem do poder sancionador da administração pública: CERVEIRA, Fernanda Pessôa. *Fundamentos do poder administrativo sancionador: o exame da culpabilidade da sanção administrativa*. 2005. 134f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. p. 16.

⁵⁴¹ As sanções administrativas podem ser classificadas segundo diversos critérios. A título exemplificativo, quanto ao seu destinatário, podem ser: (i) gerais, no caso daquelas que podem ser aplicadas a qualquer administrado, tais como advertência, multas, suspensão de direitos, inabilitação temporária ou permanente para exercer determinadas atividades, cassação de registros, proibição de contratar com instituições financeiras oficiais, proibição de participar de certames licitatórios, inscrição em cadastros negativos, impedimento de acesso a benefícios fiscais, imposição de medidas societárias, apreensão de mercadorias, publicação de informações, fechamento de estabelecimentos; ou (ii) especiais, no caso daquelas que podem ser aplicadas em relações específicas de sujeição, como ocorre na regulação da administração com os seus servidores ou com os seus contratados, tais como a suspensão e/ou perda de cargo ou função, rescisão de contratos, revogação de concessões. Ainda exemplificativamente, quanto à sua função, as sanções administrativas podem ser classificadas como: (i) meramente sancionadoras e punitivas, que têm caráter exclusivamente retributivo e natureza aflitiva, tais como as sanções aplicadas pelo Banco Central e Comissão de Valores Mobiliários, no âmbito de suas atividades fiscalizatórias; ou (ii) ressarcitórias ou preventivas, que prestigiam, além da retribuição e da prevenção, a reparação do dano causado, tais como nas hipóteses de tributos não recolhidos no prazo,

- o grau de vinculação à reserva de lei, já que enquanto o direito penal deve ser orientado pela necessidade de o texto legal definir da forma mais analítica possível a conduta proibida e a pena aplicável, no direito administrativo sancionador admite-se maior amplitude aos atos normativos infralegais quanto à definição dos comportamentos vedados e de suas possíveis consequências; e
- a competência das autoridades públicas encarregados de conduzir o processo e aplicar as reprimendas, no caso penal, exclusivamente o Judiciário e, no caso do direito administrativo sancionador, também por órgãos administrativos.⁵⁴²

Os defensores da utilização de um direito administrativo sancionador como alternativa a uma irracional expansão criminal sobre as atividades econômicas sustentam que, por prever sanções menos intensas do que aquelas tipicamente penais e demandar menos requisitos para a sua aplicação, seria a instância administrativa mais eficiente na gestão dos riscos empresariais, cada vez mais complexos e dinâmicos, concebendo-se uma regulação sancionatória sem a necessidade de sacrifício de institutos dogmáticos penais já consagrados.⁵⁴³

Exemplos de implementação de instâncias regulatórias sancionatórias administrativas como contraposição a uma demasiada expansão da intervenção criminal sobre as atividades econômico-sociais, recolhem-se do direito das *ordnungswidrigkeitn* na Alemanha e das contraordenações em Portugal.⁵⁴⁴

cumulando-se a imposição de multa como medida de punição do infrator e visando à prevenção de novas condutas ilícitas, com a cobrança de juros moratórios, de caráter indenizatório, em relação aos prejuízos causados pelos valores não recebidos no prazo. Costa aduz, ainda, que medidas exclusivamente preventivas, tais como a determinação de demolição de um prédio que ofereça risco à população, não podem ser consideradas sanções administrativas. Endossa-se tal conclusão, na medida em que se acredita estar, nesse caso, diante do exercício de poder de polícia, e não da função sancionatória estatal. Cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. 261 p. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 162-164.

⁵⁴² As sanções administrativas são, via de regra, aplicadas pelo Executivo, mas podem ser aplicadas por autoridades administrativas vinculadas ao Legislativo ou ao Judiciário, quando estejam a exercer funções que lhe são atípicas. Já a reserva de jurisdição, para aplicação da esfera penal, está expressamente prevista no artigo 5, inciso LXI, da Constituição.

⁵⁴³ Sobre a utilização de um direito administrativo sancionador como alternativa ao direito penal, Oliveira pondera que “[...] as décadas de 1960 e 1970, em países como Itália, Alemanha e Portugal, foram marcadas pela despenalização de uma série de condutas de menor ofensividade, reconduzidas, em geral, a um direito de mera ordenação social”. (OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*. 2012. 255f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 90).

⁵⁴⁴ A implementação da figura da *ordnungswidrigkeitn*, na Alemanha, se deu em legislações de 1949 e 1952, como reação às estratégias legislativas que acabaram por incluir, no âmbito repressivo penal, diversas finalidades de política social, concebendo-se um contexto de hipercriminalização e “gerando um vultoso número de leis penais extravagantes de caráter administrativo e conteúdo econômico-social, as quais passaram a apresentar problemas tanto em sede de política criminal, quanto de dogmática”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. A

No Brasil, embora ainda não se tenha concebido uma legislação específica a propor uma parte geral, com o objetivo de estabelecer princípios aplicáveis ao direito administrativo sancionador, tal sub-ramo do direito público sancionatório tem se desenvolvido a partir da edição de diversos atos normativos, legais e infralegais, em especial, no que toca à gestão de condutas potencialmente lesivas à área socioeconômica.⁵⁴⁵

5.1.4 Posição adotada

Em relação aos problemas decorrentes de uma utilização excessiva dos tipos de mera transgressão administrativa, não se vislumbra êxito em propostas que tenham por objetivo conceber um sistema regulatório econômico eficiente e adequado às premissas constitucionais

deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 220). Em Portugal, a partir da influência do modelo alemão, a implantação dos ilícitos de contraordenações, como regime alternativo à expansão penal, se deu por meio do Decreto-Lei n. 232, de 1979. Azevedo pondera que tal instância regulatória impõe sanções de multa e de natureza acessória, ressaltando que sua previsão legal em Portugal se deu em contexto histórico semelhante ao do Brasil atual, pois “[o] direito contra ordenacional, especialmente em Portugal, surgiu com a finalidade de racionalizar a aplicação da *ultima ratio* do direito criminal. Verificava-se uma ‘hipercriminalização’. Por um lado, comprovou-se que o direito penal não podia abraçar todas as áreas que careciam de um direito sancionatório, designadamente, no que concerne ao meio ambiente, à economia ou ao direito dos consumidores. [...] Por outro lado, verificou-se que o elemento essencial de aplicação do direito penal – a aplicação em *ultima ratio* – estava colocado em causa. O direito penal não podia continuar a crescer desmesuradamente, sob pena de se tornar banal”. (AZEVEDO, Tiago Lopes de. *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações*: problemas, críticas e sugestões práticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 70). Em sentido similar, Dias assevera que “[...] tais leis tiveram como objetivo a retirada do âmbito penal de diversas condutas sem qualquer relevância ética, bem como o resguardo do conteúdo ético das sanções penais para condutas também eticamente relevantes, distinguindo-as daquelas que deveriam ser punidas somente por advertências e coimas. Por fim, buscaram revestir o processamento dessas sanções de especificidades que permitissem sua aplicação por autoridades administrativas, as quais já se encontravam encarregadas do controle e da fiscalização das atividades, nas quais as condutas a serem punidas ocorriam de forma mais recorrente. [...] A criação dos ilícitos de mera ordenação social estaria, então, ligada ao movimento de descriminalização de forma autêntica, uma vez que se seguiu a algumas conclusões que tomaram forma naquele contexto. A primeira delas é a de que não devem constituir crimes todas as condutas que violem bens jurídicos não individualizáveis, ainda que sejam pecaminosas ou nocivas social e politicamente. Ainda, mesmo condutas que violem bens jurídicos não devem constituir crimes se puderem ser suficientemente controladas por meios não criminais, de forma a consagrar a *ultima ratio*. Por fim, há diversas espécies de bens jurídicos, uns ligados a valores constitucionais de livre desenvolvimento do homem como tal, e outros mais ligados a questões de direitos sociais e organização econômica, os quais se relacionam com a personalidade do homem como fenômeno social, em comunidade. Esses, pertencentes ao chamado direito penal secundário, já não deverão ser abrangidos por essa forma de tutela, dada sua neutralidade ético-social, podendo ser contrariados de forma ordenativa, com sanções exclusivamente pecuniárias, dando origem, então, à ideia de mera ordenação social”. (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social. In: *Jornadas de Direito Criminal*: o novo Código Penal Português e Legislação Complementar (Fase I). Lisboa: Centros de Estudos Judiciários, 1983. p. 320-321).

⁵⁴⁵ Sobre a importância de uma parte geral do direito administrativo sancionador: COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. 261 p. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 132. Sobre a expansão do direito administrativo sancionador no Brasil: VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 29 a 32.

a partir: de ajustes dogmáticos internos ao sistema penal, admitindo-se uma responsabilidade criminal sem a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade; ou da transferência substancial de tal tarefa normativa às esferas extrapenais.⁵⁴⁶

Quanto à proposta de implementação de um denominado direito penal de duas velocidades, tem-se que a defesa da existência de uma intervenção criminal sem a possibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade não se justifica, por se tratar de intervenção meramente simbólica.⁵⁴⁷

O que caracteriza o direito penal, bem como justifica todo o seu sistema único de garantias, em especial, a sua noção de *ultima ratio*, é justamente a possibilidade de aplicação das penas privativas de liberdade.⁵⁴⁸ Todas as outras sanções podem ser aplicadas pelos demais ramos do direito, exigindo menos requisitos para a sua legitimação e aplicação.⁵⁴⁹

Batizar de penal uma responsabilidade que, sequer em tese, pode implicar a aplicação da sanção criminal por excelência é avocar, para a aplicação concreta de tais dispositivos legais, sem uma racional necessidade material, o debate sobre o atendimento a requisitos mais rígidos, que somente se justificariam nos casos em que a atividade punitiva estatal pudesse afetar um direito fundamental tão relevante quanto o da liberdade.

Exigir requisitos desnecessários para a aplicação de uma lei dita penal, sem a possibilidade de penas privativas de liberdade, gera uma ineficácia normativa e uma intervenção criminal meramente simbólica.

⁵⁴⁶ Sobre o tema, vale registrar que já se sustentou a tese de que, diante de uma dificuldade na conciliação com os princípios e garantias penais fundamentais, a solução seria delegar a regulação sancionatória das atividades econômicas para as esferas extrapenais. Cf. SILVA, Gustavo Henrique de Souza e. *O princípio da legalidade e o direito penal econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 172.

⁵⁴⁷ Sobre a concepção de intervenção criminal meramente simbólica, Falavigno afirma que “[a]inda que toda a norma penal possua, sim, alguma função simbólica, o que ocorre nesses casos é a preponderância, a hipertrofia dessa função. A norma deixa de apresentar uma simbologia adicional e passa a ostentá-la de forma única e isolada. Ou seja, a questão não está na existência do simbolismo, e sim em seu grau”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 195). Conforme alerta Costa, deve-se evitar que tal grau de simbolismo da intervenção implique um direito penal cujas principais características sejam a sua inefetividade instrumental e a incapacidade estrutural para produzir os efeitos desejados. (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116-151).

⁵⁴⁸ Nesse ponto, vale o registro de que não se cogita de instrumentos afeitos à execução penal que podem, em concreto, recomendar a sua substituição por outras medidas menos intensas, mas sim da exclusividade da seara penal em permitir ao Estado a aplicação de penas privativas de liberdade.

⁵⁴⁹ O próprio Silva Sánchez afirma que “[e]l punto de partida que adopto es la directa relación existente entre las garantías que incorpora un determinado sistema de imputación y la gravedad de las sanciones que resultan de su aplicación”. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2008. p. 167). Também sobre uma vinculação entre a natureza do direito fundamental passível de ser atingido com a sanção e a quantidade de pressupostos para sua previsão legal e aplicação concreta: MOCCIA, Sérgio. *Il diritto penale tra essere e valore*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane. 1992. p. 19.

Endossar a tese de que referido ônus seria justificado, exclusivamente, devido ao caráter mais estigmatizante da seara penal em relação às outras instâncias legislativas, é olvidar-se de que tal estigma só existe em razão do senso comum, construído ao longo dos séculos, de que a responsabilidade criminal decorre de fatos graves e, exatamente por isso, implica consequências também muito severas, que, por sua vez, exigem garantias específicas para a sua aplicação.⁵⁵⁰

Na medida em que essa premissa se relativiza no plano legislativo, com a expansão do direito penal a lesões nem tão graves a valores não tão relevantes e, principalmente, com a imposição de sanções que não lhe sejam características, esse especial estigma penal tende a se arrefecer.

Adotar um direito penal dito de segunda velocidade, sem a possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade unicamente em razão de seu caráter simbólico, é uma estratégia autofágica em relação à própria justificativa na qual se pretende fundamentá-la.⁵⁵¹

Sobre o segundo argumento aduzido por Silva Sánchez para taxar de criminal a responsabilidade inerente às condutas punidas sem pena privativa de liberdade, naquele estrato que o autor denominou de um direito penal de segunda velocidade, qual seja, a atração da imparcialidade decorrente do monopólio de sua aplicação pela via judicial, acredita-se que o atendimento empírico a tais premissas, já questionáveis no âmbito do direito penal clássico, é ainda mais difícil de confirmação nos tipos de mera transgressão administrativa.⁵⁵²

Não se pode ignorar que, em tais estruturas típicas, a relação entre as esferas administrativa e penal é muito próxima, seja quanto à própria previsão da conduta a ser sancionada, que vai depender de instrumentos normativos infralegais, seja quando da sua apuração em concreto, no qual o conteúdo produzido em processos administrativos vai, via de regra, desempenhar papel relevante no processo penal.

⁵⁵⁰ O maior caráter estigmatizante é um dos fundamentos de Silva Sánchez para sustentar o caráter criminal da segunda velocidade do seu direito penal. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2008. p. 173; p. 178, nota 383; e p. 181).

⁵⁵¹ Sobre a potencial perda do estigma penal diante de uma abusiva utilização de tal esfera legislativa, da qual a criação de um direito penal sem a possibilidade de pena privativa de liberdade é um exemplo, Bitencourt afirma que “[o]s legisladores contemporâneos – tanto de primeiro quanto de terceiro mundo – têm abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição com o princípio em exame, levando ao descrédito não apenas o Direito Penal, mas a sanção criminal, que acaba perdendo sua força intimidativa diante da ‘inflação legislativa’ reinante nos ordenamentos positivos”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 44).

⁵⁵² Sobre a defesa de que uma maior imparcialidade política da esfera penal: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2008. p. 173.

Nos tipos de mera transgressão administrativa não se conota, empiricamente, uma grande isenção política da esfera judicial penal em relação à sancionatória administrativa.

Ademais, um ganho de garantia em relação à imparcialidade jurisdicional não precisa vir da adoção de uma responsabilidade penal simbólica como o é aquela da segunda velocidade proposta por Silva Sánchez.

Referida premissa pode decorrer da incorporação, pelo processo administrativo, de garantias similares ao processo judicial ou, ainda, principalmente, nos casos em que a aplicação da pena possa restringir direitos fundamentais essenciais, da previsão legal expressa da necessidade de atuação jurisdicional para a sua imposição, independentemente de sua natureza cível-administrativa.⁵⁵³

Também a fundamentar a crítica a um direito penal de duas velocidades tem-se que a admissão de uma responsabilidade dita criminal com menos garantias, mesmo que inicialmente limitada às hipóteses de não aplicação de penas restritivas ao exercício do direito à liberdade, enseja o risco de que tais exceções possam contaminar o seu núcleo clássico, pois, pelo menos sob o prisma formal, ambas as modalidades estariam contidas no mesmo âmbito de intervenção normativa.

Sempre que não é imposto um limite rígido à função sancionadora do Estado a sua tendência é expandir-se.⁵⁵⁴

Deve-se expor, ainda, uma crítica de ordem pragmática quanto à impossibilidade de se adotar, diante do ordenamento jurídico nacional vigente, um direito penal de duas velocidades como solução definitiva aos problemas decorrentes de uma excessiva utilização dos tipos de mera transgressão administrativa na regulação das atividades econômicas.

Consoante já demonstrado, embora os tipos de mera transgressão administrativa tenham todas as características daqueles que Silva Sanchez sustenta que deveriam ser classificados no âmbito da segunda velocidade do direito penal, a lei brasileira prevê, para o caso de sua prática, penas privativas de liberdade.

⁵⁵³ A título de exemplo, no Brasil, vários dos dispositivos previstos na Lei n. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, incorporam a essa seara regras do devido processo legal constitucional e o artigo 19 da Lei n. 12.846/13, que regula a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, exige a via judicial para a aplicação de algumas sanções tidas como mais graves. Sobre a aplicação do devido processo legal constitucional aos processos administrativos: FORTINI, Cristiana. Processo administrativo disciplinar no Estado democrático de direito: o devido processo legal material, o princípio da eficiência e a Súmula Vinculante n. 05 do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública* [Recurso Eletrônico], Belo Horizonte, v. 1, n. 3, set./dez. 2012. Disponível em: <[http://dspace/xmlui/bitstream/item/4962/PDIexibepdf.pdf?s](http://dspace/xmlui/bitstream/item/4962/PDIexibepdf.pdf?squence=1)
equence=1. Acesso em: 02 fev. 2022.

⁵⁵⁴ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais. *IBCCRIM*, São Paulo, 2005, p. 102-154.

Também não se adere à proposta de que os problemas dogmáticos inerentes à regulação de matérias complexas, em que, diante da dinamicidade dos comportamentos a serem geridos, exige-se a utilização de tipos mera transgressão administrativa, podem ser resolvidos mediante a sua integral descriminalização, delegando-se tal tarefa às esferas não penais.

A depender do grau de lesão imposto a bens jurídicos supraindividuais ligados à exploração das atividades econômicas, deve-se, sim, cogitar de uma intervenção penal, com a previsão de penas privativas de liberdade, como mecanismo apto a colaborar com a construção de um ambiente regulatório eficiente.⁵⁵⁵

Aliás, o potencial lesivo de tais condutas é, algumas vezes, muito superior, inclusive, ao daquelas prejudiciais a bens jurídicos individuais, cuja criminalização não é questionada.

Ademais, a atual dinamicidade dos riscos socioeconômicos está a exigir a possibilidade de tipos penais representado por leis mais abertas, com maior e mais veloz capacidade de atualização.

Como fundamento adicional a afastar a proposta de uma descriminalização ilimitada dos tipos de mera transgressão administrativa reguladores das condutas inerentes às atividades econômicas, destaca-se a constatação de que, também em outras esferas normativas, notadamente a administrativa, podem ser impostas sanções de alta intensidade, mesmo que não ligadas à privação da liberdade.⁵⁵⁶

A depender do direito fundamental a ser limitado pelas sanções previstas pelo direito administrativo sancionador, o nível de garantias necessário para o seu exercício deve se aproximar daquele aplicável ao direito penal, dificultando a tarefa de se estabelecer, na

⁵⁵⁵ O próprio Silva Sánchez admite lastrear um direito penal de primeira velocidade em “bienes supraindividuales, siempre que sea la conducta del concierto sujeto la que efectivamente los lesione o ponga en peligro real”, sem a lógica de acumulação ou repetição. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2008. p. 175; 177; 175; 182.

⁵⁵⁶ Sobre a possibilidade de aplicação de sanções de alta intensidade também pelo direito administrativo, Costa afirma que “[...] se deve abandonar, definitivamente, a ideia de que as sanções impostas pelo direito administrativo são previstas somente para casos bagatelares ou de menor importância”. A autora continua no sentido de que, “excluindo-se a questão da pena privativa de liberdade da comparação entre espécies de sanção administrativa e penal”, constata-se uma “imensa coincidência de conteúdos entre sanções administrativas e sanções penais”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. 261 p. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 168-169]. A título de exemplo de sanções graves que podem ser impostas pela esfera administrativa, citam-se a perda de cargo público, a suspensão de direitos políticos e a imposição de multas, não raras vezes, muito superiores àquelas de natureza criminal.

prática, critérios rígidos aptos a fundamentar uma autonomia dogmática absoluta entre tais instâncias.⁵⁵⁷

Tal circunstância acaba por frustrar a expectativa de que a descriminalização irrestrita dos tipos de mera transgressão administrativa, com a delegação da regulação das atividades econômicas à instância administrativa, consistiria em solução definitiva para a dificuldade em se conciliar o exercício da função sancionadora sobre esses novos riscos a aspectos dogmáticos que precisam ser observados para a sua aplicação.

Uma confirmação disso se recolhe do fato que, não obstante a ausência de previsão de penas privativas da liberdade, parte da doutrina chega a defender que o direito administrativo sancionador consistiria em um modelo híbrido, pois não teria natureza nem penal e nem administrativa.⁵⁵⁸

⁵⁵⁷ Sustenta-se que o direito administrativo sancionador seria um ramo autônomo do direito público, aplicado primeiro pelas autoridades administrativas, sujeito à impugnação judicial e no qual, diante de sua natureza sancionatória, devem ser afastadas as noções de presunção de legalidade e responsabilidade objetiva, típicas do direito administrativo geral, e atraídos alguns princípios do direito e processo penal, tais como a necessidade de culpa, a presunção de inocência e a norma do *in dubio pro reo*. Sobre o tema, registra Mir que “[o] direito administrativo sancionador apresenta, na verdade, muitas características típicas de sistemas punitivos, o que tem levado a pesquisas sobre sua necessária compatibilização com o direito penal, na forma de uma mensuração de ilicitudes que se complementem [...]. O escalonamento de condutas pela sua gravidade deveria ser feito também internamente no Direito Administrativo, emprestando às condutas mais lesivas a aplicação de princípios fundamentais do direito penal, como a legalidade, a irretroatividade da lei mais punitiva, a culpabilidade, etc”. (CEREZO MIR, José. *Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo. III Jornadas de catedráticos y profesores agregados de Derecho penal*. Universidad de Santiago de Compostela, 1975. p. 169-170). Em sentido similar: AZEVEDO, Tiago Lopes de. *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*. Coimbra: Coimbra editora 2011, p. 74-77 e 270-278. Dias defende serem aplicáveis ao regime contraordenacional a retroatividade da lei mais favorável, a vedação de analogia *in malam partem* e tipicidade determinada. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social. *In: Jornadas de Direito Criminal: o novo Código Penal Português e Legislação Complementar (Fase I)*. Lisboa: Centros de Estudos Judiciários, 1983. p. 330. Mourinho reconhece a proximidade entre o regime jurídico das contraordenações e aquele do direito penal, mas afasta sua natureza criminal diante da competência administrativa para a sua aplicação. MOUTINHO, José Lobo. *Direito das contra-ordenações: ensinar e investir*. Lisboa: Unviersidade Católica Editora, 2008. p. 42. Sobre uma aproximação dogmática entre as duas áreas, Costa pondera que “[...] a constatação de que a administração pública exerce poder sancionatório com mais frequência que o Poder Judiciário, além de aplicar sanções gravíssimas, torna urgente que se trate da questão com maior detalhamento, como, efetivamente, parece ter começado a ocorrer. Nesse caminho, a interação com o direito penal tem se revelado intensa e, ainda que timidamente, frutífera. Conforme será analisado mais adiante, há divergências sobre se os princípios e garantias penais devem ser transportados ao direito administrativo sancionador ou se parcela desses princípios e garantias tem origem num direito sancionador geral, que apresentaria como espécies o direito penal e o direito administrativo sancionador. Porém, em ambas as vertentes, verifica-se um próximo diálogo com o campo penal, com a finalidade de delimitar o âmbito punitivo do direito administrativo. Assim sendo, nota-se que uma aproximação entre o paradigma penal e o direito administrativo pode ser bastante produtiva no sentido de buscar delimitar o âmbito punitivo da administração, inserindo-se esta tarefa no já mencionado esforço de racionalização mínima e de cooperação entre os dois âmbitos”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. 261 p. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 134].

⁵⁵⁸ Terminologia usada em: FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 218. A sustentar a natureza penal do direito das ordenações sociais: VILELA,

A realidade, portanto, é que também à esfera administrativa podem ser impostos vários dos desafios dogmáticos enfrentados pelo direito penal econômico.⁵⁵⁹

Destarte, não parece ser adequado, como solução de todos os problemas referentes à adaptação de uma intervenção normativa sancionatória aos limites constitucionais, cogitar-se de uma descriminalização integral dos tipos de mera transgressão administrativa, com a transferência da responsabilidade de regular tais matérias a um direito de intervenção, direito administrativo-penal ou direito administrativo sancionador.⁵⁶⁰

Tal estratégia se limitaria a transferir grande parte dos problemas dogmáticos inerentes à necessária limitação do exercício da função sancionadora do Estado sobre a economia, hoje alocados no âmbito penal, à esfera administrativa, sem, contudo, abranger qualquer proposta concreta para a sua solução.⁵⁶¹

Alexandra. *O direito de mera ordenação social: entre a ideia de “recorrência” e de “erosão” do Direito Penal Clássico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 252-305. Já sugerindo sua natureza administrativa, Costa registra que “[...] seriam várias as diferenças entre a regulação de um e de outro: a sanção aplicável, a aplicação da lei no espaço, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, a punibilidade da tentativa e a possibilidade do concurso de infrações. Outrossim, a finalidade do sistema de contraordenação seria a de potencializar a ordem do tecido social-normativo, a qual a aproxima mais do direito administrativo do que do direito penal, em que pese seu pertencimento ao segundo”. COSTA, José Faria. Crime e Contra-ordenações. *Questões Laborais*, Coimbra, Editora Coimbra, a. VIII, 2001. p. 9-11. Como exemplo no Brasil, pode-se citar a discussão sobre a natureza jurídica da Lei n. 12.846/13, se penal ou administrativa: GUARAGNI, Fábio Andre; CAMBI, Eduardo (coords.); BERTONCINI, Mateus Eduardo (org.). *Lei Anticorrupção: comentários à Lei 12.846/13*. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2014.

⁵⁵⁹ A título de exemplo, cita-se a atual discussão sobre a retroatividade ou não da Lei n. 14.230, que alterou o instituto da improbidade administrativa. Sobre o tema: FORTINI, Cristiana; CAVALCANTI, Caio Mario Lana. Retroatividade benigna da Lei 14.230: o que dizer de decisões transitadas em julgado? *Conjur*, São Paulo, fev. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-17/interesse-publico-retroatividade-benigna-lei-1423021>. Acesso em: 15 mar. 2022. A matéria será objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal quando da apreciação do Tema de Repercussão Geral n. 1199.

⁵⁶⁰ Em sentido contrário: HASSEMER, Winfried. Person, Welt und Verantwortlichkeit - Prolegomena einer Lehre von der Zurechnung im Strafrecht. In: SCHULZ; VORMBAUM (Hrsg.), *Festschrift für Günter Bemmman*, 1997, S. 175-88 *apud* SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2008. p. 172.

⁵⁶¹ Sobre a necessidade de se preencher a lacuna doutrinária e normativa para estabelecer mecanismos aptos a impor limites ao exercício da função sancionadora do Estado também na seara administrativa: COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. 261 p. Tese (Livres-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 133-134. Sobre o pouco êxito da experiência portuguesa no sentido de superar os problemas dogmáticos decorrentes das atuais necessidades de regulação normativa mediante a criação do sistema de mera ordenação social como alternativa ao sistema penal, Pinto aponta que “[n]a sua origem histórica e dogmática mais próxima, a afirmação do regime do ilícito de mera ordenação social constitui um equilíbrio entre a herança liberal do Direito – que aponta para uma intervenção minimalista deste ramo do Direito – e as exigências de intervenção do Estado moderno. Mas estas zonas de intervenção deveriam ser caracterizadas por uma certa insignificância dos ilícitos em causa. Insignificância qualitativa, já que as sanções que lhes caberiam seriam consideravelmente menos violentas. A evolução do Direito de Mera Ordenação Social entre nós, especialmente durante a última década, desviou-se ostensivamente destas linhas de força. O que se pode identificar é o alargamento das zonas de intervenção deste sistema sancionatório, o aumento da gravidade das sanções aplicáveis e, em algumas áreas específicas, uma crescente complexidade de seu regime substantivo pelas matérias reguladas. [...] Criou-se, no fundo, uma área jurídica muito heterógena onde por razões de segurança e de garantia se recorreu cada vez mais às categorias e figuras da dogmática penal e aos mecanismos de processo penal. [...] Finalmente, a tendência descrita

No que toca aos tipos de mera transgressão administrativa, a sugestão de um direito penal de duas velocidades e a proposta de sua total descriminalização mediante a expansão de um direito administrativo sancionador, embora posicionadas tradicionalmente como alternativas opostas, têm, na realidade, problemas comuns.

Ambas concentram a sua preocupação principal na discussão sobre a natureza da responsabilidade a ser empregada, se penal ou administrativa, partindo da premissa de que seria sempre possível ao legislador classificar as condutas a serem reguladas a partir de critérios definitivos capazes de classificá-las, já quando da elaboração da lei, entre passíveis ou não de serem sancionadas com penas privativas de liberdade.

Ocorre que os problemas dogmáticos centrais decorrentes dos tipos de mera transgressão administrativa estão radicados justamente no reconhecimento de que, diante de seu enunciado normativo necessariamente aberto, não será possível ao legislador traçar, já quando da elaboração legislativa, limites rígidos em relação a uma fronteira definitiva entre o direito penal e o direito administrativo.⁵⁶²

Um debate aprofundado sobre o aperfeiçoamento dos tipos de mera transgressão administrativa, portanto, precisa cogitar de propostas capazes de sugerir um arcabouço teórico apto a estabelecer critérios para a coordenação entre as instâncias cuja análise de qual seria a

corresponde a uma significativa erosão do princípio da subsidiariedade do direito penal”. (PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal. *In*: CORREIA, E. et al. *Direito Penal e Económico Europeu*: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v.1, p. 16; 7-100; 95-96-99).

⁵⁶² Sobre um inevitável espaço de sobreposição normativa entre as esferas sancionadoras das condutas potencialmente lesivas às atividades econômicas, Dias cita o exemplo português no qual “o direito sancionador português se divide em três distintas regiões: o direito penal clássico, que corresponde ao Código Penal; o Direito Penal de mera ordenação social, que corresponde a contravenções regidas por uma lei de caráter não penal; e o direito penal econômico-social, que é a face atual do direito penal administrativo, subordinando-se aos princípios gerais penais e aos especiais do direito de ordenação social. Assim, a lei portuguesa se encontra ainda em construção, com a busca de autonomia pelo direito penal econômico, que ora se confunde com o clássico, ora com o administrativo. O direito penal econômico estaria permeado por normas advindas, em sua maioria, de fora do Código Penal, o que seria um elemento histórico, da própria natureza do ilícito econômico. Assim, as normas penais tendem a promover o constante reenvio do conteúdo da proibição, que é eminentemente mutável, o que gera a alta incidência de normas penais em branco. Logo, o direito penal econômico passa a ser, cada vez mais, um direito penal administrativo”. (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Sobre a autonomia dogmática do direito penal econômico: uma reflexão à luz do novo direito penal português. *Estudios penales y criminológicos*, n. 9, p. 37-70, 1984-1985. p. 45). Sobre a necessidade de construção de um sistema sancionatório integrado, Quizancara pondera que o direito penal e o direito administrativo são espaços de atuação coordenada das funções sancionatórias estatais. QUIZANCARA, Eduardo Cordero. El derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho Penal. *Revista de Derecho*, v. XXV, n. 2, p. 131-157, dez. 2012. p. 155). Sobre o tema, Costa reconhece no ordenamento jurídico brasileiro “[...] um evidente e relevante espaço de sobreposição material entre sanção penal e sanção administrativa, que não deve ser desconsiderado”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. 261 p. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p.170].

melhor resposta sancionatória seja realizada, sob um prisma pragmático de eficiência, a partir de cada caso concreto.

Não se pretende, com tal afirmação, ignorar a grande relevância que as diversas discussões acadêmicas em relação à diferenciação entre as esferas administrativa e penal podem ter no que toca ao estudo dos tipos de mera transgressão administrativa, tanto que, nos capítulos anteriores, várias delas foram, inclusive, utilizadas como critérios dogmáticos específicos a serem aplicados a tal técnica legislativa como pressuposto de sua validade.

O objetivo é demonstrar que as alternativas tradicionalmente propostas a uma mitigação da expansão penal clássica sobre as atividades empresariais são insuficientes para a solução de vários problemas a serem enfrentados por sistemas regulatórios sancionatórios que pretendem ser eficientes no enfrentamento dos conflitos socioeconômicos atuais, a partir de previsões típicas representadas por leis abertas.

Em síntese, tanto a sugestão de uma responsabilidade criminal administrativizada, sem a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade, quanto aquela de se delegar à esfera extrapenal o ônus de regular os atuais conflitos econômico-sociais pouco contribuem para solucionar os problemas de uma expansão punitiva mediante a utilização excessiva de tipos de mera transgressão administrativa.

Tais propostas ignoraram o fato de que o plano abstrato de tais estruturas típicas está alocado, justamente, em uma inevitável zona de sobreposição entre as esferas penal e administrativa e, portanto, prescinde de analisar, empiricamente, qual grau de assertividade que cada modalidade de sanção pode ter para a promoção de um ambiente regulatório eficiente a partir de uma análise customizada dos diversos conflitos que podem surgir no atual contexto econômico.

5.2 Tipos de mera transgressão administrativa e a teoria da regulação responsiva

Tendo-se adotado a posição de que os problemas decorrentes de uma expansão punitiva na área econômica, em especial, diante da previsão excessiva de tipos de mera transgressão administrativa, não serão resolvidos por ajustes dogmáticos internos ao sistema penal, tampouco pela delegação à esfera administrativa da tarefa de regular tais matérias, devem ser propostas novas soluções.

É com tal propósito que se pretende cogitar de possíveis colaborações a serem recolhidas da denominada teoria da regulação responsiva.

5.2.1 Teoria da regulação responsiva

A ideia de uma regulação responsiva é originalmente concebida por Ayres e Braithwaite, com o objetivo principal de criar sistemas normativos efetivamente capazes de prevenir e combater infrações cometidas por agentes privados em setores regulados.⁵⁶³

A teoria admite que, no atual contexto social, altamente dinâmico e complexo, é muito difícil conceber uma regulação eficiente através de modelos gerais pré-definidos, como exige, via de regra, a esfera penal, já que tais sistemas ignoram as especificidades dos diversos setores que compõem as relações econômicas contemporâneas.

O propósito é conceber um modelo capaz de valorizar cada um dos atores envolvidos no universo a ser regulado, considerando os diversos contextos específicos de cada mercado e adotando-se arranjos flexíveis, os quais devem partir da análise concreta do impacto de cada medida estatal em relação ao comportamento dos seus destinatários, consistindo em um modelo confessadamente de viés pragmático.⁵⁶⁴

Ayres e Braithwaite afirmam que o método regulatório por eles proposto tem a qualidade de ser uma alternativa ao debate polarizado de ativistas pró-regulação e pró-mercado, procurando balancear medidas persuasivas, sanções leves e providências punitivas rigorosas (as denominadas *big guns*).

Em sua essência, a teoria sustenta que caberá ao Estado responder com a arma adequada, a depender da maior ou menor disposição do regulado em cooperar a partir de uma situação concreta, propondo, para tanto: a adoção da técnica denominada *tit-for-tat* (TFT); e a

⁵⁶³ A teoria tem origem na obra AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. *Responsive Regulation: Transcending the deregulation debate*. 1. ed. New York: Oxford University Press, 1992. Fortini e Neto ponderam que, a partir de uma regulação responsiva, deve-se “perquirir qual o método que mais se adequa aos fins regulatórios pretendidos”, de modo a aferir “como a resposta regulatória pode ser mais adequada a cada ator a que se destina. No que tange ao regime sancionatório, surge a questão: é melhor punir ou não punir?”. (FORTINI, Cristiana; FRANCO NETO, Eduardo Grossi . O acordo substitutivo de sanção na Nova Lei de Licitações como forma de atuação responsiva do Poder Público. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. I, p. 17-40, 2021).

⁵⁶⁴ AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. *Responsive Regulation: Transcending the deregulation debate*. 1. ed. New York: Oxford University Press, 1992. p. 18. Sobre o tema, Voronoff observa que “a regulação responsiva tem viés marcadamente pragmático. Ela valoriza o contexto e os atores a que se dirige, rejeita fórmulas pré-definidas, aposta em arranjos institucionais flexíveis e leva a sério os impactos de cada medida estatal em relação ao comportamento dos agentes regulados. Tudo com vista ao sucesso da regulação. Daí tratar de uma abordagem contextual, antifundacional e consequencialista”. A autora continua no sentido de que “[r]egular responsivamente pressupõe considerar a cultura, as práticas e a história do setor regulado; a conduta dos diversos agentes que nele atuam, como empresas, usuários de serviços e associações; a maneira específica como eles interagem e respondem a incentivos”. VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 132 e 133.

estruturação de sistemas regulatórios responsivos a partir de pirâmides sancionatórias e regulatórias.

O modelo *tit-for-tat* visa a definir quando e como os modelos regulatórios devem usar medidas persuasivas, objetivando convencer os regulados a aderir ao cumprimento das normas; e quando e como tais modelos devem partir para a aplicação concreta de medidas punitivas.⁵⁶⁵

A partir de vertentes racionalistas e comportamentais das diversas escolas da análise econômica do direito, os adeptos de uma regulação responsiva partem da premissa de que, na realidade empírica das atividades empresariais, três situações coexistem:

- agentes que sempre pautam sua atuação pela busca do maior resultado econômico;
- agentes que sempre pautam sua atuação por um genuíno senso de responsabilidade social; e
- agentes que variam a sua atuação, ora com racionalidade econômica, ora com o espírito de *compliance* para com as normas estabelecidas.⁵⁶⁶

Sustentam, portanto, que um modelo regulatório adequado deve ter a capacidade de ser eficiente e operacional em todos esses cenários heterogêneos, razão pela qual sistemas estáticos, que apostam em uma estratégia única, seja a autorregulação, seja a persuasão ou a punição, estão fadados ao fracasso.

Os defensores da teoria ponderam que, no caso de um sistema excessivamente leniente, corre-se o risco de o cumprimento das normas ser manipulado por agentes que se pautam por premissas estritamente racionais-econômicas, já os modelos excessivamente punitivistas tendem a erodir o espírito cooperativo daqueles agentes pautados por um senso de responsabilidade social.

⁵⁶⁵ AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. *Responsive Regulation: Transcending the deregulation debate*. 1ª. ed. New York: Oxford University Press, 1992. p. 20 a 35.

⁵⁶⁶ Sobre o tema, Voronoff observa que a teoria da regulação responsiva parte da premissa de que na vida real “[...] há tantos indivíduos e empresas economicamente racionais, movidos pela intenção primordial de aumentar ganhos e reduzir custos, como agentes com efetivo senso de responsabilidade social e comprometimento cívico [...] no dia a dia, as motivações não são estáticas, mas circunstanciais e dinâmicas. Logo, uma empresa reconhecidamente responsável pode alterar seu comportamento e aderir a estratégias de resistência à lei em razão de fatores supervenientes, como o enfretamento de um período de crise. Mas ela pode reassumir o seu perfil inicial de compromisso com a regulação após o momento de dificuldade. Ou seja, em diferentes contextos e em diferentes oportunidades, as empresas e seus dirigentes revelam-se contraditoriamente comprometidos com os valores em jogo: ora são impulsionados pela racionalidade empresarial, ora por um compromisso genuíno com a lei e com suas responsabilidades. O diretor de uma empresa produtora de leite, e. g., pode se revelar mais sensível à crise de desnutrição que assola as crianças do país, e por isso mais tendente a colaborar com as políticas públicas do setor; ou mais agressivo nas metas de resultado da empresa quando a economia passar por momentos de menor aceleração. Esses dois ‘eus’ (o ‘*Money-making*’ e o ‘*responsible self*’) coexistem e dialogam. Sem que possam ser isolados”. (VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 134 e 139).

Visando a demonstrar a sua eficiência em regular os comportamentos dos agentes econômicos que têm a sua atuação orientada por um juízo puro de racionalidade econômica, a teoria da regulação responsiva sustenta que, a partir de conceitos desenvolvidos pela teoria dos jogos, deve-se partir da premissa de que os agentes regulados são jogadores racionais com o objetivo de reduzir custos e maximizar ganhos econômicos e de reputação, enquanto os agentes reguladores visam a maximizar o cumprimento das normas.⁵⁶⁷

Em tal contexto, sustenta-se que a melhor estratégia de cada jogador e, via de consequência, a previsibilidade de como ele atuará são obtidas a partir da correlação entre o comportamento de cada um deles com o dos adversários, em especial, quanto à sua postura cooperativa ou não.⁵⁶⁸

Sob o prisma de ambos os jogadores, a estratégia ótima é um comportamento de cooperação mútua, entretanto, sob o prisma individual, a cooperação somente é a melhor jogada quando o adversário também coopere, do contrário, a melhor estratégia passa a ser retaliar.

Exemplificando uma aplicação prática do raciocínio, Voronoff expõe que, caso uma das partes opte por não cooperar, tem-se a seguinte realidade: “Se a empresa for oportunista, o Estado deve punir. Se a postura do Estado for adversarial, justifica-se que a empresa seja oportunista – e busque meios de se evadir do cumprimento da lei”.⁵⁶⁹

Cogitando-se de um jogo dinâmico, que não termina em uma única jogada, caso, a partir da atitude de retaliação de um jogador, o adversário, passe a cooperar na jogada subsequente, a melhor resposta do primeiro jogador voltar a ser a cooperação.⁵⁷⁰

⁵⁶⁷ Segundo a teoria dos jogos, jogadores são “entidades que toma decisões e cujos destinos entrelaçados queremos estudar. Muitas Embora muitas vezes vamos nos referir a eles como indivíduos, também podem ser famílias, empresas, clubes e governos”. (BIERMAN, S.H.; FERNANDEZ, L.F. *Teoria dos jogos*. 2. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2011. p. 6). Sobre a contribuição da teoria dos jogos ao direito como mecanismo apto a prever o comportamento racional do agente regulado: SILVA, Gustavo Henrique de Souza e. A representação fiscal para fins penais à luz da teoria dos jogos: proposta de modelagem de um jogo dinâmico com informação completa. In: SILVA, José Anchieta da Silva (coord.). *30 anos de advocacia: textos doutrinários*. Belo Horizonte: Del Rey, 2020.

⁵⁶⁸ Sobre o conceito de decisões estratégicas, “[a] teoria dos jogos preocupa-se com o modo como indivíduos tomam decisões quando estão cientes de que suas ações afetam uns aos outros e quando cada indivíduo leva isso em conta. É a interação entre tomadores de decisões individuais, todos eles com um propósito em vista, cujas decisões têm implicações para outras pessoas, o que torna as decisões estratégicas diferentes de outras decisões”. (BIERMAN, S.H.; FERNANDEZ, L.F. *Teoria dos jogos*. 2. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2011. p. 4).

⁵⁶⁹ VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 137.

⁵⁷⁰ Sobre o conceito de jogo dinâmico, tem-se que “são jogos nos quais os jogadores se movimentam numa sequência fixa. Em tais jogos dinâmicos, os jogadores que se movimentam mais tarde sabem quais os movimentos os demais fizeram antes deles. Os que movem mais devem levar isso em conta quando projetam a sua estratégia ótima. Um exemplo bem conhecido de jogo dinâmico é o xadrez”. (BIERMAN, S.H.; FERNANDEZ, L.F. *Teoria dos jogos*. 2. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2011. p. 112). Já em um jogo estático, os jogadores agem simultaneamente, não têm informação sobre a escolha do outro e não possuem interesse em agir de forma cooperada no futuro.

Seguindo no exemplo de Voronoff, tem-se que, “caso a reação do oponente surta efeito e impulse o jogador dissidente a retornar à cooperação, a estratégia tit-for-tat recomenda que ele seja perdoado, para que se restaurem os benefícios da cooperação mútua (superiores aos da deserção mútua)”.⁵⁷¹

A partir de tal dinâmica, agentes movidos pela maximização dos ganhos e redução dos custos são levados a preferir a cooperação ao conflito, não por qualquer senso moral ou vontade de aderir a um *compliance* normativo, mas porque tal posicionamento minimiza racionalmente os custos de enfrentar o aparato regulatório.

Todavia, esse comportamento de cooperação somente será o mais racional caso o outro jogador, a autoridade pública, estiver disposta e habilitada pelo ordenamento jurídico a também cooperar.

Os modelos regulatórios predominantemente punitivos, ao limitarem as hipóteses nas quais as autoridades públicas poderão ter uma postura cooperativa, fomentando, excessivamente, a adoção de estratégias sancionadoras, tendem a criar incentivos econômicos à retaliação por parte dos administrados, criando-se um círculo vicioso de estratégias não ótimas.

Segundo a teoria da regulação responsiva, o modelo *tit-for-tat*, adotando-se como critério de previsibilidade do comportamento dos regulados as premissas da teoria da racionalidade econômica, tem maior potencial de conceber modelos regulatórios econômicos eficientes, ao permitir a integração entre respostas persuasivas e punitivas por parte das autoridades constituídas e ao criar espaços aptos a incentivar economicamente comportamentos de cooperação como resposta mais racional também por parte dos agentes privados.⁵⁷²

Os adeptos à regulação responsiva reconhecem, entretanto, que nem sempre as empresas e seus executivos pautam as suas ações por critérios exclusivamente utilitaristas econômicos, visando maior lucro ou benefício reputacional, razão pela qual pretendem demonstrar a eficiência do modelo também sob a perspectiva das escolas econômicas que objetivam prever o comportamento dos regulados a partir de um senso de responsabilidade social e de cumprimento da lei.

Sustentam que o ser humano, mesmo munido de um senso de responsabilidade cívica, tende a reagir de forma negativa diante de modelos regulatórios em que a punição seja a

⁵⁷¹ VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 137.

⁵⁷² AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. *Responsive Regulation: Transcending the deregulation debate*. 1.ed. New York: Oxford University Press, 1992. p. 21.

primeira e a principal resposta, nos quais não haja espaço razoável para o diálogo ou para estratégias persuasivas.⁵⁷³

Diante de tais sistemas, na hipótese de um conflito, os agentes econômicos pautados por uma consciência de cumprimento das normas são tratados como se fossem meros maximizadores de lucros, gerando um sentimento de frustração em relação à falta de reconhecimento, por parte do aparato normativo, do seu senso de reponsabilidade social, o que acaba se tornando um grande desincentivo para a continuidade desse comportamento de adesão psicológica à obrigação de *compliance* regulatório.

Segundo as premissas da regulação responsiva, o modelo *tit-or-tat*, ao não prescindir da sanção, mas ao alterar a sua posição de um *status* preferencial e prioritário para um estratégico, motiva o atendimento voluntário da regulação também para aqueles agentes que já têm seu comportamento orientado por um senso de cumprimento das regras, pois eles encontram no ordenamento jurídico espaços de acolhimento para esse seu sentimento de dever, mesmo diante de um potencial conflito.

Os defensores da teoria da regulação responsiva complementam que, em se cogitando da persuasão como primeira resposta, aumenta-se o grau de legitimidade da própria punição, a qual somente será utilizada quando a sua imposição se apresentar, naquele caso concreto, como razoável e justificada.⁵⁷⁴

Concluem os adeptos à referida teoria que, também sob a ótica de previsibilidade do comportamento dos agentes regulados, a partir da teoria sociológico-comportamental, a

⁵⁷³ Sobre o tema Voronoff afirma que, em tais casos, o regulado “[...] tende a se sentir estigmatizado, ofendido, insultado. Por isso, ao ser tratado como mero maximizador de lucros, o indivíduo realmente comprometido com a lei e com os valores sociais é levado a buscar caminhos de resistência e de enfretamento, num movimento que se “coletiviza” a partir da agregação dos grupos empresariais. Como resultado, cria-se uma subcultura de resistência à regulação que se retroalimenta, pois facilita e incentiva o surgimento de novos métodos de resistência e de contra-ataque à regulação”. (VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 140).

⁵⁷⁴ Sobre outras vantagens de a persuasão ser prioritária à punição segundo as premissas da teoria da regulação responsiva, Voronoff pondera que: “i) sendo a persuasão mais barata, o seu uso, se eficaz, economiza recursos para serem direcionados às necessidades sociais, ao contrário da punição que demanda custos altos, inclusive em razão dos litígios judiciais usualmente deflagrados; ii) modelos predominantemente coercitivos tendem a operar como jogos de “gato e rato”. É que eles criam incentivos para que as empresas desafiem a regulação explorando suas lacunas, o que leva o Poder Público a responder com a edição de ainda mais regras e mais específicas. Isso deságua em dois outros problemas: o primeiro, de coerência sistêmica, já que a regulação vai se construindo a partir de justaposição de normas; e o segundo, de racionalidade, já que o excesso de legalismo para combater violações simples e específicas, além de improdutivo, acaba por negligenciar os problemas sistêmicos subjacentes ao modelo; iii) não bastasse o exposto, a estratégia punitiva seria pouco adequada para lidar com setores regulados altamente dinâmicos como os da área de tecnologia, em que diplomas tão detalhados não logriam acompanhar as transformações da realidade”. (VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 141). Sobre o tema: AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. *Responsive Regulation: Transcending the deregulation debate*. 1.ed. New York: Oxford University Press, 1992. p. 26-27.

melhor estratégia é aderir a um modelo regulatório no qual se possa gerar uma sinergia entre persuasão e punição.⁵⁷⁵

Como forma de concretizar a estratégia *tit-for-tat*, Ayres e Braithwaite sugerem a estruturação de sistemas regulatórios responsivos a partir de pirâmides sancionatórias.⁵⁷⁶

O modelo de pirâmides pretende estabelecer uma combinação dinâmica entre o grau de conformidade do comportamento à regulação e o grau da reposta regulatória à sua violação, que pode variar desde recompensas, passando por perdão ou redução de sanções, até a imposição de penas com altíssima intensidade.⁵⁷⁷

Seguindo a premissa geral da teoria, segundo a qual não há estrutura geral que possa ser eficiente para todos os tipos de mercado, pois cada um tem as suas especificidades, os autores sustentam que não há um modelo ideal de pirâmide, pois o arranjo deve variar segundo as características de cada setor a ser regulado.

Não obstante, sugerem-se alguns parâmetros a serem considerados para construção das pirâmides sancionatórias, tais como: evitar *enforcement* com base em um único tipo de sanção, principalmente as mais intensas, pois a sua aplicação indiscriminada, em especial, em casos menos graves, até em razão de suas consequências a terceiros, torna-las-ia injustificadas moral e politicamente; priorizar regulação que permita uma escalada de meios intimidatórios, o que gera estímulo à cooperação mútua, na medida em que permite poder de barganha à autoridade (ter o que oferecer na negociação) e, em contrapartida, benefícios ao impulso de cooperação do regulado (ter o que ganhar caso coopere); epriorizar regulação que permita à resposta ser responsiva também considerando os distintos níveis existentes entre diversos

⁵⁷⁵ A teoria reconhece duas situações excepcionais nas quais suas premissas não se aplicam: (i) agentes patologicamente irracionais; e (ii) agentes que estabelecem uma relação pontual única com o Poder Público. No primeiro caso, sustenta-se que as sanções mais intensas devem ser aplicadas de plano, pois todas as outras etapas seriam ineficientes. No segundo caso, propõem-se medidas punitivas para violações graves e incentivos à reparação voluntária àquelas de menor intensidade. Cf. VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 142-143.

⁵⁷⁶ AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. *Responsive Regulation: Transcending the deregulation debate*. 1.ed. New York: Oxford University Press, 1992. p. 35 (figura 2.1). Palma apresenta pirâmides mais estratificadas: PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Comando e Controle no Sistema Sancionatório Brasileiro*. 15 dez. 2020. Apresentação de Power Point. Material cedido pela autora.

⁵⁷⁷ Sobre a relação de proporção entre a seriedade da ofensa, severidade da sanção e aceitação política da pena: AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. *Responsive Regulation: Transcending the deregulation debate*. 1.ed. New York: Oxford University Press, 1992. p. 37 (figura 2.2). Descrevendo o modelo de pirâmide sancionatória, Vornoff pondera que “[a] base seria composta de medidas essencialmente persuasivas, que se tornariam tanto mais severas quanto mais próximas do vértice. A ideia é que a maior parte das respostas estatais permaneça na camada inferior. Daí se progrediria para o uso de instrumentos intermediários, como notificações e advertências, seguidas de multa e de suspensões temporárias de direitos, até se chegar ao vértice, em que situada a medida extrema e excepcional – por isso big gun – de incapacitação definitiva dos agentes para o exercício da atividade”. (VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 143).

agentes regulados em cada setor, bem como os distintos segmentos dentro de um mesmo agente econômico.⁵⁷⁸

Ayres e Braithwaite chegam, ainda, a cogitar de modelos regulatórios responsivos mais amplos, que não se limitem às pirâmides sancionatórias, mas que proponham pirâmides regulatórias.⁵⁷⁹

Trata-se de modelo segundo o qual a eficiência dos distintos mecanismos de regulação deve seguir uma ordem crescente de uma base em direção a um vértice, orientada a partir da demonstração da ineficiência do estágio anterior, a ser aferida por um juízo crítico entre: a suficiência de iniciativas autorregulatórias; e a necessidade de uma intervenção normativa pública sancionatória.

Em relação à regulação sancionatória estatal, propõe-se que, caso se justifique, seja subdividida entre um estrato no qual se concede alguma discricionariedade aos agentes reguladores em relação à obrigatoriedade da aplicação concreta das medidas punitivas abstratamente previstas; ou sistemas nos quais a imposição da sanção, caso verificados seus pressupostos, é obrigatória.⁵⁸⁰

Mantendo fidelidade ao alicerce da teoria, reconhecem que não se pode adotar um modelo único para todos os tipos de mercados a serem regulados, mas citam exemplos de pirâmides que tenham em sua base estratégias de autorregulação, passando por autorregulação forçada, regulação propriamente dita, com espaço de discricionariedade para a definição e aplicação das sanções, e, no topo, regulação sancionatória pública, com punição vinculada.⁵⁸¹

⁵⁷⁸ VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 144. Como exemplo de sanção que afeta terceiros, cita-se o caso de suspensão das atividades, cujos efeitos ultrapassam a esfera do infrator e atingem seus empregados, sócios e fornecedores.

⁵⁷⁹ AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. *Responsive Regulation: Transcending the deregulation debate*. 1.ed. New York: Oxford University Press, 1992. p. 39 (figura 2.3). PALMA apresenta pirâmides mais estratificadas. PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Comando e Controle no Sistema Sancionatório Brasileiro*. 15 dez. 2020. Apresentação de Power Point. Material cedido pela autora.

⁵⁸⁰ Cf. AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. *Responsive Regulation: Transcending the deregulation debate*. 1.ed. New York: Oxford University Press, 1992. p. 39 (figura 2.3).

⁵⁸¹ No estrato de autorregulação plena, reservam-se aos agentes estatais o papel de observação, com o objetivo de aferir a eficiência desse estágio para a solução dos conflitos ocorridos naquele determinado ambiente de relações econômicas. No estrato da autorregulação forçada, já se cogita de alguma intervenção estatal, entretanto, ela não está diretamente a descrever, sob pena de sanção, condutas potencialmente lesivas às atividades econômicas, mas se limita a impor ou a incentivar aos agentes regulados a promoção de mecanismos autorregulatórios. No estrato de uma regulação pública sancionatória com discricionariedade para aplicação das sanções, as autoridades estatais devem, a partir de uma análise detalhada de cada caso concreto, fundamentar qual a melhor solução para um conflito específico, se a aplicação da sanção prevista ou a sua substituição por medidas mais persuasivas. Já o estrato da intervenção sancionatória pública com punição vinculada deve ser limitado àquelas condutas de alta lesividade e, via de consequência, passíveis de serem punidas com sanções severas e, justamente por isso, incompatíveis com espaços de escolha outorgados às autoridades públicas para o disparo do aparato sancionatório. Sobre a teoria, Voronoff pondera que “[d]e um lado, a proposta não conta que os cidadãos sejam virtuosos, mas se preocupa em combater os efeitos perversos causados por comportamentos estratégicos, mediante o disparo de armas sancionatórias. De outro lado, ela tem a vantagem de não atirar no escuro – já que

A teoria da regulação responsiva, tal como proposta por Ayres e Braithwaite, foi criticada por Baldwin e Black, em especial, pela sua incapacidade de demonstrar, de forma empírica, como implementar os modelos propostos.⁵⁸²

Os referidos autores pontuam questões, tais como:

- dificuldades em se estabelecer critérios aptos a qualificar o comportamento do regulado como cooperativo ou não;
- definição do momento adequado para o disparo das respostas sancionatórias mais intensas; e
- dificuldades do agente regulador em mapear e responder adequadamente a cada uma das infrações, diante do fato de que algumas instituições de controle vinculadas à administração pública dispõem de estruturas precárias, incapazes de agir de forma qualificada, tal como o modelo responsivo exige.

Baldwin e Black ponderam que modelos teóricos, para terem aplicação prática, não de enfrentar as dificuldades concretas para a sua implementação, tais como escassez de recursos e de tempo dos agentes estatais, pressões políticas, falta de clareza das finalidades regulatórias e assimetria de informação entre regulador e o regulado.

Afirmam, ainda, que os modelos de pirâmides reforçam a necessidade de assegurar o cumprimento da regulação, mas não permitem a reflexão se esse cumprimento, de fato, está a atender às finalidades da intervenção normativa.⁵⁸³

Como proposta à superação dos problemas apontados, Baldwin e Black sugerem um modelo de responsividade expandida, a ser implementado a partir da interface do comportamento do regulado com o do agente regulador, considerando as seguintes etapas:⁵⁸⁴

- o seu mapeamento (detecção);
- a criação do instrumental para a sua regulação (ferramentas);
- a efetiva utilização das ferramentas disponíveis (fiscalização e aplicação);
- o controle sobre a eficiência da aplicação (avaliação); e

orienta a atividade repressiva estatal para poupar os indivíduos cooperativos. Nessa linha, como ameaça do uso de respostas mais severas é deixada em segundo plano, as pessoas não seriam forçadas a pensar em cenários apenas e obrigatoriamente adversariais, o que estimularia a sua boa intenção. Ao fim e ao cabo, o comportamento cooperativo seria de modo geral incentivado, sem que as instituições precisassem ser desenhadas para lidar com estereótipos únicos". (VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 150).

⁵⁸² BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. Really Responsive Regulation. *LSE Studies Working Paper*, n. 15, 2007.

⁵⁸³ VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 158.

⁵⁸⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Comando e Controle no Sistema Sancionatório Brasileiro*. 15 dez. 2020. Apresentação de Power Point. Material cedido pela autora.

- a análise sobre a necessidade de novas medidas no contexto de uma regulação já existente e/ou de eventual ruptura de paradigma, com a adoção de nova estratégia e novo marco normativo (alterações).

Todas elas em uma análise combinatória com os seguintes fatores relevantes:

- as respostas dos agentes regulados à regulação; o
- seu perfil atitudinal, mediante análise da estrutura cognitiva e operacional dos agentes regulados;
- a lógica das diferentes ferramentas e estratégia; o desempenho do regime regulatório; e
- as mudanças, capacidade de estar aberto aos ajustes e modificações, em relação às finalidades da intervenção normativa.⁵⁸⁵

Percebe-se que as críticas de Baldwin e Black não se referem à essência da teoria proposta por Ayres e Braithwaite, ao contrário, visam a enfrentar algumas dificuldades empíricas para a sua implementação, propondo, inclusive, mecanismos aptos a aprofundar a capacidade responsiva por parte do modelo regulatório, na medida em que pretendem pautar a resposta do agente regulador mediante a análise de um maior número de variáveis que não só o comportamento dos agentes reguladores e regulados.⁵⁸⁶

Em síntese, ambas as teorias de regulação responsiva se ocupam de propor soluções a partir do reconhecimento de que a realidade socioeconômica atual, diante de sua dinamicidade, é incompatível com modelos normativos nos quais se impõem estratégias únicas, estanques e inflexíveis, incapazes de absorver as especificidades de cada mercado a ser regulado.

⁵⁸⁵ Sobre o tema, Voronoff pondera que o modelo de uma *really responsive regulation* deve considerar não só o comportamento dos agentes reguladores e regulados, mas também “(i) a estrutura cognitiva e operacional que molda o comportamento dos agentes regulados diante da regulação; (ii) os aspectos institucionais mais amplos do ambiente que o regulador atua; (iii) as diferentes lógicas operativas das ferramentas e estratégias regulatórias e as possibilidades de sua combinação; (iv) a avaliação permanente do desempenho do regime regulatório; e (v) as mudanças nas prioridades, circunstâncias e objetivos regulatórios”. A autora apresenta em sua obra um quadro com a análise combinatória entre as etapas e os fatores relevantes que devem orientar uma regulação realmente responsiva. Cf. VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 151 e 161.

⁵⁸⁶ Sustentam, assim, os referidos autores que um modelo realmente responsivo deve levar em conta a diversidade dos mercados, as várias modalidades de infração que podem ser cometidas, passando, ainda, pelas diversas etapas necessárias à identificação e punição do ilícito, sempre com uma preocupação em se concretizar a própria finalidade que gerou a necessidade de regulação em si. Cf. VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador*. Belo Horizonte: Fórum, 2018 p. 152-155.

5.2.2 Posição adotada

Acredita-se que as principais contribuições da teoria da regulação responsiva ao estudo dos tipos de mera transgressão administrativa são:

- a proposição de fundamentos teóricos aptos a orientar racionalmente qual resposta sancionatória tem maior potencial de eficiência a partir de uma análise de cada caso concreto;
- o fornecimento de um reforço argumentativo quanto à ineficiência de sistemas regulatórios econômicos prioritariamente punitivos; e
- a sugestão de alternativas regulatórias ao atual modelo de intervenção criminal na economia, mediante a coordenação de instrumentos autorregulatórios, consensuais e sancionatórios.

Quanto ao primeiro ponto, há de se consignar que a adoção, nos tipos de mera transgressão administrativa, das premissas decorrentes do modelo de pirâmides sancionatórias pode ser de grande utilidade.

Referido modelo endossa a tese de que, em benefício da própria eficiência da regulação, a decisão sobre ultrapassar a esfera cooperativa em direção à esfera sancionatória, bem como de uma resposta sancionatória mais leve (administrativa) em direção a uma mais grave (penal), deve ser obtida a partir da análise, em cada caso concreto, de um juízo de proporcionalidade entre a seriedade da ofensa supostamente praticada pelo agente regulado e a severidade da resposta a ser proposta pelo agente regulador, bem como da verificação quanto à postura cooperativa ou adversarial entre eles.

O principal benefício de tal reação responsiva, por parte das autoridades públicas, é aumentar as chances de que a maioria dos conflitos seja solucionada mediante estratégias regulatórias persuasivas ou sanções de baixa intensidade, reduzindo a utilização de medidas punitivas graves, inequivocamente de maior custo coletivo, às hipóteses nas quais a sua necessidade efetivamente se justifique.⁵⁸⁷

⁵⁸⁷ Sobre o tema AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. *Responsive Regulation: Transcending the deregulation debate*. 1. ed. New York: Oxford University Press, 1992. p. 26-27. Voronoff observa que “[...] modelos eficientes devem se basear na utilização de medidas persuasivas em primeiro plano, sem prejuízo do manejo de ‘armas’ mais rigorosas disparadas contra agentes econômicos maliciosos, movidos pela intenção de explorar os privilégios da persuasão. Essas medidas mais severas cumprem o papel estratégico de assegurar a autoridade do regulador e o necessário senso de justiça perante as empresas socialmente responsáveis – por isso são *benign big guns*, ou seja, armas poderosas benignas. Ademais, elas serão decisivas para incentivar agentes inseguros quanto às suas motivações, no sentido de ‘empurrá-los’ ao cumprimento da lei. Para tanto, é essencial que eles acreditem na efetividade do sistema, i. e., na real possibilidade de a ameaça punitiva recair sobre os infratores mal-intencionados a autora continua no sentido de que o Estado deve deixar claro que dispõe de estratégias mais

Aplicando-se as premissas da pirâmide sancionatória aos tipos de mera transgressão administrativa, é possível admitir que, para se cogitar da tipicidade objetiva, deve-se, a partir de uma análise de cada caso, ponderar se não seria a instância administrativa suficiente e, portanto, sob o prisma de uma análise empírica de custo-benefício social, a mais eficiente para a solução daquele conflito específico.

Trata-se de exercício que deve ser realizado mesmo nos casos em que uma leitura literal do enunciado legal integrado aos atos normativos complementares por ele referidos sugira que as esferas sancionatórias administrativas e penais possam ser aplicadas em conjunto.⁵⁸⁸

Em uma análise responsiva dos tipos de mera transgressão administrativa, a subida em relação ao vértice da pirâmide sancionatória, para efeito de se sustentar eventual responsabilidade penal, há de ser gradual e racionalmente justificada a partir de uma análise detalhada de uma hipótese específica, aprofundando-se no debate se aquele mesmo conflito não poderia ser melhor solucionado a partir de outras iniciativas sancionatórias disponíveis, em especial, aquelas de natureza cível-administrativa.⁵⁸⁹

Sob tal prisma, a aplicação da teoria da regulação responsiva aos tipos de mera transgressão administrativa estará a reconhecer a sua utilidade quanto à normatização de

interventivas para forçar a adequação da conduta dos participantes – e que está disposto a utilizá-las [...] é fundamental que o regulador projete uma imagem de invencibilidade e de força perante os agentes regulados”. (VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 142 e 147-148).

⁵⁸⁸ Tal proposta implicaria o que Cervini Sanches denomina descriminalização de fato, pois, pondera o autor, seriam três as hipóteses de descriminalização: “a) descriminalização formal, que consiste em outorga de reconhecimento legal e social para o comportamento, como ocorreu em alguns países com a homossexualidade; b) a descriminalização substitutiva, quando as penas são substituídas por sanções de natureza não penal; e c) a descriminalização de fato, que ocorre quando o sistema penal deixa apenas de ser acionado, sem perder a competência para tal. Permanece, nesse último caso, o caráter ilícito penal da conduta, do ponto de vista técnico-jurídico, porém apenas sem a aplicação efetiva da pena. Isso pode dar-se em razão da sobrecarga do sistema, de desconhecimento do público, de discricionariedade do juiz ou do acusador, etc”. (CERVINI SANCHES, Raúl. *Direitos humanos e direito penal: alcance e sentido dos processos de desinstitucionalização*. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 6, n.2, p. 91-117, abr./jun. 1993. p. 97-99).

⁵⁸⁹ Aplicando-se as premissas da teoria da regulação responsiva ao juízo de tipicidade objetiva dos tipos de mera transgressão administrativa, em especial, a lógica de seu modelo de pirâmides sancionatórias, é possível impor ao aplicador da lei, como pressuposto para cogitar da esfera criminal, o dever de expor por que, naquele determinado caso, a resposta administrativa seria insuficiente, bem como expor as razões pelas quais uma eventual responsabilidade penal se justificaria sob o prisma de gerar uma maior eficiência ao sistema regulatório. Referida fundamentação deve pretender demonstrar que, naquela hipótese em especial, a conduta objeto de análise tem um grau de ofensividade maior em relação a uma mera infração administrativa, justificando, inclusive sob o prisma político, as razões para a aplicação de uma resposta sancionatória também mais grave. Nesse ponto, cabe uma crítica à pirâmide sancionatória tal como representada por Ayres e Braithwaite, por colocar, acima das sanções criminais, as sanções de suspensão e revogação de licença. É crítica que se faz a partir da realidade brasileira, na qual não se cogita, via de regra, de responsabilidade penal da pessoa jurídica (salvo nos crimes ambientais). Sob o prisma da pessoa jurídica, as sanções de suspensão e revogação da licença são de fato as mais intensas, mas sob o prisma das pessoas naturais, a sanção penal característica, privativa da liberdade, deve ocupar o vértice da pirâmide. Cf. AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. *Responsive Regulation: Transcending the deregulation debate*. 1. ed. New York: Oxford University Press, 1992. p. 35.

riscos econômicos dinâmicos, os quais não podem prescindir de leis penais abertas, mas, ao mesmo tempo, a propor critérios aptos à sua modulação.

Também se recolhe como contribuição da teoria da regulação responsiva a demonstração de que modelos regulatórios econômicos prioritariamente punitivistas, como o são aqueles que adotam uma ampla utilização dos tipos de mera transgressão administrativa, são ineficientes.⁵⁹⁰

No caso de agentes econômicos motivados pela maximização dos ganhos, a referida teoria demonstra que um arcabouço legal no qual, diante de uma conduta supostamente ilícita, impõem-se às autoridades estatais posturas exclusivamente punitivas, a melhor estratégia do sujeito privado passa a ser, também, retaliar.

Esse contexto fomenta uma relação adversarial entre agentes reguladores e regulados, incentivando a adoção de comportamento tais como: estratégias para elidir a fiscalização; a contestação, até a última instância administrativa e judicial, em caso de autuações; o desincentivo a adotar posturas cooperativas pelo receio de que elas acabem sendo respondidas por outra postura de retaliação por parte do agente público, todos fatores geradores de uma ineficiência regulatória.⁵⁹¹

Em sentido similar, a teoria da regulação responsiva demonstra que uma excessiva expansão sancionatória de alta intensidade, decorrente de uma utilização acrítica dos tipos de mera transgressão administrativa, tende a influir de forma negativa também no comportamento dos agentes econômicos já orientados por uma cultura de *compliance* normativo.

⁵⁹⁰ Sobre a ineficiência de regulações excessivamente punitivistas, Fortini pondera que “[...] não se pode ignorar que o excesso de punição transmuda o remédio em veneno e, antes de salvaguardar o interesse público, acaba por vitimá-lo”. (FORTINI, Cristiana. Excesso de punição a atos de corrupção não favorece interesse público. *Conjur*, São Paulo, ago. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-10/interesse-publico-excesso-punicao-atos-corrupcao-nao-favorece-interesse-publico>. Acesso em: 15 mar. 2022). Sobre os dados empíricos acerca de ineficiência de modelos administrativos excessivamente sancionatórios, Palma demonstra, no Brasil, o baixo índice de efetivo recebimento de multas aplicadas por diversas agências reguladoras. No exercício de 2011 a 2014 o percentual médio foi de 6,03%. PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Comando e Controle no Sistema Sancionatório Brasileiro*. 15 dez. 2020. Apresentação de Power Point. Material cedido pela autora.

⁵⁹¹ A cultura adversarial do modelo regulatório brasileiro pode ser constatada a partir de uma análise da estrutura curricular dos cursos jurídicos, nos quais se prioriza uma formação acadêmica apta a formar um profissional preparado ao conflito (à lide), em detrimento de uma análise mais abrangente, que possa incorporar técnicas de cooperação e persuasão. Exemplo, no contexto brasileiro, de posturas cooperativas por parte do regulado que podem gerar respostas retaliativas por parte das autoridades se recolhe do acordo de leniência no âmbito da Lei n. 12.846/13, que, ao contrário do que ocorre nas hipóteses da Lei n. 12.529/11, não traz expressamente a hipótese de extinção da punibilidade. Outro exemplo pode ocorrer na realização de termos de ajustamento de condutas no âmbito ambiental, cujos reflexos penais também carecem de melhor regulação no ordenamento jurídico brasileiro, não sendo incomum que, mesmo que cumpridos os termos do acordo cível, sobrevenha ação penal visando à condenação pelos mesmos fatos que motivaram o acordo.

Um sistema regulatório que prioriza uma resposta criminal e reduz os espaços nos quais seja possível uma solução persuasiva a ser obtida mediante uma interlocução cooperativa entre agentes privados e autoridades públicas, acaba gerando uma sensação de falta de reciprocidade naqueles que, não obstante terem pautado seu comportamento por uma consciência de responsabilidade cívica, são taxados, diante de qualquer deslize, equívoco ou interpretação divergente de um ordenamento normativo prolixo e analítico, como possíveis delinquentes.⁵⁹²

Tal frustração dos agentes produtores privados, no que toca ao não acolhimento pelo poder público da sua cultura prévia de adesão ao cumprimento das normas, acaba funcionando como motivação para alterar esse comportamento, de inicialmente conciliador para adversarial, impedindo a concretização daquele contexto de estratégias ótimas para a eficiência de todo o sistema regulatório que decorre de uma cooperação mútua.⁵⁹³

Há de se consignar, entretanto, que a teoria da regulação responsiva não se limita a demonstrar e a criticar a adoção de modelos normativos pautados em estratégias

⁵⁹² Ao se cogitar da aplicação da sanção criminal como primeira e principal resposta, diminui-se a legitimidade política da pena, motivando questionamentos quanto à sua própria justificação e razoabilidade, retirando-lhe, assim, a credibilidade social da qual decorre parte de seu potencial preventivo. O modelo regulatório brasileiro, ao recorrer com frequência aos tipos de mera transgressão administrativa, embora tenha apreendido que a dinamicidade dos riscos atuais implica a necessidade de um aparato normativo penal mais flexível, não compatibilizou tal consciência com o reconhecimento, proposto pela regulação responsiva, de que a punição deve deixar de ter um caráter preferencial, passando a ter um viés estratégico, sob pena, inclusive, de desmotivar investimentos e inovação, contribuindo para erodir valores essenciais a um desenvolvimento econômico democrático e sustentável, cuja função era justamente a de fomentar e preservar.

⁵⁹³ Quanto à demonstração acerca da ineficiência de modelos prioritariamente punitivos, partindo da premissa de que o sistema sancionatório brasileiro adota substancialmente essa estratégia, sua análise crítica parece confirmar os prognósticos de Ayres e Braithwaite, pois: (i) é excessivamente caro, em razão das altas parcelas dos orçamentos públicos destinados ao aparato repressivo, demonstrando que uma postura adversarial entre regulador e regulados multiplica o número de conflitos, alonga a sua duração e gera pouco resultado prático quanto à sua solução adequada; (ii) promove uma nítida relação de “gato e rato” entre regulador e regulado, no qual este está sempre em busca de lacunas para se safar do emaranhado normativo punitivo e aquele responde com mais intervenções normativas, gerando menos coerência sistêmica, menos racionalidade punitiva, retroalimentando os problemas subjacentes ao modelo excessivamente punitivo; (iii) é desatualizado, já que, diante da rápida evolução de algumas atividades produtivas, mesmo uma regulação analítica não consegue acompanhar a velocidade de alterações estruturais de algumas áreas, impondo a vigência de normas punitivas descontextualizadas; e (iv) é desmotivador do cumprimento da lei, pois mesmo os agentes regulados com senso de comprometimento cívico, na medida em que incluídos em um universo comum àqueles movidos pela mera maximização dos lucros, são levados a buscar caminhos de resistência, gerando um movimento cíclico de incentivos a novos métodos de resistência à regulação. A expectativa de que uma ampliação punitiva sobre as atividades produtivas poderia ser adequada à promoção daquelas normas constitucionais programáticas referidas no artigo 170 da Constituição, de uma ordem econômica capaz de gerar um autêntico desenvolvimento humano e social democratizado, ainda não se concretizou. Pelo contrário, tem-se um modelo regulatório promotor de insegurança jurídica, fomentando um ambiente econômico recessivo, na medida em que, ao impedir o conhecimento prévio do que é permitido ou proibido, sob pena de aplicação de pesadas sanções, desmotiva a decisão dos agentes privados por empreender, pois sua essência é conhecer e decidir sobre quais riscos correr. Sobre a essência punitivista do ordenamento brasileiro, especificamente no que tange às infrações administrativas contratuais: FORTINI, Cristiana; FRANCO NETO, Eduardo Grossi. O acordo substitutivo de sanção na Nova Lei de Licitações como forma de atuação responsiva do Poder Público. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. I, p. 17-40, 2021.

substancialmente sancionatórias. Ela propõe alternativas, em especial, aquelas aduzidas no modelo de pirâmide regulatória, a sugerir sistemas que possam conciliar espaços de autorregulação plena, autorregulação forçada, regulação pública com discricionariedade punitiva e regulação estatal com punição vinculada.

A proposição de modelos nos quais seja possível coordenar ambientes normativos privados, estratégias consensuais e o exercício da função sancionatória estatal em suas diversas esferas, já encontra, com certo êxito, acolhimento na prática das atividades empresariais atuais.

Como exemplos de autorregulação, citam-se os programas de integridade empresariais, regras de governança corporativa ou iniciativas autorregulatórias fomentadas pelos próprios agentes que atuam em determinados mercados.⁵⁹⁴

Exemplos de modelos normativos estruturados a partir da sugestão ou imposição de mecanismos autorregulatórios se recolhem do ambiente controlado de testes para inovações financeiras e de pagamento (*sandbox* regulatório), no âmbito do sistema financeiro nacional, da determinação de regras específicas de governança a serem observadas para aqueles agentes econômicos que tenham a pretensão de participar de ambientes específicos em Bolsa de Valores, dos artigos 10 e 11 da Lei n. 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro), bem como de diversos dispositivos da Lei n. 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD).⁵⁹⁵

⁵⁹⁴ Sobre programas de *compliance*, Falavigno observa que “[p]or *compliance* se entende um programa elaborado e executado pela empresa com o fim de prevenir o cometimento de crimes, o que se dá por meio de procedimentos internos de controle, treinamento de pessoas e monitoramento de cumprimento de regras, diminuindo o risco da atividade pela obediência a lei e regulamentos existentes em todos os setores pertinentes à atividade econômica. Com isso, evita-se não apenas os gastos decorrentes de processos por violação das normas, mas também sanções penais a serem aplicadas aos dirigentes das empresas, o que causa impacto pessoal e também de imagem, sendo decisivo para o bom andamento da dita pessoa jurídica”. Sobre a sua potencial capacidade de evitar medidas penais, observa que, “ainda no campo econômico, a adoção de práticas de governança corporativa, o chamado *compliance*, pode contribuir em muito para uma regulação de condutas de forma a prevenir eventuais responsabilidades criminais e os danos delas decorrentes”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade e administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia. 2020. p. 74-75; 217). Em sentido similar, Bottini observa que, “[d]ada a infinidade e complexidade de normas regulatórias para as mais diferentes atividades empresariais e instituições desenvolveram setores voltados única e exclusivamente para tal finalidade: assegurar que as regras a elas destinadas sejam cumpridas, evitando-se problemas jurídicos e de imagem”. (BOTTINI, Pierpalo Cruz. O que é *compliance* no âmbito do direito penal? *Conjur*, São Paulo, abr. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance>. Acesso em 20 jan. 2022).

Sobre regras e governança corporativa, pode-se citar a cada vez mais comum adesão das empresas ao modelo *ESG – Environmental Social and Corporate Governance*, com efeitos bastantes positivos, em especial em matéria ambiental. Sobre iniciativas autorregulatórias promovidas pelos próprios agentes de determinados mercados, pode-se citar o exemplo do CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, que promove, com eficiência, a regulamentação do setor.

⁵⁹⁵ Sobre o sistema de *sandbox* regulatório, vide as Resoluções 29 e 50 do Banco Central do Brasil, datadas, respectivamente, de 26.10.2020 e 16.12.2020. Sobre regras específicas para atuação no nos diversos mercados na Bolsa de Valores de São Paulo: https://www.b3.com.br/pt_br/regulacao/estrutura-normativa/operacoes/. SILVA,

Um dos exemplos nos quais a lei está a incentivar mecanismos autorregulatórios é o artigo 7º, inciso VIII, da Lei n. 12.846/13, que regula a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira, segundo o qual a existência de mecanismo de autorregulação (*compliance*) deve ser considerada para a determinação das consequências administrativas a serem impostas às pessoas jurídicas que tenham eventualmente praticado as infrações previstas no artigo 5º do referido diploma legal.⁵⁹⁶

Registre-se que, nos estratos normativos de autorregulação, alocados nos dois primeiros estágios da pirâmide regulatória sugerida pela teoria da regulação responsiva, não se cogita de qualquer intervenção penal.

No primeiro estágio, não há sequer regulação estatal e, no segundo, o *enforcement* da intervenção pública se limitará a determinar ou a incentivar mecanismos autorregulatórios, portanto, em ambos os casos não se está a sugerir medidas sancionatórias em face de condutas lesivas aos interesses coletivos do mercado a ser regulado.⁵⁹⁷

Quanto aos tipos de mera transgressão administrativa, portanto, a adoção desses dois estágios preliminares propostos pelo sistema de pirâmides regulatórias da teoria da regulação responsiva implica uma sugestão de política regulatória na qual pode-se prescindir da sua utilização.

A ideia é propor ao legislador e ao agente normativo administrativo que, antes de editar mecanismos que impliquem uma ampliação da intervenção sancionatória criminal sobre determinada área, prudente seja testada empiricamente a suficiência de estratégias

Leila Bitencourt Reis da; COSTA, Daniela Rodrigues. *A nova regulação de contas de depósitos e a Agenda BC#*. Instituto ProPague UFMG. 15 jun. 2021. Apresentação de Power Point. Material cedido pelas autoras.

⁵⁹⁶ Sobre tema, Falavigno pondera que “a necessidade de programas de compliance, mesmo em empresas de pequeno porte, foi enfatizada com o advento da Lei n. 12.846/13, a qual previu expressamente o procedimento em seu artigo 7.º, inciso VIII, como um critério a ser considerado na imposição de sanções. Frise-se que a existência do programa de compliance tem mais influência na dosimetria das sanções de pessoas jurídicas que físicas, uma vez que nessas preponderam, no cálculo, os critérios subjetivos, à luz da exigência da culpabilidade”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 74).

⁵⁹⁷ Sobre a utilização do direito administrativo no sentido de fomentar iniciativas autorregulatórias, assevera Falavigno que “[o] direito administrativo pode ser usado, aliás, no incentivo à adoção desses programas anticorrupção, por meio de publicação de listas de inadimplentes como já se dá no atinente a questões laborais”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 217).

autorregulatórias para a gestão eficiente dos riscos econômicos inerentes àquele mercado específico para qual se pretende cogitar da concepção de um novo tipo penal.⁵⁹⁸

No que toca ao estágio da regulação sancionatória pública com punição discricionária, terceiro estágio da pirâmide regulatória sugerida pela teoria da regulação responsiva, tem-se que já é admitida em diversos diplomas legislativos vigentes no ordenamento brasileiro a possibilidade de convivência entre um sistema sancionatório estatal e espaços de negociação que permitam uma interlocução entre agentes públicos e privados para estabelecer-se a oportunidade de aplicação da pena a partir da conveniência do caso concreto.⁵⁹⁹

⁵⁹⁸ Sobre o tema, Silva Sánchez, ao discorrer sobre as dimensões do processo de administrativização do direito penal, chega a cogitar de “[u]na cuarta dimensión, en la que aquí no nos detendremos, viene dada por una proliferación de soluciones de autorregulación, que se presentan como alternativa eficiente a la estricta legalidad y a la jurisdiccionalidad (mediación, negociación). Éstas, que configuran un “administración” de “justicia” penal sin Derecho penal, constituyen, como se señala más arriba, una muy clara manifestación de un Derecho de gestión de problemas. Probablemente, el tema de cada vez más amplia remisión de las normas jurídicas a reglas técnicas emanadas de los propios sectores socio-económicos afectados por un determinado problema deba inscribirse en un marco próximo”. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2008. p. 157, nota 347).

⁵⁹⁹ Sobre o tema, Marques Neto e Cybalista observam que nosso legislador já começa a cogitar de uma aplicação concreta dos postulados da teoria da regulação responsiva, aproximando-se da compreensão de que uma função sancionatória estatal adaptada a uma administração pública transformada há de ser “[...] despida de seu caráter simbólico (a resposta necessária a um descumprimento da norma jurídica que representaria uma ameaça à própria autoridade regulatória) e adquirindo cada vez mais o papel único de meio para alcançar as pautas e finalidades de interesse coletivo”, criando um contexto no qual cresce “[...] a possibilidade e a prática de se atingir a mesma finalidade por meio do abandono do processo sancionador e da aplicação de uma sanção em prol de compromissos de reparação dos danos, de alteração de comportamentos faltosos ou ainda de medidas compensatórias que tragam benefícios à coletividade” e implicando em sistemas nos quais há uma “[...] perda gradual do caráter de precedência e de supremacia estatal nas relações sociais em favor de uma postura mais negociadora e mediadora em relação aos administrados. Esse crescente consensualismo no exercício da atividade administrativa estaria relacionado a diversos fenômenos convergentes, dentre os quais a limitação da autoridade do Estado, a crescente abertura da atividade administrativa para a participação popular, a contratualização da atuação administrativa, o fortalecimento do esgotamento/insuficiência dos mecanismos tradicionais de atuação administrativa”. Os autores ainda ponderam que “[a] instituição de entes reguladores autônomos revela-se como um recurso capaz de viabilizar i) uma ação regulatória mais sintonizada com os interesses existentes na sociedade (alternativamente à regulação autoritária e unilateral cabente num contexto de Estado autoritário) e ii) uma esfera ordenadora e equalizadora dos interesses embotados num dado setor da economia ou da sociedade, a um só tempo permeável aos interesses dos diversos atores envolvidos (produtores e consumidores da utilidade pública) na atividade regulada (permeável pois aos interesses existentes na esfera privada) e promotora dos interesses públicos difusos (razão de ser da esfera pública), mormente daqueles que não possuem representação nem no, nem perante o aparelho estatal”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 27, ago./set./out. 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDA-E-27-AGOSTO-2011-FLORIANO-AZEVEDO-TATIANA-MATIELLO.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2021). Em sentido similar, Fortini e Neto ponderam que “[a]inda que a ordem jurídica brasileira reconheça a prerrogativa pública de aplicar sanções, há de se afastar a cogência da punição como se o caminho único se limitasse ao automatismo binário inadimplemento/sanção. A aplicação da sanção administrativa, ainda que deva estar prevista com o intuito de advertir o contratado, não pode ser vista com a única resposta ao cometimento de infrações contratuais e desrespeito à ordem jurídica. Em muitas ocasiões, pode ser solução inadequada, porque ataca de forma reflexa o próprio interesse público”. (FORTINI, Cristiana; FRANCO NETO, Eduardo Grossi. O acordo substitutivo de sanção na Nova Lei de Licitações como forma de atuação responsiva do Poder Público. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. I, p. 17-40, 2021). Também nesse sentido, Palma registra que “[a] consensualidade consiste em efetivo meio de

Como exemplos, citam-se, no âmbito do direito administrativo:⁶⁰⁰

- a Lei n. 12.529/11, que regula o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e prevê, em seu artigo 86, a possibilidade de celebração de acordos de leniência entre regulador e regulado no âmbito de infrações cometidas contra a ordem econômica;⁶⁰¹
- a Lei n. 12.846/13, que prevê, agora em seus artigos 16 e 17, também a possibilidade de celebração de acordos de leniência entre autoridades reguladoras e pessoas jurídicas que tenha, em tese, praticado as infrações nela previstas;⁶⁰²
- a Lei n. 13.655/18, que altera os artigos 20 e 26 do Decreto-Lei n. 4.657/42 (Lei de introdução às normas do direito brasileiro – LINDB), ampliando as hipóteses de consensualidade e de celebração de compromissos entre agentes privados e autoridades públicas;
- a Lei n. 14.230/21, que incluiu o artigo 17-B na Lei n. 8.249/92, a qual dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, admitindo a possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível.

Já no âmbito penal, apontam-se:

- a Lei n. 9.099/95, que regula os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e prevê, em seus artigos 74, 76 e 89, respectivamente, a possibilidade de composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo;

satisfação das finalidades públicas colocado à disposição da Administração Pública ao lado da tradicional forma de atuação administrativa por meio de atos imperativos unilaterais”. (PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: SBDP – Sociedade Brasileira de Direito Público, 2015. p. 303).

⁶⁰⁰ Pode-se citar, ainda, a previsão no âmbito administrativo: dos compromissos de ajustamento de conduta, comuns no direito ambiental, no mercado financeiro e de capitais e na relação de consumo; termo de compromisso de cessação de prática anticoncorrencial, celebrados no âmbito do direito econômico; e termos de ajustamento de conduta, no âmbito das diversas agências reguladoras. SCALZARETTO, Adriano. *Efeitos penais dos acordos administrativos*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 87-160.

⁶⁰¹ Registre-se que o instituto já constava da legislação anterior que regulava a matéria, pois previsto no artigo 35-B da Lei n. 8.884/94, cuja inclusão foi determinada pela Lei n. 10.149/00. Sobre a essência do instituto: FORTINI, Cristiana; FARIA, Edmur Ferreira de. Os contornos do acordo de leniência após a medida provisória n. 703/15: promessa de sucesso ou cenário de incertezas. *Revista Duc In Altum*, Cadernos de Direito, Recife, v. 8, n. 14, p. 35-60, jan-abr. 2016.

⁶⁰² O artigo 17 do referido diploma legal também cogita da aplicação do instituto no âmbito da lei de licitações. Sobre o tema: FORTINI, Cristiana. Comentários ao art.17. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (coord.). *Lei anticorrupção comentada*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 237-246. MARRARA, Thiago. Comentários ao art.16. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (coord.). *Lei anticorrupção comentada*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 193-235. Sobre a essência do instituto da leniência: FORTINI, Cristiana; FARIA, Edmur Ferreira de. Os contornos do acordo de leniência após a medida provisória n. 703/15: promessa de sucesso ou cenário de incertezas. *Revista Duc In Altum*, Cadernos de Direito, Recife, v. 8, n. 14, p. 35-60, jan-abr. 2016.

- a Lei n. 12.850/13, que regula a organização criminosa e a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, as infrações penais correlatas e o procedimento criminal para combatê-las e prevê, em seus artigos 3º a 6º, a possibilidade de celebração de acordos de colaboração premiada;⁶⁰³ e
- a Lei n. 13.964/19, que trata de alterações na legislação penal e processual penal e prevê, em seu artigo 3º, a inclusão do artigo 28-A no Código de Processo Penal para possibilitar a celebração de acordo de não persecução penal.⁶⁰⁴

A utilidade de tal arcabouço teórico nos tipos de mera transgressão administrativa se fundamenta na possibilidade de que o reconhecimento da responsabilidade penal com a aplicação efetiva da pena privativa de liberdade neles abstratamente prevista pode ser, em alguma medida, um ato discricionário da autoridade judicial.

Referida discricionariedade, entretanto, há de ser modulada de modo a se limitar a aplicação da pena criminal às hipóteses em que insuficiente, para a solução de determinado conflito, a adoção de estratégias persuasivas ou a imposição de sanções menos intensas, notadamente aquelas de natureza cível-administrativa.⁶⁰⁵

⁶⁰³ Especificamente sobre a colaboração premiada, a origem remota do instituto remonta às Ordenações Filipinas, de 1603, ao prever recompensas àqueles que delatassem crimes de lesa majestade. Também constou do Código Criminal de 1830, Título CXVI, do seu Livro V. cf. ROCHA, Diogo Mentor de Mattos. A (in)voluntariedade dos acordos de colaboração premiada celebrados com acusados presos. *In*: BRITO, Michelle Barbosa de. ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (org.). *Delação Premiada: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 353-354. Há quem sustente, ainda, sua admissão tímida na reforma do Código Penal de 1984, diante das previsões constantes dos artigos 65, inciso III, alíneas b e d (atenuante genérica e confissão espontânea), bem como dos artigos 15 e 16 do Código Penal (arrepentimento eficaz e arrependimento posterior). SPENGLER, Adriana Maria Gomes de Souza; WEBER, Cleverson. A “troca de favores” entre estado e réu e o mito de assegurar a verdade real através da desconstrução histórica da imoralidade do traidor. *In*: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (org.). *Delação Premiada: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 16-17. Mais recentemente o instituto foi introduzido no ordenamento nacional pela Lei n. 8.072/90 (crimes hediondos). Desde então também houve menção à colaboração nas Leis n. 9.034/95 (organização criminosa), 9.080/95 (incluiu dispositivo na lei de crimes contra o sistema financeiro, ordem tributária, econômica e relações de consumo), 9.613/98 (lavagem de dinheiro), 9.807/99 (proteção a vítimas e testemunhas), 10.149/00 (ordem econômica) e 11.343/06 (lei de drogas). Ocorre que, como tais diplomas não implementaram normas procedimentais para sua aplicação, somente com a edição da Lei n. 12.850/13 o instituto da colaboração começou a ter efetividade.

⁶⁰⁴ Citam-se, ainda, dispositivos afeitos a acordos que podem ter por objeto o arrefecimento da sanção no âmbito do seu cumprimento, após o término do regular processo penal, tais como os artigos 44 e 77 a 81 do Código Penal que estão, respectivamente: a prever a possibilidade de substituição das penas privativas da liberdade por restritivas de direito; e a suspensão condicional da pena. Citam-se ainda, as hipóteses de perdão judicial legalmente previstas, que, a teor do disposto no artigo 107, inciso, IX, do Código Penal, são causas de extinção da punibilidade. Entretanto, considerando que, nesses casos, a possibilidade de concessão do referido benefício necessita, via de regra, de uma previsão legal expressa vinculada a cada tipo penal no qual se cogitaria de sua aplicação, o âmbito de discricionariedade concedido à autoridade judicial é bastante limitado.

⁶⁰⁵ Sobre o tema, Marques Neto e Cybalista afirmam que “[o]bviamente não se trata de simplesmente admitir um direito, opção ou uma faculdade absoluta de o regulador abdicar da aplicação de uma penalidade. Evidentemente que o emprego de vias alternativas mais eficientes não pode ser confundido ou equiparado à mera arbitrariedade em abandonar ou descuidar do poder-dever de sancionar, no sentido mais amplo, ou seja, de oferecer resposta eficiente e dissuasiva à violação ocorrida. [...] Deverá tratar-se de uma decisão consciente, motivada, revestida

Em tal estágio da pirâmide regulatória, no qual se preveem hipóteses de aplicação discricionária da punição, deve-se reconhecer que uma composição satisfatória entre o particular e a autoridade pública pode ser, no que tange à preservação do interesse público em determinado conflito específico, uma resposta regulatória mais eficiente do que a aplicação de uma pena criminal.⁶⁰⁶

Há de se estruturar, portanto, um arcabouço normativo no qual a conduta daqueles particulares que, mesmo após o cometimento de um ilícito, estejam efetivamente dispostos a colaborar possa ser correspondida por uma postura também colaborativa por parte do poder público.

A eficiência de tal modelo necessita que, nas hipóteses de acordo, haja um comprometimento de todas as autoridades públicas que representam o sistema sancionatório estatal, sejam elas administrativas ou penais.

Caso contrário, posturas consensadas com as autoridades administrativas podem ser correspondidas por agentes públicos competentes para as medidas penais com uma resposta retaliativa ou vice-versa, frustrando-se, sob prisma da teoria da regulação responsiva, a criação de um ambiente regulatório propício àquele conjunto de estratégias ótimas de colaboração mútua entre regulados e reguladores.

Concretamente, é preciso evoluir na normativa brasileira atual, de modo a estabelecer dispositivos legais aptos a coordenar as esferas sancionadoras, prevendo de forma clara e objetiva, quando a adoção, por parte do agente regulado, de posturas colaborativas no âmbito administrativo, tais como acordos de leniência, acordos de não persecução cível, termos de ajustamento de condutas e composição civil dos danos, terão reflexos penais, bem como

de objetividade, moralidade, impessoalidade e dos demais atributos de que deve ser revestido um ato administrativo. O abandono da sanção não poderá ser discriminatório, ineficiente ou ainda contrário aos interesses públicos que seriam contemplados com a aplicação da sanção”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 27, ago./set./out. 2011, p. 12. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-FLORIANO-AZEVEDO-TATIANA-MATIELLO.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2021).

⁶⁰⁶ Sobre o tema, registram Fortini e Neto que “[a]s ferramentas de coerção de que dispõe o Estado são indispensáveis para que exista uma efetiva tutela dos interesses coletivos, de maneira que esses mecanismos encontram, sim, fundamento na prevalência do interesse público sobre o privado. O que não se pode admitir é que a sanção seja utilizada de forma irracional, disfuncional e de maneira autoritária, sem se sopesar as consequências advindas da sua aplicação no caso concreto. O abstracismo da norma punitiva não deve se sobrepor à valoração das nuances da situação enfrentada. Não é possível ter, como pressuposto, que o interesse público exija como resposta única a aplicação de uma sanção independentemente da circunstância enfrentada”. (FORTINI, Cristiana; FRANCO NETO, Eduardo Grossi. O acordo substitutivo de sanção na Nova Lei de Licitações como forma de atuação responsiva do Poder Público. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. I, p. 17-40, 2021).

definir quais serão os vínculos impostos aos agentes públicos protagonistas do sistema criminal diante da celebração e adimplemento de tais institutos negociais administrativos.⁶⁰⁷

Já o quarto e último estágio da pirâmide regulatória está reservado à aplicação de sanções de forma mandatória, sem qualquer espaço de discricionariedade para as autoridades públicas.

Referido estrato implica o reconhecimento de que, no Estado de Direito, o exercício da função sancionatória, em especial quanto à aplicação de penas de alta intensidade (justamente as *big guns*), há de ser o mais vinculado possível, sob pena de se permitir o uso arbitrário do aparato punitivo estatal ou uma aplicação casuística da lei com consequências extremamente graves.⁶⁰⁸

Sob tal perspectiva, o nível de discricionariedade na aplicação da sanção deve, idealisticamente, ser inversamente proporcional à sua gravidade, tanto que o direito penal, esfera na qual as sanções são as mais intensas na medida em que podem implicar uma atuação do Estado sobre a liberdade do indivíduo, é orientado por uma série de garantias e limites ao exercício da atividade sancionatória que lhe são exclusivos.⁶⁰⁹

Quanto aos tipos de mera transgressão administrativa, a colaboração desse último estágio regulatório reside na proposição de que a sua previsão legal deve ser evitada em relação às infrações penais graves com aplicação de penas altas sem espaço para qualquer atuação persuasiva.

Nesses casos, o grau de responsividade facultado à resposta estatal há de ser menor, pois as premissas em relação às garantias decorrentes da legalidade, mesmo aquelas de natureza formal, passam a ser de uma observância obrigatória, irrenunciável e inflexível,

⁶⁰⁷ Tal como ocorre, por exemplo, no regime dos crimes tributários, nos quais, nos termos do artigo 83 da Lei n. 9.430/96, se estabelece expressamente vínculo entre as esferas, na medida em que, em resumo, o parcelamento fiscal suspende a pretensão punitiva e o seu pagamento extingue a punibilidade. Sobre a relevância do tema da relação entre os acordos administrativos e a seara penal: SCALZARETTO, Adriano. *Efeitos penais dos acordos administrativos*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 157-160. Registre-se, todavia, que se diverge da posição do referido autor, no sentido de que os acordos poderiam implicar o afastamento da contrariedade dos comportamentos à ordem jurídica em razão de terem sido tolerados pela administração pública.

⁶⁰⁸ A questão do abuso de autoridade mereceu, inclusive, intervenção do legislador brasileiro, mediante a edição da Lei n. 13.869/19. Como bem observa Costa, “[a] grande tarefa do Direito Público sempre foi (e continua sendo) a de construir barreiras jurídicas contra os avanços do poder estatal sobre as liberdades e os direitos subjetivos”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 131].

⁶⁰⁹ Sobre a aplicação proporcional entre a intensidade de sanção e as garantias necessárias para sua aplicação também no âmbito do direito administrativo, Falavigno pondera que “o escalonamento de condutas pela sua gravidade deveria ser feito também internamente no Direito Administrativo, emprestando às condutas mais lesivas a aplicação de princípios fundamentais do direito penal, como a legalidade, a irretroatividade da lei mais punitiva, a culpabilidade, etc”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Acadmia, 2020. p. 185).

vinculando, já no plano mais abstrato, de forma analítica, qual a resposta por parte das autoridades estatais em face de uma possível violação da norma.

Tais condutas devem ser punidas mediante tipos penais representados por leis fechadas, diminuindo-se espaços discricionários para sua aplicação e reforçando o caráter excepcional dos tipos de mera transgressão administrativa, dentro, inclusive, do próprio sistema normativo penal, sob pena de, ao contrário de se propor qualquer avanço, defender-se o retorno a modelos autoritários.

Em síntese, as premissas da teoria da regulação responsiva podem ser muito úteis ao aperfeiçoamento do ordenamento jurídico penal brasileiro, em especial, no sentido de fomentar uma necessária mudança cultural, tanto dos agentes reguladores quanto dos regulados, no sentido de neles inculcar uma visão de função sancionatória como um dos vários instrumentos aptos a auxiliar e a estruturar uma ordem econômica capaz de concretizar os valores constitucionais que a fundamentam.⁶¹⁰

⁶¹⁰ O objetivo é conceber um sistema regulatório que, mediante análises empíricas customizadas, seja capaz de permitir: (i) prescindir-se da sanção em prol de medidas de reparação do dano e alteração de comportamentos futuros, sempre que tais estratégias permitam um retorno mais célere, econômico e eficiente à sociedade; (ii) individualizar o comportamento estatal em face do descumprimento de uma norma pelo particular, priorizando uma resposta ponderada sob uma perspectiva concreta de eficiência, multiplicando seus efeitos positivos e mitigando seus efeitos negativos a partir da análise de um conflito específico; (iii) a superação de uma visão meramente autoritária da intervenção estatal, convertendo-a em uma função a ser exercida de maneira justificada, procedimental, participativa, transparente e plural; (iv) o reconhecimento de que medidas punitivas não são as únicas formas de viabilizar a consecução de políticas públicas mais efetivas, bem como de prevenir infrações e delitos; (v) a superação da noção de interesse público vinculada exclusivamente à aplicação da pena, compreendida com a imposição de um mal em decorrência de outro, reconhecendo a possibilidade de preservação de valores coletivos também a partir de medidas persuasivas; e (vi) o reforço da noção de *ultima ratio* de estratégias regulatórias sancionatórias obrigatórias, cuja legitimidade pressupõe a ineficiência dos demais instrumentos colocados à disposição das autoridades para atingir os seus objetivos. Sobre as vantagens de se estabelecer providências públicas alternativas às sanções: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 27, ago./set./out. 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-FLORIANO-AZEVEDO-TATIANA-MATIELLO.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2021. Sobre o tema, Falavigno observa que há de se “construir um novo parâmetro de direito penal. O direito penal do risco, das velocidades ou do inimigo já se encontram debatidos – e criticados – à exaustão na doutrina, sendo necessário que se passe a construir um paradigma teórico de redução de incidência penal. Embora não ser esse o escopo deste trabalho, destaca-se que cabe à doutrina pátria iniciar o desenvolvimento de uma ciência do direito penal – e de novas ideias e teorias – que se coadunem com os princípios fundamentais dessa matéria, à moda da teoria garantista, de Luigi Ferrajoli. Ainda que, muitas vezes, os estudos atuais sejam voltados a explicar fenômenos da realidade, e não expor ideologias defendidas pelo próprio jurista que o desenvolve, como no caso do direito penal do risco, tem-se que tudo o que contraria as noções basilares da ciência penal é uma negação do que o direito penal realmente é. Teorias que fundamentam o direito penal expansionista, mesmo que explicadas de forma lógica e sistemática, são, portanto, carentes de legitimidade. O novo paradigma deve, sim, basear-se na necessidade premente de descriminalizações. Em que pese uma das teses desse livro ser o empréstimo de maior racionalidade ao processo legislativo, não se pode tal ideia sem partir do pressuposto de que é indispensável um prévio movimento descriminalizador, o qual deve reduzir o âmbito de abrangência da lei penal. Legislar menos, para legislar melhor”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 202).

A leitura, sob o prisma responsivo, dos tipos de mera transgressão administrativa, ao demonstrar a ineficiência de modelos regulatórios excessivamente punitivos, contribui para a sua aplicação racional, bem como para a sua coordenação com estratégias normativas alternativas àquelas de viés exclusivamente sancionatório.

5.3 Tipos de mera transgressão administrativa e a subsidiariedade penal

O reconhecimento de que os tipos de mera transgressão administrativa, observados determinados critérios, podem ter alguma legitimidade constitucional, não impede a discussão acerca de parâmetros aptos a limitar a sua utilização às hipóteses nas quais possam efetivamente contribuir para a construção de um sistema regulatório econômico eficiente.⁶¹¹

Sobre a pertinência em se conciliar aspectos dogmáticos com aqueles referentes à política sancionadora, Costa observa que *a dogmática somente poderá funcionar alheia a distorções se estiver diante de elementos legislativos elaborados a partir de bases mínimas de racionalidade; do contrário, seguirá sendo infrutífera.*⁶¹²

É a partir de tal sugestão de integração entre aspectos dogmáticos e critérios de política criminal a serem observados pelo legislador penal, que ganha relevância para a presente pesquisa o estudo do princípio da subsidiariedade penal.

5.3.1 Subsidiariedade penal

O Estado Democrático de Direito parte da premissa de que toda atividade estatal deve ter como finalidade precípua a preservação de direitos fundamentais de seus cidadãos mesmo que, para atingir tal finalidade, deva-se, diante de circunstâncias democrática e racionalmente justificadas, limitar-se o seu exercício.⁶¹³

⁶¹¹ Conforme assevera Díez Ripollés, não deve a doutrina penal se contentar com a tarefa de “assumir el arbitrio irracional del legislador e intentar atemperarlo mediante principios limitadores en el momento de la aplicación del derecho”, devem-se propor, também, critérios destinados à criação de legislação minimamente racional. DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidade de las leyes penales*. Madrid: Trota, 2003. p. 103.

⁶¹² COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. 261 p. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 122.

⁶¹³ Sobre a impossibilidade de uma intervenção estatal supressora dos direitos fundamentais no âmbito de um Estado Democrático de Direito: BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Do estrito cumprimento do dever legal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2005. p. 34. Em sentido similar, Silva expõe que no, Estado Democrático de Direito, há de se preservar o que o autor denomina “direitos fundamentais do homem”, reconhecendo uma “limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos pelo Estado que dela dependem”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 175-178).

A necessidade de manutenção do maior grau possível das diversas liberdades individuais próprias de uma sociedade plural, a ser obtida com o mínimo de sacrifício ao seu exercício, ressalta a relevância do princípio da subsidiariedade, que, nesse contexto, há de ser “interpretado ou utilizado como argumento para conter ou restringir a intervenção do Estado”.

614

Considerando tais premissas, é possível sustentar a vigência, a partir do modelo de Estado constitucionalmente adotado, de uma norma cogente segundo a qual a intervenção penal somente deve ser utilizada em *ultima ratio*.⁶¹⁵

O princípio da subsidiariedade do direito penal deve ser compreendido, em sua essência, como o reconhecimento de que essa modalidade de imissão legal, justamente por ser presumidamente a mais grave disponível às autoridades estatais, somente é legítima caso se verifiquem, de forma cumulativa:

- a necessidade, em benefício da manutenção de um ambiente permissivo às autonomias individuais, de criação de mecanismos públicos de intervenção normativa;⁶¹⁶

⁶¹⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O Princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 34. Impossibilidade dogmática de se abandonar a noção de subsidiariedade penal está endossada, também, na própria definição do conceito material de delito. Sobre o tema, Roxin aponta que “el concepto material de delito es previo al Código Penal y le suministra al legislador un criterio políticocriminal sobre lo que el mismo puede penar y lo que debe dejar impune. Su descripción se deriva del cometido del Derecho penal, que aquí se entiende como protección subsidiaria de bienes jurídicos”. (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remsal. 3. ed. Madrid: Civitas, 2003 t. 1, p. 51).

⁶¹⁵ Sobre a relação da subsidiariedade penal com o princípio da proporcionalidade que, por sua vez, é inerente ao próprio modelo de Estado de Direito, Roxin afirma que “[e]sta limitación del Derecho penal se desprende del principio de proporcionalidad, que a su vez se puede derivar del principio del Estado de Derecho de nuestra Constitución: Como el Derecho penal possibilita la más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer intervenir cuando otros médios menos duros no prometan tener um éxito suficiente. Pués supone una vulneración de la prohibición de exceso el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico”. Especificamente sobre a noção da subsidiariedade penal, o autor assevera que a intervenção criminal é “la ultima de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros médios de solución social del problema – como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc. -. Por ello se denomina a la pena como ‘ultima ratio’ de la política social”. Roxin sustenta, ainda, que a noção de subsidiariedade penal está também endossada pela própria definição do conceito material de delito, o qual “es previo al Código Penal y le suministra al legislador un criterio políticocriminal sobre lo que el mismo puede penar y lo que debe dejar impune. Su descripción se deriva del cometido del Derecho penal, que aquí se entiende como protección subsidiaria de bienes jurídicos”. (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remsal. 3. ed. Madrid: Civitas, 2003 t. 1, p. 65-67 e 51).

⁶¹⁶ Sobre o tema, registre-se que uma noção geral do princípio da subsidiariedade, em especial no âmbito econômico, permite sustentar que a própria utilização de intervenções normativas públicas menos intensas que a penal, tal como aquela administrativa, devem ser precedidas de estratégias regulatórias privadas. Sobre o tema, Costa pondera que “não apenas a sanção administrativa pode revelar-se mais efetiva no âmbito econômico. Vem se examinando, com grande interesse, a possibilidade de prevenção técnica ou interna às próprias empresas. Nessa linha, a título de exemplo, Hefendehl aborda a questão por meio de exame da tríade business ethics,

- a tentativa frustrada de salvaguardar o exercício coletivo de tais liberdades mediante as demais alternativas regulatórias estatais disponíveis;⁶¹⁷ e
- a expectativa racional de que a esfera penal possa ser eficiente com a maximização do gozo de direitos fundamentais, compreendidos a partir de um juízo de proporcionalidade entre a relevância do valor a ser resguardado e os ônus decorrentes da possibilidade de aplicação de uma pena privativa da liberdade.⁶¹⁸

A subsidiariedade penal possui, portanto, caráter misto: dogmático, na medida em que se trata de norma que pode ser depreendida do modelo estatal adotado; e político-criminal, uma vez que seu comando se destina, prioritariamente, àqueles responsáveis pela atividade legiferante.⁶¹⁹

corporate governance e *compliance*”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. 261 p. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 126].

⁶¹⁷ Ramacci afirma: “La considerazione che, invece, deve correttamente essere tratta dall’affermazione del canone dell’*extrema ratio* è che il ricorso alla normativa penale deve essere dettato dalla necessità e che dunque, prima de ritenerlo necessario, devono essere tentate vie di tutela diverse da quella che si risolve in una privazione della libertà individuale [...]. L’opzione penale si impone, dunque, soltanto quando si prefigurano impotenti, o abbiano già fallito, provvedimenti statali nei modi della politica sociale e si renda pertanto necessario il passaggio ai modi della politica criminale”. (RAMACCI, Fabrizio. *Corso di diritto penale*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2001. p. 18-21).

⁶¹⁸ Queiroz sustenta que “[...] a intervenção penal deve pressupor, necessariamente: a) a utilização e efetivo funcionamento dos instrumentos primários de prevenção do comportamento desviado e ter ainda presente todo o aparato de controle social já existente; b) que tais instrumentos utilizados, racionalmente utilizados, não bastem (fracassem) para dita prevenção e controle; c) possa o direito penal, subsidiando-os, concorrer, utilmente, para redução, a níveis toleráveis, do fenômeno delitivo. Exige-se, numa palavra, para ter lugar a extrema intervenção penal, necessidade e adequação dessa intervenção (proporcionalidade)”. (QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 58; 69-70). Em sentido similar: VARGAS José Cirilo de. *Do tipo penal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008 p. 3. Também na mesma linha, Fiandaca e Musco observam que “[...] l’utilizzazione della sanzione penale è legittima nella misura in cui si riveli uno strumento promettente in vista di un’efficace tutela del bene giuridico: laddove, invece, la prospettiva della sanzione punitiva appaia sin dall’inizio inidônea a conseguire l’obiettivo perseguito, il ricorso ad essa appare illegittimo perchè inutili e ingiustificati ne risulterebbero i costi a carico del singolo condannato”. (FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale: Parte Generale*. 7. ed. Bolonha: Zanichelli, 2014. p. 28-29).

⁶¹⁹ Sobre a função do princípio da subsidiariedade penal de estabelecer um elo entre a dogmática e a política criminal, pondera Greco que “[o] princípio seria, assim, porta de entrada de dados empíricos, criminológicos e criminalísticos sobre a prevenção do crime na discussão jurídica, permanente apelo a que se pense em alternativas à proibição e sanção penal. Sua importância básica é de ordem político criminal, vez que ele serve de orientação ao legislador, indicando-lhe quando deve recorrer à pena para coibir a prática de determinado comportamento e quando deve dispensá-la”. (GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. *Revista Jurídica do Ministério Público do Mato Grosso, Cuiabá*, n. 3, v. 2, p. 249-276, 2007. p. 266).

5.3.2 A crise da subsidiariedade penal

O caráter subsidiário do direito penal enfrenta um momento de crise. Um exemplo é a utilização excessiva dos tipos de mera transgressão administrativa no âmbito da regulação econômica.⁶²⁰

Tal circunstância está fundamentada sob duas premissas principais, uma de caráter sociológico, outra de viés normativo, são elas: a existência de um contexto social a demandar uma expansão penal, motivado pela sensação de que se estaria diante de uma sociedade de risco;⁶²¹ e o acatamento de tal anseio social mediante a adoção de uma política criminal expansionista.⁶²²

⁶²⁰ Sobre a crise da subsidiariedade, em especial no que toca ao direito penal econômico, Costa registra que “[...] há quem defenda que, no âmbito do direito penal econômico, o caráter subsidiário e fragmentário do direito penal deva ceder espaço. Isto porque a aplicação de pena a determinados comportamentos específicos consistiria em um meio frequentemente menos gravoso do que a instituição de uma rede de controle amplo, por meio de mecanismos administrativos, destinada a todos os atores do setor. Ademais, a busca por uma tutela “efetiva” significaria o estabelecimento de uma ‘proteção’ sem lacunas pelo direito penal”. A autora pondera que tal linha sofre críticas por descon siderar a perspectiva da pessoa que sofre a sanção. Cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. 261 p. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 129. A reforçar a crise da subsidiariedade penal no caso dos tipos de mera transgressão administrativa previstos no âmbito do direito penal econômico, destaca-se o fato de que eles têm a sua legitimidade lastreada em bens jurídicos supraindividuais. Em tal contexto, amplia-se o espectro de dignidade penal em relação àqueles delitos lastreados em comportamentos danosos ou arriscados às liberdades individuais, que, historicamente, sempre justificaram o direito penal. Sobre o tema, sustenta Hassemer que a legitimação da intervenção penal a partir de bens jurídicos supraindividuais demanda um cuidado especial, pois “[...] cuanto más difícil sea conciliar legítimamente una amenaza penal con un interes humano, tanto más cuidadoso se debe ser con relación a si se debe amenazar penalmente y cómo”. (HASSEMER, Winfried. *Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. Doctrina penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, ano 12, n. 45-48, p. 275-285, 1989. p. 283). Referida técnica legislativa, sob essa perspectiva, contribui para uma intervenção criminal na qual mitigada a noção de subsidiariedade.

⁶²¹ A noção de uma sociedade de risco tem como marco doutrinário a obra de Beck, datada de 1986, na qual o autor, ao analisar aquele momento histórico marcado pelo desenvolvimento de armas nucleares no auge da guerra fria, chama a atenção para a concepção de que o processo de inovação tecnológica próprio daquele contexto implicaria, necessariamente, uma sociedade de distribuição de riscos, agora em uma escala global, e não mais de alcance limitado e regional como aqueles do século XIX. Segundo Beck, os riscos atômicos, nucleares e de grande degradação ambiental resultantes do desenvolvimento científico passam a ter o potencial de destruir a humanidade, além de se caracterizarem pelo fato de não se concretizarem no momento presente, mas sim em uma projeção de futuro. O autor chega a afirmar que “[a] sociedade de risco é catastrófica. Nela, o estado de exceção ameaça a converter-se em normalidade”. (BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2001. p. 26-28).

⁶²² A demonstrar a adoção, pelo ordenamento jurídico nacional, de uma política criminal expansionista, exemplifica Falavigno que é comum, no Brasil, “[...] o uso do direito penal como recurso preventivo ante a ineficácia de uma lei, o que gera uma série de disposições penais, ao final de quase toda legislação, como meio de garantir futuramente a guarda de suas disposições”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 146).

Procurando explicar os motivos pelos quais se está diante de uma sociedade a demandar uma expansão penal, Silva Sánchez expõe que tal fenômeno tem como as suas principais causas:

- o surgimento de novos interesses e novos riscos;
- a institucionalização da sensação de insegurança, com a configuração de uma sociedade de sujeitos passivos;
- o descrédito da população nas outras esferas de proteção; e
- o efeito multiplicador desses fatores dentro de um contexto econômico cada vez mais supranacional.⁶²³

Percebe-se, assim, que, sob o prisma sociológico, o movimento expansionista penal e a utilização ampliada dos tipos de mera transgressão administrativa na seara das atividades empresariais partem do pressuposto de que uma realidade social-econômica cada vez mais dinâmica e inovadora implicaria, necessariamente, uma sociedade mais arriscada.

A partir de tal premissa, estabelece-se a correlação de que uma sociedade supostamente mais insegura estaria a demandar cada vez mais direito penal, este coletivamente presumido como instância regulatória com a maior capacidade de prevenir as novas condutas socialmente lesivas, auxiliando na superação da atual sensação geral de insegurança.⁶²⁴

Na medida em que tal demanda social por mais direito penal é efetivamente implementada no plano normativo, concretiza-se uma política criminal contemporânea, que está “progressivamente, abandonando aquela postura apoiada em considerações de valor (ou principiológicas), em privilégio de uma outra que releva apenas considerações de eficiência e utilidade social”, ampliando, pulverizando e antecipando o espectro de intervenção de tal modalidade regulatória.⁶²⁵

⁶²³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2008. p. 11-109. Costa aponta, ainda, como fator da expansão penal “a delegação do Estado para o privado de iniciativas que eram praticadas diretamente por órgãos estatais”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 117]. A afirmação de que a delegação de funções tradicionalmente públicas aos entes privados, ao impor o dever de fiscalização, acaba alimentando a esfera punitiva, embora pertinente, parece não ser a principal explicação para o aumento da regulação estatal. Sob tal prisma, também no caso de tais funções serem executadas diretamente por autoridades públicas, subsiste o dever de fiscalização sobre a sua execução sem excessos.

⁶²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2008. p. 58 a 64.

⁶²⁵ Sobre o tema: FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade. São Paulo: *IBCCRIM*, 2008. p. 103. Salvador Netto pondera que “a sociedade de riscos e a necessidade de tutela de novos bens jurídicos – justamente com as novas

Esse contexto fomenta a crise da subsidiariedade penal, na medida em que mitiga o seu pressuposto material fundamental: o de que tal instância normativa deve ser utilizada em último caso, porque estaria a tratar de condutas especialmente graves, capazes de justificar a aplicação de reprimendas nas quais se afetam direitos fundamentais essenciais, como a liberdade.⁶²⁶

5.3.3 Posição adotada

Não obstante se reconheça a atual crise pela qual passa o princípio da subsidiariedade penal, acredita-se, no que toca aos tipos de mera transgressão administrativa, que referida norma deve ser valorizada como um juízo crítico à sua utilização imoderada no âmbito regulatório econômico.⁶²⁷

Para a defesa de uma revalorização da subsidiariedade penal aplicável aos tipos de mera transgressão administrativa há de se questionar, inicialmente, a afirmação de que o atual

finalidades atribuídas ao direito penal – impõem o uso de tipos abertos, normas penais em branco e crimes de perigo, os quais operacionalizam o paradigma contemporâneo de criminalização”. (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo, Quartier Latin, 2006. p. 153-158).

⁶²⁶ Demonstração empírica do atual contexto de enfraquecimento do fundamento material do princípio da subsidiariedade se recolhe do fato de que a adoção de uma política criminal expansionista acaba implicando um ordenamento sancionatório no qual algumas responsabilidades batizadas como de natureza penal estão, em concreto, a cogitar de condutas com menor grau de lesividade e a propor sanções menos intensas que outras taxadas de administrativas. Sobre exemplos de responsabilidades ditas criminais sem a possibilidade de aplicação da sua sanção característica, tem-se a previsão legal da responsabilidade penal da pessoa jurídica, prevista no artigo 3º da Lei n. 9.605/98. Identificando tal circunstância, parte da doutrina passa a sustentar que não seria possível afirmar, em todos os casos, ser a esfera criminal, inequivocamente, aquela a prescrever as consequências mais graves disponíveis às autoridades públicas diante da prática de condutas normativamente proibidas, razão pela qual o ordenamento jurídico vigente, em relação à subsidiariedade penal, apontaria “para a necessidade de refletir sobre o conteúdo do princípio de forma mais detida, sugerindo-se adotar uma presunção, *prima facie*, afastável em casos concretos”, de que o direito penal teria natureza de *ultima ratio*. GRECO, Luis. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. *Revista Jurídica do Ministério Público do Mato Grosso*, Cuiabá, n. 3, v. 2, p. 249-276, 2007. p. 267-268. Em sentido similar: KÜHL, Kristian. Direito penal fragmentário e subsidiário. In: OLIVEIRA, William Terra de. *et al.* (org.). *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013.

⁶²⁷ Está-se a adotar, de forma parcial, a proposta de Costa no sentido de que as soluções para os problemas decorrentes de uma excessiva administrativização da intervenção criminal da economia há de passar pela concepção de uma política sancionadora integrada entre as esferas administrativa e penal, na qual “[...] três pressupostos mínimos precisam ser observados: a descriminalização, a consideração da subsidiariedade do direito penal e de sua fragmentariedade. Sem descriminalizar uma série de condutas já reiteradamente apontadas pela doutrina como descabidas, inúteis, desproporcionais ou disfuncionais não é possível atingir qualquer grau de racionalidade no direito penal econômico. E, sem racionalidade, tampouco é possível alcançar alguma efetividade”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. 261 p. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 123]. A adoção de tal linha é adjetivada de parcial, na medida em que a posição da autora, especificamente quanto aos tipos de mera transgressão administrativa, se aproxima de uma defesa da sua total invalidade, enquanto a presente pesquisa, observados critérios específicos, os admite como instrumento de regulação legítimo.

cotexto social implicaria uma sociedade de risco que estaria a exigir uma expansão criminal.

628

É preciso segregar o inegável reconhecimento de que se está diante de uma realidade socioeconômica na qual há o surgimento cada vez mais veloz de novos interesses e riscos sociais da conclusão, aqui tida como equivocada, de que tal fato ensejaria o surgimento de uma sociedade mais arriscada.

Não se deve admitir, assim, a afirmação de que estaríamos diante de uma “sociedade de risco”, compreendendo-se o termo como um contexto social mais arriscado do que aquele de outrora.

O que ocorre atualmente, em comparação ao passado, é que, diante de uma aceleração da evolução natural do conhecimento humano, tem-se uma diversificação dos riscos e da forma na qual eles se manifestam.⁶²⁹

Deve-se reconhecer que, no atual contexto social, os perigos se alteram de forma cada vez mais rápida, todavia tal dinamicidade da matriz de riscos não implica, necessariamente, a concepção de uma sociedade mais arriscada.⁶³⁰

⁶²⁸ Sobre a necessidade de se confrontar esse desafio preliminar, Silva Sánchez alerta ser quase impossível obter êxito em qualquer movimento de descriminalização, essencial ao resgate de algum grau de subsidiariedade penal, diante de um contexto social a exigir com frequência “una ampliación del Derecho penal en orden a la protección de intereses que no pertenecían a su ámbito clásico de aplicación”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2008. p.177.

⁶²⁹ Sobre o atual contexto de diversificação do risco, Souza observa que a sensação de insegurança resta agravada pela dificuldade de se imputar responsabilidades pelos riscos criados, na medida em que estes “[...] são difundidos e diluídos nas linhas de produção industrial e no encadeamento de atividades intelectivas que sucedem na realização de uma nova ideologia produtiva caracterizada pela especialização cada vez mais profunda a respeito de determinado elo destas cadeias por onde o risco se espalha, visto que, ocorrido um dano efetivo a certo bem jurídico, resta dificultoso, quando não impossível, individualizar as condutas dos envolvidos, para além de ser muito penosa a demonstração da culpabilidade de cada qual”. (SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito Penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 108-109).

⁶³⁰ Sobre o equívoco da premissa de que a sociedade atual seria mais arriscada que a do passado, assevera Malheiros Filho que “[...] em todo mundo a média de vida das pessoas aumentou muito com o passar dos últimos anos, obviamente porque os riscos são mais controláveis que outrora. A paulatina substituição da mecânica pela eletrônica, os progressos da Medicina, as tecnologias de prevenção de acidentes (há 30 anos os automóveis não tinham cinto de segurança nem apoio de cabeça... para não falar em air bags e freios ABS), as técnicas de segurança do trabalho, a expansão das fontes de energia limpa, tudo contribui para redução dos riscos e o prolongamento da vida humana, que é uma realidade numérica, estatística, palpável. Além disso o risco é inerente à vida e, por mais que seja reduzido, como acontece na ‘modernidade avançada’, não desaparece jamais. Isso não justifica que somente a sociedade hoje – e só ela – mereça o título de ‘sociedade de risco’”. (MALHEIROS FILHO, Arnaldo. *Direito penal econômico e crimes de mero capricho*. In: VILARDI, Celso Sanchez et al. (coords.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 92). Essa premissa de uma sociedade de risco, mais do que qualquer elemento concreto, parece ter, na realidade, uma premissa retórica na circunstância observada por Bauman, segundo a qual, atualmente, “[t]odos nós, ou pelo menos a maioria, nos transformamos em viciados em segurança”. (BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância líquida: diálogos com David Lyon*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 99). Aquele contexto catastrófico sugerido por Beck, passados mais de 35 (trinta e cinco anos) da sua obra, não se concretizou.

Em especial no âmbito econômico, se, de um lado, a rápida evolução tecnológica cria novos interesses passíveis de intervenção normativa, por outro, também está a propor soluções tecnológicas capazes de elidir, sem a necessidade de qualquer atividade sancionatória, riscos anteriormente existentes.⁶³¹

Ao superar a noção de uma sociedade necessariamente mais arriscada, passando-se para a noção de uma sociedade de riscos dinâmicos, pode-se também superar a proposição de que a solução seria sempre mais direito penal.

Em tal contexto, mais do que expandir a intervenção penal da economia é preciso adaptar-se.

Somente a partir de tal mudança de paradigma será possível romper com a institucionalização da insegurança representada pela criação de uma sociedade de sujeitos passivos, aprofundando o debate sobre a pertinência de outras providências, privadas ou estatais, que, a custos menores que aqueles impostos pela seara penal, podem ser mais eficientes em regular determinados mercados.⁶³²

Ainda no sentido de reforçar o equívoco da atual demanda social por uma expansão criminal, é preciso demonstrar que, na prática, a implementação de tal estratégia regulatória tem fracassado substancialmente em atender a expectativa nela depositada.⁶³³

⁶³¹ Sobre o tema, a afirmação de Brito: “Não é a ignorância, mas o saber científico que causa a maioria dos riscos. Igualmente, não é a omissão, mas sim a ação positiva do homem sobre a natureza, suas decisões e restrições que superam o domínio sobre ela e promovem o domínio do humano, que criam a ameaça, mas também são esperança de libertação da ameaça que ele criou”. (BRITO, Alexis Couto de. *Imputação objetiva: crime de perigo e direito penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 36). A criação de novos riscos é inevitável a partir do desenvolvimento do saber e das próprias ações humanas, mas também podem decorrer do próprio desenvolvimento tecnológico as soluções para mitigar os novos riscos criados. Citam-se, como exemplos, as contribuições que mecanismos de inteligência artificial têm promovido na evitação de fraudes, tanto no mercado financeiro quanto no mercado de capitais.

⁶³² Silva Sánchez afirma que a diminuição dos níveis de risco permitido é produto direto de uma sobrevalorização da segurança. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2008. p. 11-74. Sobre o tema, Naves expõe que, “[a]tualmente, encontra-se presente um modelo de sociedade orientado a uma restrição das esferas de atuação arriscada, se somando à sensação de insegurança, em nosso modelo social, a existência de protótipo de vítima que não assume a possibilidade de que o fato que sofreu deriva de uma “culpa sua” ou que, simplesmente, corresponda ao azar. Parte-se do axioma de que sempre há de existir um terceiro responsável a quem imputar o fato e suas consequências, patrimoniais e/ou penais”. (NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, assessoriedade administrativa e erro no direito penal*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p.26, nota 06).

⁶³³ Ao se demonstrar a ineficiência regulatória de modelos excessivamente punitivistas, pretende-se contribuir para uma superação do atual descrédito da população nas outras esferas normativas que não a penal e renovar o seu caráter subsidiário. Somente demonstrando o fracasso que a adoção acrítica de um modelo sancionatório penal expandido tem gerado em relação aos seus próprios propósitos será possível convencer o contexto social a cogitar de alternativas. Sobre o paradoxo criado pela premissa de que, diante de uma sociedade supostamente mais arriscada, a solução seria uma expansão penal divorciada de reflexões prévias sobre a sua pertinência, implicando uma política criminal ineficiente, que, por sua vez, motiva uma reposta sancionatória ainda mais ampliada, em verdadeiro círculo vicioso, pondera Falavigno que “[a] falta de qualquer embasamento empírico sobre a efetividade das políticas criminais aplicadas, juntamente com o cultivo atual do medo, traz a tendência de que a crítica do sistema resulte, paradoxalmente, na demanda por mais sistema”. (FALAVIGNO, Chiavelli

Ao contrário de representar qualquer eficiência preventiva quanto aos novos riscos sociais e econômicos, uma expansão penal excessiva sobre o ambiente econômico, apesar de se basear “no chamado princípio da eficiência, o qual busca, por meio do direito penal veloz e economicamente satisfatório, viabilizar a persecução e a punição de condutas criminosas, visando a, assim, diminuir a afetação de ditos bens jurídicos”, tem, na verdade, como observa Falavigno, “resultado no que se convencionou chamar direito penal simbólico, redundando, portanto, no extremo oposto do argumento que baliza sua criação”.⁶³⁴

Um argumento adicional à proposta de um resgate do princípio da subsidiariedade penal no âmbito da regulação econômica tem o de que a sua observância não é uma faculdade do legislador, mas consiste em seu dever constitucional-legal.⁶³⁵

No que toca à regulação das atividades econômicas, a questão da subsidiariedade da intervenção estatal encontra lastro constitucional e infraconstitucional expressos, nos termos, respectivamente, dos artigos 170, *caput*, incisos II, IV e parágrafo único, cumulado com 173,

Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 106).

⁶³⁴ A autora continua no sentido de que “[o] critério de eficiência é – ou deveria ser – útil, portanto, para que se analise não apenas a viabilidade da punição célere e eficaz por meio do direito penal, mas também para que se proponha, em muitos casos, sua redução e até seu abandono, como o uso de outras vias jurídicas mais apropriadas a essa função, seja por meio do direito civil ou do direito administrativo [...]. É preciso, portanto, que se realize um duplo e complementar juízo e respeito da carência de tutela penal: o de necessidade, que diz respeito à ausência de meios alternativos idôneos, e o de idoneidade, que analisa os custos advindos da incidência penal em termos de sacrifício de outros bens jurídicos, sobretudo a liberdade [...] se o direito penal deve ser *ultima ratio*, ainda mais excepcional deve ser o uso de técnicas legislativas extremamente problemáticas, como as apontadas nessa obra”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. P. 191-192; 207). Em sentido similar, Salvador Netto pondera que “[...] essa nova realidade apresenta dois problemas: o uso precoce do direito penal como única forma de tutela de um número cada vez maior de comportamentos e, em seguida, a frustração de expectativas, ante a constatação de sua ineficiência. Nesse caldo cultural, constata-se a ocorrência do chamado direito penal simbólico, que se concretiza pela impossibilidade de a norma cumprir seu papel de alteração social e controle de condutas indesejadas”. (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo, Quartier Latin, 2006. P. 153-158). Sobre o tema, Costa afirma que “[...] regulações extrapenais podem se mostrar muito mais adequadas e efetivas para a promoção das condutas tidas como positivas e desincentivo às negativas. Além disso, a própria sanção administrativa mostra-se, em diversas hipóteses, mais adequada do que a penal [...] é necessário racionalizar e coordenar não apenas o direito penal e o direito administrativo na área econômica, mas também as formas de regulamentação e autorregulação desse setor. Do contrário, a insistência em se adotarem estratégias sobrepostas e desarticuladas gerará perda de qualquer aptidão das três esferas”. [COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. 2013. Tese (Livro-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. P. 125-127].

⁶³⁵ Nas palavras de Queiroz, um direito penal orientado constitucionalmente “deve se ater àquelas condutas particularmente danosas, cuja repressão não se possa confiar a instâncias mais adequadas, e socialmente menos onerosas (que requeiram menores custos sociais), de controle social. Em síntese, o direito penal é um mal, mas um mal necessário, inevitável, que se impõe racionalizar e minimizar”. (QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. 2. ed. Del Rey, 2002. p. 52).

§ 4º, e 174 da Constituição, e do artigo 2º, inciso III, da Lei n. 13.874/2019, que instituiu a declaração de direitos de liberdade econômica e estabeleceu garantias de livre mercado.⁶³⁶

A leitura conjunta de tais dispositivos sugere que o modelo de ordem econômica adotado pelo nosso ordenamento jurídico excluiu as doutrinas liberais absolutas, permitindo a intervenção do Estado na economia tanto de forma direta quanto indireta.

A intervenção direta se dá com a exploração da atividade econômica pelo Estado, que se torna um dos agentes de mercado a concorrer com os demais, ressalvadas as hipóteses de monopólio da União, previstas no artigo 177 da Constituição Federal. É subsidiária, na medida em que permitida somente quando necessária ao interesse da segurança nacional ou ao relevante interesse coletivo, conforme estabelecido em lei.

A intervenção indireta, na qual o Estado atua como entidade normativa e reguladora da atividade econômica, também é subsidiária, porque admitida essencialmente para reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

A política econômica da nossa Constituição foi a de limitar a intervenção normativa do Estado nas atividades produtivas, considerando como fator principal as hipóteses em que necessário manter a estrutura de mercado em concorrência, premissa essencial ao funcionamento do modelo econômico adotado, que prioriza a liberdade de iniciativa sobre o dirigismo estatal.⁶³⁷

Note-se, todavia, que o caráter dogmático normativo da subsidiariedade penal somente faz sentido quando a relação entre a intensidade da pena legalmente prevista e os requisitos exigidos para a sua legitimação seja substantiva, independentemente dos rótulos impostos pelo ordenamento jurídico quanto à modalidade de responsabilidade que se deseja imputar.⁶³⁸

⁶³⁶ Sobre o tema: OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Liberdade econômica e Constituição de 1988. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (org.). *Lei de Liberdade econômica e ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: D'Placido, 2020. p. 119-132. Em sentido similar: CYRINO, André. SUTTER, Pedro. O princípio da subsidiariedade, a lei da liberdade econômica e a Constituição. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (org.). *Lei de Liberdade econômica e ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: D'Placido, 2020. p. 101-117

⁶³⁷ Sobre o tema: SILVA, Gustavo Henrique de Souza e. *O princípio da legalidade e o direito penal econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. P. 127-128. Em sentido similar, Prado assevera que “[...] ressalvadas as hipóteses previstas constitucionalmente, o Estado não deve intervir na atividade econômica, ou seja, apesar de legitimado para tal, está também limitado nos termos da própria Constituição”. (PRADO, Luiz Régis. *Direito penal econômico*. Belo Horizonte, Del Rey, 2013. p. 31).

⁶³⁸ Quanto mais grave a pena passível de ser empregada pela autoridade estatal, mais limites, entre eles, a sua escala no grau de subsidiariedade, devem ser impostos ao seu exercício ou, dito sob a perspectiva dos sujeitos destinatários da regulação, mais garantias devem ser previstas como exigência a serem cumpridas para a legitimação de sua previsão legal e aplicação. A partir da mesma premissa, Costa sustenta uma escada da subsidiariedade no campo do próprio direito administrativo, no qual campanhas educativas por exemplo, devem preceder à utilização do direito administrativo sancionador, que, por sua vez, deve preceder ao direito penal. Cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem*

Quando se estiver diante de uma responsabilidade batizada como de natureza criminal pelo legislador, na qual não haja, sequer em tese, a possibilidade de aplicação concreta da pena privativa de liberdade e que seja possível à esfera administrativa prever uma consequência mais grave, não se deve, como pondera parte da doutrina, sustentar uma relativização da subsidiariedade, mas, ao contrário, deve-se questionar a genuína natureza penal da aludida responsabilidade.⁶³⁹

Adotando-se uma concepção de responsabilidade penal em sentido estrito, limitada às hipóteses nas quais haja a possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade, parece não haver dúvidas de que a intervenção penal será sempre o instrumento de intervenção mais grave à disposição das autoridades estatais para regular determinadas condutas e, justamente por isso, há de ser utilizada em último caso.⁶⁴⁰

É exatamente o que ocorre nos tipos de mera transgressão administrativa, nos quais há uma maior possibilidade de aplicação discricionária de penas privativas de liberdade, aumentando o risco do exercício da função punitiva estatal mediante sua sanção mais intensa de forma arbitrária.⁶⁴¹

Tal técnica legislativa, portanto, não pode ser aleatoriamente concebida, deve-se limitar as hipóteses para as quais seja absolutamente essencial a criação de leis penais abertas,

como medida de política sancionadora integrada. 2013. 261 p. Tese (Livro-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 161-162.

⁶³⁹ Em sentido contrário: GRECO, Luis. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. *Revista Jurídica do Ministério Público do Mato Grosso*, Cuiabá, n. 3, v. 2, p. 249-276, 2007. p. 267-268. KÜHL, Kristian. Direito penal fragmentário e subsidiário. In: OLIVEIRA, William Terra de. et al. (orgs.). *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013.

⁶⁴⁰ Sobre o tema, Ramacci afirma que “[s]i palesa così la sussarietà del diritto penale, non solamente in coerenza con l’affermazione ideológica e, nel nostro caso, pertinente alla normativa costituzionale (art. 13, primo comma, Cost.) del privilegio della libertà individuale come diritto inviolabile, ma anche per la considerazione utilitarista che l’opzione penale comporta un elevato costo economico e sociale, moltiplicando gli interventi dello Stato in sede di controllo e di repressione e restringendo conseguentemente la sfera di libertà dell’individuo”. (RAMACCI, Fabrizio. *Corso di diritto penale*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2001. p.21). Em sentido similar, Sales afirma “[...] a ideia de tutelar penalmente tão-só valores de relevo constitucional explícito ou implícito não comporta correlativa obrigação para o legislador penal de criar tipos penais para a tutela de todos eles. Ulteriores critérios e princípios devem ser levados em consideração, tais como a *extrema ratio*, a ofensividade, o merecimento da pena, etc”. (SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2004. p. 144).

⁶⁴¹ Sobre o risco inerente à referida técnica legislativa pondera, Falavigno que “[...] a técnica dos poderes em branco é muitas vezes utilizada de forma proposital por Estados punitivistas, beirando a construção de um regime de exceção travestido pelo ordenamento jurídico. As normas penais que autorizam expressamente a remissão de seu conteúdo a membros do Executivo permitem uma intervenção maior deste no objeto material a ser tutelado, deixando margens à uma variação que obedeça aos interesses do governo. [...] Essa armadilha legais isentam o legislador de construir tipos transparentes, que permitam ou devam de modo calculável as condutas dos destinatários da lei. A consequência do uso dessa técnica legal em governos autoritários é a complementação de dispositivos penais por meio de um direito político”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 105, nota 203).

legitimadas por bens jurídicos supraindividuais, que, diante da sua rápida evolução, sejam valorados socialmente a partir de uma matriz axiológica dinâmica.⁶⁴²

É essa realidade valorativa volátil que exige, excepcionalmente, a admissão de um tipo penal representado por um enunciado legal aberto, cujo fechamento há de ser fundamentado por normas editadas por órgãos administrativos legalmente competentes, que, em tese, estão mais preparados para uma leitura técnica e célere das circunstâncias fáticas a justificar um veloz ajuste regulatório em benefício de sua eficiência.⁶⁴³

Admitindo-se que a utilização de tal técnica legislativa deve ser excepcional, o desafio passa a ser propor mecanismos concretos a orientar quais pressupostos devem ser observados pelo legislador para que a previsão dos tipos de mera transgressão possa contribuir para a construção de um sistema regulatório econômico eficiente.⁶⁴⁴

⁶⁴² Sobre o tema, Falavigno alerta que “[...] os tipos abertos, as normas penais em branco e as demais técnicas legislativas semelhantes devem ser combatidas, controladas, ou, ao menos minimizadas, uma vez que significam a adaptabilidade do sistema, constituindo estruturas elementares para sua reprodução”. Citando o exemplo do meio ambiente a autora pondera que “[...] é inegável que o meio ambiente necessita, para sua devida regulação, de normas de índole eminentemente técnicas, afeitas a espécies, a sementes, a épocas e formas de plantio, colheita e uso de agrotóxicos, etc., o que dificilmente poderia ser feito apenas pelo legislador. Tais normas, que necessitam de pareceres de especialistas da área, como agrônomos e biólogos, também precisam ser constantemente atualizadas, não apenas em razão das mudanças naturais, mas também em virtude das novas pesquisas e descobertas, as quais modernizam o manejo ambiental, apresentando formas que podem diminuir custos ou reduzir os danos naturais na agricultura. Ademais, deve-se admitir que o uso do meio ambiente é necessário à sobrevivência humana, de forma que, invariavelmente, alguns danos podem ser causados a esse bem jurídico, devendo o sistema apenas limitá-los e autorizá-los, quando justificados. O uso concomitante do direito administrativo deve permitir que ambos os sistemas sancionadores, penal e administrativo, dialoguem, de forma que não disponham de proibições contraditórias”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 195; 68-69).

⁶⁴³ A necessidade de se admitir relevância penal a instrumentos infralegais de natureza administrativa é exposta por Luisi: “Face esta nova realidade, ou seja, a exigência de uma produção legislativa rápida e quantitativamente de vulto, vem se operando uma distorção na estrutura de poderes do Estado. Ou seja: como decorrência da lentidão dos legislativos, vem sendo criados instrumentos normativos, cuja edição passa para a órbita do Poder Executivo, cabendo ao Legislativo, dentro da normalidade constitucional um trabalho de referendar as normativas provenientes do executivo. A rigor, atualmente o grande legislador não é mais o legislativo, mas os outros poderes, mormente o executivo”. (LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Atnônio Fabris Editor, 2003. p. 121). Sobre o tema, Bach salienta que “[...] o recurso a tais técnicas é inexorável, pois a atividade dinâmica e contínua de alguns setores sociais produziria uma inevitável e constante deterioração legislativa (aqui, o autor parte do pressuposto de que tais bens devem ser tutelados pelo direito penal). Acredita, também, que o conteúdo desses bens jurídicos se altera, seja por razões históricas, sociais ou econômicas, sendo um dos fatores que causa essa mudança e alteração das normas reguladoras”. (GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma penal em branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 156-161). A título de exemplo, é mais fácil prever e descrever legalmente uma conduta lesiva ou perigosa à vida, sendo tal tarefa mais complexa quanto à concorrência, ao sistema financeiro ou à ordem tributária. Aliás, no ambiente empresarial, o próprio conceito de risco não tem, necessariamente, uma concepção negativa, pois o termo há de ser concebido como uma incerteza que pode, inclusive, significar maior potencial de ganho atrelado a uma também maior probabilidade de perda. Tal circunstância dificulta a tarefa de se estabelecerem, a partir de um diploma legal estanque, os limites entre risco admitido e proibido.

⁶⁴⁴ Ao se admitir que a utilização de tais técnicas legislativas é excepcional, está-se a reconhecer a sua natureza de intervenção estatal subsidiária dentro do próprio sistema normativo penal. Sobre o tema, Falavigno pondera que o uso de tipos penais abertos, crimes de perigo e normas penais em branco deveriam “ser usados de forma parcimoniosa”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e*

Nesse contexto, ganha relevância o instituto dos estudos de impacto regulatórios, concebidos não só como mecanismos essenciais à decisão sobre a necessidade de alguma regulação pública em determinado mercado, mas também para se apurar qual deve ser a intensidade do modelo sancionatório estatal a ser proposto a partir de uma análise prévia acerca dos seus possíveis efeitos concretos.⁶⁴⁵

Tal providência já encontra base legal no ordenamento jurídico nacional, especificamente nos termos do artigo 5º da Lei n. 13.874/19, segundo o qual, no âmbito da administração pública federal, propostas de edição e alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários de serviços públicos devem ser precedidas da elaboração de estudos de impacto, no sentido de verificar a razoabilidade de suas consequências efetivas no mercado que se pretender regular.⁶⁴⁶

Referido dispositivo legal sinaliza um início de acolhimento, pelo sistema normativo brasileiro, de uma teoria da legislação cuja racionalidade seja orientada não só sob os prismas

demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 147).

⁶⁴⁵ Referido instituto “consiste em um instrumento de avaliação legislativa que pode ser realizado de forma prévia ou posterior à vigência da lei, de forma a apontar os efeitos reais da proposta. Tal instrumento faria parte da chamada Legística ou Legisprudência, que se trata de um ramo da ciência da legislação surgido na Alemanha na década de 70, o qual é voltado ao estudo de métodos e técnicas legislativas que visam melhorar, do ponto de vista formal e material, a qualidade dos atos legislativos. Os debates da Legística se refletem, principalmente, em três preocupações, quais sejam: o planejamento e a avaliação do impacto legislativo; a maior possibilidade de compreensão do texto legal, sua redação e organização, bem como a identificação das relações existentes entre ele e o sistema normativo já existente quando de sua entrada em vigor; e, por fim, a redução da quantidade de leis vigentes no sistema e sua ordenação, permitindo uma maior apreensão por parte de seus destinatários. Almeja-se, portanto, menos leis, porém com mais qualidade em sua formulação, emprestando racionalidade ao processo legiferante”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 209).

⁶⁴⁶ A matéria encontra-se regulamentada pelo Decreto n. 10.411/21. Sobre a pertinência de estudos empíricos prévios à edição de novos instrumentos regulatórios públicos, pondera Falavigno que se trata de providência “[...] essencial, uma vez que o legislador pode simplesmente se equivocar ao avaliar certa medida como adequada e necessária à promoção de um dado objetivo. Nesses casos Além de o estado de coisas perseguido não se realizar, ou dar-se em graus diversos do esperado, pode vir acompanhado de efeitos nocivos colaterais não desejados e não previstos. O legislador é, portanto, responsável, não podendo criar atos de forma contínua sem que esses gerem os efeitos para os quais foram confeccionados. Além de defraudar expectativas, muitas vezes, sobretudo no caso penal, direitos e liberdades podem estar sendo restritas como uma verdadeira ode ao nada”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 210). Sobre o tema, Fortini pondera que “[a] Lei 13.874/19 também inseriu a análise do impacto regulatório como medida importante a ser adequadamente tratada. O art. 5º determinou a realização da análise do impacto regulatório antes da edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados. Essa análise deve considerar os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico. Os estudos deverão ser norteados por uma metodologia e por quesitos mínimos”. (FORTINI, Cristiana; AMARAL, G. A Lei 13.874 (liberdade econômica) e o abuso do poder regulatório. *Conjur*, São Paulo, out. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-24/interesse-publico-lei-13874-liberdade-economica-abuso-poder-regulatorio>. Acesso em: 20 jan. 2021). A autora registra que a Lei n. 13.848/19 (Lei das Agências Reguladoras) também se ocupa do tema.

linguístico, jurídico-formal, teleológico e ético, mas que também considere aspectos pragmáticos, os quais podem ser decisivos para uma desejada eficiência regulatória.⁶⁴⁷

Uma valorização do princípio da subsidiariedade nos tipos de mera transgressão administrativa pode ser, portanto, concretizada a partir da exigência, como estágio prévio à sua previsão legal, da realização de estudo de impacto regulatório, aplicando-se, também na seara penal econômica, o disposto no artigo 5º da Lei n. 13.874/19.⁶⁴⁸

Em relação às críticas de que iniciativas do gênero poderiam acabar por burocratizar o já moroso processo legislativo, tem-se que a elaboração de estudos de impacto, ao contribuir para a racionalização da produção legal, reduzindo-se ou aperfeiçoando-se atos normativos sem qualquer potencial de efetividade e propondo alternativas extra legais viáveis à efetiva solução dos conflitos que estariam a fundamentá-las, está, na realidade, no longo prazo, a contribuir para uma desburocratização do sistema.⁶⁴⁹

⁶⁴⁷A defender uma teoria da legislação assim estruturada, bem como o seu diálogo com a dogmática jurídica: HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Racionalidade das leis penais e legislação simbólica*. Rio de Janeiro: GZ, 2014. p. 11-12. Sobre o tema, Scalcon propõe um conceito de legística, ressaltando a utilidade de um ramo de estudo que tenha por objeto “os resultados concretos da aplicação de uma lei em dado contexto social. Ela quer antecipar (avaliar previamente) ou elucidar (avaliar retrospectivamente) as possíveis razões de um déficit de realização dos fins intencionados, ou seja, da não confirmação da prognose do legislador sobre os reais efeitos da lei. Noutras palavras, intenta-se analisar os atos legislativos à luz da sua capacidade de produzir ambicionadas mudanças na realidade social, as quais teriam servido de justificativa para a própria emanação da lei”. (SCALCON, Raquel Lima. *Avaliação de impacto legislativo: a prática europeia lições para o Brasil*. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 54, n. 214, p. 113-130, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p113. Acesso em: 13 mar. 2021). Em sentido similar, sobre os benefícios de uma aproximação entre dogmática e teorias da legislação, de modo a tornar o processo legislativo mais objetivo, racional e, via de consequência, conter a produção exacerbada de tipos penais: FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 208.

⁶⁴⁸Sobre a relação dos estudos de impacto regulatório com o princípio da subsidiariedade, Fiandaca observa que, para legislar em matéria penal, deve-se atender a “l’esigenza – sulla quale concorda quase unanimemente la dottrina ordierna – che il legislatore si avvalga il piú possibile del contributo cognoscitivo fornito dal sapere sócio-criminologico: le indagini di tipo empírico, infatti, sono tendenzialmente le sole in grado di offrire dati probante, da un lato, rispetto alla effettiva dannosità sociale dei comportamenti da incriminare e, dall’altro, circa la reale efficacia dei diversi strumenti sanzionatori adottabili”. (FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale: Parte Generale*. 7. ed. Bolonha: Zanichelli, 2014. p. 28-29).

⁶⁴⁹Ao abrirem espaços na agenda legislativa para centrar o foco no que de fato deve ser normativamente regulado, os estudos de impacto normativos acabam contribuindo para uma boa governança legal, evitando dispêndio desnecessário de energia em iniciativas inócuas. Há de se registrar, ainda, que a morosidade dos processos legislativos não decorre, exclusivamente, dos procedimentos a serem observados para a sua implementação, pois muitas vezes a demora deve ser debitada às negociações políticas próprias do ambiente democrático. Prova disso é que, quando há votante política ou expectativa de ganho de popularidade, as iniciativas legislativas são extremamente céleres, o que ocorre com frequência em relação às pautas punitivistas, altamente populares diante da crença social atual de que a intervenção penal é uma solução universal para os mais complexos problemas sociais. Sobre o tema, Falavigno pondera que o mais importante para se evitar uma excessiva burocratização é localizar, entre as diversas fases existentes no processo legislativo, o momento adequado para a realização dos estudos de impacto. Cf. FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 210.

Está-se, assim, especialmente no âmbito da ordem econômica, em que a essência de toda regulação tem por fundamento fomentar a eficiência do sistema produtivo aos propósitos a que se destina, a reconhecer a imprescindibilidade de pesquisas empíricas como fundamento para justificar a subsidiariedade dos tipos de mera transgressão administrativa.⁶⁵⁰

Do contrário, ampliar-se-iam os espaços sancionatórios sem qualquer contrapartida de potencial eficiência regulatória, promovendo insegurança jurídica e implicando um ambiente econômico recessivo, lesivo aos próprios valores que visa a preservar.⁶⁵¹

Há de se consignar, ainda, que o fato de tal técnica legislativa ser utilizada, na maioria das vezes, como estratégia para regular penalmente bens jurídicos supraindividuais não gera uma incompatibilidade dogmática com a tese de que nos tipos de mera transgressão administrativa a noção de um direito penal de *ultima ratio* há de ser enaltecida.

Aliás, é diante de uma intervenção criminal lastreada em bens jurídicos supraindividuais, como é o caso dos tipos de mera transgressão administrativa, nos quais a justificação da legitimidade penal e o respeito aos seus limites formais essenciais são inequivocamente mais complexos, que o princípio da subsidiariedade penal deve ganhar especial relevância.⁶⁵²

⁶⁵⁰ No caso constitucional brasileiro está o de promover uma democratização da distribuição de riquezas, superando-se um contexto histórico de concentração de renda em parcela mínima da população. Sobre o tema, há quem defenda a teses da “[...] existência, no sistema constitucional brasileiro, de um direito difuso a um devido procedimento na elaboração normativa toda vez que um órgão estatal – Legislativo ou Executivo, por exemplo – proponha-se a elaborar novas normas. Tal procedimento envolveria o dever do proponente da norma de apresentar publicamente as razões pelas quais dita lei deve ser feita e sua devida fundamentação, de forma a justificar todo o processo. Como proponente se entende não apenas o que apresenta a proposição normativa, mas também o que tem competência para editar, de forma direta, as normas jurídicas. A justificativa deve conter razões e informações que abranjam necessariamente três pontos: qual o problema que a norma pretende resolver; qual o resultado esperado; e quais os custos e impactos que se pode antecipar de sua execução. O procedimento pode incluir a participação de interessados e o contraditório sobre os elementos da referida justificativa”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 211).

⁶⁵¹ O que se pretende é superar o círculo vicioso pelo qual, “[...] na maioria das vezes, essas novas penalizações vêm desacompanhadas de qualquer pesquisa de dados séria a ser realizada posteriormente, visando a comprovar a aplicabilidade das normas e, por óbvio, sua eficiência na redução daquele tipo específico de criminalidade. O atual estado da tutela penal pode ser resumido na seguinte perspectiva: criminaliza-se mais, ao invés de criminalizar-se melhor. Criminaliza-se tudo e, em consequência, nada é criminalizado com seriedade. A seletividade de condutas e o já referido princípio da ofensividade abrem espaço para um processo que visa a atender demandas eleitoreiras, bem como o clamor público e midiático, afastando-se da opinião de cientistas sociais, jurídicos e políticos, que bem poderiam direcionar a formulação das políticas criminais”. (FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 104).

⁶⁵² A defesa de uma valorização da subsidiariedade penal nos tipos de mera transgressão administrativa há de considerar a superação da concepção de um direito penal subsidiário como equivalente à adoção do slogan *direito penal mínimo*, compreendido como um “direito penal reduzido a um núcleo essencial de bens jurídicos individuais clássicos”. (GRECO, Luis. *Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da*

Registre-se, por fim, que a contribuição de uma reafirmação da noção de subsidiariedade da intervenção estatal não se limita ao âmbito interno do ordenamento jurídico sancionatório, mas também mediante a valorização de atividades públicas que não de ser proativas na promoção do bem estar coletivo.

A concretização de uma sociedade materialmente democrática há de ser obtida, prioritariamente, a partir da atuação estatal, compreendida como o adimplemento, por parte das autoridades constituídas, da sua obrigação em prover serviços públicos essenciais, assegurando aos cidadãos as condições básicas para o exercício de suas autonomias individuais e, via de consequência, promovendo-se um ambiente coletivo apto a um desenvolvimento socioeconômico plural e sustentável.⁶⁵³

Somente em segundo plano, deve-se cogitar de uma intervenção estatal, cujas hipóteses não de ser limitadas àquelas nas quais a restrição dos direitos fundamentais dela decorrente tenha como contrapartida a criação de um aparato normativo capaz de solucionar, de forma racional e eficiente, os conflitos naturais a qualquer ambiente democrático, preservando-se um contexto social o mais permissivo possível ao exercício das liberdades individuais.

Sob tal prisma, a subsidiariedade há de ser compreendida a partir de uma concepção dicotômica entre a atuação e a intervenção públicas, superando-se uma visão distorcida de que a referido princípio estaria a enfraquecer o papel das atividades estatais.⁶⁵⁴

subsidiariedade no direito penal. *Revista Jurídica do Ministério Público do Mato Grosso*, Cuiabá, n. 3, v. 2, p. 249-276, 2007. p. 269).

⁶⁵³ Sobre uma concepção mais ampla da subsidiariedade, na qual devem ser propostas alternativas fora do âmbito da intervenção estatal como elemento de deslegitimação de um direito penal desnecessário: QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 76; GRECO, Luis. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. *Revista Jurídica do Ministério Público do Mato Grosso*, Cuiabá, n. 3, v. 2, p. 249-276, 2007. p. 273.

⁶⁵⁴ A fundamentação política do princípio da subsidiariedade deve ser compreendida não só como uma “garantia contra a arbitrariedade”, na medida em que impõe a todas as autoridades o dever de “justificar seus atos no exercício de suas funções”, mas também deve ser interpretada como norma necessária “à preservação das individualidades, dentro de vários agrupamentos sociais [...]”. A subsidiariedade não deve ser interpretada como um princípio que propõe o Estado mínimo e débil, que se retrai a simples funções de vigilância, resguardo ou arbitragem. Com isto estaria declinando de toda promoção do bem-estar, de toda presença ativa para orientar e articular as atividades humanas. Não objetiva destruir as competências estatais, mas reordená-las, de maneira idônea e responsável”. (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 37). Segundo o autor, partindo das premissas de que no ambiente democrático “[q]ualquer tipo de estrutura deverá, primeiramente, considerar que as pessoas são diferentes entre si [...]” e que “o sistema social é caracterizado como meio para realizações das autonomias individuais, possibilitando formas de integração, a compreensão do princípio visa a proteção da autonomia da pessoa humana, face às estruturas sociais”. (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 14, 27 e 51).

Acredita-se que um ordenamento normativo assim concebido, em especial, quanto à regulação das dinâmicas atividades econômicas, ao concretizar o princípio da subsidiariedade como critério de integração racional entre os diversos âmbitos de atuação e intervenção estatais, será capaz de, ao mesmo tempo, potencializar as diversas autonomias individuais necessárias à inovação e à geração de riquezas, controlar, de forma eficiente e segura, eventuais comportamentos abusivos, tudo em consonância com as garantias constitucionais essenciais.

Em síntese, a partir da superação de que o atual contexto social gera uma sociedade de riscos, na qual uma expansão penal acrítica e administrativizada se apresente como única solução para a concepção de modelos regulatórios econômicos eficientes, deve-se propor uma previsão legal subsidiária, dentro do próprio sistema penal, dos tipos de mera transgressão administrativa.

Para tanto, há de se admitir que o princípio da subsidiariedade penal é norma vigente em nosso ordenamento jurídico, o qual propõe, ainda, mecanismos concretos a orientar, sob o prisma técnico, quais pressupostos devem ser observados pelo legislador para sugerir dispositivos sancionatórios sobre as atividades empresariais, tudo com o objetivo de criar um sistema normativo adequado ao comando constitucional de promover uma ordem econômica orientada pela coordenação entre a atuação e a intervenção públicas.

CONCLUSÃO

Diante da revisão bibliográfica realizada e das impressões críticas do aluno acerca dos temas abordados, obtêm-se as seguintes considerações conclusivas:

01. Os tipos de mera transgressão administrativa são aqueles cujo enunciado, sob a ameaça de aplicação de uma pena privativa de liberdade, se limita a sinalizar um dever geral de obediências às determinações administrativas, delegando-se aos atos normativos infralegais objeto de remissão legal a complementação da descrição das condutas incriminadas e do conteúdo do tipo objetivo.

02. Optou-se pelo termo tipos de mera transgressão administrativa, e não crimes de mera desobediência administrativa, com a finalidade de reforçar que, em tais estruturas típicas, não é possível denotar da lei penal a abrangência completa da proibição, havendo a necessidade de seu fechamento, já no âmbito das condutas abstratamente descritas pelo tipo objetivo, a partir de uma integração crítica entre o enunciado normativo aberto e os atos infralegais por ele referidos.

03. A tensão existente entre os tipos de mera transgressão administrativa e as garantias aplicáveis ao direito penal deve ser considerada de forma independente da sua conceituação, valorizando-se os próprios princípios constitucionais como fundamentos para a sua crítica dogmática e hermenêutica, essencial ao desenvolvimento da atual regulação criminal das atividades econômicas, pródiga em estruturas típicas assim concebidas.

04. A regulação estatal da economia, justamente em razão de exigir incriminações mediante leis penais abertas, mais rapidamente ajustáveis à enorme dinamicidade que caracteriza as atividades produtivas atuais, é terreno fértil para o estudo dos tipos de mera transgressão administrativa.

05. Adota-se um conceito enumerativo de direito penal econômico, compreendido como aquela categoria didática do direito criminal, sem autonomia dogmática, legitimada por bens jurídicos supraindividuais, na qual estão incluídos o conjunto de tipos representativos de uma intervenção penal sobre as atividades produtivas em sobreposição às regulações de natureza administrativa. Tal posição se justifica em face do reconhecimento acerca da impossibilidade de se estabelecer um conceito de direito penal econômico a partir de características dogmáticas únicas comuns aos delitos por ele abrangidos.

06. A administrativização do direito penal econômico consiste em fenômeno de difícil reversão, pois a contribuição da esfera administrativa não pode ser ignorada diante da

pretensão de se conceber um sistema sancionatório cuja eficácia está relacionada à sua capacidade de atualização e especialização. Trata-se de fenômeno fundamentado em aspectos socioculturais inerentes à realidade do atual estágio de desenvolvimento das atividades produtivas. Seus reflexos dogmáticos não de ser sistematizados a partir do desafio de coordenar os ideais de uma regulação econômica eficiente e de preservação da função de garantia a ser desempenhada pelo tipo penal.

07. Os elementos normativos do tipo são aquelas expressões utilizadas na lei penal cuja delimitação do significado se dá a partir de outras normas jurídicas, morais, culturais ou éticas, as quais desempenham a função de fornecer parâmetros interpretativos acerca da abrangência das condutas já integralmente descritas pelo enunciado normativo.

08. As leis penais em branco são aquelas cuja definição do preceito normativo fundamentador do injusto que representam depende de sua integração com atos normativos extrapenais aos quais o seu enunciado faz referência. Já os elementos em branco da lei penal são as expressões utilizadas na redação das leis penais em branco que implicam a delegação parcial da definição do preceito normativo, cuja infração deve ser descrita pelo tipo, a atos regulatórios extrapenais.

09. Os elementos de valoração global do fato são expressões constantes da lei penal que, ao mesmo tempo, apresentam pressupostos genéricos do fato incriminando e fazem referência à sua realização concreta como ilícita, fundamentando a norma a ser violada. A sua verificação exige, para se afirmar a tipicidade, um juízo positivo da ilicitude, que, caso presente, afasta a possibilidade de causas de justificação. Ao exigir a confirmação da ilicitude material da conduta, já no âmbito da categoria da tipicidade, mitigam-se os ônus decorrentes da amplitude das condutas incriminadas a partir da utilização de tais expressões na lei penal.

10. Os elementos normativos do tipo, os elementos em branco das leis penais e os elementos de valoração global do fato, na medida em que são concebidos a partir de pressupostos lógicos vinculados a uma ou mais normas, devem ser sistematizados como espécies de uma categoria mais ampla, denominada elementos normativos da lei penal.

11. A diferença substancial entre os elementos normativos do tipo e os demais elementos normativos da lei penal reside no fato de que aqueles se limitam a uma contribuição hermenêutica do âmbito da proibição, enquanto estes vão conformar o preceito normativo cuja infração legitima a aplicação da sanção legalmente prevista.

12. Nos tipos representados por elementos em branco da lei penal, a contribuição das normas complementares, para efeito da compreensão completa do preceito normativo, se dá

no âmbito da definição da antinormatividade da conduta em seu plano abstrato, que, embora esteja a exigir, por conta da abertura da lei, um juízo positivo de ilicitude, não é incompatível com a possibilidade de se admitirem, excepcionalmente, causas de justificação.

13. Nos tipos representados por elementos de valoração global, as normas legalmente referidas contribuem para a conformação do conteúdo típico mediante uma dupla função, definindo aspectos gerais quanto à descrição da conduta incriminada, mas, também, como indicação definitiva acerca da sua ilicitude material, cuja afirmação coincide com a confirmação do injusto.

14. Os tipos penais de mera transgressão administrativa exigem, para a sua representação legal, a utilização, no enunciado normativo, de elementos em branco das leis penais ou de elementos de valoração global do fato. Somente a partir da presença dessas modalidades de remissão normativa – nas quais se delega às normas complementares administrativas referidas na lei parte relevante da descrição das condutas incriminadas e da definição completa do conteúdo do injusto –, pode-se classificar determinada estrutura legal como um tipo de mera transgressão administrativa.

15. Nos tipos de mera transgressão administrativa representados por leis penais em branco, a definição do dever de agir ou não agir, que fundamenta o injusto penal, é extraída da leitura integrada da lei penal e dos atos normativos administrativos ao quais ela faz referência; do contrário, o aludido enunciado normativo é um continente sem conteúdo, uma mera tautologia.

16. Nos tipos de mera transgressão administrativa representados por leis penais nas quais utilizados elementos de valoração global do fato, a aferição da descrição da conduta incriminada e de sua ilicitude material, ambas a serem expressas pelo juízo de tipicidade, depende da limitação da compreensão das referidas expressões a partir de sua integração às premissas axiológicas constantes de algum regramento administrativo vigente de forma sobreposta à regulação criminal.

17. Adota-se, no presente estudo, o termo acessoriedade, e não assessoriedade, administrativa, pois, no caso dos tipos de mera transgressão administrativa, para a afirmação da tipicidade objetiva da conduta incriminada, o direito penal será acessório ao direito administrativo.

18. Propõe-se um deslocamento da noção de acessoriedade administrativa do conjunto de espécies de remissão normativas, posicionando-a como um possível resultado da adoção de tal técnica legislativa na redação típica. É a espécie de remissão normativa utilizada pelo

legislador que pode indicar a modalidade de acessoriedade administrativa a ser verificada em determinado tipo penal.

19. A utilização de elementos normativos do tipo, inclusive aqueles de caráter negativo, geralmente implica uma acessoriedade conceitual entre o direito penal e o administrativo. Já a utilização de elementos em branco da lei penal ou de elementos de valoração global do fato geralmente implica uma acessoriedade administrativa normativa geral ou individual entre as referidas esferas regulatórias.

20. Se a espécie de remissão normativa utilizada na redação da lei que representa o tipo indica a modalidade de acessoriedade administrativa verificada, esta, por sua vez, orienta o grau de dependência entre o direito penal e o direito administrativo estabelecido pelas aludidas estruturas incriminadoras.

21. Embora seja inegável que, nos tipos de mera transgressão administrativa, está-se a cogitar de uma intervenção penal lastreada axiologicamente na obrigação geral de se obedecer às normas administrativas, sua interpretação, a partir das garantias aplicáveis especificamente à esfera penal, sugere que, em tais estruturas típicas, há uma relação de relativa dependência entre o direito penal e o administrativo.

22. A análise da relação do princípio da legalidade com os tipos de mera transgressão administrativa se dá a partir do caráter dicotômico da referida norma constitucional, exigindo uma justificação material e formal da intervenção penal, limitando a concepção e a aplicação de qualquer norma incriminadora à existência, prévia, escrita, estrita e taxativa, de atos normativos com lastro na lei, nos quais se descrevam condutas lesivas ou perigosas a valores socialmente reconhecidos, sob pena de aplicação da sanção legalmente prevista.

23. Nos tipos penais de mera transgressão administrativa, em razão de sua representação se dar por meio de leis abertas, faz-se necessária uma reflexão especial acerca de critérios aptos a conciliar a necessidade de uma estrutura típica capaz de delimitar de forma razoável o seu conteúdo, com a exigência de uma regulação penal econômica mais fluída e administrativizada.

24. Nos tipos de mera transgressão administrativa, ao se delegar aos atos normativos infralegais a tarefa de descrever parte das condutas que integram o tipo, também há de se exigir destes, como critério geral para se aferir a sua legitimação para complementar uma intervenção criminal, uma aproximação ao regime jurídico penal.

25. Adota-se a noção de bem jurídico penal como pressuposto do conceito material de crime, cuja função deve se limitar à legitimidade da intervenção penal a partir da exigência de

que qualquer incriminação somente pode ser concebida e aplicada caso haja lesão ou risco a valores pré-normativos, com relevância reconhecida, de forma expressa ou implícita, no texto constitucional.

26. Considerando que os tipos de mera transgressão administrativa são estruturas lastreadas parcialmente na violação de atos normativos vinculados à gestão pública, para efeito de sua legitimação material, há de se ultrapassar a posição tradicional de que as funções estatais seriam sempre atividades neutras axiologicamente, afastadas do conceito de bem jurídico penal, superando-se a afirmação de que o exercício da atividade regulatória administrativa se diferenciaria inexoravelmente daquela penal legislativa, porquanto estaria sempre isenta de qualquer limite material com carga axiológica.

27. A função estatal regulatória apta a complementar os tipos de mera transgressão administrativa, embora vinculada a autoridades ligadas ao Executivo, tem conteúdo material normativo penal, razão pela qual o seu exercício deve atrair premissas afeitas a tal regime jurídico, entre elas, a observância da concepção material do princípio da legalidade.

28. Nos tipos de mera transgressão administrativa, a intervenção incriminadora estará legitimada materialmente pela integração de um dever geral de obediência às regulações administrativas previsto na lei, com uma análise crítica apta a selecionar quais atos infralegais objeto da remissão têm dignidade penal. Há, em tais estruturas típicas, uma aproximação entre o exercício das funções normativas administrativas capazes de lastrear o tipo e o conceito de bem jurídico penal, especificamente, no que toca à sua tarefa comum de limitar racionalmente tal modalidade de regulação estatal.

29. Nos tipos de mera transgressão administrativa, devem ser aplicadas aos complementos administrativos que integram o tipo as determinações decorrentes do postulado de uma lei prévia, admitindo-se, sempre que a sua modificação altere o conteúdo da conduta tipificada, a irretroatividade da norma mais gravosa, a retroatividade da norma mais benéfica, a ultratividade das normas excepcionais ou temporárias mais gravosas, a irretroatividade das normas excepcionais ou temporárias mais benéficas, salvo se estas últimas estiverem a admitir a possibilidade, não anteriormente prevista, de lesão ao objeto que motivou a incriminação.

30. Nos tipos de mera transgressão administrativa, os atos normativos administrativos podem complementar o tipo sem violar o postulado da reserva legal, o qual não deve ter caráter absoluto. Para tanto, a concepção dos atos normativos complementares deve observar as atribuições de competência determinadas pela lei e as restrições similares àquelas necessárias à legitimação de qualquer incriminação.

31. Nos tipos de mera transgressão administrativa, em observância ao postulado de lei estrita, estão vedadas tanto a analogia *in malam partem* como a sua interpretação extensiva, impondo-se ao aplicador do tipo um juízo restritivo de tipicidade objetiva, inclusive quanto à depuração de quais atos normativos complementares objeto da remissão legal devem ser considerados aptos a contribuir em matéria penal.

32. Uma regulação econômica pouco taxativa gera insegurança jurídica, impede um desenvolvimento econômico eficiente, resultando em reflexos contrários ao seu próprio propósito.

33. Nos tipos de mera transgressão administrativa, a conciliação entre a necessidade de uma regulação mais ampla e dinâmica e o postulado de uma lei certa deve ser obtida a partir da valorização do princípio da ofensividade penal, mediante a exigência de que tais estruturas típicas sinalizem, no seu texto legal e nos atos administrativos por ele referido, que só serão aptas a complementar o tipo aquelas transgressões capazes de gerar lesão ou risco ao objeto legitimador da intervenção penal. Esse juízo restritivo quanto aos atos normativos capazes de integrar um tipo administrativizado, oponível aos agentes reguladores tanto legais quanto administrativos, também se aplica aos seus intérpretes.

34. A forma pela qual representados legalmente os tipos de mera transgressão administrativa, ao estreitar a relação entre as funções sancionadoras administrativa e penal, traz complexidade à tarefa de se definir, em especial no plano abstrato da incriminação, qual deve ser a abrangência de cada uma dessas esferas regulatórias estatais.

35. Nos tipos de mera transgressão administrativa, a diferenciação entre a esfera regulatória administrativa e penal, sob o prisma de um conceito material de crime capaz de restringir a intervenção criminal, deve ser obtida mediante a aplicação conjunta das teorias desenvolvidas sobre o tema, admitindo-se que: ambas as esferas sancionatórias são criações normativas; os regimes jurídicos aplicáveis a cada uma delas são distintos quanto às regras de imputação e procedimento; e que a regulação penal pode exigir um grau maior de desvalor da conduta, do resultado danoso, bem como basear-se em critérios ético-sociais e objeto de tutela mais restritos em relação àquela administrativa.

36. Nos tipos de mera transgressão administrativa, sob o prisma do conceito analítico de crime, deve-se adotar a premissa de uma tipicidade penal com função qualificadora, mediante o critério da ofensividade, apta a selecionar quais os ilícitos, representados pelas infrações administrativas sinalizadas de forma geral pelo enunciado legal, poderão compor o estrato, mais restrito, do injusto penal.

37. Nos tipos de mera transgressão administrativa, desde que fique demonstrado, a partir dos critérios mais restritos quanto à sua tipicidade objetiva em relação às infrações administrativas referidas em seu enunciado legal, que o mesmo sujeito possa, em razão dos mesmos fatos, sofrer consequências punitivas em ambas as esferas, deve-se aplicar, com base na regra da necessidade decorrente do princípio da proporcionalidade, a norma do *ne bis in idem*, impedindo a cumulação das sanções, prevalecendo, desde que presentes todos os seus requisitos, aquela de natureza penal.

38. Nos tipos de mera transgressão administrativa, considerando que a sua estruturação legal exige, para fins de eventual responsabilidade penal, a afirmação prévia de uma infração administrativa, há de se afastar a afirmação de que haveria uma independência absoluta entre as instâncias. Deve-se, portanto, admitir que as decisões definitivas obtidas em regular processo administrativo a reconhecer a ausência de transgressão do ato infraregal vinculam a esfera penal. Já as decisões administrativas condenatórias não impedem a possibilidade de afastamento judicial da tipicidade penal objetiva, na medida em que os requisitos da responsabilidade penal são mais restritos do que aqueles de natureza administrativa.

39. As sugestões de conceber sistemas sancionatórios econômicos orientados por um direito penal de duas velocidades, direito de intervenção ou direito administrativo sancionador, são insuficientes como solução aos problemas decorrentes do uso excessivo de tipos de mera transgressão administrativa, pois não consideram que, em tais estruturas típicas, o grau de eficiência de cada modalidade regulatória somente será aferido mediante uma análise do caso concreto, sendo impossível, no plano abstrato da previsão legal, segregar, de forma definitiva, as esferas administrativa e penal.

40. A proposta de uma regulação responsiva, ao fornecer fundamentos teóricos sólidos a demonstrar a ineficiência de modelos regulatórios econômicos excessivamente sancionatórios e ao propor estratégias concretas aptas à construção de sistemas capazes de apresentar soluções adequadas mediante as especificidades de cada conflito, pode trazer grande contribuição para a modulação dos tipos de mera transgressão administrativa, conciliando a dinamicidade necessária a tal estratégia legislativa com a racionalização da expansão penal que dela pode decorrer.

41. A previsão dos tipos de mera transgressão administrativa no âmbito econômico, diante dos ônus decorrentes da possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade a partir de tipos representados por leis abertas, bem como em razão de disposições

constitucionais e legais vigentes em nosso ordenamento, deve ser subsidiária dentro do próprio sistema normativo penal, limitando-se sua legitimidade a partir de estudos regulatórios empíricos que possam demonstrar sua potencial eficiência.

REFERÊNCIAS

ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Derecho Penal económico: consideraciones jurídicas y económicas*. Lima: Idemsa, 1997.

ADRIASOLA, Gabriel. *Juez legislador y principio de taxatividade*. In: DALBORA, José Luis Guzmán (coord.). *El penalista liberal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

AFTALIÓN, Enrique R. *Derecho Penal Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1955.

AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de la proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: EDESA, 1999.

AMATO, Astolfo di. *Diritto penale dell'impresa*. 5. ed. Milano: Giuffré, 2003.

ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Milano: Giuffrè, 1983.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale: parte generale*. 15.ed. Milano: Giuffré, 2009.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ARÊDES, Sirlene Nunes. *Limites constitucionais ao poder legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções*. 2013. 353f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.

ARGUELHES, Diego Werneck. LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Revista PUC Direito, Estado e Sociedade*, n. 6, p. 6-50, jan./jun. 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2012.

AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. *Responsive Regulation: Transcending the deregulation debate*. 1. ed. New York: Oxford University Press, 1992.

AZEVEDO, Tiago Lopes de. *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

BACH, Marion. *Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem e proporcionalidade*. Londrina: Thor, 2022.

BACIGALUPO, Enrique. La instrumentalización técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente. *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 5, p. 191-213. 1982.

BACIGALUPO, Enrique. “*Compliance*” y *derecho penal*: prevención de la responsabilidad pena de directivos y de empresas. Buenos Aires: Hammurabi, 2012.

BACIGALUPO, Enrique. *Cuestiones penales de la nueva ordenación de las sociedades y aspectos legislativos del Derecho Pénal económico*. Buenos Ayres: Depalma, 1974.

BAJO FERNANDÉZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2010.

BAJO FERNANDEZ, Miguel. Concepto y contenido del Derecho Penal Económico. In: MIR PUIG, Santiago; MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis; GALLEGO SOLER, José-Ignácio; BELLO REGIFO, Carlos Simón (orgs.). *Estudios de Derecho Penal Económico*. Caracas: Livrosca, 2002.

BALDOMIRO DÍAZ, Raúl A. (Ir) retroactividad de las norma complementaria de una Ley Penal en Blanco. *Polit. Crim.*, v. 4, n. 7, jul. 2009. p 125-150. Disponível em: http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_07/Vol4N_7A4.pdf. Acesso em: 03 jun. 021.

BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. Really Responsive Regulation. *LSE Studies Working Paper*, n. 15, 2007.

BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. As fronteiras do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador: um ensaio sobre os critérios de distinção entre o crime e a infração administrativa. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (orgs.). *Limites ao poder punitivo: diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância líquida: diálogos com David Lyon*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BECHARA, Ana Elisa Libertore Silva. Critérios políticos-criminais da intervenção penal no âmbito econômico: uma lógica equivocada. In: FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael (coord.). *Direito penal econômico: questões atuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BECHARA, Ana Elisa Libertore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos objetivos no Direito Penal contemporâneo*. 2017. Tese (Titularidade) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

BECHARA, Ana Elisa Libertore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018.

- BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2001.
- BELEZA, Tereza Pizarro; PINTO, Frederico Lacerda da Costa. *O regime legal do erro e as normas penais em branco: ubi lex distinguit*. Coimbra: Almedina, 2001.
- BIERMAN, S.H.; FERNANDEZ, L.F. *Teoria dos jogos*. 2. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2011.
- BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Tradução: José Luiz Guzman Dalbora. Montevideo: B de F, 2010.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral 1*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; BRENDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional & contra o mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, p. 207-225, 2017.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 267-296, jul./ago. 2010.
- BOTTINI, Pierpalo Cruz. O que é compliance no âmbito do direito penal? *Conjur*, São Paulo, abr. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance>. Acesso em 20 jan. 2022.
- BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema à luz do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro, Forense, 2002.
- BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato. In: *NOVISSIMO Digesto Italiano*. Turim: Utet, 1973.
- BRITO, Alexis Couto de. *Imputação objetiva: crime de perigo e direito penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.
- BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Do estrito cumprimento do dever legal*. Porto Alegre: Fabris, 2005.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. t. I.
- CARDOSO, Raffaella. *Delitos econômicos de desobediência administrativa: consequências da omissão da Administração Pública*. 2018. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo, 2018.

CARDOSO, Rafaella. *Proteção penal ambiental e acessoriedade administrativa: funções e limites de atuação legítima*. Uberlândia: LAECC, 2021.

CARNELÓS, Guilherme Ziliani. *A “independência das instâncias”*: investigação sobre origem e critérios de aplicação na esfera penal. 69f. 2021. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito Penal Econômico) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021.

CARO CORIA, Dino Carlos. El principio de *ne bis in idem* en la jurisprudência del Trínual Constitucional, *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, São Paulo, v. 15, n. 66, p. 9-52, maio./jun. 2007.

CARVALHO, Érika Mendes de. Limites e alternativas à administrativização do Direito Penal do Meio Ambiente. *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, São Paulo, v. 19, n. 92, p. 299-336, set./out. 2011.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Técnica legislativa*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CASEMIRO, Pablo Rando. *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador: un análisis de política jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

CEREZO MIR, José. Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo. *III Jornadas de catedráticos y profesores agregados de Derecho penal*. Universidad de Santiago de Compostela, 1975.

CERVEIRA, Fernanda Pessôa. *Fundamentos do poder administrativo sancionador: o exame da culpabilidade da sanção administrativa*. 2005. 134f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CERVINI, Raul. Macro o extracriminaiad económica: aproximación conceptual y metodologia. In: REYA ALFARO, Luis Miguel (coord.). *Nuevas Tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Lima: Ara, 2005. p. 207-255.

CERVINI SANCHES, Raúl. Direitos humanos e direito penal: alcance e sentido dos processos de desinstitucionalização. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 6, n.2, p. 91-117, abr./jun. 1993.

CHAGAS, Ciro. Corrupção. *Processo sancionatório, administrativo e penal em uma perapectiva de direito comparado*. Del Rey, Belo Horizonte, 2020.

CYRINO, André. SUTTER, Pedro. O princípio da subsidiariedade, a lei da liberdade econômica e a Constituição. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (org.). *Lei de Liberdade econômica e ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: D'Placido, 2020.

COCA VILA, Ivó. La Business Judgment Rule ante la determinación del riesgo permitido en el delito de administración desleal. *Diario La Ley*, n. 9.371, Editorial Wolters Kluwer, 2019.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, GALLEGOS SOLER, José-Ignácio. Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito mediomambiental: *ne bis in idem* material y procesal. *Actualidad Penal*, Buenos Aires, n. 8, p. 159-178, fev. 2000.

COSTA, Pedro Jorge. *A consumação no direito penal brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2012.

COSTA, Helena Regina Lobo da. O sancionamento de condutas entre a judicilaização e a administrativização. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; MAGRINI, Rachel de Paula. *Estudos de direito público*. Campo Grande: Cepejus, 2009.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. 2013. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

COSTA, Helena Regina Lobo. *Ne bis in idem* entre direito penal e direito administrativo sancionador. *Boletim IBCCRIM*, a. 29, n. 340, mar. 2021.

COSTA, José Faria. Crime e Contra-ordenações. *Questões Laborais*, Coimbra, Editora Coimbra, a. VIII, 2001.

CUESTA AGUADO, Paz M. de la. *Respuesta penal al peligro nuclear*. Barcelona: PPU, 1994.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editora Theimis, 1998.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DELMANTO, Celso. *Código penal anotado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Garantismo, legalidade e interpretação da lei penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 67, p. 212-232.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de direito administrativo brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 926, p. 51-78, dez. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, Jorge Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *El error sobre elementos normativos del tipo*. Madrid: La ley, 2008.

DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidade de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2003.

DOLCINI, Emilio. Sui rapporti fra técnica sazionatoria penale e amministrativa. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 30, 1987.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. Tradução de J. F. Costa. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, a. 04, v. 2, p. 165-172, 1994.

DONINI, Massimo. Uma Nueva Edad Media Penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del Derecho Penal economico. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan María; ACALE SÁNCHEZ, María (coords). *Temas de Derecho Penal Económico*. Madrid: Trotta, 2004. p. 197-217.

DOVAL PAIS, Antonio. *Possibilidades y limites para la formulación de las normas penales: el caso de las leyes penales en blanco*. Valência: Tirant lo Blanch y Univeristat de València, 1999.

ESCUCHURI AISA, Estrella. El principio do *ne bis in idem* y el concurso de leyes penales en la dogmática y jurisprudências espanholas. *Revista peruana de ciências penales*, Lima, n. 16, p. 195-256, 2005.

ESTELLITA, Heloisa. Criminalidade Econômica traz desafios para a dogmática penal. *Conjur*, São Paulo, abr. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-abr-30/heloisa-estellita-criminalidade-economica-traz-desafios-dogmatica-penal#:~:text=Essas%20caracter%C3%ADsticas%20da%20criminalidade%20econ%C3%B4mica,elabora%C3%A7%C3%A3o%20de%20melhores%20estrat%C3%A9gias%20de>. Acesso em: 20 jun.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emias Academia, 2020.

FARIA, Bento de. *Das contravenções penais*. Rio de Janeiro: Récord, 1958.

FAZZIO, Juan Martín Cagni. *La “administrativización” de la coerción estatal: desde una perspectiva de reducción del derecho penal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2006.

FEELEY, Malcolm M., SIMON, Jonathan. The New Penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications. *Criminology*, v. 30, n. 4, 1992.

FEELEY, Malcolm M.; SIMON, Jonathan. Actuarial Justice: the emerging new criminal law. *The Futures of Criminology*, London, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Tradução para o espanhol: Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. Caratteristiche e funzione del diritto penal: In: _____. *Diritto penale*. 5 ed. Bologna: Zanichelli, 2008. cap. 1, p. 3-28.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale: Parte Generale*. 7.ed. Bolonha: Zanichelli, 2014.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito jurídico de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social. In: *Jornadas de Direito Criminal: o novo Código Penal Português e Legislação Complementar (Fase I)*. Lisboa: Centros de Estudos Judiciários, 1983.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Sobre a autonomia dogmática do direito penal econômico: uma reflexão à luz do novo direito penal português. *Estudios penales y criminológicos*, n. 9, p. 37-70, 1984-1985.

FORTINI, Cristiana; FARIA, Edmur Ferreira de. Os contornos do acordo de leniência após a medida provisória n. 703/15: promessa de sucesso ou cenário de incertezas. *Revista Duc In Altum*, Cadernos de Direito, Recife, v. 8, n. 14, p. 35-60, jan-abr. 2016.

FORTINI, Cristiana. Excesso de punição a atos de corrupção não favorece interesse público. *Conjur*, São Paulo, ago. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-10/interesse-publico-excesso-punicao-atos-corrupcao-nao-favorece-interesse-publico>. Acesso em: 15 mar. 2022.

FORTINI, Cristiana ; VIEIRA, Ariane Shermam Morais. Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do 'bis in idem'. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 5, p. 91-112, 2018.

FORTINI, Cristiana; AMARAL, G. A Lei 13.874 (liberdade econômica) e o abuso do poder regulatório. *Conjur*, São Paulo, out. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-24/interesse-publico-lei-13874-liberdade-economica-abuso-poder-regulatorio>. Acesso em: 20 jan. 2021

FORTINI, Cristiana. Comentários ao art.17. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (coord.). *Lei anticorrupção comentada*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

FORTINI, Cristiana. Princípio da segurança jurídica e sua influência na revogação das licitações. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2021. v. 1.

FORTINI, Cristiana; FRANCO NETO, Eduardo Grossi. O acordo substitutivo de sanção na Nova Lei de Licitações como forma de atuação responsiva do Poder Público. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. I, p. 17-40, 2021.

FORTINI, Cristiana; CAVALCANTI, Caio Mario Lana. Retroatividade benigna da Lei 14.230: o que dizer de decisões transitadas em julgado? *Consultor Jurídico*, São Paulo, fev. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-17/interesse-publico-retroatividade-e-benigna-lei-1423021>. Acesso em: 15 mar. 2022.

FORTINI, Cristiana. Processo administrativo disciplinar no Estado democrático de direito: o devido processo legal material, o princípio da eficiência e a Súmula Vinculante n. 05 do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública* [Recurso Eletrônico], Belo Horizonte, v. 1, n. 3, set./dez. 2012. Disponível em: <http://dspace/xmlui/bitstream/item/4962/PDlexibepdf.pdf?s equence=1>. Acesso em: 02 fev. 2022.

FRAGOSO, Christiano. Norma penal em branco – alguns aspectos processuais. *Boletim do IBCCRIM*, n. 145, dez. 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; COSTA, Carla Regina Clark da. A proteção dos direitos fundamentais pelo processo constitucional no estado democrático de direito. *Revista Pistis & Praxis*, Curitiba, v. 6, n. 3, set./dez. 2014. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/4497/449748254008.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2020.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito penal*. São Paulo: Max Limonad, 1977.

GARCÍA ALBERTO, Ramón. *Non bis in idem material y concurso de leyes penales*. Barcelona: Cedecs, 1995.

GARCIA ARÁN, Mercedes. Remisiones normativas, leyes penales en blanco estructura de la norma penal. *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 16, p. 63-103, 1993.

GARCIA CAVERO, Percy. *Derecho Penal económico: parte general*. 2. ed. Lima: Grijley, 2007. t.1.

- GARCÍA PLANAS, Gabriel. Consecuencias del principio *ne bis in idem* en derecho penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 42, n. 1, p. 109-123, jan./abr. 1989.
- GIACOMOLLI, Nereu José. O princípio da legalidade como limite do *ius puniendi* e proteção dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 6, n. 23, p. 153-178, jul./dez. 2006.
- GODOI, Antônio Januzzi Marchi de. *Do bem jurídico penal*. 2006. 267f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.
- GOLDSCHMIDT, James. Derecho. *Derecho penal e processo I: problemas fundamentales del derecho*. Barcelona: Marcial Pons, 2010.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014.
- GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista IBCCRIM*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, 2004.
- GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas de acessoriedade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 159-161, 2006.
- GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. *Revista Jurídica do Ministério Público do Mato Grosso*, Cuiabá, n. 3, v. 2, p. 249-276, 2007.
- GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014.
- GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Sobre o poder disciplinar da CVM. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, ano 20, n. 43, pp. 64-78, jul./set. 1981.
- HASSEMER, Winfried. Lineamentos de uma teoria personal del bien jurídico. *Doctrina penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, a. 12, n. 45-48, p. 275-285, 1989.
- HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 8, n. 28, p. 9-20, jan./mar. 2008.
- HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista IBCCRIM*, São Paulo, n. 2, p. 41-51, out./dez. 1994.
- HEINE, Günter. Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 46, n. 1, p. 289-315, jan./abr. 1993.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria: forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. (Os Pensadores). 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Racionalidade das leis penais e legislação simbólica*. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

HORTA, Frederico de Almeida. Norma Penal em Branco e outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal, de Fábio Guarani e Marion Bach (resenha). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 25, v. 131, p. 483-494, mai./2017.

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v.1.

JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey. 2009.

JALIL, Mauricio Schaun. *Criminalidade econômica e as novas perspectivas de repressão penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

JAPIASSU, Carlos Eduardo Ariano. O princípio do *ne bis in idem* no direito penal internacional. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos, a. 4, n. 4, e a. 5, n. 5, p. 91-122, 2003-2004.

JESCHECK, Hans-Henrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Tradução: Miguel Olmedo Cardenette. 5. ed. Granada: Comares, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva: Saraiva, 2005.

KAISER, Günther. *Introducción a la criminología*. Tradução: José Arturo Rodríguez Núñez. 7.ed. Madrid: Dykinson, 1988.

KALIL, José Arthur di Spirito. *Do crime impossível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna*. Tradução: Enrique Bacigalupo y Ernensto Garzón Valdés. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977.

KÜHL, Kristian. Direito penal fragmentário e subsidiário. In: OLIVEIRA, William Terra de. *et al.* (org.). *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução: José Lamego. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2005.

LEITE, Alaor. Proibição de retroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal. In: COSTA, José de Faria et al. *Actas do colóquio: o direito penal e o tempo*. Coimbra: Instituto Jurídico FDUC, 2016.

LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal*. Tradução: José Higinio Duarte Pereira. Atualização e notas: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2003. t. 1.

LOBATO, José Danilo Tavares. Acessoriedade administrativa, princípio da legalidade e suas (in)compatibilidades no direito penal ambiental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 83, p. 120-162, mar./abr. 2010.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre os governos*. (Os Pensadores). Tradução: Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal: parte geral*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*. Porto Alegre: Fabris, 2006.

LOPES, Luciano Santos. *Injusto Penal: a relação entre o tipo e a ilicitude*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

LOPES, Luciano Santos; FRANCO, Ticiane Moraes. Administrativização do direito penal econômico. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Arana; BORGES, Paulo César Correa; LANGROIVA, Cláudio José (coord.). *Direito penal e criminologia*. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. *Critérios constitucionais de determinação dos bens jurídicos penalmente relevantes: a teoria dos valores constitucionais e a indicação do conteúdo material dos tipos penais*. 1999. 877f. Tese (Livre-docência em Direito Penal) – Faculdade de Direito, São Paulo, Universidade de São Paulo, 1999.

LUISI, Luis. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manoel. *Curso de Derecho Penal*. Madride: Universitas, 1996.

LYON, David. *El ojo eletrônico: el auge de la sociedad de la vigilancia*. Madrid: Alianza Editorial S/A, 1993.

MACHADO, Antônio Rodrigo Machado. *Sanções e Penas: a independência entre as instâncias administrativa e jurisdicional penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MACHADO, Hugo de Brito. Teoria das sanções tributárias. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). *Sanções administrativas tributárias*. São Paulo: Dialética, 2004.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais. *IBCCRIM*, São Paulo, 2005, p. 102-154.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito penal*. São Paulo. Saraiva, 1977.

MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição brasileira de 1988. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, v. 4, n. 16, p. 11-75, jul./set. 2005.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Direito penal econômico e crimes de mero capricho. In: VILARDI, Celso Sanchez *et al* (coord.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 2 ed. São Paulo, : Saraiva, 1964. v. 1.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 27, ago./set./out. 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDA-E-27-AGOSTO-2011-FLORIANO-AZEVEDO-TATIANA-MATIELLO.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2021.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Nova Regulação de serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 13-30, abr. 2022.

MARRARA, Thiago. Comentários ao art.16. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (coord.). *Lei anticorrupção comentada*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

MARTINEZ PEREZ, Carlos. La infación del derecho penal y del derecho administrativo. *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 6, p. 197-214, 1983.

MARTINEZ BUJAN-PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa: parte general*. 3 ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O princípio da separação dos poderes; a autonomia dos legislativos municipais: limites da competência do Ministério Público; preservação ambiental; exercício de poder de polícia e concessões [Parecer]. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 22, p. 309-331, ago./nov. 1998.

MATA BARRANCO, Norberto de la. *Protección penal del ambiente y aaccessoriedad administrativa: tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*. Barcelona: CEDES, 1996.

MATA BARRANCO, Norberto Javier de la. Derecho comunitário y Derecho estatal en la tutela penal del ambiente. *Revista electrónica de ciencia penal y criminologia*, n. 2, 2000.

MATUTE, Javier Donde. *Principio de legalidad penal: perspectivas del derecho nacional e internacional*. 2.ed. México: Porrúa, 2010.

- MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Tradução: Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962.
- MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general*. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Tradução: Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. 7.ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994. t.1.
- MAYER, Max Ernest. *Filosofia del derecho*. Tradução: Luis Legaz Lacambra. 2.ed. Barcelona: Editorial Labor, 1937.
- MAYER, Max Ernest. *Derecho Penal*. Tradução: Sergio Politoff Lifschitz. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2007.
- MAZZACUVA, Nicola; AMATI, Enrico. *Diritto penale dell'economia: problemi e casi*. Padova: CEDAM, 2010.
- MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. Separação de poderes: de doutrina liberal a princípio constitucional. *Revista de informação legislativa*, v. 45, n. 178, abr./jun. 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MENDES, Gilmar; BUONICORE, Bruno Tadeu. A vedação do bis in idem na relação entre direito penal e direito administrativo sancionador e o princípio da independência mitigada. *Boletim IBCCRIM*, a. 29, n. 340, mar. 2021.
- MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves de. *Lei penal em branco: um confronto com o princípio da legalidade e análise dos crimes ambientais e econômicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- MENDONÇA BUERGO, Blanca. *El Derecho Penal en la sociedad de riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.
- MESTRE DELGADO, Esteban. Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 41, n. 2, p. 503-527. mai. /ago. 1998.
- MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Tradução: José Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.
- MIR, José Cerezo. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a.1, n. 2, p. 27-40, abr./jun. 1993.
- MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado Social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 9. ed. Barcelona: Reppertor, 2011.
- MOCCIA, Sergio. *Il diritto penal tra essere e valore: funzione della pena e sistemática teleologica*. Napoli: Scientifiche Italiane, 1992.
- MOCCIA, Sergio. Dalla tutela dei beni ala tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberili. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano, 1995.
- MONTESQUIEU, Charles de. *Do espírito das leis: livro décimo primeiro*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- MOTTA, Ivan Martins. *Erro de proibição e bem jurídico penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MOUTINHO, José Lobo. *Direito das contra-ordenações: ensinar e investir*. Lisboa: Unviersidade Católica Editora, 2008.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, ARÁN, Mercedes Garcia. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996.
- NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.
- NAVARRO CARDOSO, Fernando. *Infracción administrativa y delito*. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 5. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2018.
- NOLAN, Patrick S. Double Jeopardy ´s Multipunishment Protection and Regulation of Civil Sanctions After United States v. Ursery. *Marquette Law Review*, Milwaukee, v. 80, n.4, p. 1081-1116, 1997.
- OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Liberdade econômica e Constituição de 1988. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (org.). *Lei de Liberdade econômica e ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*. 2012. 255f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- ORTEGA, Ricardo Rivero. *El Estado vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora dela Administración*. Madrid: Tecnos, 2000.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OTTAVIANO, Santiago. Selective Incapacitacion. El retorno de la inocuización al pensamiento penal norteamericano conteporáneo. *Prudentia Iuris*, n. 49, 1999, p. 146-147.

OTTAVIANO, Santiago. Sanción penal, sanción administrativa y *ne bis in idem*. In: YACOBUCCI, Guillermo Jorge, LAPORTA, Mario, H. RAMÍREZ, Nicolás D. (coords.). *Derecho penal empresário*. Motevidéu: B. de F., 2010.

PALAZZO, Francesco. *Il pricipio di determinatezza nel diritto penale*. Padova: Cedam, 1979.

PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: Fabris, 1989.

PALAZZO, Francesco. Bene giuridici e tipi de sanzioni. *L'Índice Penale*, a. XXVI, n. 2, mai./ago. 1992.

PALAZZO, Francesco. La legalidad y la determinación de la ley penal: el significado lingüístico, la interpretación y el concepto de la regla iuris. *Revista Penal*, Barcelona, n. 25, p. 104-116, jan. 2010.

PALIERO, Carlo Enrico. I principi generali dell' illecito amministrativo ne disegno di legge modifiche al sistema penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 23, p. 1154-1181, 1980.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: SBDP – Sociedade Brasileira de Direito Público, 2015.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Comando e Controle no Sistema Sancionatório Brasileiro*. 15 dez. 2020. Apresentação de Power Point. Material cedido pela autora.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. La acesoriedad administrativa de la tipicidade penal como técnica legislativa: efectos políticos y efectos materiales. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORAES PRATS, Fermín. *Estudios de derecho penal ambiental*. Libro homenaje al professor Josep Miquel Prats Canut. Valencia: Tirat lo balnch, 2008.

PEDRAZZI, Cesare. et al. *Manuale di diritto penale dell'impresa*. 2. ed. Bologna: Mondruzzi, 2000.

PELARIM, Evandro. *Bem jurídico penal: um debate sobre descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Introducción al derecho penal económico. In: BACIGALUPO, Enrique (dir.). *Curso de derecho penal económico*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

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

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes de mera conduta*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal. In: CORREIA, E. et al. *Direito Penal e Económico Europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v.1.

PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim. *Crimes de trânsito na lei 9.503/97*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

PRADO, Luiz Régis. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PRADO, Luiz Régis. *Direito penal do ambiente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção administrativa: anatomia e autonomia*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 54.

PUPPE, Ingeborg. Error de hecho: error de derecho, error de subsunción. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 51, p. 132-189, nov./dez. 2004. p. 112.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

QUIZANCARA, Eduardo Cordero. El derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho Penal. *Revista de Derecho*, v. XXV, n. 2, dez. 2012. p. 131-157.

RAMACCI, Fabrizio. *Corso di diritto penale*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2001

RANDO CASERMEIRO, Pablo. *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador: un análisis de política jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

REICHMANN, Managing. Crime risks: toward an insurance based model of social control. *Research in Law, Deviance and Social Control*, n. 8, 1986.

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

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

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

REALE JÚNIOR, Miguel. Ilícito administrativo e *jus puniendi* geral. In: PRADO, Luiz Regis (coord.). *Direito Penal Contemporâneo: estudo em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

RIGHI, Esteban. *Los delitos económicos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.

ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*. Montevideo: B de F, 2005.

ROCHA, Diogo Mentor de Mattos. A (in)voluntariedade dos acordos de colaboração premiada celebrados com acusados presos. In: BRITO, Michelle Barbosa de. ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (org.). *Delação Premiada: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: ensaio sobre a origem das línguas; discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens; discurso sobre as ciências e as artes*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Tradução: Prof. Dr. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979.

ROXIN, Claus. Política criminal y dogmática jurídico-penal en la actualidad. In: _____. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general – fundamentos – la estructura de la teoría del delito*. Tradução e notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003. t.1.

SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. São Paulo: D'Plácido, 2017.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2004.

SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SALOMÃO, Heloísa Estellita. Tipicidade no direito penal econômico. In: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (orgs.). *Direito penal econômico e da empresa: direito penal econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v.1.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo, Quartier Latin, 2006.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 219-235, jul./ago. 2010.

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte Geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Iuris, 2007.

SANTOS, Rodrigo Valgas. *Direito Administrativo do Medo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

SCALCON, Raquel Lima. *Avaliação de impacto legislativo: a prática europeia lições para o Brasil*. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 54, n. 214, p. 113-130, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p113. Acesso em: 13 mar. 2021

SCALZARETTO, Adriano. *Efeitos penais dos acordos administrativos*. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHÜNEMANN, Berd. Las reglas de la técnica em derecho penal. *Anuário de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 47, n. 3, p. 307-341, set./dez. 1994.

SEGARRA, Gabriela Carolina Gomes. *Algumas peculiaridades da Lei 8.137/1990*. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigos/188-Artigos. Acesso em: 14 nov. 2021.

SICA, Leonardo. Tutela penal da ordem econômica no direito brasileiro: comparação entre as Leis n. 8.137/90 e 8.884/94. In: VILLARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresse; DIAS NETO, Theodomiro (orgs.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*. São Paulo, 2009.

SILVA, Gustavo Henrique de Souza e. *O princípio da legalidade e o direito penal econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SILVA, Gustavo Henrique de Souza e. A representação fiscal para fins penais à luz da teoria dos jogos: proposta de modelagem de um jogo dinâmico com informação completa. In: SILVA, José Anchieta da Silva (coord.). *30 anos de advocacia: textos doutrinários*. Belo Horizonte: Del Rey, 2020.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Juary C. *Elementos de direito penal tributário*. São Paulo: Saraiva, 1998.

SILVA, Leila Bitencourt Reis da; COSTA, Daniela Rodrigues. *A nova regulação de contas de depósitos e a Agenda BC#*. Instituto ProPague UFMG. 15 jun. 2021. Apresentação de Power Point. Material cedido pelas autoras.

SILVA, Pablo Rodrigo Alfteln da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.

SILVA, Paulo Cezar da. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: aspectos penais e processuais da lei 7.492/86*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SILVA, Suzana Tavares da. A nova dogmática do direito administrativo: o caso da administração por compromissos. In: GONÇALVES, Pedro (org.). *Estudos de contratação pública* – I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002.

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 em homenagem al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Legislación penal socio-economica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las “leyes en blanco”. *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 16, p. 423-461, 1993.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Buenos Aires: Euros, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal*: aspectos da polícia criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins de. *A Constituição e o princípio da ofensividade penal vinte anos depois*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-a-constituicao-e-o-principio-da-ofensividade-penal-vinte-anos-depois>. Acesso em: 12 mai. 2022.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual*: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Crise econômica e reflexos penais: leis penais em branco, compliance fiscal e regularização de ativos. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime*: aspectos do binômio crise econômica e direito penal. São Paulo: D'Plácido, 2017.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Crimes contra o mercado de capitais. In: SOUZA, Luciano Anderson de. ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Direito penal econômico*: leis especiais. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

SOARES, Mário Lucio Quintão. *Teoria do estado*: introdução. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal Econômico*: fundamentos, limites e alternativas. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito Penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supraindividuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SPENGLER, Adriana Maria Gomes de Souza; WEBER, Cleverson. A “troca de favores” entre estado e réu e o mito de assegurar a verdade real através da desconstrução histórica da imoralidade do traidor. *In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (org.). Delação Premiada: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SUAY HERNANDES, Célia. Los elementos normativos y el error. *Revista Peruana de Ciências Penales*, Lima, n. 5, p. 279-332, 1997.

SUTHERLAND, Edwin H. Is “white collar crime” crime? *American Sociological Review*, Annual Meeting Papers (apr. 1945), Washington, DC, v. 10, n. 2, 132-139, 1944.

TAVARES, Alexandre Macedo. As vias de repressão do contribuinte (procedimento administrativo e processo penal) sob o prisma da garantia do *non bis in idem*. *Revista dialética de direito tributário*, São Paulo, n. 138, p. 7-22, mar. 2007.

TAVARES, Juarez. Interpretación, principio de legalidad y jurisprudência. *Anuário de Derecho Penal y Ciências Penales*, Madrid, v. 40, n.3, p. 753-769, set./dez. 1987.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (especial lançamento), São Paulo, v. 0, n. 0, p. 75-87, 1992.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en derecho penal*. Tradução de Monica Cuñaro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloísa; CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem e o cúmulo de sanções penais e administrativas: um ‘Estado Hidra Lerna’?* *Jota*, São Paulo, ago. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativas-01082018#:~:text=Ao%20princ%C3%ADpio%20do%20ne%20bis,e%20as%20do%20Direito%20Penal>. Acesso em: 16 mar. 2020.

TERRADILLOS BASOCO, Juan M. *Empresa y derecho penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2001.

TIEDEMANN, Klaus. La ley penal em blanco: concepto y cuestiones conexas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 73-97, jan./mar. 2002.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*. Tradução da 2ª edição alemã: Héctor Hernández Basualto, Rodrigo Aldoney Ramírez y Manuel A. Abanto Vásques. San José: Grijley, 2009.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TORÍO LÓPEZ, Ángel. Injusto penal e injusto administrativo (pressupostos para la reforma del sistema de sanciones). *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría*. Madrid, 1991. t. III.

VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

VEGA, Dulce Maria Santana. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad Hoc S. R. L., 2000.

VILARDI, Celso Sanchez *et al.* (Coord.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VILELA, Alexandra. *O direito de mera ordenação social: entre a ideia de “recorrência” e de “erosão” do Direito Penal Clássico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

VILHENA, Paulo Henrique Ribeiro de. *Direito público e direito privado: sob o prisma das relações jurídicas*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal alemão*. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899. t.1.

VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán: garte general*. 11. ed. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1976.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Tradução: Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WOLF, Erick. *Las categorías de la tipicidad: estudios previos sobre una doctrina general de la parte especial del derecho penal*. Tradução: María del Mar Carrasco Adrino. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

ZUÑIGA RODRÍGUES, 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. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam I*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Universidad Salamanca, 2001.