

# Notas sobre a Assessoriedade Administrativa no Direito Penal Econômico<sup>1</sup>

---

*Notes on Administrative Complementation in Economic Criminal Law*

*Notas sobre Accesoriedad Administrativo en Derecho Penal Económico*

---

**Chiavelli Facenda Falavigno<sup>2</sup>**

---

<https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v13i23.328>

**Resumo:** O presente texto tem como objetivo realizar uma breve discussão sobre a ocorrência de assessoriedade administrativa no Direito Penal Econômico, conceituando os dois institutos e explorando, por meio da análise de tipos legais, a relação existente entre eles. Por fim, pretende-se verificar quais alterações podem ser propostas na matéria de forma a sanar, na medida do possível, eventuais violações à legalidade penal. A metodologia utilizada é primordialmente revisão bibliográfica.

**Palavras chaves:** Assessoriedade administrativa; Direito Penal Econômico; Legalidade penal.

**Abstract:** The purpose of this text is to conduct a brief discussion on the administrative complementation in Economic Criminal Law, conceptualizing the two institutes and exploring, through the analysis of criminal types, the relationship between them. Finally, it intends to make some proposals in order to minimize, as far as possible, any violations of criminal legality. The methodology is mainly bibliographic review

**Key words:** Administrative complementation; Economic Criminal Law; Criminal legality.

**Resumen:** Este texto tiene como objetivo realizar una breve discusión sobre la ocurrencia de la accesoriedad administrativa en el Derecho Penal Económico, conceptualizando los dos institutos y explorando, a través del análisis de tipos jurídicos, la relación entre ellos. Finalmente, se pretende verificar qué cambios se pueden proponer en la materia para remediar, en la medida de lo posible, las violaciones a la ley penal. La metodología utilizada es principalmente revisión bibliográfica.

**Palabras clave:** Accesoriedad administrativo; Derecho Penal Económico; Legalidad penal.

---

1 Artigo submetido em 18/08/2020 e aprovado em 24/03/2021.

2 Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil.

## INTRODUÇÃO

A assessoriedade administrativa do Direito Penal não pode ser chamada de um fenômeno recente, uma vez que, mesmo em tipos da redação originária do Código, que data de 1940, se pode observar o uso das chamadas normas penais em branco próprias ou heterônomas, que são as que se deixam complementar por regras infralegais. Nesse caso, observa-se o fenômeno, sobretudo, em delitos relacionados à saúde pública, como os artigos 268 e 269,<sup>3</sup> que demandam regulamentação técnica especializada.

Contudo, o que se pode vislumbrar nos últimos anos é, na esteira da expansão do próprio Direito Penal, um aumento no número de normas criminalizadoras que necessitam de regulação, principalmente em algumas áreas que se convencionou chamar “novos bens jurídicos”, ou bens jurídicos ditos coletivos e supraindividuais. Tais bens são afeitos aos chamados direitos fundamentais de terceira dimensão, que possuem, em regra, natureza indivisível e titularidade indeterminada. É nesse setor, aliás, que se situam as condutas relacionadas à economia.

Tal fato tem, sem dúvida, diversas causas. Pode-se aventar, por exemplo, a passagem de atividades típicas da Administração para o setor privado, com a permanência de extensa regulação pública, que passa a fazer parte dos tipos de forma quase obrigatória para conceituar elementos e definir condutas<sup>4</sup> - sobremaneira em um setor composto por muitos procedimentos, como é o caso da economia. Além disso, a própria influência internacional no combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento de atos terroristas acaba por influenciar, em um mundo globalizado, a adoção de uma política criminal nacional

que imponha regras mais duras para quaisquer transações financeiras.<sup>5</sup>

Pode-se, no entanto, compatibilizar essas criminalizações características de um Direito Penal ainda em construção com princípios basilares e clássicos da matéria, como a legalidade? Em caso negativo, dever-se-ia, então, readequar tais princípios ou, de outra banda, questionar a política sancionadora que demanda o uso da tutela penal para tais fins? Em uma postura intermediária, o artigo se propõe a apresentar tais problemas e também algumas perspectivas e possibilidades de solução que possam, em alguma medida, atenuar as consequências nocivas do emprego excessivo de ditas técnicas legislativas.

## 1. A ASSESSORIEDADE ADMINISTRATIVA DO DIREITO PENAL

Entende-se por assessoriedade administrativa o uso de regramentos de natureza infralegal para complementar, em referências diretas ou indiretas, o conteúdo da norma penal, conceituando elementos ali dispostos ou, ainda, completando o mandamento proibitivo.

A compreensão da norma penal, portanto, passa a depender do conhecimento, pelo destinatário e pelo intérprete, de regras pertencentes a outros setores, uma vez que, sem estas, não é possível aferir-se inteiramente o comportamento proibido. A expansão do Direito Penal para atividades que dependem de regulação especializada é uma das principais causas do emprego de dita técnica legislativa, pois se torna cada vez mais difícil a confecção de um tipo que não preveja termos ou atos próprios do direito administrativo. Assim, o Legislador faz uso, frequentemente, de regras administrativas na composição dos tipos penais, o que não impede a dupla punição - penal e administrativa - e, ainda, coloca em xeque a existência de violação real a bem jurídico, pois dá origem a um direito penal administrativizado,<sup>6</sup> regulatório ou procedimental.

3 Nos debruçamos sobre esse tema no artigo A assessoriedade administrativa do Direito Penal em tempos de Covid-19, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-29/falavigno-assessoriedade-administrativa-direito-penal>. Acesso em 02.05.2020.

4 “(...) em razão da assessoriedade que com frequência vincula o Direito Penal e o Direito Administrativo, encontraríamos uma pretensa justificativa, em razão de o Direito Penal passar 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 do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. 2017. Tese (Titularidade). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 124).

5 Sobre a influência externa na criminalização de condutas relacionadas à economia, cite-se ESTELLITA, Heloísa. “Responsabilidade penal de empresas motiva debates dentro e fora do Brasil”; “Exercício da advocacia e a nova regulação europeia”; ESTELLITA, Heloísa; BASTOS, Frederico Silva. “Tax exchange of information and International cooperation in Brazil”.

6 DONINI, Massimo. ¿Una nueva edad media penal?: lo viejo y lo nuevo en la expansión del derecho penal económico. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, Buenos Aires, v. 10, 18/19, p. 453-479., 2005. P. 457

A dificuldade de se delimitar as fronteiras e as relações existentes entre o direito penal e o direito administrativo se reflete tanto em sua vertente material, quanto processual, ocorrendo a sobreposição de normas, procedimentos e sanções. O ordenamento punitivo é pensado de forma não integrada, o que se agrava com o entendimento a respeito da independência das esferas e com a dificuldade de se delimitar se há ou não uma diferenciação possível entre o ilícito penal e aquele meramente administrativo.<sup>7</sup>

Importante salientar que se utiliza, nesse trabalho, a grafia assessoriedade, pois se entende, na esteira do pensamento de Helena Lobo da Costa,<sup>8</sup> que o direito administrativo assessora o direito penal, e não se trata de um mero acessório deste, conforme concepção adotada por outra parcela da doutrina.<sup>9</sup>

### 1.1. As formas de Assessoriedade Administrativa

São muitos os autores que já se debruçaram sobre a questão da complementação administrativa do Direito Penal, como Günter Heine,<sup>10</sup> Norberto Mata Barranco,<sup>11</sup> Maria Dulce Santana Vega,<sup>12</sup> Antonio Doval Pais,<sup>13</sup> Luis Greco,<sup>14</sup> dentre outros. Nacionalmente, pode-se citar Helena Lobo da Costa,<sup>15</sup> Ala-

miro Velludo Salvador Netto,<sup>16</sup> Pablo Rodrigo Alflen da Silva,<sup>17</sup> Frederico Horta,<sup>18</sup> etc.

Sabendo-se da complexidade do tema e das diversas dissidências nele existentes, porém sendo necessária a adoção de uma corrente para prosseguir esse estudo, sabe-se que predomina na doutrina pátria a divisão cunhada por Mata Barranco, segundo a qual a assessoriedade pode ser conceitual, de direito ou do ato. Importante mencionar, a título de observação, que há, também, assessoriedade no Direito Penal por outros ramos além do administrativo, como o civil e o trabalhista, sobretudo conceitual e interpretativa ou jurídica. Nesses casos, no entanto, são menores os problemas em relação à legalidade, pelo fato da complementação se dar, via de regra, por meio de outras leis.<sup>19</sup>

Por assessoriedade administrativa conceitual, se entende aquela que se dá para a definição de algum termo utilizado no tipo. Aqui, a moldura normativa está no direito penal. A assessoriedade conceitual pode se dar, por exemplo, para a compreensão dos chamados elementos normativos do tipo, como se observa no crime de gestão fraudulenta ou temerária, previsto no artigo 4º, da Lei n. 7492 de 1986.

Os elementos normativos do tipo são aqueles que demandam procedimentos interpretativos mais complexos para sua definição, sendo necessária, muitas vezes, a incursão em outras áreas do direito.<sup>20</sup> A compreensão de seu significado tem na origem uma norma ou valor, que pode ser cultural ou jurídica. Se jurídica, pode ser de natureza administrativa.<sup>21</sup> Assim, ainda que nem todo elemento normativo do tipo pressuponha assessoriedade administrativa, e vice versa, é possível que a assessoriedade conceitual se dê por meio deles.

7 Tratamos do tema em: FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. O ilícito penal e o ilícito administrativo: discussões doutrinárias. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 24, n. 287, p. 12-14., out. 2016.

8 COSTA, Helena Regina Lobo da. Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 77

9 CARVALHO, Érika Mendes de. Ensaio sobre o significado dogmático da assessoriedade administrativa nos delitos ambientais. Revista Liberdades, São Paulo, Ed. Especial, p. 23-46, dez. 2011.

10 HEINE, Günter. Accesoriedad administrativa en el derecho penal en el derecho penal del medio ambiente. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46426.pdf>. Acesso em 10.01.2018.

11 MATA BARRANCO, Norberto J. de: Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa: tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita. 1. ed. Barcelona: Cedecs Ed., 1996

12 SANTANA VEGA, Dulce María. El concepto de ley penal en blanco. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

13 DOVAL PAIS, Antonio. Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco. València: Tirant lo Blanch y Universitat de València, 1999.

14 GRECO, Luis. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da assessoriedade administrativa. In: Revista brasileira de ciências criminais. Ano 14, 2006, n. 58. p. 152-194.

15 COSTA, Helena Regina Lobo da. Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010.

16 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e sociedade de risco. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

17 SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

18 HORTA, Frederico. Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

19 Um exemplo em sede de direito penal econômico é o artigo 168-A, que dispõe sobre a apropriação indébita de valor previdenciários. Leva-se em consideração, nesse caso, os prazos estabelecidos pela Lei 8112 de 1990;

20 HORTA, Frederico. Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016. P. 28

21 BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Valor, norma e injusto penal: Considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. 2017. Tese (Título de). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 124

Já a assessoriedade de direito, ou normativa, é aquela que se constrói pela remissão – na maioria dos casos, expressa – do tipo penal a normas administrativas de caráter geral, constituindo a chamada norma penal em branco.<sup>22</sup> Esta se diferencia da anterior por dar-se não de forma interpretativa, mas em bloco, transformando o conteúdo da norma administrativa e seu descumprimento em parte do tipo penal,<sup>23</sup> que acarreta a imposição de pena. Tal forma de assessoriedade é, sem dúvida, uma das que mais apresenta problemas em matéria de legalidade.<sup>24</sup> Cite-se, como exemplo, o crime de evasão de divisas, previsto no artigo 22, da Lei n. 7492 de 1986.

Por fim, há a assessoriedade do ato, que se dá em normas que remetem a autorização, licença, interdição ou outros atos administrativos específicos, de forma a criminalizar seu descumprimento ou a não observância dos seus termos. Esta forma de complementação ocorre de maneira bastante reiterada na Lei n. 9605 de 1998, que tipifica os crimes contra o meio ambiente. Como exemplo, cite-se o artigo 29 do referido diploma, que dispõe sobre caça sem permissão, licença ou autorização, ou em desacordo com a obtida.

Importante mencionar, ainda, a intersecção deste tema com o conceito de tipos penais abertos, que correspondem aqueles em que é necessário ao magistrado, por meio de procedimentos interpretativos mais complexos, completar o sentido do mandamento proibitivo, a fim de tornar possível sua aplicação. Aqui, devem-se afastar as lentes de análise, pois não se trata de uma parte do tipo ou de uma palavra nele constante, mas de seu sentido global. São exemplos desses tipos os delitos culposos, por exemplo, nos quais se deve trazer à discussão qual o dever de cuidado violado. Nesses casos, pode o juiz, eventualmente, também necessitar de recurso às normas administrativas, nas quais podem se encontrar as regras de comportamento que deveriam ter sido obedecidas pelo agente.

A lei 9.605 de 1998 é, novamente, fonte de exemplos, com diversas condutas culposas, como o artigo 41, em seu parágrafo único, que tipifica a provocação de incêndio em mata ou floresta. No caso, afastan-

do-se a hipótese dolosa, para averiguar se o agente agiu com negligência, imprudência ou imperícia, pode-se recorrer a normas administrativas de preservação e o eventual descumprimento de deveres de cuidado ali previstos.

## 2. O DIREITO PENAL ECONÔMICO E A GARANTIA DA LEGALIDADE

A expansão do Direito Penal para o ramo econômico é um fenômeno que vem sendo estudado pela doutrina estrangeira e nacional há alguns anos. No contexto da chamada sociedade do risco, de Ulrich Beck, que delineou os contornos das novas relações sociais, as quais hoje ainda se encontram permeadas pelo fenômeno da globalização – que também é econômica –, não poderia o Direito Penal deixar de modificar-se, visando também a abranger as novas formas de lesão e perigo de lesão que emergem desse cenário.

Conforme Luciano Feldens, a constitucionalização de diversas questões atinentes à economia, como a ordem tributária e o sistema financeiro, passaram a balizar uma intervenção estatal mais forte no setor, dando impulso a diretrizes e fins também constitucionalizados. O surgimento de novos direitos socioeconômicos e seus titulares – que por eles reivindicam –, dá azo a novas formas de conflito.<sup>25</sup>

Renato de Mello Jorge Silveira aponta Sutherland como um marco inicial da preocupação criminológica no estudo das causas dessa criminalidade, o que gerou o processo de afastamento do Direito Penal tradicional, uma vez que se passou a trabalhar sobre uma concepção de problemas supraindividuais. Os delitos sem vítimas e os bens jurídicos sem titulares tornam necessárias novas formas de tutela, como os chamados crimes de perigo abstrato.<sup>26</sup> Sendo desnecessária a lesão, o parâmetro de novas criminalizações passou a ser, muitas vezes, o descumprimento de regras procedimentais e de deveres de cuidado.

É nesse contexto que se faz necessário o uso cada vez maior de técnicas legislativas de reenvio, como a assessoriedade administrativa, sobremaneira pela aproximação que esta face econômica do Direito penal possui dos ditos regramentos administrativos, que passam a ser essenciais à compreensão das condutas que se visa a criminalizar, sobretudo no

22 COSTA, Helena Regina Lobo da. Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 72

23 NAVES, João Paulo Micheletto. Tipicidade, assessoriedade administrativa e erro no direito penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. P. 86

24 Importante mencionar que há muitas normas penais em branco complementadas por outras leis, que são as chamadas normas penais em branco impróprias ou homônimas, e que não são o escopo desse trabalho.

25 FELDENS, Luciano. A criminalização da atividade empresarial no Brasil: entre conceitos e preconceitos. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 10, n. 41, p. 33-44., abr./jun. 2011. P. 35

26 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A busca de legitimidade dos crimes de perigo abstrato no direito penal econômico. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 20, n. 238, p. 6-7., set. 2012.

âmbito da política criminal expansionista que vigora no setor. Não se estranha que a economia seja uma das áreas de maior recorrência do fenômeno da assessoriedade, juntamente com o meio ambiente e a saúde pública, uma vez que todas dependem de regras técnicas e especializadas.

A economia é, também, o setor no qual avultam, a cada ano, novas figuras típicas e sucessivas reformas naquelas existentes, seja pela mudança na lei, seja pela alteração das regras complementadoras. A própria mutação constante desses novos bens jurídicos no contexto de aceleração social em que se vive hoje - seja por questões predominantemente naturais, como no caso do meio ambiente, seja por fatores artificiais, como no caso da economia - demandaria o uso de meios de tutela mais flexíveis que a lei penal.

Contudo, pode essa nova forma de se pensar o Direito Penal abrir mão de características que constituem o chamado Direito Penal clássico, como a legalidade? Sabe-se que a legalidade garante que a norma que criminaliza seja prévia, certa, estrita e escrita.<sup>27</sup> Para tanto, não basta a previsão legal, sendo necessária uma lei que atenda, dentre outros, a requisitos de taxatividade.

No caso do uso de assessoriedade, é evidente que muitas dessas garantias já são, de pronto, colocadas em risco, seja pela competência na confecção de normas administrativas, seja pela falta de certeza que estas geram no conteúdo da proibição. O uso excessivo de tais técnicas - seja em termos da quantidade de tipos que as usam, seja pelo fato de um mesmo tipo fazer um exacerbado número de remissões - pode provocar o fenômeno da deslegalização,<sup>28</sup> que consiste em um direito penal que passa a proibir condutas, de forma majoritária, por meio de regulações e demais atos infralegais. Ou seja, um direito penal que acontece fora da legislação, que remete para os regulamentos o seu núcleo, que é a descrição da ação proibida. Isso se observa, sobremaneira, na dita assessoriedade de direito, que abrange as chamadas normas penais em branco.

Sabe-se, no entanto, que mesmo a legalidade não pode ser analisada em termos demasiados positivistas, uma vez que, como ciência humana, o direito penal faz irremediável uso da linguagem, o que, por vezes, pode vulnerar a previsibilidade total de uma conduta. Sob pena de tornar-se meramente retórica,

a legalidade deve funcionar, sim, como o teto punitivo do sistema - permitindo-se sempre construções *in bonam partem*.<sup>29</sup> No caso das técnicas de reenvio, que já sabidamente a vulneram, a legalidade deve ser um ônus argumentativo<sup>30</sup> na interpretação e aplicação das normas, buscando-se dar a maior efetividade possível às garantias que dela emanam.

### 3. ALGUNS TIPOS PARA O DEBATE

São muitos os tipos penais em matéria econômica que fazem uso de assessoriedade administrativa, podendo-se citar alguns deles de modo a fomentar a discussão sobre o tema. Frise-se que o objetivo desse trabalho não é classificar de forma exata qual deles corresponde a que forma de assessoriedade apontada na segunda parte da pesquisa, não apenas porque tal procedimento pode suscitar diversas discussões que não podem ser abordados no curto espaço desse trabalho, mas também porque tal classificação pouco acresce ao objetivo aqui proposto, que se trata de verificar os danos à legalidade, o que depende mais da análise em concreto do tipo em si do que de eventual classificação teórica.

Tem-se, como primeiro exemplo, a figura da evasão de divisas, prevista no artigo 22, da Lei 7.492, que, em que pese não faça referência direta, depende de uma série de circulares do BACEN para que esteja claro o procedimento que deve ser adotado para que a remessa de capitais esteja de acordo com o Direito. Ainda, as famigeradas gestão fraudulenta e temerária, previstas no artigo 4º da mesma lei, que podem depender, para além de uma incursão no conceito civil de fraude, novamente de complementação por meio de circulares do BACEN para que se determine qual o dever violado que configure a reprovabilidade dos atos de gestão.<sup>31</sup> Nesse caso, aliás, note-se que o tipo penal não define elementos mínimos da conduta, sendo absolutamente impossível compreender como se deve agir apenas por meio da sua leitura.

Cite-se, ainda, o artigo 27-D, da Lei n. 6.385, que tipifica o *insider trading*. Nesse caso, a conceituação da conduta se encontra em entendimentos da CVM, como a Instrução n. 358, de 2002. O tipo não faz qual-

27 ASSIS TOLEDO, Francisco. Princípios básicos de direito penal. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. P. 21-22

28 Tratamos do tema 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, 2020.

29 Tratamos do tema em: FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. A interpretação judicial criativa pro reo em direito penal. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2015.

30 Sobre o tema, cite-se CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. O caráter retórico do princípio da legalidade. Porto Alegre: Síntese, 1979.

31 Importante mencionar que há discussões na doutrina a respeito da análise desse tipo sob o ponto de vista da imputação objetiva e o espectro de risco. Há, também, argumentos no sentido de que o seu caso seria de irremediável violação à legalidade, aconselhando-se, inclusive, sua retirada do sistema.

quer referência expressa à existência da norma administrativa, o que dificulta a compreensão do conteúdo da proibição.

O artigo 168-A, do Código Penal, em seu parágrafo terceiro, inciso II, faz referência expressa ao uso de patamar estabelecido administrativamente pela Previdência Social como parâmetro para a concessão do perdão judicial, implicando consequências na esfera da punibilidade. Hoje, no entanto, há uma infundável discussão sobre a possibilidade ou não de aplicação do princípio da insignificância com base em ditas regras, o que afetaria a tipicidade material da conduta.<sup>32</sup>

Para além dos citados, são muitos os tipos que vulneram a legalidade penal pelo uso de assessoriedade, seja pela falta de taxatividade na lei penal, que não delimita minimamente os contornos da conduta, como o caso da gestão temerária, seja pela necessidade de conhecimento de diversas regras complementares para que se evite a ocorrência de erro, como no caso da evasão de divisas. A própria competência para a confecção de conteúdo penal é vulnerada, pois são os órgãos administrativos responsáveis, muitas vezes, pela definição central da conduta, como no caso do *insider trading*.

Entendendo-se que o direito penal ambiental é também ramo do direito econômico, conforme se faz nesse trabalho, ainda mais rica é a gama de exemplos, uma vez que a Lei 9.605 de 1998 utiliza em grande parte dos seus tipos a chamada assessoriedade do ato, como nos artigos 29 e 55. Nesse caso, seria necessário avaliar o exato conteúdo de uma licença, por exemplo, para verificar se o ato do agente se deu no exato sentido ali disposto, já que se criminaliza também o agir em desacordo com dito ato.

#### 4. POSSIBILIDADES DOGMÁTICAS

Exposto o problema, é essencial que se façam algumas propostas que possam reduzir, ainda que parcialmente, ditos danos. Para além de um necessário repensar da política criminal no setor, que utiliza muitas vezes da vertente penal com fins meramente arrecadatórios, deve-se buscar delinear uma relação definida entre o direito penal e o direito administrativo, de maneira que aquele possa atuar de forma fragmentária e subsidiária, como impõe a *ultima ratio*.

Para além disso, em termos de legalidade, devem-se pensar critérios que visem a delimitar o uso da assessoriedade administrativa, contornando os espaços em que possa haver a remissão normativa, conforme já apresentamos em trabalho precedente.<sup>33</sup> O estabelecimento de regras que limitem o número e definam as características dos órgãos que podem confeccionar complementação para a norma penal, a definição de quais espécies normativas podem servir à função ou ainda de quais elementos do tipo podem ser objeto de reenvio, o uso de remissão expressa e recíproca na lei e na normativa ou ainda a proibição da remissão em cadeia foram algumas das propostas apresentadas naquela ocasião.

A propósito, o uso da assessoriedade para restringir a aplicação do direito penal, como é o caso do artigo 168-A no que tange ao debate sobre a insignificância, pode ser também um caminho a ser considerado.<sup>34</sup> O que não se pode permitir é a construção de sistemas sancionadores sobrepostos, seja em termos de pena, de normas ou de procedimento processual, conforme se observa hoje, o que, para além de onerar os órgãos públicos, impõe verdadeiro *bis in idem*.<sup>35</sup>

32 PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR DO DÉBITO QUE PERMITE A SUA APLICAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Segundo as circunstâncias fáticas trazidas pelo acórdão estadual, o réu deixou de recolher aos cofres públicos contribuições previdenciárias no período de 9/1997 a 4/2007, causando prejuízo ao patrimônio público no valor de R\$ 10.004,30, excluídos os juros e a multa. 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nos casos de apropriação indébita previdenciária, entende cabível a aplicação do princípio da insignificância quando o valor do débito não ultrapassar R\$ 10.000,00, excluídos os juros e a multa incidentes após a inscrição em dívida ativa. Interpretação do art. 20 da Lei n. 10.522/2002. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1609757/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018)

33 FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro. Florianópolis: EMAIS, 2020; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. A deslegalização no direito penal brasileiro: discussões dogmáticas. Revista Inclusiones Vol: 8 num Especial (2021): 70-82.

34 No caso, a discussão permeia, ainda, para além de questões afeitas à tipicidade material, o argumento dos círculos concêntricos de ilicitude, pois o estabelecimento de valor administrativo excluiria a execução fiscal e, portanto, impediria a permanência da criminalização. Não se aprofundará esse tópico em razão dos limites desse trabalho.

35 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. 261 f. Tese (Livre docência). Universidade de São Paulo, São Paulo. 2013.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No curto espaço desse trabalho, buscou-se delinear alguns aspectos problemáticos do uso de assessoriedade administrativa no Direito Penal Econômico, conceituando o primeiro fenômeno e relacionando-o à referida área do Direito.

Analisou-se qualitativamente alguns tipos penais que fazem uso de dita técnica de reenvio, apontando-se alguns conflitos iniciais que estes apresentam com a norma de legalidade, instituto basilar do Direito Penal clássico.

Conclui-se que o Direito penal que exsurge para tutelar os ditos bens jurídicos supraindividuais vulnera, em parte, alguns princípios ínsitos do ramo, o que, no entanto, não o torna ilegítimo *a priori*, porém não autoriza, por si só, a revogação ou o menoscabo de ditos princípios. É necessário, sim, aprofundar o estudo dogmático da matéria, buscando delinear os espaços em que se possa trabalhar com uma menor incidência de legalidade estrita, desde que sejam mantidas as garantias principais que dela emanam.

## REFERÊNCIAS

- ASSIS TOLEDO, Francisco. Princípios básicos de direito penal. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Valor, norma e injusto penal: Considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. 2017. Tese (Titularidade). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.
- CARVALHO, Érika Mendes de. Ensaio sobre o significado dogmático da assessoriedade administrativa nos delitos ambientais. Revista Liberdades, São Paulo, Ed. Especial, p. 23-46, dez. 2011.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. 2013. 261 f. Tese (Livre docência). Universidade de São Paulo, São Paulo. 2013.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. O caráter retórico do princípio da legalidade. Porto Alegre: Sintese, 1979.
- DONINI, Massimo. ¿Una nueva edad media penal?: lo viejo y lo nuevo en la expansión del derecho penal económico. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, Buenos Aires, v. 10, 18/19, p. 453-479., 2005.
- DOVAL PAIS, Antonio. Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco. València: Tirant lo Blanch y Universitat de València, 1999.
- ESTELLITA, Heloísa. Responsabilidade penal de empresas motiva debates dentro e fora do Brasil. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-31/heloisa-estellita-responsabilidade-penal-empresas-motiva-debates>. Acesso em 06.10.2017.
- ESTELLITA, Heloísa. Exercício da advocacia e a nova regulação europeia. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-21/heloisa-estellita-exercicio-advocacia-regulacao-europeia>. Acesso em 06.10.2017.
- ESTELLITA, Heloísa; BASTOS, Frederico Silva. Tax exchange of information and International cooperation in Brazil. Disponível em: [https://docs.wixstatic.com/ugd/f9bd0e\\_b2dd1eba51754679a6ce93987ca76c37.pdf](https://docs.wixstatic.com/ugd/f9bd0e_b2dd1eba51754679a6ce93987ca76c37.pdf). Acesso em 06.10.2017.
- FALAVIGNO, Chiavelli. A assessoriedade administrativa do Direito Penal em tempos de Covid-19. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-29/falavigno-assessoriedade-administrativa-direito-penal>. Acesso em 02.05.2020.
- FALAVIGNO, Chiavelli Fazenda. A deslegalização no direito penal brasileiro: discussões dogmáticas. Revista Inclusiones Vol: 8 num Especial (2021): 70-82.
- FALAVIGNO, Chiavelli Fazenda. A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro. Florianópolis: EMAIS, 2020.
- FALAVIGNO, Chiavelli Fazenda. O ilícito penal e o ilícito administrativo: discussões doutrinárias. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 24, n. 287, p. 12-14., out. 2016.
- FELDENS, Luciano. A criminalização da atividade empresarial no Brasil: entre conceitos e preconceitos. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 10, n. 41, p. 33-44., abr./jun. 2011.

GRECO, Luis. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. In: Revista brasileira de ciências criminais. Ano 14, 2006, n. 58. p. 152-194.

HEINE, Günter. Accesoriedad administrativa en el derecho penal en el derecho penal del medio ambiente. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46426.pdf>. Acesso em 10.01.2018.

HORTA, Frederico. Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

MATA BARRANCO, Norberto J. de: Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa: tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita . 1. ed. Barcelona: Cedecs Ed., 1996.

NAVES, João Paulo Micheletto. Tipicidade, assessoriedade administrativa e erro no direito penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e sociedade de risco. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SANTANA VEGA, Dulce María. El concepto de ley penal en blanco. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A busca de legitimidade dos crimes de perigo abstrato no direito penal econômico. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 20, n. 238, p. 6-7., set. 2012.



**Chiavelli Facenda Falavigno**

<https://orcid.org/0000-0002-7264-2171>

Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

[chiavelli.falavigno@gmail.com](mailto:chiavelli.falavigno@gmail.com)

Estágio pós-doutoral em Política Legislativa penal pela Universidade de Málaga, Espanha. Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo, com estágio de investigação na Universidade de Hamburgo. Pesquisadora visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e do Instituto Max Planck de Direito Penal estrangeiro. Professora Adjunta de Direito e Processo Penal da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). ConsUltora na área do Direito Penal Econômico e Ambiental. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9833644727888072>