

# **DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: QUANDO A APROXIMAÇÃO SE TORNA TEMEROSA**

Marion Bach

## **RESUMO**

O presente estudo está motivado pela notória aproximação – cada vez mais constante e intensa – entre o direito penal e o direito administrativo. Pretende-se, então e preliminarmente, reconhecer que as razões de tal aproximação transbordam o âmbito jurídico e averiguar os motivos históricos, sociais e econômicos que tornaram o direito penal *administrativizado* e o direito administrativo *sancionatório*. Intenta-se, posteriormente, elencar – exemplificativamente, não exaustivamente – consequências que a aproximação das duas instâncias acarreta no âmbito da teoria da norma, da teoria do delito e da própria política criminal. Vale esclarecer, porém e desde essas breves linhas, que o presente estudo possui menos a pretensão de esclarecer e mais a missão de provocar o leitor, tornando-o cúmplice na busca pelas (necessárias) respostas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Administrativização do direito penal; Direito administrativo sancionador.

## **1. INTRODUÇÃO**

Há algum tempo um fenômeno vem ganhando força – em extensão e intensidade: a aproximação entre o direito penal e o direito administrativo. Mais especificamente, o direito penal caminha, a largos passos, em direção ao direito administrativo, dando ensejo ao que hoje se conhece por *administrativização* do direito penal. De outro lado, o direito administrativo caminha, também a largos passos, em direção ao direito penal, se tornando cada vez mais *sancionador*<sup>1</sup>.

Tal fenômeno tem origens múltiplas e consequências idem. As linhas que seguem intentarão demonstrar, preliminarmente e sem a *pretensiosa pretensão* de exaurir o tema, as razões pelas quais direito penal e direito administrativo exercem forças atrativas intensas e recíprocas. Em seguida, pretenderão revelar as (problemáticas) consequências advindas de tal aproximação, seja no âmbito da teoria da norma, da teoria do delito ou da política criminal.

---

<sup>1</sup> LOBO DA COSTA, Regina Helena. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador – ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência apresentada na Universidade de São Paulo (USP), em 2013, p. 113.

De início, há que se reconhecer que, tamanha a amplitude e profundidade do tema, o presente trabalho terá de se conformar com a singela apresentação – provocativa – das linhas que podem (e devem) ser posteriormente exploradas.

## 2. RAZÕES DA APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL E O DIREITO ADMINISTRATIVO

Os motivos que conduzem o direito penal em direção ao direito administrativo – e vice-versa – possuem natureza jurídica, sociológica e política, que dificilmente serão abordados de modo exaustivo e definitivo. Alguns apontamentos, porém, se revelam possíveis.

As razões da referida aproximação guardam relação com as profundas mudanças sociais operadas nos últimos séculos. A Modernidade, não obstante seja termo que admite distintas acepções, refere ao estilo de vida desenvolvido a partir do séc. XVIII e consolidado no séc. XIX, na Europa, mas que alcançou influência mundial com os fluxos da globalização<sup>2</sup>.

“A modernidade é a expressão historicista da ‘razão objetiva’. Ao invés de contemplar um mundo racional criado por um logos e ajustar-se a suas leis, o homem moderno cria um novo mundo e uma nova imagem do homem, que é definida pelo poder criativo que ele conquista quando *compreende as leis da natureza e as utiliza para fortalecer seu controle das forças naturais*.<sup>3</sup> (grifos nossos)”

A Modernidade, portanto, é marcada pela racionalidade do homem e pelo domínio (ou pela tentativa de domínio) desse sobre a natureza. Mas não apenas. “O processo de modernização da sociedade passa por dois vetores fundamentais, nas esferas econômica e política: a consolidação da economia capitalista em escala mundial, e a consolidação do Estado-Nação moderno como modelo de organização político-administrativa”<sup>4</sup>.

Os pilares sobre os quais se construiu a Modernidade, porém, produziram imprevisíveis consequências.

---

<sup>2</sup> GHIRINGHELLI DE AZEVEDO, Rodrigo. *Sociologia e Justiça Penal – Teoria e Prática da Pesquisa Sociocriminológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 145.

<sup>3</sup> GIDDENS, Anthony. *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991, p. 11.

<sup>4</sup> GHIRINGHELLI DE AZEVEDO, Rodrigo. *Sociologia e Justiça Penal – Teoria e Prática da Pesquisa Sociocriminológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 146.

A pretensão de dominar a natureza através da racionalidade atingiu patamares (contradictoriamente) irracionais, de modo a desembocar no que Ulrich Beck denominou de *Sociedade do Risco*<sup>5</sup>.

Os avanços científico e tecnológico abalaram, em razão da sua imponderabilidade, a almejada segurança jurídica e social, dando origem aos riscos globais, que colocam em perigo até mesmo as condições da vida humana: todos se tornam, a um só tempo, vítimas e autores potenciais de graves ilícitos<sup>6</sup>.

“Esta sociedade mundial do risco trata-se, portanto, de uma sociedade catastrófica, na medida em que se caracteriza pelo surgimento de catástrofes nucleares, de desastres genéticos, de crises financeiras ou ameaças terroristas globais, e cuja reflexividade torna a maior parte dos aspectos da atividade social suscetíveis à revisão crônica à luz de novas informações ou conhecimentos.”<sup>7</sup>

A consequência do advento de tais riscos globais é que campos tradicionalmente regulamentados (satisfatoriamente) pelo direito administrativo passam a clamar por um instrumento de (suposta) maior força e potência: o direito penal. E eis, então, parte da força de atração entre direito penal e direito administrativo.

Referidos campos, que assumem agora *dignidade penal*, são, regra geral, âmbito de complexa normatividade. Campos como o sistema financeiro, o sistema tributário, o meio ambiente, o setor de energia nuclear, o sistema de biossegurança, o sistema industrial alimentício e farmacológico, etc., são altamente formalizados e exigem, ao contrário do direito penal dito *clássico*, um conhecimento técnico, específico e aprofundado, que o legislador não possui.

Então, e eis que novamente a força de atração entre direito penal e direito administrativo entra em cena: o legislador (penal) busca em instâncias distintas, como por exemplo nas normativas técnicas advindas do Poder Executivo, as informações e os complementos necessários à legislação<sup>8</sup>.

Ademais, os setores sociais em que o direito penal passa a atuar são marcados por uma dinâmica acelerada e contínua, o que acarretaria, inevitavelmente, grave – e quase

---

<sup>5</sup> BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo Global*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002.

<sup>6</sup> KNOPFHOLZ, Alexandre. Sociedade de Riscos e Poder de Polícia: da administrativização do direito penal ao fortalecimento do direito administrativo sancionador. In *Revista de Ciências Criminais*, vol. 15, 2011, p. 13-36.

<sup>7</sup> ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 46, 2004, p. 73-93.

<sup>8</sup> GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 163.

imediata – deteriorização legislativa, acaso o direito administrativo não viesse em socorro ao direito penal, assessorando e complementando-o.

Os outros dois (mencionados) pilares que sustentaram a Modernidade – a consolidação da economia capitalista em escala mundial e a consolidação do Estado-Nação moderno como modelo de organização político-administrativa – guardam relação entre si e possuem também consequência que reflete no tema aqui tratado. É que para Lyotard<sup>9</sup>, a globalização econômica é o que justifica, em parte, justamente o declínio dos Estados-Nação.

A globalização de transportes e comunicações, por exemplo, intensificada no final do século XX, deslocou para o ambiente corporativo privado parcelas de poder antes ocupadas pelo Estado. No Brasil – e não só –, a onda neoliberal dos anos 90 transferiu de mãos atividades respectivas a setores estratégicos da vida econômico-social - como telecomunicações, telefonia, transportes<sup>10</sup>, fornecimento de água e luz, etc.. Também serviços de saúde e educação ganharam corpo no âmbito corporativo privado. Como consequência, deu-se um *enfraquecimento* do aparelho de Estado enquanto agência de poder. Recuou da posição ativa de proporcionar produtos e serviços para um novo papel: o de *gerenciar* as atividades deslocadas para a iniciativa particular, sobretudo mediante agências de controle<sup>11</sup>.

Nova razão de aproximação entre o direito administrativo e o direito penal: o Estado, para *gerenciar* tais atividades percebe quão débil é, por vezes, o direito administrativo – escorado no poder de polícia e na autoexecutoriedade –, apelando, então, ao seu instrumento de maior força: o direito penal.

E aqui já se antecipa, apenas na intenção de demarcação, o que as linhas que seguem abordarão com maior cuidado: o apelo ao direito penal como mero reforço ao direito administrativo pode se revelar bastante problemático.

Por fim, um dos pilares constitutivos da Modernidade – a consolidação da economia capitalista em escala mundial -, reflete sobremaneira em outro ponto essencial: a combinação de industrialização, urbanização, mercado, produtividade, competitividade, individualização e individualismo, gera um ambiente social explosivo<sup>12</sup>.

Sim, pois se de um lado o individualismo faz com que o sujeito se importe menos – ou mesmo despreze – bens jurídicos alheios, o que potencializa o cometimento de condutas

<sup>9</sup> LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. Lisboa: Gradiva, 1989.

<sup>10</sup> Tanto empresas públicas foram privatizadas como o próprio gerenciamento de rodovias, ferrovias, aeroportos, mediante concessões.

<sup>11</sup> GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 17.

<sup>12</sup> GHIRINGHELLI DE AZEVEDO, Rodrigo. *Sociologia e Justiça Penal – Teoria e Prática da Pesquisa Sociocriminológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 151.

ilícitas; por outro, o individualismo, como o termo já evidencia, isola os indivíduos. Esse individualismo e competitividade crônicos já forjam, na Pós-Modernidade, uma verdadeira subjetividade. Já são, em outras palavras, *a nova razão do mundo*<sup>13</sup>.

E como bem demonstra Zygmunt Bauman, em diferentes obras em que retrata a *liquidez* que caracteriza os laços humanos, a sociedade e o próprio homem da atualidade, o isolamento do indivíduo fomenta o medo<sup>14</sup>. Real e imaginário. Para aplacar o medo, o direito administrativo é, aos (míopes) olhos sociais, insuficiente. Para aplacar o medo, real e imaginário, é, também aos (míopes) olhos sociais, o direito penal quem *deve* entrar em cena – pouco importa se os tradicionais princípios penais estão sendo observados e se o direito administrativo *pode* ser o meio adequado.

Essas são, sinteticamente, algumas das razões que fazem com o direito penal caminhe, a largos passos, em direção ao campo tradicionalmente pertencente ao direito administrativo e que o direito administrativo assuma, cada vez mais, a feição sancionadora, que classicamente caracteriza o direito penal.

### **3. CONSEQUÊNCIAS ADVINDAS DA APROXIMAÇÃO ENTRE DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO**

São muitas as consequências – menos ou mais problemáticas – advindas da proximidade intensa e apressada entre direito penal e direito administrativo.

A *primeira* delas está relacionada à teoria da norma e afeta precipuamente o âmbito da *tipicidade*. Recentemente, por decorrência do fenômeno que se tentou explicar no tópico precedente, as leis penais têm feito constante utilização de *técnicas de reenvio*. Tais técnicas são observadas no momento da construção típica e são guiadas por razões de política criminal.

#### **3.1 Técnicas de tipificação que exploram a aproximação entre direito penal e direito administrativo**

---

<sup>13</sup> DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova Razão do Mundo: Ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.

<sup>14</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

Dentre tais *técnicas de reenvio*, merecem destaque: a) as leis penais em branco, b) os elementos normativos do tipo e c) as remissões a atos administrativos concretos. Convém, portanto e rapidamente, diferenciar cada uma dessas técnicas<sup>15</sup>.

As *leis penais em branco* foram notadas, pela primeira vez, pelo penalista alemão Karl Binding<sup>16</sup>, ao analisar a Constituição do Império Alemão de 16 de abril de 1871. O autor notou que, embora fosse excepcional, por vezes a Constituição, por razões de ordem prática, transferia aos estados federados a competência para que complementassem algumas leis penais. Binding constatou que, em tais situações, as leis penais quedavam como *corpos errantes em busca da própria alma*. Leia-se: leis que mais pareciam corpos errantes em razão de vagar sem qualquer possibilidade de concretude, até que o complemento – a alma – as complementasse.

As razões de existência das leis penais em branco, como já observava Binding, são de ordem prática. O legislador opta por tipificar uma conduta através de lei penal em branco - e então já restará evidente a relação com o tópico anterior -, em razão da necessidade de flexibilização e atualização da lei penal<sup>17</sup>, eis que inserida em uma sociedade acelerada, bem como pela necessidade de conhecimento técnico, específico e aprofundado, eis que inserida em uma sociedade extremamente racionalizada.

Assim, é possível conceituar-as como leis penais incriminadoras utilizadas para regular matérias complexas, nos casos em que essa técnica legislativa se revela a única capaz de garantir a atuação do direito penal, através da flexibilização e atualização da lei penal. São leis penais incompletas, que remetem parte de seu preceito para que seja complementado por atos gerais advindos de uma instância inferior e não legislativa (em regra, Poder Executivo)<sup>18</sup>.

A segunda técnica legislativa mencionada trata-se dos chamados *elementos normativos do tipo*. O tipo legal de crime, ou simplesmente tipo penal, remonta aos escritos de Ernst Beling, em 1906, e consiste na descrição do fato criminoso pela lei penal, através da

<sup>15</sup> Para aprofundamento do tema, há que se recomendar a leitura do artigo de Érika Mendes de Carvalho, “Limites e Alternativas à Administrativização do Direito Penal do Ambiente.” In Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 92, 2011, p. 299-336.

<sup>16</sup> ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 38.

<sup>17</sup> “As leis penais em branco aparecem como uma necessidade para evitar o engessamento da regulamentação penal. A variabilidade de determinadas atividades, o ritmo da evolução social, técnico-científica ou econômica, converte a regulamentação de determinados tipos penais rapidamente em obsoletas e com necessidade de constantes modificações que resultam inviáveis para o lento e custoso processo de elaboração das leis orgânicas.” VEGA, Dulce María Santana. *El Concepto de Ley Penal en Blanco*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, p. 17.

<sup>18</sup> Nesse ponto, há que se remeter o leitor à obra GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014, na qual há a detalhada explicação das razões pelas quais não se entende correta a usual definição e classificação de leis penais em branco, adotada pela doutrina e jurisprudência.

qual é, portanto, delimitada a matéria de proibição<sup>19</sup>. A proposta de Beling, – até em razão do contexto histórico e científico em que estava inserido – era de um tipo penal neutro, descriptivo e avalorado (a valoração do fato típico competia à ilicitude). Estudos posteriores<sup>20</sup> evidenciaram a impossibilidade de um tipo avalorado e passaram a constatar, além dos elementos descriptivos, *corpos estranhos* no tipo penal: elementos normativos e elementos subjetivos do tipo.

Não obstante hoje, no Brasil, o conceito estrito de tipo penal não se distancie muito do conceito traçado por Beling, o seu caráter estritamente formal foi irremediavelmente superado. Não apenas pelo fato de ser a tipicidade a própria expressão legislativa da “negação de valores”, o que faz do tipo uma formulação normativa e teleologicamente orientada<sup>21</sup>, mas também pelo tipo penal ser constituído, segundo Fabio Roberto D’Avila, fundamentalmente, por *elementos normativos* e, eventualmente, *subjetivos* (os elementos descriptivos é que são, hoje, *corpos estranhos* no tipo penal).

Os *elementos normativos* do tipo constituem termos que *admitem* - ou, mais do que isso, *exigem - interpretação* por parte do hermeneuta. A interpretação exigida pelos elementos normativos do tipo pode buscar subsídios em valorações ético-sociais (como é o caso do termo “ato libidinoso”, constante do art. 213 do CP) ou em valorações jurídicas (como é o caso de termos como “funcionário público”, definido pelo art. 327 do CP, e “produto”, conceituado pelo Código de Defesa do Consumidor).

Veja-se que os elementos normativos diferenciam-se das leis penais em branco, posto que essas invocam outras normas para *complementação*, enquanto aqueles buscam outras normas (ou *juízos de análise*) para *valoração/interpretação*<sup>22</sup>.

Por fim, a terceira técnica de reenvio trata das *remissões a atos administrativos concretos*. A lei penal, aqui, busca respaldo em atos administrativos concretos, como licenças, permissões e autorizações (diferenciando-se das leis penais em branco justamente nesse ponto, já que essas buscam complementação em atos de caráter geral, como decretos,

---

<sup>19</sup> D’AVILA, Fabio Roberto. Tipo, Ilícito e Valor. Notas conceituais e sistemáticas. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 121. São Paulo. 2006, p. 99-126.

<sup>20</sup> Por exemplo Max Ernst Mayer, a quem usualmente é atribuída a descoberta dos elementos normativos do tipo e Engisch, em 1954, com seus estudos sobre elementos normativos do tipo.

<sup>21</sup> D’AVILA, Fabio Roberto. Tipo, Ilícito e Valor. Notas conceituais e sistemáticas. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 121. São Paulo. 2006, p. 99-126.

<sup>22</sup> BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal – Fundamentos para um Sistema Penal Democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 112.

resoluções e portarias). Tal técnica é bastante evidente, por exemplo, na legislação pertinente a crimes ambientais<sup>23</sup>.

Veja-se, diante das técnicas acima relacionadas – todas elas reveladoras da *administrativização do direito penal*, posto que as leis penais buscam complementação, valoração e concretude em atos advindos do direito administrativo – trazem à tona um sem fim de problemas – que, nesse trabalho, sequer tentativas de soluções serão arriscadas.

Primeiro, no que refere ao *princípio da legalidade*, em sua vertente política (relacionada à separação dos poderes): quando a lei penal (em branco) só é concretizada ao ser complementada por uma norma advinda do Poder Executivo, há violação à exigência de que a criminalização de condutas deve ser sempre realizada pelo Poder Legislativo?<sup>24</sup>

E quando elementos (normativos) constantes do tipo penal permitem ampla valoração e interpretação advinda do Poder Judiciário, há violação à exigência de que a decisão efetiva sobre a criminalização advenha do Poder Legislativo?

E quando a ausência/presença de permissão, concessão ou licença é o que determina a existência/inexistência do crime, a efetiva criminalização advém do Poder Legislativo ou está, literalmente, nas mãos de um funcionário da administração pública?

Segundo<sup>25</sup>, ainda no que diz respeito ao *princípio da legalidade*, agora em seu desdobramento de lei prévia (*princípio da anterioridade*): é possível que o destinatário da lei penal *conheça*, efetiva e previamente, o âmbito da proibição, quando a lei estiver complementada por uma ou por muitas normas esparsas<sup>26</sup>?

E quando o tipo penal é composto precipuamente por elementos (normativos) que dependem de valoração, o destinatário possui efetiva possibilidade de *conhecer* o âmbito de proibição, através de mera leitura típica prévia, tendo garantida sua segurança jurídica?

Terceiro, também no que refere ao *princípio da legalidade*, mais especificamente em seu desdobramento de lei certa (*princípio da taxatividade*): quando a lei penal remete sua complementação para atos gerais que, em verdade, são elaborados para regulamentar um setor

<sup>23</sup> Para o aprofundamento desse tema, recomenda-se o artigo de Luís Greco: “A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriadade administrativa. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM, vol. 58, 2008, bem como o livro de Helena Regina Lobo da Costa, “Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>24</sup> Parte significativa e respeitosa da doutrina – como por exemplo Juarez Cirino dos Santos e Francisco Monteiro Rocha Junior – entende que há violação, razão que conduz à inconstitucionalidade. Na obra “Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal”, escrita em coautoria com Fábio André Guaragni, concluímos de modo diverso. As razões estão detalhadamente expostas naquela obra e, por questões metodológicas, não poderão ser aqui desenvolvidas.

<sup>25</sup> Nesse segundo ponto é que se desdobram as cada vez mais frequentes discussões a respeito do *erro de tipo* e também do *erro de proibição*.

<sup>26</sup> Veja-se que é possível – e usual na legislação pátria – a utilização de sucessivas remissões.

complexo (como normas do BACEN, por exemplo) – e não para complementar uma lei penal –, é possível afirmar que tal lei será clara, exata, sem ambiguidades e sem obscuridades, como deveria ser?

Quarto, ainda no seio no *princípio da legalidade*: como fica a questão da retroatividade benigna e irretroatividade maligna quando da utilização das técnicas acima mencionadas? Há possibilidade de retroatividade benigna do complemento das leis penais em branco?<sup>27</sup> Há possibilidade de retroatividade benigna quando a valoração/interpretação sobre um elemento normativo do tipo sofre sensível alteração, em razão de evoluções sociais? Há possibilidade de retroatividade benigna quando um indivíduo obtém uma permissão para o ato, em momento posterior à execução do próprio ato (por demora do funcionário público em concede-la, por exemplo)?<sup>28</sup>

As provocações acima relacionadas, longe de esgotarem toda a problemática, apenas evidenciam os perigos decorrentes da aproximação entre direito penal e direito administrativo, quando de técnicas legislativas que lançam mão de técnicas de reenvio.

### **3.2. A temerosa utilização do direito penal como reforço à atividade administrativa estatal**

A utilização do direito penal como braço de apoio ao direito administrativo - e respectivas pretensões de controle das áreas da vida econômica - encerra perigos.

O primeiro consiste em permitir ao Estado fazer uso do direito penal *para si*, ao invés de empregá-lo para a proteção de bens jurídicos que dizem respeito ao indivíduo (diretamente, nos bens jurídicos individuais, ou indiretamente, nos bens jurídicos transindividuais). Há sempre um risco de autoritarismo no fato de o detentor do poder punitivo estabelecer crimes e penas para se autopreservar<sup>29</sup>.

Erika Mendes de Carvalho bem explora o problema no âmbito do direito penal ambiental, sendo certo, porém, que tal celeuma abrange diversos âmbitos do direito penal:

---

<sup>27</sup> Também esse ponto tivemos a oportunidade, na obra “Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal”, de analisar a doutrina favorável e contrária, bem como expor as razões que motivaram o nosso próprio posicionamento.

<sup>28</sup> Essa e demais discussões muito interessantes são pontuadas por Luís Greco, no artigo A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa.

<sup>29</sup> GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 18.

A função do Direito Penal Ambiental, em tais hipóteses, residiria tão somente na tutela de funções próprias da Administração Ambiental. E tais funções não podem figurar como um bem jurídico desse subsistema punitivo. Se a missão do Direito Penal do Ambiente radica na proteção de um bem jurídico autônomo, aquela se veria totalmente comprometida se esse setor do ordenamento se ocupasse apenas em garantir a eficácia da normativa administrativa ou em punir os sujeitos que transgredissem o poder de planejamento e gestão ambiental da Administração Pública. O bem jurídico tutelado pelos tipos penais incriminadores assim configurados seria, portanto, ‘a capacidade de controle da Administração pública nessa matéria’<sup>30</sup>.

Não se olvida que o Estado possa ser sujeito passivo de crimes, enquanto titular de bens jurídico-penais, basta ver, no Código Penal, o Capítulo dos crimes *contra a administração pública*: uma máquina estatal em adequado (e honesto) funcionamento interessa a todo cidadão que se vale e necessita dos préstimos estatais sociais. Porém é evidentemente, a seleção das situações em que o direito penal deve proteger bens de Estado necessita da clara evidência de que, por trás, está presente o interesse do cidadão. Do contrário, o exercício do poder punitivo carece de legitimidade<sup>31</sup>.

O segundo perigo diz respeito à subversão do princípio da intervenção mínima. A vertente da subsidiariedade impõe que o direito penal seja utilizado sempre em *ultima ratio*, ou seja, quando outra instância de controle se revelar francamente insuficiente. Porém, ao ser constantemente chamado para reforçar o direito administrativo, o direito penal deixa de ser subsidiário a ele, para simplesmente ser um instrumento de *reforço*.

E então, não bastasse a tendência de expansão exacerbada de incriminações, novamente as *funções* do direito administrativo e do direito penal passam a se confundir – basta ver, por exemplos, as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais atuais acerca dos crimes tributários: o direito penal, bem como o direito administrativo, possuem a idêntica (e única) função arrecadatória -, o que é absolutamente indevido e guarda relação com o próximo tópico.

### **3.3. A Sobreposição indevida entre direito penal e direito administrativo: *bis in idem*?**

---

<sup>30</sup> CARVALHO, Érika Mendes de. Limites e Alternativas à Administrativização do Direito Penal do Ambiente. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 92, 2011, p. 299-336.

<sup>31</sup> GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 18.

Eis o ponto delicado com que se deseja encerrar o presente trabalho. A verdade, porém, é que tal ponto – justamente por ser bastante controverso – exige estudo aprofundado que está sendo desenvolvido (ainda em fase gestacional) em tese de Doutoramento. Alguns pressupostos, porém, já podem ser firmados.

Parte-se, nesse tema, do *seguinte pressuposto*: o mantra constantemente repetido pela doutrina e pela jurisprudência de que “não há problema em cumular sanções penais e administrativas”, pois “há a independência entre as instâncias”, não mais é absoluto e incontroverso. Sim, pois no atual cenário, em que direito penal caminha em direção ao direito administrativo e direito administrativo caminha em direção ao direito penal, por vezes ambas as instâncias acabam por se sobrepor, indevidamente<sup>32</sup>.

Assim, a teoria e a prática revelam ser necessário – e urgente – estabelecer limites mais rigorosos e claros no âmbito punitivo do Estado (que engloba, naturalmente, direito penal e direito administrativo), inserindo essa tarefa no esforço de racionalização<sup>33</sup>.

Há, por parte da doutrina, a tentativa de delimitar traços distintivos entre o direito penal e o direito administrativo. Há quem realize tal tentativa através a) das *funções* das duas instâncias, b) através das *sanções impostas* por ambas as instâncias, c) através da *autoridade* que as impõem e, ainda, d) através da distinção entre o *conteúdo material do ilícito* penal e administrativo<sup>34</sup>.

O *segundo pressuposto* possível de firmar é: para que a distinção possa guiar o esforço de racionalização que estabelece limites ao âmbito punitivo estatal, há que descartar as distinções realizadas através das *sanções impostas*, bem como das *autoridades* que lhes impõem. E por uma simples razão: tais distinções em nada limitam a escolha do legislador, *pois dela decorrem*.

---

<sup>32</sup> A doutrina, ainda a passos lentos, vem demonstrando preocupação com esse ponto. Veja-se, por exemplo, o recente artigo de Gabriel S. Tosi, “A Lei Anticorrupção e os limites entre o direito penal e o direito administrativo sancionador”. In *Direito Penal Econômico e Empresarial: Estudos dos Grupos de Pesquisa em Direito Penal Econômico e Empresarial da PUCRS e da FGV DIREITO SP*. FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre (orgs). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 213.

<sup>33</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador – ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência apresentada na Universidade de São Paulo (USP), em 2013, p. 131.

<sup>34</sup> Veja-se, tão somente a título de exemplo, o excelente trabalho desenvolvido por Helena Regina Lobo da Costa: *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador – ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência apresentada na Universidade de São Paulo (USP), em 2013; do excelente artigo de Fabio Roberto D’Avila: “Direito penal e Direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença.” In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 60, 2006, p. 9-35, e o artigo produzido por Sirlene Nunes Arêdes, “Âmbito constitucional de aplicação do direito penal e do direito administrativo sancionador.” In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 129, 2017, p. 435-477.

Assim, a distinção deve ser feita, a um, através da cuidadosa análise do próprio *conteúdo material do ilícito* penal e administrativo<sup>35</sup> – como fez, classicamente, Goldschmidt, em seu célebre escrito denominado ‘Direito Penal Administrativo’; e como fez, atualmente, Fabio Roberto D’Avila, no artigo ‘Direito penal e Direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença’. - Ou, a dois, através da *função* do direito penal e do direito administrativo, na esteira das correntes funcionalistas. Apenas esses dois modos de realizar a distinção é que, efetivamente, pode significar uma racionalização e uma limitação à atividade legislativa.

*Terceiro pressuposto:* o direito administrativo é composto por diferentes atividades. Para que se realize a análise a respeito da eventual sobreposição indevida entre direito penal e direito administrativo, é necessário que se separe a função *sancionadora* de demais atividades desempenhadas pela administração pública<sup>36</sup>, inclusive a função *disciplinar*.

Há, ainda, um *quarto pressuposto*, bastante patente. A doutrina brasileira, não bastasse todas as problemáticas acima mencionadas, mas ainda confrontada com leis recentes que são evidentes exemplares de leis com *natureza penal*, mas carimbo de *natureza diversa* – como a Lei n. 12.846/2013, chamada Lei Anticorrupção -, deveria estar demonstrando *maior preocupação* com o tema.

O mesmo se pode afirmar quanto à jurisprudência nacional, que insiste em se apegar ao clássico – e ultrapassado – mantra de que “não há ilegitimidade na cumulação de punições penal e administrativa, pois advém de instâncias independentes”. Veja-se, também a título exemplificativo, o AgRg no AREsp 606352/SP, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), lavrado pela ministra relatora Assusete Magalhães, com data de julgamento em 10.02.2016.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), por outro lado, proferiu, já em março de 2014, decisão paradigmática sobre o tema, no caso que ficou conhecido como “Grande Stevens”. No caso, o Tribunal analisou o art. 4 do Protocolo n. 7 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que garante o direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez pelo mesmo fato. Reconheceu, o TEDH, que, sendo admitida a natureza *sancionatória* do direito administrativo italiano, as punições advindas do

---

<sup>35</sup> A tentativa de realizar tal distinção é uma discussão clássica no direito penal. Há defensores da distinção meramente qualitativa, defensores da distinção meramente quantitativa e, ainda, defensores da distinção qualitativa-quantitativa.

<sup>36</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador – ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência apresentada na Universidade de São Paulo (USP), em 2013, p. 235.

direito penal e do direito administrativo, tendo como origem a mesma conduta, violam a Convenção<sup>37</sup>.

Assim, sem dúvida, são muitos os pontos que, nesse tema, merecem atenção e estudo aprofundado. Por ora, há que se reconhecer quanto importante e indispensável é que a doutrina e a jurisprudência brasileiras se debrucem sobre o assunto, firmando novos pressupostos e desenvolvendo os já firmados, de modo a criar um sistema punitivo mais integrado e, consequentemente, menos excessivo e irracional.

#### 4. CONCLUSÃO

O presente estudo, cuja intenção é mais *provocativa* do que *esclarecedora*, demonstrou, inicialmente, que há uma intensa aproximação entre direito penal e direito administrativo. À medida em que o direito penal caminha em direção ao direito administrativo, cada vez mais se torna um direito penal *administrativizado*. Por outro lado, o direito administrativo, a cada passo dado em direção ao direito penal, se torna mais *sancionatório*.

As razões de tal força mútua de atração vão muito além do âmbito jurídico e envolvem, especialmente, questões econômicas e sociais. As linhas traçadas intentaram revelar de que modo a Sociedade de Risco, o capitalismo desenfreado, o neoliberalismo e sua constituição de subjetividades, o individualismo, o enfraquecimento da figura estatal e as demais características da (Pós) Modernidade contribuem para referida aproximação.

Então, passou-se a demonstrar, de modo não exaustivo, algumas das problemáticas consequências daí advindas. Tratou-se das técnicas de reenvio da lei penal que guardam estrita relação com o direito administrativo - como as leis penais em branco, os elementos normativos do tipo e as remissões a atos administrativos concretos -, para, em seguida, pontuar as controvérsias que tais técnicas, quando confrontadas com os princípios clássicos do direito penal (em especial, o princípio da legalidade), acarretam.

Por fim, se desnudou a preocupação com a deturpação da função do direito penal, que se afasta da clássica noção de (última) tutela de bens jurídicos legítimos e passa, em razão da referida aproximação, a assumir as mesmas funções que direcionam o direito administrativo. E daí decorre problema de especial relevo, com o qual o presente estudo se encerrou: a

---

<sup>37</sup> SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na União Europeia: uma releitura a partir do caso ‘Grande Stevens’ e os impactos na defesa da concorrência. In *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 2, 2014, p. 5-22.

sobreposição indevida entre direito penal e direito administrativo, que gera, em razão da cumulação de ambas as instâncias, um excesso punitivo.

É bem verdade que o presente trabalho consiste apenas nos primeiros passos desse último estudo. Mas, afinal, sempre haverão de haver os primeiros passos...

## REFERÊNCIAS

- ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 46, 2004.
- ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- ARÊDES, Sirlene Nunes. Âmbito constitucional de aplicação do direito penal e do direito administrativo sancionador. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 129, 2017.
- BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BECK, Ulrich. La Sociedad del Riesgo Global. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002.
- BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal – Fundamentos para um Sistema Penal Democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CARVALHO, Érika Mendes de. Limites e Alternativas à Administrativização do Direito Penal do Ambiente. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 92, 2011, p. 299-336.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador – ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência apresentada na Universidade de São Paulo (USP), em 2013.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova Razão do Mundo: Ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.
- D'Avila, Fabio Roberto. Direito penal e Direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 60, 2006.
- D'AVILA, Fabio Roberto. Tipo, Ilícito e Valor. Notas conceituais e sistemáticas. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 121. São Paulo.
- GHIRINGHELLI DE AZEVEDO, Rodrigo. *Sociologia e Justiça Penal – Teoria e Prática da Pesquisa Sociocriminológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- GIDDENS, Anthony. *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.

- GRECO, Luís. 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*. São Paulo: IBCCRIM, vol. 58, 2008.
- GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014.
- KNOPFHOLZ, Alexandre. Sociedade de Riscos e Poder de Polícia: da administrativização do direito penal ao fortalecimento do direito administrativo sancionador. In *Revista de Ciências Criminais*, vol. 15, 2011.
- LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. Lisboa: Gradiva, 1989.
- SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na União Européia: uma releitura a partir do caso ‘Grande Stevens’ e os impactos na defesa da concorrência. In *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 2, 2014.
- TOSI, Gabriel S. A Lei Anticorrupção e os limites entre o direito penal e o direito administrativo sancionador. In *Direito Penal Econômico e Empresarial: Estudos dos Grupos de Pesquisa em Direito Penal Econômico e Empresarial da PUCRS e da FGV DIREITO SP*.
- FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre (orgs). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- VEGA, Dulce María Santana. *El Concepto de Ley Penal en Blanco*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.