

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS  
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO**

**GUILHERME ZILIANI CARNELÓS**

**A “INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS”: INVESTIGAÇÃO SOBRE ORIGEM E  
CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO NA ESFERA PENAL**

**SÃO PAULO**

**2022**

GUILHERME ZILIANI CARNELÓS

A “INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS”: INVESTIGAÇÃO SOBRE ORIGEM E  
CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO NA ESFERA PENAL

Dissertação apresentada ao programa de  
Mestrado Profissional em Direito, da Escola de  
Direito de São Paulo da Fundação Getúlio  
Vargas, como requisito parcial para obtenção do  
título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Penal

Orientador: Prof. Dr. Adriano Teixeira

SÃO PAULO

2022

Carnelós, Guilherme Ziliani.

A “independência das instâncias” : investigação sobre origem e critérios de aplicação na esfera penal / Guilherme Ziliani Carnelós. - 2021.

69 f.

Orientador: Adriano Teixeira.

Dissertação (mestrado profissional) - Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo.

1. Direito penal econômico. 2. Direito administrativo. 3. Separação de poderes. 4. Poder judiciário - Independência. I. Teixeira, Adriano. II. Dissertação (mestrado profissional) - Escola de Direito de São Paulo. III. Fundação Getulio Vargas. IV. Título.

CDU 342.9

GUILHERME ZILIANI CARNELÓS

A “INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS”: INVESTIGAÇÃO SOBRE ORIGEM E  
CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO NA ESFERA PENAL

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Profissional em Direito, da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Penal

Data da Aprovação: 14/12/2021

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Adriano Teixeira  
FGV - EDESP

---

Prof. Dr. Aldo de Paula Júnior  
FGV - EDESP

---

Prof.<sup>a</sup> Dra. Helena Lobo da Costa  
USP

## AGRADECIMENTOS

Um trabalho acadêmico, especialmente no contexto de um mestrado profissional, não é fruto unicamente do esforço de seu autor. Afinal, a pouco serviria a dedicação pessoal à dissertação, não fosse a colaboração de pessoas muito importantes à minha formação profissional, pessoal e acadêmica.

Diante disso, agradeço à Flávia Rahal e à Camila Austregesilo Vargas do Amaral, a primeira por me pegar a mão e me convencer trilhar o caminho que resultou neste trabalho; a ambas pela compreensão e suporte para garantir que eu chegasse até o final desta dissertação.

Ao Dom Magri pelo amor e incentivo.

Aos meus pais, Sergio Luiz Carnelós e Angela Maria Ziliani Carnelós, a quem sempre tento fazer orgulhosos.

Ao Professor Adriano Teixeira pela serenidade na orientação e pelos valiosos ensinamentos, imprescindíveis ao trabalho.

À Professora Heloísa Estellita, que me ajudou a descobrir este caminho.

À Professora Helena Regina Lobo da Costa, cuja obra serviu de inspiração a este estudo.

Por fim, aos amigos e demais professores da 1ª Turma do Mestrado Profissional em Direito Penal Econômico da Fundação Getulio Vargas, que tornaram o caminho menos pedregoso, mais agradável e profundo em ideias e discussões.

## RESUMO

O direito penal econômico é rico em tipos penais acessórios, cuja produção é profícua e incessante. Por conseguinte, o relacionamento entre as esferas do poder estatal vem se tornando cada vez mais presente e relevante. Essa importância cresceu proporcionalmente ao aumento dos fatos cuja apuração é feita não só pelas autoridades encarregadas da persecução penal, mas por autoridades administrativas. Este trabalho se propõe a investigar a origem, critérios e fundamentos para a invocação do chamado “princípio da independência das instâncias”, costumeiramente presente em decisões judiciais. A aridez da literatura a respeito desse argumento direcionou o trabalho para a investigação da jurisprudência como fonte primária, concentrada em julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, resultando, ao final, em diagnóstico do tema.

**Palavras-chave:** Direito penal econômico. Direito administrativo. Acessoriedade administrativa. Independência das instâncias. Separação de poderes.

## **ABSTRACT**

Economic criminal law is rich in accessory definitions of crimes, whose formulation is effective and endless. Consequently, the relationship between the spheres of state authority has become increasingly present and relevant. This relevance has grown in proportion to the increase in facts whose investigation is carried out not only by the authorities in charge of criminal prosecution, but also by administrative authorities. This dissertation aims to investigate the origin, criteria and grounds for invoking the so-called “principle of independence of instances”, usually present in court decisions. The lack of literature on this subject directed the work towards a solid investigation of court precedents, focused on decisions of the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court, resulting, in the end, in a diagnosis of the theme.

**Keywords:** Economic Criminal Law. Administrative Law. Ancillary Administration. Independence of the proceedings. Separation of powers.

## LISTA DE ABREVIATURAS

AgInt no RESP	Agravo interno no recurso especial
Agr no AI	Agravo regimental no agravo de instrumento
AgRg no RESP	Agravo regimental no recurso especial
ANP	Agência Nacional do Petróleo
AP	Ação Penal
Art.	Artigo
BACEN	Banco Central do Brasil
CTN	Código Tributário Nacional
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
DJ	Diário de justiça
DJe	Diário de justiça eletrônico
HC	<i>habeas corpus</i>
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
INQ	Inquérito
IPI	Imposto sobre Produtos Industrializados
Min.	Ministro
MPF	Ministério Público Federal
Rel.	Relator
RHC	Recurso em <i>habeas corpus</i>
REsp	Recurso Especial
RExt	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SV	Súmula vinculante
TCE	Tribunal de Contas do Estado



## SUMÁRIO

<b>Introdução</b>	8
<b>1. Substrato teórico à investigação jurisprudencial</b>	10
<i>1.1 A separação de poderes</i>	10
<i>1.2 Acessoriedade: característica fundamental do direito penal econômico</i>	15
<i>1.3 Unidade do ordenamento jurídico</i>	23
<i>1.4 Crítica à “independência das instâncias” na doutrina</i>	26
<b>2. A Análise jurisprudencial</b>	32
<i>2.1 A metodologia empregada na pesquisa</i>	33
<i>2.2 Os crimes contra o sistema financeiro nacional</i>	40
<i>2.3 Os crimes contra o mercado de capitais</i>	46
<i>2.4 Os crimes ambientais</i>	46
<i>2.5 As demais figuras penais que emergiram da pesquisa</i>	48
<i>2.6 Dificuldade do caminho inverso</i>	52
<b>3. Ainda sobre a jurisprudência: o caso especial dos crimes contra a ordem tributária</b>	54
<b>4. Balanço da pesquisa</b>	61
<b>5. Conclusão</b>	64
<b>Bibliografia</b>	66

## **Introdução**

O direito penal econômico é rico em tipos acessórios, aqueles dependentes da contribuição extrapenal à construção do ilícito. Além disso, não raro, ilícitos penais e ilícitos civis e administrativos confundem-se e sobrepõem-se, servindo de mote para persecuções paralelas por parte de diferentes agências estatais.

Entretanto, os julgamentos criminais frequentemente invocam o que se chama de “princípio da independência das instâncias” para justificar o descolamento da conclusão processual penal daquilo que foi ou viria a ser decidido em esferas não penais, administrativa ou cível.

Conforme será demonstrado, esse recurso argumentativo nunca acompanha 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.

Essa carência de fundamento também se vê na forma com que é invocado. Embora trazido aos textos jurisprudenciais como se fosse um princípio, tem características de regra de comportamento do Estado.

O objetivo deste trabalho é investigar a origem e o modo pelo qual esse dogma é utilizado na jurisprudência brasileira, sobretudo no âmbito do direito penal econômico, fortemente marcado pela interdependência ou acessoriedade em relação a searas extrapenais. O recorte eleito para este trabalho é tratamento dado pela jurisprudência ao impacto – admitido ou pelos tribunais – das decisões administrativas sobre as penais.

O trabalho foi dividido em duas etapas. A primeira traz breves apontamentos teóricos, demasiadamente limitados pela inexistência de literatura específica sobre a independência das instâncias. Abrangerá a separação de poderes, a influência do direito penal econômico na formação de tipos acessórios, a acessoriedade necessariamente assimétrica dos crimes econômicos, críticas feitas à independência de instâncias.

Tais apontamentos servem de preparação à segunda etapa do trabalho, consistente no escrutínio da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça: uma seleção abrangente de julgados embasados na ideia de instâncias independentes, seguida de um balanço construído a partir dos conceitos presentes na etapa anterior.

Dentro das limitações próprias da ferramenta eleita para pesquisa – o acesso ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça –, o propósito do

trabalho é encontrar nas decisões elementos que digam sobre a origem do aforismo da independência das instâncias e identificar se sua invocação é amparada em algum fundamento do direito brasileiro.

## 1. Substrato teórico à investigação jurisprudencial

A proposta desta pesquisa, como dito, é investigar a existência ou não de fundamentos para invocação do aforismo da independência das instâncias pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça nos julgamentos penais. Bem assim, identificar o impacto de decisões administrativas em tais julgamentos, partindo de um olhar do direito penal econômico, marcadamente acessório.

Para tanto, antevimos a necessidade de uma introdução teórica sobre temas que ajudarão na análise dos precedentes identificados no capítulo 2.

### 1.1 A separação de poderes

O artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ao preceituar que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”, foi precursora da ideia iluminista de garantia de direitos por meio da difusão de poderes do Estado. Aquele que tem o poder de estabelecer regras, essencialmente, não tem mais o de coerção.

É lugar comum a noção de que o estudo da separação de poderes vem das obras de Aristóteles (*A Política*), Locke (*Two Treatises of Government*) e de Montesquieu (*O espírito das leis*). O último tornou-se célebre ao observar, numa viagem à Inglaterra em 1729, a enorme diferença entre a organização constitucional inglesa e a francesa, a última sob regime de monarquia absolutista<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> De acordo com Paul Visscher (1947): “Quando visitou o reino da Inglaterra, ao curso do ano de 1729, Montesquieu, passeando uma manhã nas ruas da velha Londres, notou um carpinteiro que, numa pausa de seu trabalho, lia a London Gazette. Esta constatação lhe inspirou numerosas reflexões sobre a maturidade e a liberdade políticas do povo inglês. Comparada à França, onde o povo era mantido em um estado de ignorância e de semiservidão, onde os súditos do Rei não dispunham nem da liberdade de palavra, nem de imprensa, onde o fato de desgostar do Monarca ou de um de seus cortesões fazia um simples cidadão correr o risco de ser ver privado da liberdade, a Inglaterra aparecia a Montesquieu como a terra eleita da liberdade, buscando a causa desta diferença entre os países, Montesquieu, que havia estudado sumariamente a Constituição inglesa nos escritos de Locke e de Blakstone, constatou que, contrariamente à França, onde todas as funções, legislativa, executiva e judiciária, estavam reunidas nas mãos de um só órgão, o monarca absoluto, na Inglaterra, ao contrário, essas funções se encontravam repartidas entre órgãos diferentes, o Parlamento Legiferante, o Rei Governante e a Corte julgadora das Contestações com base na regra de direito. Foi nessa divisão de funções de poder entre os órgãos diferentes que Montesquieu viu logo a causa da feliz situação do povo inglês porque, disse ele, essa separação de funções traz obstáculo à tendência natural do homem que o leva instintivamente a abusar do poder que ele detém: todo homem que tem poder é levado a abusar dele: vai até encontrar limites... Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder” (*Apud* MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *Separação de poderes: de doutrina liberal a princípio constitucional. Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 45, n. 178, abr.-jun. 2008, pp. 196-197).

A ideia nascida da separação e independência de funções estatais era, por meio do equilíbrio, evitar abuso de poder<sup>2</sup>, acepção que cria uma perspectiva de proteção de direitos. Não se trata, pois, de mera organização de tarefas e de distribuição de trabalhos, mas de divisão voltada à defesa da liberdade, de proteção do indivíduo<sup>3</sup>. É esta a mesma acepção de direito penal pós-iluminista<sup>4</sup>.

Entretanto, para que a separação ocorra com o equilíbrio necessário à proteção individual, o princípio em apreço “apresenta um arranjo entre poderes permeado de contundentes mecanismos de mútua fiscalização”<sup>5</sup>, mas com respeito à independência que, entre nós, foi consagrada no art. 2º da Constituição de 1988.

No que releva para o propósito deste trabalho, é importante observar esse arranjo entre poderes nos julgamentos penais. A intensa fiscalização promovida pelo poder executivo, fundada em lei (poder legislativo), subsidia o direito penal econômico (poder judiciário), rico em tipos acessórios.

Há atuação dos poderes legislativo e executivo na edição de leis, atos normativos e autorizativos que vêm a integrar tipos penais, por óbvio, julgados pelo poder judiciário. Os poderes, portanto, dão as mãos e caminham em conjunto na proteção de determinados bens jurídicos.

Alguma discussão sobre esse esforço conjunto somente aparece na atuação do poder judiciário quando se levanta a possibilidade de os julgamentos administrativos integrarem ou influenciarem os criminais. São dois caminhos paralelos: de um lado há integral cooperação entre direito penal e extrapenal; de outro há jurisdição penal independente.

Desde já é importante esclarecer o equívoco em invocar independência das instâncias como sinônimo de independência do poder judiciário frente ao executivo e ao legislativo. Funções estatais harmônicas não são funções estatais subservientes umas às outras. Portanto,

---

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 197.

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 198-199.

<sup>4</sup> Segundo Ferrajoli: “Com tal concepção [de que a ação punível advém exclusivamente da lei] podem ser obtidos dois efeitos fundamentais da teoria clássica do direito penal e da civilização jurídica liberal. O primeiro deles é a garantia para os cidadãos de uma esfera intangível de liberdade, assegurada pelo fato de que, ao ser punível somente o que está proibido na lei, nada do que a lei não proíba é punível, senão que é livre ou está permitido: por *jus* entende Hobbes a ‘liberdade que a lei me confere para fazer coisa que lei não me proíba, e a de deixar de fazer qualquer coisa que a lei não me ordene’. O segundo é a igualdade jurídica dos cidadãos perante a lei: as ações ou os fatos, por quem quer que os tenha cometido, podem ser realmente descritos pelas normas como ‘tipos objetivos’ de desvio e, enquanto tais, ser previstos e provados como pressupostos de igual tratamento penal: enquanto toda pré-configuração normativa de ‘tipos subjetivos’ de desvio não pode deixar de referir-se a diferenças pessoais, antropológicas, políticas ou sociais e, portanto, de exaurir-se em discriminações apriorísticas” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula Zomer Sica *et al.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 41).

<sup>5</sup> MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. Separação de poderes: de doutrina liberal a princípio constitucional. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 45, n. 178, abr.-jun. 2008, p. 202.

harmonia não tisna a primazia da jurisdição, preservada se houver “colaboração e controle recíproco”<sup>6</sup> entre poderes<sup>7</sup>.

Sobre o papel do poder judiciário, Louis Althusser descreve o posicionamento de Charles Eisenmann, para quem a separação de poderes atribuída a Montesquieu é um “modelo teórico, puramente imaginário”<sup>8</sup>, um mito alicerçado na ideia de absoluta separação, que não foi a defendida pelo autor francês. As interferências são frequentes, o que impede falar-se em separação pura:

A segunda audácia de Eisenmann consistiu em mostrar que, na verdade, em Montesquieu não se tratava de separação, mas de combinação, de fusão, de ligação dos poderes. O ponto essencial desta demonstração consiste em compreender primeiro que o poder judicial não é um poder no sentido próprio. Este poder é invisível e como que nulo, diz Montesquieu. E, de facto, para ele, o juiz não passa de uma presença e de uma voz. É um homem cuja função consiste exclusivamente em ler e em dizer a lei<sup>9</sup>.

Nas Américas, Xavier destaca os *Federalist Papers*, segundo os quais a supremacia possível numa república é da atividade legislativa e da constituição. Essa lógica imporia submissão do poder executivo às leis, com inferioridade ainda mais significativa do poder judiciário. Embora seja este um poder cuja independência há de ser preservada, não está o judiciário livre de influência dos demais poderes. Em consequência, sua competência para resolver antinomias entre leis e entre estas e a constituição não indica superioridade, é apenas consequência natural do poder de julgar<sup>10</sup>.

Quanto ao poder de julgar, é necessário esclarecer que a jurisdição é inafastável. Afinal, se “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, CF), é evidente que qualquer ato dos demais poderes que implique em sanção ou ameaça de sanção pode vir a ser submetido à jurisdição<sup>11</sup>.

---

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 47.

<sup>7</sup> Há, em realidade, uma insuficiência da teoria clássica da separação de poderes para lidar com o Estado moderno que, no século XX, passou por uma “hipertrofia do Executivo (...) em razão da ampliação de suas funções, entre as quais se inclui uma vigorosa atuação normativa, em detrimento da atividade parlamentar” (RANIENI, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. Barueri: Manole, 2013, p. 271). De fato, “em Montesquieu, a preocupação com os limites do poder deriva de um problema político, de correlação de forças, e não de um problema administrativo de divisão de funções” (*Ibidem*, p. 267).

<sup>8</sup> ALTHUSSER, Louis. **Montesquieu: a política e a história**. 1. ed. Lisboa: Presença, 1972, p. 129.

<sup>9</sup> *Ibidem*, pp. 132-133.

<sup>10</sup> XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. Controle de constitucionalidade, separação de poderes e eficácia vinculante. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 34, n. 72, 2013, pp. 12-14.

<sup>11</sup> O acesso ao judiciário não é viabilizado somente quando há lesão ou ameaça a direitos individuais como constava de Constituições anteriores (MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental de ação. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al* (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 358).

Veja-se que, como dito de início, a separação de poderes é expressão da democracia e foi incorporada nos sistemas constitucionais como garantia do cidadão contra a concentração do poder estatal, passando a integrar o rol de garantias fundamentais<sup>12</sup>.

Tratando-se a separação de poderes de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (art. 2º, Constituição Federal), a independência das instâncias, como pretendemos investigar, talvez mereça algum critério de aplicabilidade pela jurisprudência. Isso porque, o poder estatal é único e o poder judiciário é um ramo do Estado, o que leva à conclusão de que cada sentença judicial, além de consubstanciar um serviço prestado aos cidadãos, é um ato de poder e, pois, um ato de governo<sup>13</sup>.

A independência dos juízes é de ser rememorada como ferramenta indispensável ao correto exercício da função jurisdicional. Ela protege juízes da política, mas não autoriza ameaças feitas à sociedade por juízes inclinados a desrespeitarem a lei. Por isso, a independência do magistrado está longe de proporcionar decisões conforme a vontade; ela é um requisito funcional com o propósito do bom exercício da função que encontra sua contrapartida na obediência à lei<sup>14</sup>.

Partindo do raciocínio de que a norma é um texto abstrato dirigido à regulação de grande variedade de situações, o juiz tem um papel fundamental na concretização do comando legal, com a necessidade de, v.g., preencher lacunas e harmonizar contradições sistêmicas, tarefa na qual está contido o elemento de criatividade. Daí porque, “aplicação de norma deve sempre envolver, em algum nível, construção de norma”<sup>15</sup>.

É exatamente o que acontece no direito penal econômico, tipicamente acessório: a norma penal é necessariamente construída pelo juiz. E, sendo o poder judiciário encarregado de garantir harmonia sistêmica, é natural a promoção do diálogo entre esferas de poder.

Chama a atenção o precedente do Supremo Tribunal Federal referido pelo Ministro Roberto Barroso, em publicação científica. Nesse julgado, que curiosamente não trata de matéria penal, o Ministro Celso de Mello afirmou:

“O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da

---

<sup>12</sup> MOISES, Cristian Ricardo Prado. A “separação dos poderes” como garantia fundamental. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 34, n. 72, 2013, pp. 125-127.

<sup>13</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Estructuras Judiciales**. Buenos Aires: Ediar, 1994, p. 19.

<sup>14</sup> GRIMM, Dieter. Constitutions, Constitutional Courts and Constitutional Interpretation at the Interface of Law and Politics. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, set.-dez. 2019, p. 61.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 63; tradução livre do seguinte excerto: “*Norm application must therefore always to some certain extent involve norm-construction*”.

República sobre os demais órgãos da soberania nacional”. (STF, MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 12.5.2000, p. 20)<sup>16</sup>.

Não se pode olvidar que a independência do poder judiciário tem a mesma raiz constitucional que garante independência ao executivo e ao legislativo, mas nem assim se admite (o judiciário não admite) o desrespeito ou ignorância a provimentos jurisdicionais<sup>17</sup>.

Entra em cena reflexão importante acerca das capacidades institucionais desenvolvida por Sustain e Vermeule<sup>18</sup>. Aqui não pretendemos adentrar no tema que, por sua complexidade, foge ao objeto deste trabalho. Entretanto, é fundamental iluminar a relevância destacada pelos autores à interpretação da lei feita por agências governamentais em contraponto àquilo que juízes ideais decidiriam.

Ilustrando seu argumento com o caso *Chevron*<sup>19</sup>, Sustain e Vermeule indagam se deveria o poder judiciário decidir as questões jurídicas por conta própria ou se deveriam dar algum peso às visões da agência encarregada do tema de fundo<sup>20</sup>. Em resposta, os autores afirmam que, talvez, o significado da lei é o que as agências estabelecem<sup>21</sup>. Isso porque, seria razoável imaginar que as agências, por sua especialização, estão em posição mais adequada para tomar tais tipos de decisão do que o próprio poder judiciário<sup>22</sup>.

A especialização de funções em prol do mesmo fim constitucional é decorrência lógica do princípio da separação de poderes. Por mais capacitados que sejam, juízes estão sujeitos a enfrentar situações que não podem ser tratadas sem um olhar para as tensões interinstitucionais. E isso parte da compreensão de que as instituições são presumivelmente capacitadas a decidir<sup>23</sup>.

Portanto, 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. Veja-se:

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 113.

<sup>17</sup> Segundo Roberto Barroso, a “independência orgânica demanda, na conformação da experiência presidencialista brasileira atual, três requisitos: (i) uma mesma pessoa não poderá ser membro de mais de um Poder ao mesmo tempo, (ii) um Poder não pode destituir os integrantes de outro por força de decisão exclusivamente política 552 ; e (iii) a cada Poder são atribuídas, além de suas funções típicas ou privativas, outras funções (chamadas normalmente de atípicas), como reforço de sua independência frente aos demais Poderes” (*Ibidem*, p. 113).

<sup>18</sup> SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, Chicago, v. 101, n. 4, 2003, pp. 885-951.

<sup>19</sup> *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* - *Ibidem*, p. 925.

<sup>20</sup> No original: “Should courts decide legal questions on their own, or should they give some weight to the views of the relevant agency?” (*Ibidem*).

<sup>21</sup> No original: “[...] perhaps the meaning of the relevant law is what agencies say that it is” (*Ibidem*, p. 926).

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 927.

<sup>23</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 38, jan.-jun. 2011, pp. 6-50.



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 custos inafastáveis de negociação e, por isso, existe a necessidade de cooperação permanente entre as esferas para a condução do governo<sup>24</sup>.

Como indicam Arguelhes e Leal, a leitura parte do pressuposto de ser o corpo judiciário formado não por juízes comparáveis a Hércules, mas por magistrados “de carne e osso”<sup>25</sup>, submetidos a capacidades, conhecimento e recursos finitos. Hércules tomaria a decisão ideal, *first-best*. Portanto, segundo a teoria, juízes reais procurariam, no mínimo, um *second-best*. Entretanto, os autores alertam que Sustein e Vermule não se ocuparam de decisões em casos singulares, mas de “metadecisões sobre equilíbrio institucional”<sup>26</sup>.

De toda forma, a contribuição é relevante ao objeto ora em estudo, especialmente no que toca à valorização da participação dos entes não penais na construção dos julgamentos criminais.

## ***1.2 Acessoriedade: característica fundamental do direito penal econômico***

No direito penal econômico as normas acessórias ou extrapenais têm impacto considerável, seja porque complementares às leis em branco, seja por serem empregadas na interpretação de tipos penais abertos<sup>27</sup>, outra característica bastante presente nessa forma moderna de criminalidade que aposta na simbiose entre norma penal e administrativa<sup>28</sup>.

São tipos que protegem, muitas vezes, bens jurídicos supraindividuais, menos determinados se comparados aos tipos do direito penal clássico. Ao contrário, os tipos transcendem a dimensão puramente patrimonial individual<sup>29</sup>, revelada no uso das normas

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>27</sup> 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. 74.

<sup>28</sup> GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. Técnicas de reenvio do direito penal ao direito administrativo e as regras de aplicação da lei penal no tempo. In: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion (Coord.) – MARIA SOBRINHO, Fernando Martins (Org.). **Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos**. Londrina: Thoth, 2017, p. 81.

<sup>29</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico**. 1. ed. Madrid: Iustel, 2012, p. 66.

penais em branco<sup>30</sup> intimamente vinculadas à normativa econômica que lhes serve de base<sup>31</sup>. Há densidade regulatória, trazendo tanto a existência de crimes de *mala quia prohibita*, quanto tipos de acessoriedade cuja contundência varia ao sabor da força normativa da norma de complemento<sup>32</sup>. Com isso, o comportamento proibido, localizado na lei administrativa, está afastado da cominação de pena<sup>33</sup><sup>34</sup>.

Característica marcante do direito penal econômico é a regulação de situações especialmente arriscadas, nas quais o desenvolvimento da atividade profissional lícita pressupõe alguma audácia, uma assunção de riscos pelo autor. Daí porque não há de ser proibida toda e qualquer ação arriscada<sup>35</sup>.

A teoria atual da imputação objetiva supõe a existência de um risco criado pelo autor e que seja esse risco juridicamente desaprovado. Mas o que é desaprovado? É aquele que contraria as valorações do ordenamento jurídico<sup>36</sup>.

Daí o papel de grande importância do direito administrativo na conceituação ou delimitação do risco juridicamente desaprovado, como apontado por Greco<sup>37</sup>, que faz importante diferenciação entre o papel do juiz no conhecimento de infrações das normas penais tradicionais e do direito penal acessório:

Enquanto 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 àquilo que

---

<sup>30</sup> O autor associa essa regra de acessoriedade aos delitos econômicos em sentido estrito, mas aponta a existência de outros delitos, não puramente econômicos, mas que, de forma mediata, atingem bens supraindividuais, a exemplo os crimes contra os direitos dos trabalhadores. Nesses casos, conquanto a norma visa a proteger o direito do trabalhador parte do contrato de trabalho, igualmente tutela um direito categorial (*Ibidem*, p. 97).

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>32</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Fundamentos del derecho penal de la empresa**. 2. ed. Madrid: Edisofer, 2016, p. 9.

<sup>33</sup> TIEDEMANN, Klaus. **Manual de derecho penal económico: parte general y especial**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 35.

<sup>34</sup> Paredes Castañón diferencia a acessoriedade administrativa das normas puramente em branco, distinta da norma penal que faz referência a conteúdo proibitivo extrapenal (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 (Coord.). **Estudios de derecho ambiental: libro homenaje al profesor Josep Miguel Prats**. Espanha: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 621-684).

<sup>35</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Introducción al Derecho Penal Económico y de la empresa. *In*: BARRANCO, Norberto J. de la Mata *et al.* Derecho penal económico y de la empresa. Madrid: Dykinson, 2018, p. 50.

<sup>36</sup> FRISCH, Wolfgang. **La imputación objetiva del resultado: desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas**. Tradução: Ivó Coca Vila. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2015, pp. 59-60.

<sup>37</sup> GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 14, n. 58, maio 2006, pp. 167-168.

determinou este órgão indispensável para que esteja praticada a conduta prevista no tipo<sup>38</sup>.

Vê-se, pois, hipótese de limitação da instância penal, inapta à valoração do risco criado pelo autor no caso de violação de norma administrativa como elemento do tipo. A esse respeito, embora referindo-se unicamente ao direito ambiental, Greco ainda aponta que mesmo quando a norma penal não faz expressa referência ao direito administrativo, é dessa fonte que o direito penal busca hidratar-se, pois é dela que se pode extrair o conteúdo da proibição<sup>39</sup>.

Esse raciocínio é aplicável a outras figuras do direito penal econômico, tal como o crime de gestão temerária. Deixando de lado as discussões sobre a inconstitucionalidade do tipo do art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/1986<sup>40</sup>, é certo que uma condenação com base nesse dispositivo deve certamente passar pela identificação do risco permitido estabelecido na normativa de regulação da economia e do sistema financeiro nacional em contraponto à conduta tratada no caso concreto, como procurou fazer o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial n. 1.613.260/SP<sup>41</sup> ao assentar expressamente a necessidade de violação de deveres extrapenais.

Inviável, por outro lado, considerar a conduta penalmente relevante, se o direito administrativo aponta para atuação do autor em risco permitido.

Ao tratar da relação entre direito penal e direito administrativo do meio ambiente, Greco aponta três formas de acessoriedade<sup>42</sup> administrativa<sup>43</sup>: a) acessoriedade conceitual é aquela na qual a compreensão da lei penal depende da importação de conceitos administrativos; b) acessoriedade ao ato administrativo individual, qualificado como ato concreto, tal como uma licença ou autorização; c) acessoriedade ao direito administrativo (ou ao ato administrativo geral),<sup>44</sup> consubstanciada na referência da lei penal a alguma norma administrativa, de alcance

---

<sup>38</sup> *Ibidem*, pp. 169-170.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 190.

<sup>40</sup> Extremamente vago e aberto.

<sup>41</sup> STJ, REsp 1.613.260/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 24.8.2016.

<sup>42</sup> Helena Lobo da Costa defende o uso do termo acessoriedade, por entender que o direito administrativo assessora o penal, ajudando na construção do tipo. Não é, pois, seu acessório (COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental**: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 66-68). Para este trabalho, contudo, adotaremos a terminologia majoritariamente identificada na literatura, acessoriedade administrativa.

<sup>43</sup> GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 14, n. 58, maio 2006, pp. 159-162.

<sup>44</sup> O autor esclarece a falta de sentido para o direito brasileiro do uso da contraposição da terminologia “acessoriedade ao ato administrativo” e “acessoriedade ao direito administrativo”, pois o direito administrativo brasileiro também é formado por normas de alcance individual. Por isso, sugere terminologia mais simplificada, porém correta: “ato administrativo individual” e “ato administrativo geral”.

geral, cujo desrespeito é pressuposto da realização do injusto penal. Helena Lobo aponta nomenclatura distinta, mas com igual objetivo para as últimas formas: de ato e normativa<sup>45</sup>.

Nos autos de ação penal que tramitou perante a 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba, na qual foi deduzida a primeira das acusações pela prática do crime de cartel<sup>46</sup> envolvendo a Petrobras<sup>47</sup>, a denúncia oferecida contra executivos do Grupo Queiroz Galvão e da Iesa Óleo e Gás foi lastreada em nota técnica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Portanto, no início, não na conclusão do procedimento administrativo.

Invocamos, a título ilustrativo e de forma bastante sintética, a alegação da defesa de um dos acusados a respeito do tema<sup>48</sup>. As hipóteses típicas previstas nos incisos I e II do art. 4º da Lei nº 8.137/1990 trazem conceitos extrapenais, de fundo econômico, que não de ser delineados pela autoridade administrativa. Em virtude disso, a alegação é de prejudicialidade da decisão administrativa relativamente ao processo penal. Isso porque, enquanto o CADE não decide sobre os conceitos extrapenais que são elementos normativos do tipo, não é possível sustentar tipicidade penal.

É necessário um esclarecimento conceitual. Questões prejudiciais são aquelas que modificam o conteúdo a ser decidido no processo penal e que o antecedem, v. g., para se julgar acusação de bigamia, é necessário aquilatar a validade do casamento anterior ao considerado criminoso<sup>49</sup>.

As questões prejudiciais podem estar relacionadas ao estado das pessoas (art. 92, Código de Processo Penal<sup>50</sup>) ou não, sendo estas as que facultam ao juiz suspender a ação penal (art. 93, CPP<sup>51</sup>).

<sup>45</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental**: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 71.

<sup>46</sup> Art. 4º, Lei nº 8.137/1990.

<sup>47</sup> JFPR, Ação Penal nº 5046120-57.2016.4.04.7000, Juízo Federal da 13ª Vara Federal de Curitiba - processo público, portanto, acessível por meio do sistema e-Proc da Justiça Federal do Paraná.

<sup>48</sup> Resposta à acusação de Othon Zanoide de Moraes Filho, datada de 26 de setembro de 2016, evento 52; JFPR, Ação Penal nº 5046120-57.2016.4.04.7000, Juízo Federal da 13ª Vara Federal de Curitiba.

<sup>49</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pp. 320-321.

<sup>50</sup> “Art. 92. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente”.

<sup>51</sup> “Art. 93. Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente.

§ 1º O juiz marcará o prazo da suspensão, que poderá ser razoavelmente prorrogado, se a demora não for imputável à parte. Expirado o prazo, sem que o juiz cível tenha proferido decisão, o juiz criminal fará prosseguir o processo, retomando sua competência para resolver, de fato e de direito, toda a matéria da acusação ou da defesa (...).”

A última modalidade de questão prejudicial é a que importa para o propósito desta pesquisa, em virtude da acessoriedade característica do direito penal econômico. Embora seja viável admitir que o pronunciamento de juízo cível ou de autoridade administrativa pode influenciar na aferição de existência do fato criminoso, é de se notar que a lei processual não condiciona o julgamento penal à resolução das questões anteriores.

Com efeito, a suspensão do processo criminal em virtude de questão prejudicial, além de facultativa – “o juiz criminal poderá” –, será determinada “desde que essa questão seja de difícil solução” e que ela dependa de decisão “da competência do juízo cível” (art. 93, CPP). Portanto, o juiz encarregado da ação penal não está condicionado ao pronunciamento do juízo cível ou da autoridade administrativa se não reputar necessário. No caso da instância cível, na letra da lei, o juiz pode suspender o processo, fixando “o prazo da suspensão” (art. 93, § 1º, CPP); no caso de prévio procedimento administrativo, nem mesmo essa faculdade é dada ao juiz.

A regra do art. 93, CPP, é adstrita à ação penal, o que mostra que a ela não dá conta da reger a totalidade das situações do processo penal. Nas investigações policiais dos crimes econômicos são frequentes medidas cautelares, inclusive corporais, decretadas na fase pré-processual, a denotar o desamparo legislativo da questão.

Voltando ao processo judicial acima referido, mas sem adentrar no mérito da validade da alegação, vê-se que o tratamento dado ao tema pelos advogados subscritores da defesa em apreço é de acessoriedade conceitual, na medida em que a configuração do elemento normativo do tipo dependeria da importação de conceitos administrativos cuja salvaguarda é de atribuição da autoridade encarregada de regular a concorrência.

A decisão judicial pelo prosseguimento da ação penal foi lacônica: “Por outro lado, a esfera penal é independente da administrativa como regra e não tem base legal o pedido para suspensão do processo para esperar conclusão do CADE quanto à existência ou não de cartel”<sup>52</sup>. Ao final, a sentença, condenatória, foi igualmente enxuta: “A despeito do alegado pela Defesa, a esfera penal é, como regra, independente da administrativa e não há base para suspensão da ação penal até que o CADE conclua a análise acerca da existência ou não cartel”<sup>53</sup>.

O Juízo apontou que a independência entre esferas vem “como regra”, mas não indica que regra seria essa, a despeito de as prejudicialidades encontrarem amparo nos artigos 92 a 94

---

<sup>52</sup> JFPR, Ação Penal nº 5046120-57.2016.4.04.7000, Juízo Federal da 13ª Vara Federal de Curitiba; Evento 94, p. 7.

<sup>53</sup> JFPR, Ação Penal nº 5046120-57.2016.4.04.7000, Juízo Federal da 13ª Vara Federal de Curitiba; Evento 611, p. 42.

do Código de Processo Penal. De todo modo, a sentença invoca precedente do Superior Tribunal de Justiça<sup>54</sup> integrado por voto divergente do Ministro Felix Fischer, no qual afirma que “na hipótese do CADE, é mera apreciação administrativa sobre a existência de abuso de poder econômico. Não é condição objetiva de punibilidade e sim uma valoração acerca daquilo que coincide com o elemento do tipo. E sendo elemento do tipo, o procedimento administrativo no CADE não enseja a discussão em torno do art. 93 do CPP”<sup>55</sup>. A sentença invoca outro precedente do Superior Tribunal de Justiça<sup>56</sup> (agora unânime) segundo o qual: “o processo penal independe de procedimentos instaurados em outras esferas, haja vista a independência das instâncias. Como é cediço, para oferecimento de denúncia não se faz necessário nem mesmo a prévia instauração de inquérito policial. Constatando-se a tipicidade penal, a materialidade e os indícios de autoria, tem-se a justa causa necessária para a ação penal. Portanto, não há de se falar em necessidade de prévia apuração junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)”<sup>57</sup>.

Num único processo a acessoriedade administrativa foi tratada de três formas distintas: a) na decisão que indeferiu a resposta à acusação e na sentença condenatória foi afirmada a inexistência de base legal para o pedido, pois, “como regra”, as instâncias são independentes; b) o primeiro precedente invocado pela condenação tratou a questão como condição objetiva de punibilidade e afirmou que sendo os conceitos elementos do tipo, descabe falar de prejudicialidade processual; c) o segundo julgado trata a apuração prévia como elemento de prova, necessário à formação da justa causa da ação penal.

Todas as invocações à independência das instâncias vistas nesse processo específico não indicam fundamento legal da afirmação de independência. As que trazem algum traço de justificação confundem conceitos e resvalam para a questão processual, sem enfrentar o tema principal: se os elementos do tipo trazem conceitos regulatórios, pode a esfera penal ignorar o que a instância capacitada para essa regulação tem a dizer?

Embora a acessoriedade alegada pela defesa seja conceitual, as decisões subsequentes buscam certo abrigo numa desconhecida acessoriedade ao direito administrativo. Para preservação da independência judicial, atuam livremente sobre a seara administrativa, muito

---

<sup>54</sup> STJ, HC 42.305/RS, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 05.09.2005.

<sup>55</sup> JFPR, Ação Penal nº 5046120-57.2016.4.04.7000, Juízo Federal da 13ª Vara Federal de Curitiba; Reprodução do texto conforme a transcrição contida na Sentença - Evento 611, pp. 42-43.

<sup>56</sup> STJ, RHC 93.148/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 09.05.2018.

<sup>57</sup> JFPR, Ação Penal nº 5046120-57.2016.4.04.7000, Juízo Federal da 13ª Vara Federal de Curitiba; Reprodução do texto conforme a transcrição contida na sentença - Evento 611, p. 43.

embora sem referir normas extrapenais formadoras dos conceitos contidos no tipo empregado na condenação<sup>58</sup>.

Do exemplo acima, viu-se uma tentativa de preservar a jurisdição penal, sem referências à forma de acessoriedade, ao ponto de intersecção entre as esferas ou ao fundamento legal.

Curioso perceber que a resistência judicial, neste caso, esteve intimamente relacionada a um tipo de acessoriedade específica. Retomemos as formas de acessoriedade administrativa: conceitual, ao ato e ao direito administrativo.

Nas duas últimas, a jurisprudência não tem amarras em aceitar o diálogo entre as esferas do poder, mesmo porque, de forma geral, a lei penal, nesses casos, já indica as fontes normativas ou atos administrativos porventura desrespeitados pelo jurisdicionado<sup>59</sup>.

É justamente na forma de acessoriedade que mais depende da atuação de outros atores políticos – a conceitual – que se concentra o ponto de refração, mas sobre o qual, não há espaço nesta sede para aprofundamento.

Outro caso mostrou-se relevante para ilustrar a o relacionamento entre instâncias. Trata-se de acusação de crimes contra a ordem econômica, que induziu, além do procedimento criminal<sup>60</sup>, um processo administrativo perante o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica<sup>61</sup>.

Segundo denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal à Justiça Federal de Porto Alegre/RS, o presidente do Sindicato Nacional dos Transportadores Rodoviários Autônomos de Veículos e Pequenas e Microempresas de Transporte Rodoviário de Veículos (SINDICAN) e o diretor-presidente da Associação Nacional dos Transportadores de Veículos “formaram acordo, ajuste ou aliança entre empresas prestadoras do serviço de transporte rodoviário de veículos novos visando à fixação artificial de preços dos fretes praticados em território

---

<sup>58</sup> De fato, na condenação pelo crime do art. 4º da Lei 8.137/1990 em apreço, não há palavra alguma sobre as normas administrativas de regulação da concorrência, embora tenha afirmado a ocorrência de “abuso de poder econômico” (JFPR, Ação Penal nº 5046120-57.2016.4.04.7000, Juízo Federal da 13ª Vara Federal de Curitiba; Evento 611, p. 83).

<sup>59</sup> Exemplo de acessoriedade ao ato administrativo é o crime do art. 29 da Lei 9.605/1998: “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”; exemplo de acessoriedade ao direito administrativo está no art. 56, do mesmo diploma legal: “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”.

<sup>60</sup> JFPR, Ação Penal nº 2003.71.00.007397-5, Juízo Federal da 3ª Vara Criminal Federal da Seção Judiciária de Porto Alegre/RS.

<sup>61</sup> Processo Administrativo nº 08012.005669/2002-31, Conselheiro Rel. Luís Fernando Schuartz.

nacional”<sup>62</sup>. O Ministério Público Federal também imputa prática de abuso de poder econômico aos mesmos denunciados e a um diretor da General Motors do Brasil Ltda.

Com fundamento no art. 93 do Código de Processo Penal, os denunciados requereram a suspensão da ação penal, alegando, em síntese, a necessidade de se aguardar o desfecho do processo administrativo em trâmite no CADE<sup>63</sup>.

A resposta judicial foi negativa e embasada na referência vazia à independência das instâncias, sem indicação de fundamento legal: “[...] eventuais conclusões do CADE acerca da existência ou não de infração à ordem econômica não vinculam o juízo criminal, que se baseia em requisitos próprios para visualização da conduta e suas consequências na esfera penal, em face da independência das instâncias”<sup>64</sup>. Na fase da prolação de sentença, o processo administrativo ainda pendia de decisão, mas o Juízo considerou que “eventual decisão do CADE não configura condição de procedibilidade da ação penal, não necessitando, como consequência, ater-se às suas conclusões”<sup>65</sup>.

Posteriormente à sentença condenatória, sobreveio decisão do CADE pelo arquivamento do procedimento administrativo<sup>66</sup>. O tema, entretanto, não foi objeto do acórdão decorrente do julgamento das apelações dos acusados, parcialmente providas para que a eles fosse oferecida em primeiro grau proposta de suspensão condicional do processo<sup>67</sup>.

---

<sup>62</sup> P. 7 da Denúncia, fls. 11-32 do processo eletrônico; disponível em: e-STJ, REsp 1.265.395/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma.

<sup>63</sup> O acusado Paulo Roberto Guedes, diretor da General Motors alegou ou seguinte: “Deve-se enfatizar que os delitos imputados aos réus estão compostos de elementares normativas de interpretação conceitual (originando para alguns doutrinadores, tipos penais abertos), ou seja, elementares cujo conteúdo é obtido em normas extrapenais que regulam o direito concorrencial (...). A consequência disso é que não são as normas penais que estipulam os limites jurídicos da atuação das empresas, mas sim as normas que regulam a concorrência. Essa primeira afirmativa revela a unicidade de ilicitude, isto é, se está diante de uma infração penal em que é pressuposto do ilícito penal, no mínimo, o ilícito administrativo, sob pena de termos a possibilidade de os responsáveis por uma empresa/associação serem condenados por um delito oriundo de atividades consideradas lícitas pelo órgão competente para a sua fiscalização” (P. 11 de pedido datado de 19 de julho de 2004, fls. 1214-1228 do processo eletrônico; disponível em: e-STJ, REsp 1.265.395/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma).

<sup>64</sup> Decisão interlocutória prolatada em 8 de setembro de 2004, fls. 1317-1318 do processo eletrônico; disponível em: e-STJ, REsp 1.265.395/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma.

<sup>65</sup> P. 17 da Sentença datada de 19 de junho de 2006, fls. 2381-2426 do processo eletrônico; disponível em: e-STJ, REsp 1.265.395/RS, Rel. Min. Laurita Vaz.

<sup>66</sup> Processo Administrativo nº 08012.005669/2002-31, Conselheiro Rel. Luís Fernando Schuartz, acórdão de fls. 7505-7598.

<sup>67</sup> Fls. 135-165 (Acórdão) do processo eletrônico; disponível em: e-STJ, REsp 1.265.395/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma.



### 1.3 Unidade do ordenamento jurídico

A expansão do direito penal econômico<sup>68</sup>, com todas as características que lhe são peculiares, induziu não só a criação de novas figuras delitivas, mas também o aumento das possibilidades de responsabilização criminal.

O legislador penal encarregou-se de algumas tarefas: reduzir substancialmente o espaço do risco permitido; criar figuras delitivas de perigo abstrato; aumentar as hipóteses de tipos comissivos por omissão (infração de dever de cuidado), admitindo a figura do garantidor por ingerência<sup>69</sup> e; aumentar as hipóteses de crimes de desobediência administrativa<sup>70</sup>, do que é exemplo o crime do art. 22 da Lei 7.492/1986, tanto na modalidade do *caput*, quanto de seu parágrafo único. O direito penal da expansão, pois: “*es un modelo de sociedad a una restricción progresiva de las esferas de actuación arriesgada*”<sup>71</sup>.

O crescimento da regulação estatal trouxe consigo a diminuição de espaços de risco permitido, o que foi feito não só pela criação de deveres extrapenais de cuidado e a consequente expansão dos crimes de violação desses deveres mas, sobretudo, pelo incremento dos crimes de perigo abstrato<sup>72</sup>.

Em 1999, Arnaldo Malheiros Filho já observava as consequências no direito brasileiro desse movimento<sup>73</sup>. Adotando a perspectiva garantista de Ferrajoli da intervenção mínima, segundo a qual não há necessidade de tutela penal sem dano, Malheiros Filho criticou a existência do que batizou “crimes de mero capricho” e defendeu a extinção dos tipos penais abertos. Para tanto, exemplificou analisando o histórico dos crimes de gestão temerária e fraudulenta de instituição financeira. Outrora previstos na lei 1.521/1951 (lei de economia

<sup>68</sup> Em sua obra referência sobre o tema, Silva Sánchez explica a expansão como uma necessidade de proteção de bens jurídicos novos, justificados por novas realidades, por sua vez, advindas da constatação de que bens, antes abundantes, tornaram-se escassos, a exemplo dos recursos naturais. O meio ambiente, por excelência, é bem jurídico difuso (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2001, pp. 25-31).

<sup>69</sup> O garantidor por ingerência é aquele que, numa perspectiva *ex ante* de desvalor da ação, cria um perigo com potencial de realização de resultado típico e, assim, tem o dever de agir para evitar o dano (cf. art. 13, § 2º, c, Código Penal), segundo a lição de Heloisa Estellita (ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa**. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 121).

<sup>70</sup> CARDOSO, Raphaella. **Delitos económicos de desobediência administrativa: consequências da omissão da Administração Pública**. Tese (Doutorado), Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 88.

<sup>71</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p. 45.

<sup>72</sup> MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico**. 1. ed. Madrid: Iustel, 2012, pp. 139-140.

<sup>73</sup> MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Crimes contra o sistema financeiro na virada do milênio. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, v. 7, n. 83, out. 1999, pp. 5-6.

popular, art. 3º, IX), eram crimes de resultado, pois previam ação típica condicionada “à falência ou insolvência” da instituição financeira. Diante da possibilidade de intervenção do Banco Central do Brasil inaugurada pela lei 6.024/1974, voltada justamente a evitar tais consequências, o resultado foi extirpado da lei posterior, a 7.492/1986, art. 4º, *caput* e parágrafo único.

A administrativização do direito penal, em si, não é condenável. Ela só se torna “indesejável e contraproducente quando o direito penal perder, de vez, sua capacidade dogmática autônoma em relação ao direito administrativo e suas tipificações não sejam frutos de uma política sancionatória estatal balizada por princípios fundamentais limitadores da utilização da via penal”<sup>74</sup>.

Helena Lobo da Costa alerta para a existência de posicionamento que defende a autonomia do direito penal econômico, com dogmática própria e princípios próprios<sup>75</sup>. Entretanto, para este trabalho, parte-se da ideia de unidade do injusto penal, considerando a proximidade entre o direito administrativo e o direito penal – combustível da já mencionada expansão<sup>76</sup>.

De acordo com Francisco de Assis Toledo, a ilicitude é una. Todo injusto penal é, anteriormente, um injusto em outra esfera do direito. Por isso, é inviável a existência de fato criminoso que, anteriormente, não tenha infringido normas do ordenamento jurídico que imponham consequências menos contundentes do que as penais. O autor batiza essa acepção como “teoria dos círculos concêntricos”, segundo a qual os círculos de ilicitude estariam sobrepostos sobre o mesmo centro. O círculo menor contém a ilicitude penal, “mais concentrado de exigências”; o maior as não penais, “com exigências mais reduzidas para sua configuração”<sup>77</sup>.

O mesmo raciocínio é expressado por Zaffaroni e por Pierangeli, que afirmam que a tipicidade penal é conglobante. Isso significa dizer que o conteúdo da norma penal não advém apenas de tipicidade legal, mas exige a “averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem

---

<sup>74</sup> CARDOSO, Raphaella. **Delitos econômicos de desobediência administrativa**: consequências da omissão da Administração Pública. Tese (Doutorado), Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 92.

<sup>75</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador**: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. Tese (Livre-docência). Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo, 2013, p. 78.

<sup>76</sup> Que não se confunde com a unidade de *ius puniendi*.

<sup>77</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 165.

normativa”. Isso porque “o tipo não pode proibir o que o direito ordena nem o que ele fomenta”<sup>78</sup>.

A diferença entre a ilicitude penal e a administrativa é normativa. A lesão à lei penal pressupõe a infração à norma administrativa. Assim, para que haja crime, o agente imputável há de produzir “um dano normativo que requer intervenção estatal”<sup>79</sup>:

[...] Dito de outro modo: se a categoria da tipicidade se enriquece até o ponto de ser um juízo sobre o caráter qualificadamente errôneo de uma conduta, então é claro que se desloca já ao primeiro nível de análise o dado de que uma conduta que não quebra essa ordem, mas sim a confirma, não pode ser uma conduta que interesse ao Direito penal<sup>80</sup>.

Tal acepção encontra eco na teoria dos círculos concêntricos. Enquanto o tipo penal, para evitar o resultado lesivo, proíbe a tomada de alguns riscos, o direito administrativo proíbe os meios de criação desses riscos, antecipando a proteção<sup>81</sup>.

Na Alemanha, essa mesma teoria encontrou a denominação *acessoriedade assimétrica ou relativa*: nem todo ilícito administrativo é automaticamente um ilícito penal, mas todo juízo de licitude administrativa (risco permitido) representa a atipicidade da conduta<sup>82</sup>. Assim, o que é permitido em norma extrapenal não pode fundamentar proibição penal. Já o que é proibido, pode, de outro lado, não ser grave o suficiente para induzir necessidade de proteção penal.

Destacamos que a gravidade da infração extrapenal há de ser suficientemente grave a ponto de alcançar relevância penal, sem que o fato encontre anteparo no já conhecido princípio da subsidiariedade<sup>83</sup>.

<sup>78</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 415.

<sup>79</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. **Estudios de dogmática jurídico-penal**: Fundamentos, teoría do delito e direito penal econômico. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 88.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 89.

<sup>81</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 117.

<sup>82</sup> Em artigo que trata da infidelidade patrimonial, Ivó Coca Vila explica a acessoriedade assimétrica: “*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 tipicidad penal del acto de gestión desleal; para ello es necesario todavía un segundo filtro de antijuridicidad, este sí, de naturaleza propiamente penal*” (COCA VILA, Ivó. *La Business Judgment Rule* ante la determinación del riesgo permitido en el delito de administración desleal. **Diario La Ley**, Espanha, nº 9.371, mar. 2019, p. 12).

<sup>83</sup> O argumento é semelhante à ideia de Frisch quanto ao conceito material do delito “en que ‘la aplicación de la pena [...] se halla restringida al círculo de aquellas modalidades de conductas que merecen y necesitan una pena—sólo lo que realmente merece y necesita una pena puede en este sentido calificarse como delito (...). Merecedoras de pena sería sólo aquella acción que ‘en virtud de su género y gravedad se gana o justifica el reproche o desaprobación que en la pena se contiene’” (KUHLEN, Lothar. ¿Es posible limitar el derecho penal por medio de un concepto material de delito?. *In*: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg. **El sistema integral del derecho penal**: delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2004, pp. 131-132).

Mas não é apenas do grau de infração da norma que cuida a acessoriedade assimétrica. A integração das esferas na construção do ilícito também impõe a “conciliação de conceitos”<sup>84</sup>.

Eis o grande desafio de quem está investido no poder de dizer o direito: conciliar conceitos no caso concreto, preservando subsidiariedade e fragmentariedade do direito penal.

Acontece que, no direito penal da expansão, é difícil que essa conciliação seja feita em ambiente estéril, sem a influência da contribuição que os entes encarregados das primeiras etapas do programa sancionatório têm na construção da ilicitude caso a caso. É dizer que, ao constatar a contundência da sanção, pode o Estado-Juiz, no mínimo, aferir se ela é grave o suficiente a ponto de tisonar o direito penal.

O desafio ora proposto é que a construção do direito penal tenha na letra específica da lei apenas um ponto de partida – indispensável em virtude do princípio da legalidade – para o desenvolvimento da antijuridicidade a partir do caso concreto, influenciado pelas avaliações feitas no âmbito não penal.

#### **1.4 Crítica à “independência das instâncias” na doutrina**

É corrente a observação entre os autores segundo a qual a independência das instâncias é consequência lógica do princípio da separação de poderes, considerando a autonomia de gestão dos próprios recursos financeiros e humanos<sup>85</sup><sup>86</sup>. Entretanto, é imperioso observar a inexistência de norma que imponha isolamento. Instâncias independentes não são instâncias estanques, que não comunicam e aproveitam, entre si, os caminhos e resultados de suas decisões<sup>87</sup><sup>88</sup>.

<sup>84</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 179.

<sup>85</sup> MACHADO, Antonio Rodrigo. **Sanções e penas**: a independência entre as instâncias administrativa e jurisdicional penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 18.

<sup>86</sup> Entretanto, como visto no capítulo 1.1, essa independência não está propriamente na solução do caso concreto, mas da 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.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 149.

<sup>88</sup> O isolacionismo entre instâncias é argumento superado, como aponta Osório: “É inviável construir e sustentar a independência das instâncias com base numa estreita visão, já superada na Teoria Política, em torno ao princípio da separação de poderes, onde as Instituições e os Poderes atuam isoladamente, sem comunicações recíprocas e sem responsabilidades que transcendam suas esferas de intervenção. Sabe-se, vale insistir, que, no lugar da separação, a Teoria Políca originária de Montesquieu permitia a leitura em torno à divisão harmônica de Poderes, não tendo sido agasalhada na Revolução Francesa por desconfianças em relação à origem aristocrática do filósofo, cujas ideias manteriam intactas importantes prerrogativas dos juízes, genuínos representantes do Velho Regime, tendo sido ele próprio um magistrado por herança. Daí a radicalização do princípio da separação em detrimento do princípio da divisão. No entanto, a Constituição inglesa, cuja interpretação dera origem à obra histórica de Montesquieu, tratava de estruturas harmônicas, funções que se dividiam e não se separavam, dentro do Estado. Há que se retomar essa leitura num ambiente contemporâneo, de modo a revitalizar as Instituições, como acentuou

Aliás, a unidade da ordem jurídica é impeditiva da afirmação de independência a todo custo, axioma que “além de não apresentar fundamentação científica convincente, gera diversos resultados paradoxais”<sup>89</sup>.

Evitar antagonismos, à luz da unidade do ordenamento jurídico e do *ius puniendi*<sup>90</sup>, pressupõe alinhamento entre as esferas, que podem ter sua independência preservada de forma relativa. Afinal, a já mencionada teoria dos círculos concêntricos<sup>91</sup> (ou acessoriedade assimétrica) indica a impossibilidade de um ilícito penal não consubstanciar ilícito menos grave<sup>92</sup>. Em outras palavras, qualquer risco de lesão a bem jurídico, antes de atingir ofensividade penal a ponto de redundar na mais severa das sanções, enfrenta os graus de reprovação extrapenais. A via é de mão única: todo tipo penal pressupõe infração extrapenal; o contrário, porém, não é verdadeiro, pois nem todo ilícito civil ou administrativo gera risco penalmente relevante.

No direito penal econômico essa dinâmica é ainda mais evidente, rico em normas penais em branco e crimes de desobediência administrativa. Daí a necessidade de “construção coordenada do ilícito”<sup>93</sup>.

Arnaldo Malheiros Filho, a esse respeito, faz crítica contundente e verdadeira, umbilicalmente relacionada à independência das instâncias<sup>94</sup>. Para ele, mesmo aqueles ilícitos administrativos que, do ponto de vista formal, preenchem a moldura de um tipo penal, ainda dependem do grau de ofensividade da conduta para que venham a ser considerados criminosos. É dizer, mesmo o fato que contenha todos os elementos objetivos de tipicidade, ainda há de passar pela análise de lesividade.

Para ilustrar, suponha-se uma denúncia oferecida com base em procedimento do Banco Central do Brasil, que apurou conduta que configura o crime de empréstimo vedado (art. 17, lei 7.492/1986). A denúncia é recebida e os procedimentos – administrativo perante o Banco Central e criminal perante o poder judiciário – seguem em paralelo. Mas a autarquia decide

---

Eduardo García de Enterría em sua clássica obra sobre o tema” (OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 301).

<sup>89</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental**: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 119.

<sup>90</sup> Tratando do ordenamento espanhol, Letelier afirma: “*la premisa básica y primitiva con la que ha partido nuestro derecho administrativo sancionador es que tanto la sanción penal como administrativa derivan del mismo ius puniendi estatal*” (LETELIER WARTENBERG, Raúl. Garantías penales y sanciones administrativas. **Polít. crim.**, v. 12, n. 24, Diciembre 2017, pp. 627-628).

<sup>91</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 165.

<sup>92</sup> Como visto no capítulo 1.3.

<sup>93</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental**: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 120.

<sup>94</sup> Que defendia ser relativa, cf. MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Crimes contra o sistema financeiro na virada do milênio. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, v. 7, n. 83, out. 1999, pp. 5-6.

aplicar sanção considerada leve a quem autorizou o empréstimo. A decisão administrativa baseia-se no fato de que, embora tenha existido conduta formal de concessão do empréstimo, além das condições do contrato terem sido iguais às praticadas pela instituição financeira com clientes regulares, houve garantias sólidas, capazes de amparar a instituição em caso de inadimplemento. Portanto, diante da inexistência de potencialidade de lesão ao sistema financeiro, a autoridade que tem a missão institucional de o proteger<sup>95</sup> entendeu pela sanção mínima<sup>96</sup>. Diante disso, defende Malheiros Filho, é impossível afirmar ofensividade penal, razão pela qual, inspirado em Bettiol, rechaçou os crimes que classificou como “de mero capricho”<sup>97</sup>. Afinal,

[...] o Direito Penal é o direito da sanção máxima e da intervenção mínima, subsidiário aos outros ramos do ordenamento, voltado, apenas, a fragmentos gravíssimos da desordem social, o que já delimita bastante sua potencial esfera de incidência<sup>98</sup>.

Considerando que “a pena e a sanção administrativa buscam exatamente as mesmas finalidades”<sup>99</sup>, o desarranjo entre as respectivas instâncias, além de contraditório, ignora tanto a ofensividade como vetor da incriminação, quanto o papel do direito penal que não pode se descolar do contexto coletivo<sup>100</sup>.

Considerando que o tipo integrado por norma acessória é, ao fim e ao cabo, submetido ao poder judiciário, aos juízes cabe promover a interpretação da norma (penal e administrativa)

<sup>95</sup> Dentre elas a de “Exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas” (art. 10, IX, lei 4.595/1964).

<sup>96</sup> O exemplo é inspirado em Arnaldo Malheiros Filho: “(...) se o empréstimo à controlada desestabiliza o banco, que se o vede. Porém de crime só se pode cogitar se, por sua expressão monetária em comparação com as disponibilidades e o patrimônio líquido da Instituição, a expuser de fato ao risco de desestabilização. O empréstimo a diretor é em princípio negócio de risco, mas não há sentido em proibir uma instituição de grande porte de oferecer a um diretor empregado um financiamento para aquisição de casa própria ou de automóvel que, além da boa garantia, é de montante insignificante frente à financiadora. Da mesma forma, a introdução de mecanismos ou garantias que reduzam o risco de desestabilização esvaziará a tipicidade” (*Ibidem*, pp. 5-6).

<sup>97</sup> MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Direito Penal Econômico e Crimes de Mero Capricho. In: BRESSER PEREIRA, Flávia Rahal; VILARDI, Celso Sanchez; DIAS NETO, Theodomiro (Coord.). **Direito penal econômico**: análise contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 84.

<sup>98</sup> *Ibidem*, pp. 70-71.

<sup>99</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental**: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 162. Em sentido oposto, Letelier nega o caráter retributivo da sanção administrativa no sistema espanhol: “(...) *si hay algo que caracteriza la potestad administrativa sancionatoria es que ella se alinea con la faz preventiva y disuasoria de los fines de toda sanción. Su objetivo en caso alguno es generar un castigo al infractor como forma de retribución de su pecado, sino simplemente hacer coercible, aplicable, ejecutable un estándar de comportamiento administrativo aportando razones para la acción futura de aquellos a quienes afecta los deberes de ese estándar*” (LETELIER WARTENBERG, Raúl. Garantías penales y sanciones administrativas. **Polít. crim.**, Chile, v. 12, n. 24, Diciembre 2017, p. 367).

<sup>100</sup> CERVINI, Raúl. Derecho penal económico democrático: hacia una perspectiva integrada. In: BRESSER PEREIRA, Flávia Rahal; VILARDI, Celso Sanchez; DIAS NETO, Theodomiro (Coord.). **Direito penal econômico**: análise contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10.

e, por conseguinte, estabelecer o conteúdo do injusto penal, “*como último paso del proceso legislativo*”<sup>101</sup>. O único modo dos demais poderes interferirem nesse processo é por meio da edição de normas permissivas, que aumentem o espaço de risco permitido ou pela criação de normas extrapenais de conteúdo interpretativo.

Ainda no que toca à construção do ilícito, Paredes Castañon defende que normas administrativas procedimentais ou mesmo as substantivas que tragam conteúdo distinto do objeto de proteção da norma penal, são irrelevantes para aferir 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<sup>102</sup>.

Talvez seja este um critério à relativização do paradigma da independência das instâncias.

É o que se vê no crime de gestão temerária de instituição financeira já mencionado no capítulo 1.2 (art. 4º, parágrafo único, lei 7.492/1986). A respeito da definição do que seria temerário para fins de incriminação, Feldens e Carrion indicam que “a única maneira de salvar o delito passaria por compreender que a ilicitude penal está, no caso, estritamente vinculada às diretrizes fixadas pela autoridade administrativa”<sup>103</sup>, v.g., o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central. Tais instituições, responsáveis pela regulação necessária à proteção do bem jurídico, detêm a atribuição de fixar normas extrapenais essenciais à construção do conteúdo material do injusto. Bem por isso, podem não ter seus critérios passíveis de mensuração pelo juiz criminal<sup>104</sup>.

Embora caminhando em sentido inverso ao objeto de análise desta pesquisa<sup>105</sup>, não é de se ignorar o precedente do Supremo Tribunal Federal decorrente do julgamento da reclamação 41.557/SP<sup>106</sup>, proposta contra o ajuizamento de ação de improbidade administrativa movida contra pessoa em favor de quem a Corte havia concedido ordem de *habeas corpus* para trancar ação penal e em cujo julgamento foi reconhecida a inexistência de indícios de autoria.

O precedente chama atenção para o princípio do *ne bis in idem* e conclui, em rápidas palavras, que a unidade de ilicitude em círculos concêntricos é impeditiva da ocorrência de

---

<sup>101</sup> *Ibidem*.

<sup>102</sup> *Ibidem*.

<sup>103</sup> FELDENS, Luciano; CARRION, Thiago Zucchetti. A estrutura material dos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 86, set.-out. 2010, p. 194.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 196.

<sup>105</sup> Que é o da influência das decisões extrapenais nos julgamentos criminais.

<sup>106</sup> STF, Rcl 41.557/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 10.03.2021.

punições duplas ou paradoxais. O Ministro Relator e seu assessor, após o julgamento, publicaram artigo sobre o caso, no qual enfatizam que, embora o escrutínio fático do direito administrativo sancionador possa ser revisto na esfera penal, o contrário não é verdadeiro. Daí porque, esse conjunto conceitual e a proteção das garantias individuais frente ao *jus puniendi* impõem um “*princípio da independência mitigada* na interpretação da Lei de Improbidade (lei 8.429/92)”<sup>107|108</sup>.

De fato, para além da inexistência de argumento normativo ou científico que impeça o diálogo entre instâncias há, na realidade brasileira, o contrário. São muitos os dispositivos legais que impõem o relacionamento entre as instâncias, a exemplo da possibilidade de quitação de tributos para fins de extinção da punibilidade dos crimes tributários (art. 9º, § 2º, Lei 10.684/2003)<sup>109</sup>.

A sobreposição normativa para proteção do mesmo bem jurídico é expressão da divisão dos programas jurídicos sancionatórios, cada qual com regras próprias de comportamento,

---

<sup>107</sup> 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 do IBCCRIM**, São Paulo, v. 29, n. 340, mar. 2021, n.p. (Edição Digital).

<sup>108</sup> A esse respeito, destacam Etéocles Brito Mendonça Dias Júnior e Ricardo Alves de Lima: “A relatividade da independência das instâncias também se mostra especialmente sensível ante a circunstância de a instância penal ser prevalecente perante as demais esferas de responsabilidade em casos de absolvição por inexistência do fato ou negativa de autoria. Nesse jaez, de especial relevo para o regramento da matéria o artigo 935 do Código Civil, que estatui a impossibilidade de se discutir a existência do fato ou quem seja o seu autor, quando essas questões estiverem decididas no âmbito criminal, e o artigo 126 da Lei n.º 8.112/90, que determina o afastamento da responsabilidade administrativa de servidor público em caso de absolvição penal fundada na negativa de existência de fato ou de autoria” (DIAS JÚNIOR, Etéocles Brito Mendonça; LIMA, Ricardo Alves de. *Ne bis in idem* penal, processual e na sanção administrativa. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 6, n. 1, jun. 2021, p. 117).

<sup>109</sup> Foi o que observou André Ferreira em dissertação apresentada neste programa de mestrado profissional da FGV, intitulada “*Direito penal ambiental: efeitos materiais e processuais na esfera penal das cláusulas de reparação e dano dos acordos administrativos ambientais*”: “No plano infraconstitucional, por sua vez, vemos diversos dispositivos que confirmam a existência de intensa comunicação entre as esferas penal, cível e administrativa – o que também esmorece a força do argumento da separação das instâncias. Nesse sentido, temos a (i) possibilidade de detração penal do tempo de prisão administrativa (CPP, art. 387, § 2º); (ii) a compensação da prestação pecuniária fixada em substituição à pena privativa de liberdade com o valor de reparação civil do dano na Lei 9.605/1998 (art. 1250); (iii) lançamento tributário como condição para tipificação do crime contra ordem tributária do art. 1º (incisos I a IV) da Lei 8.137/1990 e procedibilidade da investigação criminal (Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal) e (iv) a extinção da punibilidade de crimes tributários e ambientais em função do pagamento do tributo e adesão ao programa de recuperação ambiental, respectivamente (leis 9.430/1996 e 10.684/2003; e lei 12.651/2012); (v) efeitos penais do oferecimento de garantia ao tributo na esfera penal, objeto de pesquisa da dissertação de outro integrante do Mestrado Profissional temático da FGV; (v) integração do direito penal com o administrativo na aplicação dos tipos penais ‘em branco’; (vi) ou mesmo, por fim, a possibilidade de a autoridade judicial homologar práticas de resolução de conflitos e responsabilização próprias de costumes e normas da comunidade indígena no processo penal envolvendo pessoas indígenas (art. 57 da Lei 6.001/1973 e parágrafo único do art. 7º da Resolução n.º 287 do Conselho Nacional de Justiça)” (FERREIRA, André. **Direito penal: efeitos materiais e processuais na esfera penal das cláusulas de reparação de dano dos acordos administrativo ambientais**. Dissertação (Mestrado), Escola de Direito de São Paulo - Fundação Getúlio Vargas, 2020, p. 34).



sanção e processo<sup>110</sup>. Fiquemos nas de comportamento. Não encontramos fundamento para a inexistência de diálogo institucional posteriores às previsões legislativas de comunicação de fatos possivelmente criminosos ao Ministério Público<sup>111</sup>. Daí o alerta de Maíra Rocha Machado, para quem “conceber independência como indiferença” funcionaria “como um bloqueio à reflexão jurídica sobre *como* diferentes programas jurídicos sancionatórios devem interagir e se relacionar quando incidentes sobre um mesmo fato”<sup>112</sup>.

Daí a crítica ao argumento da independência das instâncias, especialmente por serem frequentes, no direito penal econômico “as situações nas quais se verifica uma acumulação de sanções de natureza administrativa e penal baseadas numa mesma conduta”, como alertam Adriano Teixeira, Heloisa Estellita e Marcelo Cavali<sup>113</sup> em trabalho no qual ilustram as diversas possibilidades de repressão estatal sobre um mesmo fato com a figura mitológica Hidra de Lerna<sup>114</sup>. Exatamente o caso do programa sancionatório brasileiro, despido de solução para equacionar as diversas manifestações de acessoriedade administrativa e a necessária intersecção entre esferas decisórias. Segundo os autores, os problemas advindos desse fenômeno “são terraplenados como uso da fórmula mágica da ‘independência das instâncias’, por meio da qual se busca, na tradição de nosso país, como que varrer para debaixo do tapete problemas de sensível complexidade”<sup>115</sup>.

---

<sup>110</sup> MACHADO, Maíra Rocha. Independência como indiferença: ne bis in idem e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 55, jul.-dez. 2019, p. 260.

<sup>111</sup> Do que é exemplo o comando do art. 7º da Lei 4.729/1965 que, antes da Lei 8.137/1990, tipificava o crime de sonegação fiscal: “As autoridades administrativas que tiverem conhecimento de crime previsto nesta Lei, inclusive em autos e papéis que conhecerem, sob pena de responsabilidade, remeterão ao Ministério Público os elementos comprobatórios da infração, para instrução do procedimento criminal cabível”.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 286.

<sup>113</sup> TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloisa; CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem* e o cúmulo de sanções penais e administrativas: Um ‘Estado Hidra de Lerna’?. **JOTA**, São Paulo, 1 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>>. Acesso em: 7 out. 2021.

<sup>114</sup> “[...] 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” (*Ibidem*).

<sup>115</sup> *Ibidem*.

## 2. A Análise jurisprudencial

A pesquisa jurisprudencial foi desenvolvida e organizada com vistas a identificar o tratamento dado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça ao aforismo da independência das instâncias. O objetivo foi aquilatar se as decisões de ambos os Tribunais trazem junto da invocação de independência alguma justificativa, se as decisões informam critérios de origem, em qual contexto, com qual sentido e se há fundamento legal. Especificamente, pretendemos identificar a quais modalidades de acessoriedade apresentadas no capítulo 1.2 os Tribunais se referem e se o fazem de forma materialmente correta ou se se trata apenas de uso retórico ou alegórico da expressão “independência das instâncias”.

Cumprir pontuar que o propósito deste trabalho não é concordar ou discordar do encaminhamento dado pelo poder judiciário aos casos concretos, mas analisar unicamente como Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça vêm lidando com o impacto exercido pela acessoriedade característica do direito penal econômico sobre a tensão entre instâncias.

Esclarecemos, ademais, que os julgados atinentes às sanções disciplinares foram descartados para os fins da pesquisa diante da relação especial de sujeição do agente em razão do exercício do cargo público, distinta da relação de um indivíduo qualquer<sup>116</sup>.

A escolha das figuras penais que serviram à pesquisa teve como ponto de partida a forte presença de acessoriedade administrativa na construção dos tipos penais que tutelam bens jurídicos em ambientes regulados, como é o caso dos crimes contra a ordem tributária, sistema financeiro nacional, mercado de capitais e meio ambiente.

Ao todo, foram selecionados como objeto de pesquisa 156 acórdãos, sendo 18 do Supremo Tribunal Federal e 138 do Superior Tribunal de Justiça.

---

<sup>116</sup> Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro: “Poder disciplinar é o que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa; é o caso dos estudantes de uma escola pública.

“Não abrange as sanções impostas a particulares não sujeitos à disciplina interna da Administração, porque, nesse caso, as medidas punitivas encontram seu fundamento no poder de polícia do Estado.

“No que diz respeito aos servidores públicos, o poder disciplinar é uma decorrência da hierarquia; mesmo no “Poder Judiciário e no ministério Público, onde não há hierarquia quanto ao exercício de suas funções institucionais, ela existe quanto ao aspecto funcional da relação de trabalho, ficando os seus membros sujeitos à disciplina interna da instituição” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 95-96).

## ***2.1 A metodologia empregada na pesquisa***

Necessário esclarecer o método de busca e de seleção dos julgados: não pretendemos promover um esgotamento histórico das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça<sup>117</sup>. O sistema de pesquisa foi o remoto disponibilizado nos sítios eletrônicos de ambos os tribunais, com as limitações a eles inerentes.

A pesquisa foi feita em ordem cronológica crescente e ficou concentrada nos acórdãos, pois as decisões monocráticas não necessariamente refletem a posição do Tribunal.

Iniciando com o Supremo Tribunal Federal, o primeiro passo foi usar palavras chaves genéricas no campo pesquisa livre. Os argumentos de início foram “criminal e princípio e independência das instâncias”, resultando em dezessete acórdãos.

Separamos para análise os seguintes julgados: RHC 87.212-3/RS (DJ 24.1.2006, pp 76, Rel. Min. Cármen Lúcia, por maioria, vencido Min. Marco Aurélio); Agr no AI 747.753/SP (DJe 27.10.2010, Rel. Min. Ayres Britto, v.u.); AP 565/RO (DJe 22.5.2014, Rel. Min. Cármen Lúcia); RHC 117.209/RJ (DJe 10.3.2014, Rel. Min. Teori Zavascki); Inq 3644/AC (DJe 13.10.2014, Rel. Min. Cármen Lúcia) e Agr no ARE 1.244.153/SP (DJe 3.3.2020, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

Antes de avançar a pesquisa pelos mecanismos de busca, acessamos os precedentes mencionados em alguns dos julgados. A começar pelos trazidos no Agr no AI 747.753/SP: “o MS 23.625, da relatoria do ministro Maurício Corrêa; o HC 85.953, da minha relatoria; e o RHC 91.110, da relatoria da Ministra Ellen Gracie”. Em seguida, no Agr no AI 856.126/MG foram citados três precedentes: Agr no AI 783.997 (DJe 29.11.2011, Rel. Min. Gilmar Mendes), o último não incluído como material de pesquisa diante da inexistência, na decisão, de dados factuais.

Pesquisando os informativos de jurisprudência, igualmente selecionados em ordem crescente de data, os relevantes para o objeto deste trabalho foram os de ns. 603 (referente ao INQ 2131, Rel. Min. Ellen Gracie, redator do acórdão Min. Luiz Fux, DJe 6.8.2012), 715 (referente ao MS 23.190/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 6.2.2015), 759 (referente INQ 2589/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 13.10.2014) e 902 (referente à AP 996/DF, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 29.5.2018).

O próximo argumento empregado foi “sonegação fiscal e independência das instâncias”. Nenhum acórdão foi identificado. Em seguida, desafiamos “sonegação fiscal e esfera

---

<sup>117</sup> O que demandaria pesquisa local de arquivos.

administrativa”, resultando em cinco acórdãos, nenhum deles anterior a dezembro de 2003<sup>118</sup>. Insistência foi feita com base nas palavras “sonegação fiscal e procedimento fiscal”, com a segregação de quarenta e nove acórdãos e vinte e seis informativos de jurisprudência.

De todos esses, interessam à pesquisa os seguintes julgados anteriores a dezembro de 2003: RHC 50.523 (DJ 30.3.1973, p. 1923, Rel. Min. Djaci Falcão, v.u.), RHC 51.127/SP (DJ 29.6.1973, p. 4730, Rel. Min. Thompson Flores), RHC 57.545/DF (DJ 14.12.1979, p. 9444, Rel. Min. Xavier de Albuquerque), RE 94.237/RJ (DJ 11.9.1981, p. 8792, Rel. Min. Rafael Mayer) e HC 80.797/SP (DJ 11.10.2001, p. 5, Rel. Min. Sydney Sanches).

Seguindo a mesma metodologia para pesquisa do crime de sonegação fiscal, passamos a investigar outras figuras penais, a começar por crimes contra o sistema financeiro nacional. O primeiro deles foi “gestão fraudulenta e independência das instâncias”, resultando em quatro acórdãos, sendo apenas dois relevantes para o presente trabalho: INQ 2.589/RS (DJe 13.10.2014, Rel. Min. Luiz Fux) e AP 892 (DJe 20.5.2019, Rel. Min. Luiz Fux, não unânime).

Os argumentos “gestão temerária e independência das instâncias” resultaram em três acórdãos, comuns à pesquisa anterior. Substituindo “gestão temerária” por “evasão de divisas” o resultado foi similar, qual seja, dois dos julgados localizados na primeira busca. O conjunto “empréstimo vedado e independência das instâncias” redundou em três acórdãos, já identificados anteriormente.

O próximo passo foi substituir “independência das instâncias” por “decisão administrativa”: “gestão fraudulenta” trouxe cinco julgados, três deles comuns à busca anterior e os demais irrelevantes para a pesquisa; “gestão temerária” resultou em dois precedentes identificados anteriormente; “evasão de divisas” gerou um único acórdão, igualmente já encontrado; quanto ao argumento “empréstimo vedado”, houve dois acórdãos, também já conhecidos.

Partindo para os crimes da Lei 6.385/1976, pesquisamos “uso de informação privilegiada e independência das instâncias”. Nenhum acórdão. O mesmo ocorreu com “*insider trading* e independência das instâncias”. Igualmente, os termos “manipulação de mercado de capitais e independência das instâncias” trouxeram duas decisões monocráticas.

Adotando o mesmo critério, substituímos “independência das instâncias” por “decisão administrativa”. “Uso de informação privilegiada” não frutificou acórdão algum; “*Insider trading*” e “Manipulação de mercado de capitais” não trouxeram nenhum precedente.

---

<sup>118</sup> Quando julgado o HC 81.611/DF, uma das bases da edição da Súmula Vinculante n. 24.

No tocante aos crimes ambientais, iniciamos com argumento genérico, “meio ambiente e crime e independência das instâncias”, chegando a dois acórdãos e sessenta informativos de jurisprudência.

Dos acórdãos, apenas um foi relevante para a pesquisa, o Inq 3.644 (DJe 13.10.2014, Rel. Min. Cármen Lúcia, v.u.), mencionado acima, pois encontrado dentre os dezessete primeiros. Quanto aos informativos, nenhum deles mostrou-se adequado à proposta deste trabalho.

Para “meio ambiente e crime e decisão administrativa”, o resultado foi de seis acórdãos e duzentos e vinte e quatro informativos. Nenhum dos acórdãos foi relevante, assim como os informativos, igualmente inadequados à pesquisa.

Com isso, consideramos encerrada a pesquisa no Supremo Tribunal Federal e, portanto, chegada a hora de investigar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Para tanto, seguimos o mesmo caminho, desafiando os mesmos argumentos de pesquisa.

Iniciando com “criminal e princípio e independência das instâncias”, o resultado foi de cem acórdãos e quatro informativos de jurisprudência.

Separamos os seguintes os seguintes julgados: RESP 500/SP (DJ 23.10.1989, p. 16.199, Rel. Min. Assis Toledo), RESP 37.350/AL (DJ 28.11.1994, p. 32.627, Rel. Min. Jesus Costa Lima); RHC 6.426/SP (DJ 16.2.1998, Rel. Min. Fernando Gonçalves); EDcl no RESP 121.228/DF (DJ 20.6.2000, p. 96, Rel. Min. Gilson Dipp); RHC 9.281/PR (DJ 30.10.2000, p. 167, Rel. Gilson Dipp); HC 13.028/SP (DJ 1.10.2001, p. 230, Rel. Min. Edson Vidigal); HC 156.234/DF (DJe 3.5.2010, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho); RHC 24.927/RJ (DJe 25.8.2011, Rel. Min. Jorge Mussi); HC 215.663/RJ (DJe 23.11.2012, Rel. Min. Laurita Vaz); RHC 29.975/MG (DJe 12.3.2013, Rel. Min. Jorge Mussi); HC 43.680/BA (DJe 26.5.2015, Min. Rel. Nefi Cordeiro); APn 733/DF (DJe 4.8.2015, Rel. Min. Herman Benjamin); RESP 1.517.168/SC (DJe , 20.9.2016, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz); HC 340.039 (DJe 7.12.2016, Rel. Min. Jorge Mussi); HC 346.501/RJ (DJe 15.2.2017, Rel. Min. Ribeiro Dantas); RHC 68.929/SP (DJe 6.10.2017, Rel. Min. Ribeiro Dantas); RESP 1.677.380/RS (DJe 16.10.2017, Rel. Min. Herman Benjamin); AgRg no AREsp 1.361.520/DF (DJe 23.9.2019, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik); AgRg no AREsp 1.516.441/PR (DJe 15.10.2019, Rel. Min. Ribeiro Dantas); AgRg no AREsp 1.799.716/MG (DJe 12.2.2020, Rel. Min. Ribeiro Dantas); HC 550.749/SP (DJe 26.2.2020, Rel. Des. Convocado Leopoldo de Arruda Raposo); AgRg no HC 509.346/RN (DJe 18.5.2020, Rel. Min. Nefi Cordeiro).

Dos quatro julgados indicados nos informativos de jurisprudência, um já havia sido identificado na pesquisa inicial (REsp 1.677.380-RS, informativo 612), dois outros foram irrelevantes para o propósito da pesquisa e o último foi selecionado, o HC 88.370/RS (DJe 28.10.2008, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, informativo 371).

Seguimos a desafiar o argumento “sonegação fiscal e independência das instâncias”, resultando em quatorze acórdãos. Foram selecionados os seguintes julgados: RHC 10.894/RS (DJ 8.4.2002, p. 230, Rel. Min. Gilson Dipp); RESP 188.010/SP (DJ 21.10.2002, p. 381, Rel. Min. Gilson Dipp); HC 20.099/CE (DJ 10.2.2003, p. 224, Rel. Min. Gilson Dipp); HC 18.952/PE (DJ 10.3.2003, p. 255, Rel. Min. Felix Fischer); HC 28.900/PR (DJ 3.11.2003, p. 334, Rel. Min. Felix Fischer); RESP 1.128.170/PR (DJe 2.9.2014, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. para acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz); HC 213.207 (DJe 5.5.2014, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura); RHC 55.932/SC (DJe 23.9.2015, Rel. Des. Convocado Leopoldo de Arruda Raposo).

Seguindo o mesmo critério usado no Supremo Tribunal Federal, o próximo argumento pesquisado foi “sonegação fiscal e esfera administrativa”, resultando em oitenta e dois acórdãos e quatro informativos de jurisprudência.

Dos acórdãos, foram selecionados os seguintes: RHC 2.399/RS (DJ 2.8.1993, p. 14.273, Rel. Min. Pedro Acioli); RESP 23.789/RS (DJ 5.8.1996, p. 26.425, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro); HC 4.470/PB (DJ 29.9.1997, p. 48.226, Rel. Min. Edson Vidigal); RHC 6.051/SP (DJ 10.3.1997, p. 5.981, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca); RHC 6.536/SP (DJ 29.6.1998, p. 319, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro); RHC 7.394/PR (DJ 22.6.1998, p. 178, Rel. Min. Vicente Leal); RHC 7.862/SC (DJ 7.6.1999, p. 131, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro); HC 7.846/PE (DJ 22.3.1999, p. 254, Rel. Min. Vicente Leal); RHC 8.762/DF (DJ 28.2.2000, p. 125, Rel. Min. Hamilton Carvalhido); HC 8.749/PE (DJ 22.11.1999, p. 198, Rel. Min. Vicente Leal); HC 9.906/PE (DJ 23.10.2000, p. 187, Rel. Min. Vicente Leal); RHC 10.163/PA (DJ 5.3.2001, p. 183, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca); RESP 207.989/DF (DJ 5.3.2001, p.199, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca); RHC 13.159/SP (DJ 31.3.2003, p. 235, Rel. Min. Felix Fischer); HC 12.779/RJ (DJ 9.6.2003, p. 279, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca); RHC 13.997/ES (DJ 19.12.2003, p. 497, Rel. Min. Jorge Scartezzini); HC 21.930/RJ (DJ 15.12.2003, p. 404, Rel. Min. Hamilton Carvalhido); HC 26.697/SP (DJ 15.12.2003, p. 332, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca); HC 31.333/PE (DJ 26.4.2004, p. 222, Rel. Min. Paulo Medina); HC 16.282/RJ (DJ 26.4.2004, p. 181, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca); HC 28.005/ES (DJ 2.8.2004, p. 439, Rel. Min. Laurita Vaz); HC 37.883/MG (DJ 29.11.2004, p.

365, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca); HC 35.047/SP (DJ 29.11.2004, P. 359, Rel. Min. Gilson Dipp); RESP 591.029/GO (DJ 16.5.2005, p. 383, Rel. Min. Gilson Dipp); HC 42.165/SP (DJ 1.8.2005, p. 496, Rel. Min. Gilson Dipp); HC 40.994/SC (DJ 24.4.2006, p. 418, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Rel. para acórdão Min. Gilson Dipp); HC 49.470/PB (DJ 11.9.2006, p. 319, Rel. Min. Felix Fischer); HC 86.783/SP (DJe 3.3.2008, Rel. Min. Laurita Vaz); HC 109.203/ES (DJe 1.2.2011, Rel. Min. Laurita Vaz); RHC 25.873/RS (DJe 1.8.2011, Rel. Min. Jorge Mussi); AgRg no AREsp 718.217/ES (DJe 15.12.2017, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz); RHC 126.853/SP (DJe 4.9.2020, Rel. Min. Nefi Cordeiro).

Dos informativos de jurisprudência, selecionamos o HC 40.446/SP (DJ 1.8.2005, p. 489, Rel. Min. Gilson Dipp).

Seguindo a pesquisa, os próximos argumentos desafiados foram “sonegação fiscal e procedimento fiscal”, resultando em trezentos e sete acórdãos e oito informativos de jurisprudência.

Dos acórdãos, separamos os seguintes julgados: RHC 1.700/PR (DJ 3.8.1992, p. 11.333, Rel. Min. Costa Leite); HC 2.357/RS (DJ 7.3.1994, p. 3.668, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini); RHC 4.125/PR (DJ 8.5.1995, p. 12.427, Rel. Min. Pedro Acioli); RHC 4.302/RS (DJ 27.3.1995, p. 7.176, Rel. Min. Edson Vidigal); RESP 59.512/SP (DJ 15.5.1995, p. 13.427, Rel. Min. Jesus Costa Lima); RHC 4.793/DF (DJ 8.4.1996, p. 10.478, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini); RHC 4.425/SP (DJ 27.5.1996, p. 17.919, Rel. Min. Anselmo Santiago); RESP 79.393/DF (DJ 3.6.1996, p. 19.268, Rel. Min. José Dantas); RHC 5.315/SP (DJ 24.6.1996, p. 22.780, Rel. Min. Assis Toledo); RHC 6.566/PR (DJ 17.11.1997, p. 59.560, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini); HC 6.285/SP (DJ 1.12.1997, p. 62.814, Rel. Min. Anselmo Santiago); RHC 7.043/SC (DJ 2.3.1998, p. 124, Rel. Min. José Dantas); RHC 7.060/SP (DJ 15.6.1998, p. 137, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini); RHC 7.089/DF (DJ 10.8.1998, p. 76, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini); RHC 6.902/SC (DJ 23.3.1998, p. 117, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca); RHC 7.035/SC (DJ 23.3.1998, p. 118, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca); HC 6.435/SP (DJ 6.4.1998, p. 160, Rel. Min. Anselmo Santiago); RHC 6.377/SP (DJ 15.6.1998, p. 135, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini); RHC 6.989/SP (DJ 23.3.1998, p. 117, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca); RHC 7.249/SP (DJ 1.6.1998, p. 153, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini); RHC 6.247/SP (DJ 29.9.1998, p. 229, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini); RHC 7.276/SP (DJ 1.6.1998, p. 191, Rel. Min. Fernando Gonçalves); RHC 7.271/SP (DJ 18.5.1998, p. 116, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca); RHC 7.140/SP (DJ 3.9.1998, p. 264, Rel. Min. José Dantas); RHC 7.153/SP (DJ 10.8.1998, p. 76, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini); RHC 7.141/SP (DJ

25.5.1998, p. 154, Rel. Min. Anselmo Santiago); RHC 7.380/PB (DJ 8.6.1998, p. 180, Rel. Min. Fernando Gonçalves); RHC 7.498/SP (DJ 22.6.1998, p. 180, Rel. Min. Fernando Gonçalves); RHC 6.953/SP (DJ 31.8.1998, p. 109, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca); HC 6.338/RS (DJ 31.8.1998, p. 109, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca); RHC 7.118/SP (DJ 31.8.1998, p. 109, Rel. Min. Edson Vidigal, Rel. para acórdão Min. José Dantas); RHC 7.742/SP (DJ 3.11.1998, p. 181, Rel. Min. Felix Fischer); RHC 7.726/PR (DJ 16.11.1998, p. 121, Rel. Min. Anselmo Santiago); HC 7.044/MG (DJ 1.2.1999, p. 218, Rel. Min. José Dantas); RESP 175.381/RJ (DJ 1.3.1999, p. 362, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca); RESP 153.160/SC (DJ 29.11.1999, p. 182, Rel. Min. Edson Vidigal); RESP 167.491/RJ (DJ 18.9.2000, p. 165, Rel. Min. Hamilton Carvalhido); RESP 189.066/RJ (DJ 14.8.2000, p. 188, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca); RHC 10.721/SP (DJ 28.5.2001, p. 164, Rel. Min. Jorge Scartezzini); RESP 174.520/DF (DJ 18.2.2002, p. 520, Rel. Min. Hamilton Carvalhido); RESP 238.670/RJ (DJ 24.3.2003, p. 291, Rel. Min. Hamilton Carvalhido); HC 15.852/RS (DJ 13.8.2001, p. 190, Rel. Min. Edson Vidigal); HC 15.373/SP (DJ 25.2.2002, p. 410, Rel. Min. Jorge Scartezzini); HC 14.615/SP (DJ 25.2.2002, p. 408, Rel. Min. Jorge Scartezzini); HC 16.207/PE (DJ 2.9.2002, p. 211, Rel. Min. Jorge Scartezzini); RHC 13.704/PB (DJ 7.4.2003, p. 298); RHC 13.206/PR (DJ 28.10.2003, p. 296, Rel. Min. Jorge Scartezzini); RHC 10.994/MG (DJ 5.4.2004, p. 274, Rel. Min. Felix Fischer); HC 25.368/DF (DJ 5.4.2004, p. 284, Rel. Min. Felix Fischer); RHC 12.929/GO (DJ 31.5.2004, p. 325, Rel. Min. Felix Fischer); RHC 14.161/SP (DJ 23.8.2004, p. 253, Rel. Min. Felix Fischer); HC 35.543/SP (DJ 6.9.2004, p. 286, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca); HC 38.492/MA (DJ 29.11.2004, p. 367, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca); RESP 569.318/RS (DJ 28.2.2005, p. 351, Rel. Min. Felix Fischer); RESP 1.071.166/RJ (DJe 13.10.2009, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho); HC 243.889/DF (DJe 11.6.2013, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior); HC 226.228/SP (DJe 3.2.2014, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura); RHC 51.290/BA (DJe 9.9.2019, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz).

Quanto aos informativos de jurisprudência, não houve nenhum julgado de relevância para a pesquisa.

Partindo para os crimes contra o sistema financeiro nacional, iniciamos a pesquisa do argumento “gestão fraudulenta e independência das instâncias”, resultando em dois acórdãos, nenhum relevante à pesquisa.

O resultado das expressões “gestão temerária e independência das instâncias” foi de um acórdão, sem relevância para o tema deste trabalho.



O argumento “evasão de divisas e independência das instâncias” rendeu quatro acórdãos, sendo selecionado o REsp 739.427/PR (DJe 4.8.2008, Rel. Min. Hamilton Carvalhido).

O próximo passo foi substituir “independência das instâncias” por “decisão administrativa” em relação às três figuras típicas já pesquisadas.

Quanto à gestão fraudulenta, a pesquisa resultou em nove acórdãos. Separamos dois julgados: HC 34.234/RJ (DJ 11.10.2004, p. 357, Rel. Min. Laurita Vaz); EDcl no HC 64.100/RJ (DJe 6.10.2008, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho; Rel. para acórdão Min. Jorge Mussi).

A pesquisa prosseguiu com o uso dos termos “gestão temerária e decisão administrativa” e resultou em oito acórdãos. Selecionamos para análise apenas o HC 77.228/RS (DJ 7.2.2008, p. 343, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho).

A pesquisa das palavras “evasão de divisas e decisão administrativa” trouxe 11 acórdãos. Os precedentes que interessavam ao trabalho já haviam sido selecionados nas pesquisas anteriores.

Partindo para os crimes da Lei 6.385/1976, o primeiro argumento de pesquisa foi “uso de informação privilegiada e independência das instâncias”, mas não resultou em nenhum acórdão.

O próximo argumento foi “*insider trading* e independência das instâncias”, igualmente infrutífero.

Na sequência, desafiamos as palavras “manipulação de mercado de capitais e independência das instâncias”, que resultou em dois julgados, ambos aproveitáveis à pesquisa: AgRg nos EDcl no REsp 1.601.394/RJ (DJe 6.3.2019, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik) e AgRg nos EDcl no REsp 1.601.425/RJ (DJe 6.3.2019, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik).

Seguindo a pesquisa, desafiamos as palavras “uso de informação privilegiada e decisão administrativa”, chegando a três acórdãos, nenhum deles relevantes ao objeto deste estudo.

Na sequência, pesquisamos “*insider trading* e decisão administrativa”. Nenhum acórdão localizado.

Em seguida, o termo pesquisado foi “manipulação de mercado de capitais e decisão administrativa”, identificando um único acórdão já selecionado nas pesquisas anteriores.

O próximo argumento de pesquisa foi “meio ambiente e crime e independência das instâncias”, cujo resultado foi de onze acórdãos. Destes, selecionamos os seguintes precedentes: REsp 1.294.980/MG (DJe 18.12.2012, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira); RHC 32.535/MG (DJe 12.3.2013, Rel. Min. Jorge Mussi); RHC 31.948/MG (DJe 12.3.2013, Rel.

Min. Jorge Mussi); RHC 64.446/SP (DJe 26.11.2015, Rel. Min. Jorge Mussi); AgRg no RHC 121.611/SP (DJe 13.3.2020, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca).

Seguimos, então, para o último argumento de pesquisa, “meio ambiente e crime e decisão administrativa”, que resultou em trinta acórdãos. Destes, separamos os seguintes precedentes: HC 160.525/RJ (DJe 14.3.2013, Rel. Min. Jorge Mussi) e AgRg no AREsp 1.058.993/MA (DJe 15.6.2018, Rel. Min. Jorge Mussi).

Feita a exposição da metodologia empregada, passamos à análise dos precedentes em si.

## ***2.2 Os crimes contra o sistema financeiro nacional***

A amostra da pesquisa no Supremo Tribunal Federal do diálogo entre instâncias nos crimes contra o sistema financeiro nacional resumiu-se a dois precedentes, ambos de relatoria do Min. Luiz Fux.

No INQ 2.589/RS<sup>119</sup>, que tratava dos crimes de gestão fraudulenta e de empréstimo vedado, embora a acusação tenha tomado por base apurações feitas pelo Banco Central, o tratamento foi processual ao considerar que a impugnação administrativa não é “fator impeditivo ou suspensivo da ação penal”. Para tanto, o julgado invoca precedente da Casa para afirmar ter sido “(...) consolidado o entendimento de que ‘Ante a independência e a supremacia da instância penal, qualquer julgamento em outra esfera – administrativa, civil ou eleitoral – não tem o condão de sobrepujá-la ou de algum modo comprometê-la’ (INQ 2903/AC, Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, unânime, DJe 27.06.2014)”. Em razão disso, a denúncia foi recebida em setembro de 2014.

Em fevereiro de 2019, a ação penal decorrente do recebimento desta denúncia foi julgada procedente (AP 892/RS<sup>120</sup>), com a condenação do réu pelos crimes de gestão fraudulenta de instituição financeira e empréstimo vedado<sup>121</sup>.

Acontece que, se durante o inquérito, o procedimento administrativo perante o Banco Central ainda estava em andamento e, como dito, o STF não considerou que a instância penal poderia/deveria aguardar sua conclusão, ao final da ação penal, o procedimento já havia sido concluído com decisão que, segundo registrado no acórdão respectivo, “não reconheceu o cometimento de atos fraudulentos de gestão por parte do réu”, o que tem impacto direto na

---

<sup>119</sup> STF, Inq 2.589/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 14.10.2014.

<sup>120</sup> STF, AP 892/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 20.05.2019.

<sup>121</sup> Respectivamente, arts. 4º, *caput*, e 17 da Lei 7.492/86.

aferição da ocorrência de gestão fraudulenta. Além de rememorar o que havia sido assentado no recebimento da denúncia a respeito da supremacia da jurisdição penal, a turma julgadora acrescentou que “O Ministério Público, ao formar a *opinio delicti*, era livre para qualificar e classificar penalmente os fatos analisados pelo BACEN – até porque fazê-lo não é da competência do Banco Central, mercê de caber ao Poder Judiciário julgar a pretensão acusatória, sem qualquer vinculação a eventual decisão proferida em sede administrativa”.

O argumento defensivo foi voltado, segundo mostra o acórdão, a afirmar que a autarquia não identificou *fraude* atribuível ao réu, avaliação a ser considerada pelo poder judiciário, especialmente diante da vagueza do tipo penal em apreço<sup>122</sup>, que impõe aos encarregados do julgamento penal ainda maior apoio da instituição de salvaguarda do sistema financeiro nacional e, por conseguinte, um ônus argumentativo mais severo<sup>123</sup>.

A situação acima mostra duas faces da invocação da independência das instâncias: a primeira é a processual, quando se assenta que o processo penal não pode esperar o administrativo; a segunda é material, quando se afirma que, apesar de o Banco Central ter decidido num sentido, o Ministério Público Federal é livre para promover a apuração. Contudo, ambas afirmações não foram acompanhadas das respectivas e necessárias fundamentações.

No Superior Tribunal de Justiça, o entendimento também segue na invocação não explicada da independência entre instâncias.

No RHC 6.426/SP<sup>124</sup>, que tratava do crime de empréstimo vedado (art. 17 da Lei 7.492/86), o STJ assentou que “(...) a inexistência de ilícito administrativo não importa em ausência de ilícito penal, ante a independência das instâncias, e conseqüentemente, a autonomia das sanções”.

---

<sup>122</sup> “Gerir fraudulentamente instituição financeira”.

<sup>123</sup> Marcelo Cavali, em profundo estudo do crime de manipulação de mercado de capitais, traz importante análise do impacto das decisões administrativas no processo penal. O autor afasta a subordinação do juízo penal ao julgamento administrativo, mas reconhece que a afirmação administrativa da licitude impõe um maior ônus argumentativo ao juiz criminal: “Tratando-se, por exemplo, de um caso em que se examine o caráter fraudulento de uma determinada operação, a conclusão diversa adotada pelo órgão administrativo não é vinculante ao juiz criminal. Pode o juiz criminal concluir, diferentemente do entendimento do CRSFN, que a operação apresentou-se, de fato, como fraudulenta, tanto do ponto de vista administrativo como penal, proferindo sentença condenatória: o ilícito administrativo é pressuposto para a configuração do crime, mas não é das autoridades administrativas a palavra final sobre a interpretação das normas e o enquadramento jurídico dos fatos apurados.

“É evidente que, neste caso, os fundamentos utilizados pelo CRSFN devem ser detalhadamente enfrentados pelo juiz criminal, sobre quem recairá um ônus adicional na fundamentação da comprovação do injusto penal. Caberá notadamente ao Ministério Público Federal demonstrar razões especialmente relevantes para afastar o entendimento adotado no âmbito administrativo” (CAVALI, Marcelo Costenaro. **Manipulação do mercado de capitais: fundamentos e limites da repressão penal e administrativa**. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 358).

<sup>124</sup> STJ, RHC 6.426/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Sexta Turma, DJ 16.02.1998 p. 130.

No RHC 9.281/PR<sup>125</sup>, que tinha por objeto o crime de evasão de divisas, o Tribunal afastou a alegação de que a pendência do processo administrativo impediria a persecução penal. Assim, afirmou que “apuração de infração na esfera administrativa não é condição de procedibilidade de ação penal, diante da autonomia das instâncias administrativa, civil e criminal”<sup>126</sup>.

O HC 13.028/SP<sup>127</sup> foi impetrado a partir de imputação do crime do art. 6º da Lei 7.492/86<sup>128</sup>. No caso, a denúncia foi oferecida com apoio exclusivo em representação do Banco Central, posteriormente arquivada. O STJ afirmou não se tratar “da aplicação ou não do princípio da independência entre as instâncias administrativa e penal, mas tão-somente (...), da mera constatação da ausência de justa causa para a persecução criminal”.

Neste caso, embora o Tribunal textualmente afaste a referência ao aforismo da independência das instâncias (para aplicá-lo ou não), na realidade levou em conta para o julgamento penal o que foi decidido em sede administrativa. Entretanto, se compararmos esse julgado com os demais precedentes que afirmam, com a base na primazia da jurisdição, a existência de independência das instâncias, também aqui não haveria motivos para impedir a continuidade da persecução criminal. Assim como nos demais precedentes, neste também não há indicação do fundamento legal para considerar que a decisão administrativa favorável retira a justa causa da ação penal já instaurada, tampouco em que se fundaria essa suposta perda, por parte do Ministério Público, da independência para dar continuidade ao processo já iniciado.

Tanto é carente de fundamentação a invocação do princípio (e seu afastamento) que, na decisão subsequente, a absolvição administrativa em nada importou ao STJ. O REsp 739.427/PR<sup>129</sup> foi interposto com base em alegação de ofensa ao art. 83 da Lei 9.430/96<sup>130</sup>, conquanto a acusação fosse do crime de evasão de divisas (art. 22 da Lei 7.492/86). O STJ afastou a ofensa por entender que o disposto está restrito aos crimes contra a ordem tributária: “segue firme a jurisprudência dos Tribunais Superiores na afirmação da independência das

---

<sup>125</sup> STJ, RHC 9.281/PR, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 30.10.2000 p. 167.

<sup>126</sup> Como se verá no capítulo 4 *infra*, antes da Súmula Vinculante n. 24, essa costumava a ser a fórmula utilizada pelos Tribunais Superiores para negar alegações no mesmo sentido quanto aos crimes contra a ordem tributária.

<sup>127</sup> STJ, HC 13.028/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, Quinta Turma, DJ 01.10.2001 p. 230.

<sup>128</sup> “Induzir ou manter em erro, sócio, investidor ou repartição pública competente, relativamente a operação ou situação financeira, sonegando-lhe informação ou prestando-a falsamente”.

<sup>129</sup> STJ, REsp 739.427/PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJe 04.08.2008.

<sup>130</sup> Dispositivo que condiciona o encaminhamento de representação fiscal para fins penais à conclusão do procedimento administrativo, foi objeto da ADI 1.571/DF, mencionada no item 7.2 *supra*. À época da propositura da ADI, em março de 1997, vigia a seguinte redação: “A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente”.

instâncias, nada importando assim, para o deslinde da questão, a ‘absolvição administrativa’, estabelecida em bases fáticas diversas daquelas que fundam a condenação decretada”.

Igualmente, no HC 34.234/RJ<sup>131</sup>, a alegação era de que os fatos nos quais se fundou a acusação de gestão fraudulenta foram julgados no âmbito do Banco Central, que declarou a improcedência do processo administrativo. A resposta do Tribunal, no entanto, foi de que “a conclusão do Processo Administrativo, no sentido da inexistência de ilicitude nas operações financeiras investigadas, não foi sequer alvo de reapreciação em grau de recurso administrativo”, afirmação que em nada justifica o não reconhecimento da inexistência de justa causa suscitada na impetração. A explicação encontrada pelo STJ foi o fato de ter o Banco Central atuado como assistente de acusação no processo penal, sem indicar qual fundamento legal transformaria essa circunstância em autorização para existência do processo. Ao final, o julgamento foi coroado com o conhecido argumento: “Como se sabe, aliás, há independência das esferas administrativa e penal, conforme reiterada jurisprudência nas Cortes Superiores deste País, não merecendo o tema maiores digressões”.

O prenúncio de uma mudança de postura foi feito pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho ao relatar o HC 77.228/RS<sup>132</sup>, concedido em votação unânime da 5ª Turma do STJ. A apuração penal de gestão temerária havia sido embasada unicamente em representação do Banco Central, posteriormente arquivada pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional. No caso, já havia condenação contra a qual foi interposta apelação que pendia de julgamento pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Diante disso, o acórdão registrou contraposição à “independência absoluta entre esses dois ramos do Direito Público, o Administrativo e o Penal”. E justificou: “com a constitucionalização do Estado Democrático de Direito e do seu consectário lógico, o devido (justo) processo legal, que abarca o contraditório e a ampla defesa, ao julgador não se pode conferir a faculdade discricionária de - abstraindo as conclusões dos órgãos administrativos fiscalizadores (estatais) sobre a inexistência do fato definido como ilícito administrativo e penal, por ausência de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade - alcançar a esfera penal do indivíduo com a aplicação de sanção limitadora da liberdade de ir e vir”<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> STJ, HC 34.234/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 11.10.2004 p. 357.

<sup>132</sup> STJ, HC 77.228/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJ 07.02.2008 p. 343.

<sup>133</sup> Importa esclarecer que nesse acórdão o voto condutor faz referência a precedente do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido, não identificado pelos argumentos de pesquisa empregados neste trabalho. Trata-se do HC 83.674/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 16.04.2004. Entretanto, o julgado é anterior ao posicionamento mais recente do STF expressado nas decisões de relatoria do Min. Luiz Fux, com cuja análise iniciamos este item.

Porém, ao julgar o EDcl no HC 64.100/RJ<sup>134</sup> poucos meses depois, a 5ª Turma do STJ comportou-se de forma diametralmente oposta. O caso envolvia a Secretaria de Previdência Complementar, ente administrativo responsável pela regulação da matéria objeto da acusação. Aquele órgão declarou a inexistência de ilicitude na operação incriminada ao passo que a Comissão de Valores Mobiliários declarou a inexistência de prejuízos à Previdência.

O Min. Napoleão Nunes Maia Filho manteve seu posicionamento registrado no HC 77.228/RS e foi acompanhado pelo Min. Arnaldo Esteves Lima. De seu voto consta que embora não sejam as decisões administrativas dotadas de “potestade jurisdicional”, não podem ser ignorados os “predicamentos próprios e comuns inerentes aos atos administrativos”. O Ministro tratou da independência das instâncias como “garantia do cidadão, de que as infrações serão apuradas e julgadas pelo poder competente, com a devida e necessária autonomia e liberdade”.

Entretanto, o Min. Jorge Mussi abriu divergência, acompanhada pelo Min. Felix Fischer e pela Min. Laurita Vaz. Conquanto não tenha o voto dissidente se apoiado no aforismo da independência das instâncias, justificou a continuidade do processo penal: a) “a análise consoante ocorre de maneira ampla na esfera criminal, quanto à existência de dolo e outros elementos, não é igual no âmbito administrativo, cuja apreciação é mais limitada”; b) “a aludida aprovação, por ocasião do julgamento em primeira instância, óbvia e obrigatoriamente será considerada em contraposição as demais provas produzidas no feito”.

A primeira justificativa confunde tipo objetivo com tipo subjetivo. A ilicitude de que trata a decisão administrativa consubstancia tipicidade no plano objetivo do tipo, que nada tem a ver com dolo, cuja aferição no âmbito penal é irrelevante se o fato não for criminoso. A segunda classifica a decisão a respeito da incidência de norma extrapenal como elemento de prova, a denotar baralhamento de conceitos e fundamentação precária.

Em 2020, ao julgar o RHC 126.853/SP<sup>135</sup>, as invocações do STJ à independência das instâncias não trouxeram nenhum ingrediente adicional. O recurso se voltava contra a instauração de ação penal para apurar evasão de divisas (art. 22, parágrafo único, Lei 7.492/86<sup>136</sup>) com base em DERCAT – Declaração de Regularização Cambial e Tributária apresentada pela paciente no programa de repatriação de recursos disposto na Lei 13.254/2016. Uma das alegações era de que havia procedimento administrativo ainda não concluído sobre a

---

<sup>134</sup> STJ, EDcl no HC 64.100/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para Acórdão Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 06.10.2008.

<sup>135</sup> STJ, RHC 126.853/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 04.09.2020.

<sup>136</sup> “Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

“Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente”.

matéria, a respeito do que o acórdão assentou: “como cediço, as conclusões das esferas administrativas acerca da responsabilização do agente na produção de determinado resultado não vinculam a apreciação dos fatos pelo Poder Judiciário - haja vista a independência entre tais searas - e, portanto, não constituem motivação idônea para trancar o processo penal (AgRg no AREsp 990.037/PR, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, sexta turma, julgado em 03/10/2019, DJe 09/10/2019)” (p. 15).

Do exposto, fica claro que o modo das Cortes Superiores de observar o papel regulatório dos órgãos administrativos a respeito dos crimes contra o sistema financeiro nacional ainda é de prestador de informações.

Os crimes de gestão de instituição financeira – fraudulenta ou temerária<sup>137</sup> – são de vagueza claramente inconstitucional. E a jurisprudência busca a todo custo salvar os tipos penais. A esse respeito, é fundamental referir o julgamento do REsp 1.613.260/SP<sup>138</sup> pelo STJ<sup>139</sup>, no qual a 6ª Turma explica o ultrapassar da linha tênue entre gestão ousada e temerária. Essa mudança se dá quando há o distanciamento do risco permitido das atividades financeiras, o que, segundo o voto condutor, acontece quando há “violação de deveres extrapenais”. Quanto à configuração do risco permitido, diz o STJ ser “preciso examinar as regras específicas, veiculadas por órgãos como o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, para perquirir se os administradores das instituições financeiras superaram o risco admitido pelas normas pressupostas pelo tipo penal”.

Eis expressão clara de acessoridade administrativa: sem análise dos deveres extrapenais fixados por normas do Banco Central, Conselho Monetário Nacional e Comissão de Valores Mobiliários, não há possibilidade de se aferir o *status* de licitude da gestão<sup>140|141</sup>.

<sup>137</sup> Art. 4º, *caput* e parágrafo único, Lei 7.492/86.

<sup>138</sup> STJ, REsp 1.613.260/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 24.8.2016.

<sup>139</sup> Precedente referido no capítulo 1.2.

<sup>140</sup> Quanto à gestão fraudulenta (art. 4º, *caput*, Lei 7.492/1986), Marcelo Cavali explica que a fraude “seja consideravelmente séria para colocar em potencial risco a confiança na regularidade do sistema financeiro”. “Além disso, exige-se, como sempre, que o tipo penal seja interpretado a partir do bem jurídico tutelado pela norma. É preciso levar a sério esse ponto. Somente com a ofensa aos bens jurídicos primariamente tutelados e que há incidência do tipo penal. Sem essa determinação específica dos bens jurídicos e verificação de sua lesão potencial ou concreta, haveria gestão fraudulenta em todos os casos de fraudes praticadas a frente de instituição financeira” (CAVALLI, Marcelo Costenaro. *Gestão fraudulenta: tutela de um bem jurídico difuso por meio de um crime de perigo abstrato. Tipicidade e imputação objetiva. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Org.). Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 380).

<sup>141</sup> Quanto o crime de gestão temerária (art. 4º, parágrafo único, Lei 7.492/1986), Alaor Leite e Adriano Teixeira indicam a necessária infração de dever extrapenal fiduciário por parte do gestor: “Em geral, portanto, o dever de que se trata no contexto da gestão temerária é delineado por *normas extrapenais*, de natureza jurídica ou mesmo interna à instituição. Vê-se, aqui, uma manifestação do que se convencionou chamar de *accessoriedade* do Direito Penal: o conteúdo da ação proibida depende, em parte – se bem que não cegamente –, de regulação de outros ramos do Direito. O mais exato, contudo, é perceber que o desrespeito a essas normativas extrapenais não é mais do que

### 2.3 Os crimes contra o mercado de capitais

A pesquisa sobre os crimes da Lei 6.385/76 não foi profícua.

No Supremo Tribunal Federal não identificamos nenhum precedente relevante ao propósito neste trabalho. Já no Superior Tribunal de Justiça, apenas dois julgados foram encontrados, ambos com as mesmas partes, publicados no mesmo dia e com fundamentação idêntica: AgRg nos EDcl no REsp 1.601.394/RJ<sup>142</sup> e AgRg nos EDcl no REsp 1.601.425/RJ<sup>143</sup>. Os acórdãos retratam recurso especial do Ministério Público Federal contra concessão de ordem de *habeas corpus* pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região para trancar ação penal contra pessoa acusada de manipular mercado de capitais, absolvida pela Comissão de Valores Mobiliários. Ressalvando serem as instâncias independentes, o Tribunal de Apelação julgou existir constrangimento ilegal em razão da identidade probatória entre a ação penal e o procedimento administrativo que resultou em absolvição. Entretanto, o fundamento do Superior Tribunal de Justiça para refutar esse entendimento foi simplista: “a absolvição na esfera administrativa não vincula a esfera criminal”.

A divergência entre o pronunciamento do Tribunal de Apelação e o Superior Tribunal de Justiça mostra que o afastamento e a invocação da ideia da independência das instâncias acontecem de forma aleatória, sem indicação de critério, origem ou fundamento legal.

### 2.4 Os crimes ambientais

A pesquisa no Supremo Tribunal Federal rendeu apenas um acórdão, do Inq 3.644<sup>144</sup>. Dois crimes eram apurados: *a*) execução de pesquisa, lavra e extração de recursos minerais sem autorização legal (art. 55, da Lei 9.605/98), à época do julgamento já prescrito; *b*) usurpação de bem público da União (art. 2º da Lei 8.176/91). Em razão disso e em respeito à metodologia de pesquisa que estabelecemos, o precedente será analisado no item 7.5, *infra*.

Como é natural, o Superior Tribunal de Justiça possui acervo mais extenso de decisões do que o Supremo Tribunal Federal.

---

um indício, ainda que de notável relevância, da violação de dever fundamentadora de responsabilidade criminal” (LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Parecer jurídico juntado nos autos do processo nº 1003317-08.2020.4.01.3400, em trâmite perante a 10ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Distrito Federal, ID 463336355, p. 26).

<sup>142</sup> STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1.601.394/RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 06.03.2019.

<sup>143</sup> STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1.601.425/RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 06.03.2019.

<sup>144</sup> STF, Inq 3.644/AC, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 13.10.2014.



O REsp 1.294.980/MG<sup>145</sup> traz situação merecedora de análise detida. Indivíduo investigado pelo crime do art. 38 da Lei 9.605/1998, antes do oferecimento de denúncia, firmou termo de ajustamento de conduta com o Ministério Público e o cumpriu integralmente e, segundo alega a defesa, o dano seria insignificante. Oferecida a denúncia, ela foi rejeitada, por entender o juízo de primeiro grau ser o termo de ajustamento de conduta suficiente à proteção do meio ambiente. O Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito, improvido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que observou a carência de justa causa para ação penal diante do cumprimento das obrigações assumidas pelo denunciado. Interposto recurso especial, em suas contrarrazões, o denunciado alegou ser o cumprimento do acordo causa supralegal de extinção da punibilidade.

O STJ negou a existência de causa supralegal de extinção da punibilidade e, assim, manteve o processo penal, sem trazer razões que o levaram a rejeitar a alegação de carência de justa causa.

O Superior Tribunal de Justiça valeu-se, uma vez mais, do aforismo da independência das instâncias: “tem esta Corte Superior decidido iterativamente, como se pode colher dos precedentes oriundos das duas Turmas julgadoras integrantes de sua eg. Terceira Seção, que, a assinatura do termo de ajustamento de conduta, firmado na esfera administrativa, entre o Ministério Público e o estadual e o suposto autor de crime ambiental, não impede a instauração da ação penal, diante da *independência das instâncias*, devendo ser considerado seu eventual cumprimento, quando muito, para fins de redução do *quantum* das penas a serem impostas”.

No RHC 32.535/MG<sup>146</sup>, ficou decidido que “a ausência de conclusão de processo administrativo ambiental não obsta a persecução penal, à luz do princípio da independência de instâncias que vigora no sistema jurídico pátrio”, entendimento reafirmado no RHC 31.948/MG<sup>147</sup>.

Esse posicionamento também foi aplicado no RHC 64.446/SP<sup>148</sup>. Neste caso também havia sido firmado termo de ajustamento de conduta<sup>149</sup>, cujo cumprimento levou o Ministério Público a promover o arquivamento do procedimento administrativo. Entretanto, o STJ reafirmou que a promoção ministerial “não impede a deflagração de inquérito policial contra os recorrentes, pois a jurisprudência deste Sodalício é firme no sentido de que há independência

---

<sup>145</sup> STJ, REsp 1.294.980/MG, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira (Des. Convocada do TJ/PE), Sexta Turma, DJe 18.12.2012.

<sup>146</sup> STJ, RHC 32.535/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 12.03.2013.

<sup>147</sup> STJ, RHC 31.948/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 12.03.2013.

<sup>148</sup> STJ, RHC 64.446/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 26.11.2015.

<sup>149</sup> Ainda a respeito da celebração e termo de ajustamento de conduta, no mesmo sentido foi a decisão do STJ, AgRg no RHC 121.611/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca.

entre as esferas administrativa, cível e criminal, de modo que a responsabilização penal independe, via de regra, do resultado de processos em curso em outras instâncias”.

A respeito da pendência de processo administrativo, ficou decidido no HC 160.525/RJ<sup>150</sup> que, “embora os crimes ambientais pelos quais o paciente foi acusado (artigos 39 e 40 da Lei 9.605/1998) sejam materiais, dependendo da ocorrência de dano para que possam se caracterizar, não há dúvidas de que o Ministério Público não precisa aguardar a conclusão do processo administrativo instaurado junto ao IBAMA para deflagrar a respectiva ação penal. Isso porque as esferas administrativa e penal são independentes”.

Já no que toca a existência de processos cíveis, no AgRg no AREsp 1.058.993/MA<sup>151</sup>, foi repisada a orientação de que “não há que se falar em suspensão do processo criminal enquanto tramitam as ações cíveis referentes ao imóvel em que o suposto dano ambiental ocorreu, uma vez que vigora no sistema jurídico pátrio o princípio da independência de instâncias”.

Por mais que se discorde ou não do resultado do julgamento, as decisões não esclarecem o motivo da invocação da independência das instâncias e se efetivamente há um critério para isso. Há referências da independência incidir “via de regra”, mas não há indicações de qual é a regra e de onde ela vem; há ressalvas ao fato de o crime imputado ser de resultado, mas não há explicações do porquê a instância penal pode seguir a despeito do que tenha a dizer a autoridade ambiental.

As decisões analisadas neste tópico tratam da existência de procedimento administrativo como hipótese de *acessoriedade processual*, ignorada de plano com base no argumento independência das instâncias.

## ***2.5 As demais figuras penais que emergiram da pesquisa***

O primeiro caso é do Supremo Tribunal Federal e analisado na introdução do item 7.4 *supra*: o Inq 3.644<sup>152</sup>, cujo objeto de apuração ficou restrito à usurpação de bem público da União (art. 2º da Lei 8.176/91), mas que também interessa ao objeto desta pesquisa, por consubstanciar norma penal que pressupõe acessoriedade ao ato administrativo<sup>153</sup>.

---

<sup>150</sup> STJ, HC 160.525/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 14.03.2013.

<sup>151</sup> STJ, AgRg no AREsp 1.058.993/MA, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 15.06.2018.

<sup>152</sup> STF, Inq 3.644/AC, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 13.10.2014.

<sup>153</sup> Diz o dispositivo constituir “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” (grifamos).

No caso, o denunciado alega a impossibilidade de recebimento da inicial acusatória, pois nos autos de ação civil pública ajuizada pela União Federal a respeito dos mesmos fatos, ele foi excluído do polo passivo do feito, por ilegitimidade passiva, restando a pessoa jurídica envolvida na acusação. O STF, então, recebeu a denúncia, afirmando que a decisão do Juízo Cível sobre a ação civil pública “não é motivo para obstar a *persecutio criminis in iudicio*”. Assentou, ainda, a incidência do “princípio da independência relativa dos juízos cível, criminal e administrativo, que permite que as esferas atuem juntas sem, contudo, afetarem-se de modo a prejudicar a punição daquele que mereça sanção por ilícito penal”.

Diz a decisão que “nos termos dos artigos 65, 66 e 67 do Código de Processo Penal e 935 do Código Civil, a dependência relativa das instâncias ocorre do juízo criminal para o juízo cível e não o contrário”. Entretanto, não faz menção às regras de prejudicialidade dos art. 92 a 94 do Código de Processo Penal.

A respeito do crime de dispensa indevida de procedimento licitatório<sup>154</sup>, o Agr no AI 747.753/SP<sup>155</sup> foi oposto com base na alegação de que ação civil pública não havia apurado responsabilidade civil do agravante. O STF decidiu que “(...) o acórdão recorrido afina com a jurisprudência” daquela Corte “no sentido da independência das instâncias administrativa, civil e penal. Independência, essa, que não fere o princípio da presunção de inocência. Confirmam-se, a propósito, o MS 23.625, da relatoria do ministro Maurício Corrêa; o HC 85.953, da minha relatoria; e o RHC 91.110, da relatoria da Ministra Ellen Gracie”.

A AP 565/RO<sup>156</sup> decorreu de acusação da prática dos delitos de fraude a procedimento licitatório e formação de quadrilha. Quanto à primeira figura delitiva, os réus suscitaram questão de ordem com fundamento no art. 93 do Código de Processo Penal, em virtude do que requereram a suspensão do inquérito até que o Tribunal de Contas da União decidisse sobre tema relacionado à matéria. O argumento era de que o julgamento pelo TCU seria “condição objetiva de procedibilidade da perquirição criminal”. O Pleno do STF respondeu negativamente à alegação de existência de questão prejudicial trazendo a lume os requisitos processuais da prejudicialidade. Em complemento, o voto condutor assentou que “pelo princípio da independência das instâncias, é possível que a existência do fato supostamente delituoso e a identificação da respectiva autoria se definam na esfera penal sem vinculação com a instância de controle exercida pelos Tribunais de Contas”.

---

<sup>154</sup> Art. 89 e parágrafo único da Lei 8.666/93, anterior à redação da Lei 14.133/2021.

<sup>155</sup> STF, AgR no AI 747.753/SP, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, DJe 27.10.2010.

<sup>156</sup> STF, AP 565/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 22.05.2014. No mesmo sentido, STF, RHC 117.209/RJ, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 11.03.2014.

O mesmo recurso argumentativo é utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça no tocante aos crimes da Lei 8.666/93 e à intersecção dos julgamentos administrativo, cível e penal. No RHC 68.929/SP<sup>157</sup> assentou-se que “a ‘existência de anterior ação civil pública de improbidade administrativa [...] pelos mesmos fatos não impede a instauração de ação penal contra os recorrentes, dada a independência entre as esferas administrativa, cível e criminal’ (RHC 45.058/SE, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 10/6/2014, DJe 18/6/2014)”.

O HC 88.370/RS<sup>158</sup> retratou aprovação de contas pelo Tribunal de Contas do Estado, com apuração específica do caso, o que, na visão da Corte, não impede a persecução penal “diante do princípio da independência entre as instâncias administrativa e penal”. Igual decisão foi tomada no HC 156.234/DF<sup>159</sup> e no HC 218.863/RJ<sup>160</sup>.

No HC 550.749/SP<sup>161</sup>, houve sentença absolutória em ação civil pública “também ajuizada em desfavor do réu, pelos mesmos fatos”, em relação a qual, entendeu o STJ que “não influencia o Juízo criminal, dada a independência entre as referidas esferas”. Uma vez mais, não houve referência às regras dos arts. 92 a 94, CPP.

Em dois casos que tratam do crime de peculato, o Superior Tribunal de Justiça invocou a independência das instâncias, de forma igualmente lacônica, como se vê do HC 346.501/RJ<sup>162</sup> e do AgRG no AResp 1.361.520/DF<sup>163</sup>.

Realmente, o delito de peculato (art. 312, CP) não é um tipo marcado pela ideia de acessoriedade, razão pela qual o posicionamento das instâncias administrativa ou cível não influencia, em princípio, na construção do ilícito. Vejamos os fatos nos quais foram apoiados esses julgados.

O HC 346.501/RJ partiu de acusação de peculato movida contra defensor público que, na qualidade de procurador municipal, firmou acordo reconhecendo a existência de dívida do Município por ele representado em favor de fundação daquela localidade. De acordo com a denúncia reproduzida no acórdão, a pretensão de pagamento havia sido afastada pela Administração “ante as evidentes irregularidades verificadas e a não prestação do serviço contratado”. O impetrante alega haver elementos que desnaturariam a imputação, consistentes em relatório do Tribunal de Contas do Estado, o qual não teria encontrado irregularidades. O

---

<sup>157</sup> STJ, RHC 68.929/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 06.10.2017.

<sup>158</sup> STJ, HC 88.370/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 28.10.2008.

<sup>159</sup> STJ, HC 156.234/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Mais Filho, Quinta Turma, DJe 03.05.2010.

<sup>160</sup> STJ, HC 218.863/RJ, Decisão Monocrática Min. Laurita Vaz, DJe 23.11.2012.

<sup>161</sup> STJ, HC 550.749/SP, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (Des. Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, DJe 26.02.2020.

<sup>162</sup> STJ, HC 346.501/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 15.02.2017.

<sup>163</sup> STJ, AgRG no AResp 1.361.520/DF, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 23.09.2019.

STJ afastou o argumento ao constatar ter a decisão do TCE sido proferida com ressalvas e por considerar que tal decisão foi apoiada em fatos distintos dos constantes da denúncia. Mesmo promovendo o *distinguishing* que impediria o aproveitamento da decisão do TCE ao processo penal, o STJ prosseguiu e invocou o “princípio da independência entre instâncias administrativa e penal”, quando, em realidade, o relacionamento entre instâncias era irrelevante para resolver o caso.

Já o AgRG no AResp 1.361.520/DF está fundado em denúncia oferecida contra duas servidoras públicas do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios que teriam cadastrado “como parceira para receber transferências de valores advindos de perdas de fiança e realizações de transações penais” entidade representada pelo esposo de uma das servidoras. A decisão faz brevíssima referência à tese sustentada pelas agravantes da existência de óbice à condenação criminal, “em razão do constatado no âmbito administrativo”. No acórdão decorrente do julgamento do Agravo em Recurso Especial (AREsp 1.361.520/DF), está um pouco mais delineada a constatação administrativa. A Comissão de Processo Administrativo Disciplinar reconheceu a existência do projeto cadastrado pelas servidoras junto ao Ministério Público e, ainda, que não tinham elas “a intenção de se valer de seus cargos para lograr proveito financeiro, não causando dano ao erário”. Essa foi a alegação que conduziu à referência ao aforismo da independência das instâncias: “Não é demais lembrar que, ‘a jurisprudência desta Corte é no sentido da autonomia e independência das esferas civil, penal e administrativa, razão por que eventual improcedência de demanda ajuizada na esfera civil ou de procedimento administrativo instaurado não vincula ação penal instaurada em desfavor do agente’ (HC 306.865/AM, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 10/10/2017)”. Neste julgado, o STJ tratou do relacionamento entre instâncias, mas não indicou o fundamento legal.

Enxergamos relevância no precedente como forma de demonstrar que o mesmo aforismo – “independência das instâncias” – é usado para regulação de situações distintas, de forma despida de critérios técnico-jurídicos sempre que se tencione proteger o juiz penal de influências externas, a despeito da estrutura típica da figura que embasa a acusação ou da necessidade de recorrer ao argumento para solucionar a questão *sub judice*. Talvez, o brocardo faça algum sentido nos crimes comuns não acessórios (como o peculato, por exemplo), mas apenas se usado como expressão da liberdade da esfera penal de julgar o fato; não de construir o ilícito.

## 2.6 Dificuldade do caminho inverso

Saindo das turmas de julgamento especializadas em casos criminais, a pesquisa destaca decisão do Superior Tribunal de Justiça que foi além da simples invocação do aforismo. Trouxe questão que, como muitas outras, exsurge de colisão entre as esferas penal e administrativa.

A 2ª Turma do STJ, nos autos do REsp n. 1.677.380/RS<sup>164</sup>, interposto pela União contra decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, firmou entendimento de que a negativa pessoal ao teste de etilômetro – o vulgarmente conhecido bafômetro – não consubstancia prova de infração administrativa da embriaguez ao volante. A Corte de Apelação havia assentado que que, embora o art. 277, § 3º, da Lei 9.503/1997<sup>165</sup>, estabeleça penalidades a quem se recusa ao teste de alcoolemia, não autoriza a presunção de embriaguez do condutor. Em conclusão, o acórdão questionado no recurso especial afirmava que a única infração administrativa possível é a que sanciona a recusa em si (art. 277) não a que presume a embriaguez (art. 165).

O STJ registrou a alegação da União de que a punição pela infração administrativa da embriaguez não implica em desrespeito à vedação ao princípio da não autoincriminação. Para tanto, trouxe à decisão notícia da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4.103-7/DF, fundada na alegação de inconstitucionalidade da punição administrativa em virtude do princípio do *nemo tenetur se detegere*, mas na qual o STF assentou ser ao Estado legítima a criação de regras para induzir comportamentos adequados ao ordenamento jurídico.

Nesse contexto, veio a lume o argumento da independência das instâncias. Segundo o julgado, o direito a não se autoincriminar incide “de forma irrestrita aos processos penais, sendo essa a sua esfera nuclear de proteção”, razão pela qual só haveria sentido em admitir o uso desse direito em sede administrativa se “a conduta punível” tivesse “reflexo também na esfera de origem”, no caso, a penal. Daí a anotação de que a não realização do teste de alcoolemia “não configura o crime do art. 306 do CTB, tampouco presume direção embriagada. Apenas impõe consequências jurídicas ao descumprimento de uma obrigação de fazer destinada a prevenir graves danos à incolumidade pública”.

---

<sup>164</sup> STJ, REsp 1.677.380/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 16.10.2017.

<sup>165</sup> “Art. 277. O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência (...). § 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165-A deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no *caput* deste artigo.

Esse precedente serviu de fundamento para posições em sentido idêntico (quanto às consequências da recusa ao etilômetro) em outros julgamentos do STJ<sup>166</sup>, nenhum deles proveniente de turmas criminais. A referência feita no acórdão paradigma deste debate (REsp 1.677.380/RS) ao *nemo tenetur se detegere* mostra caminho inverso do raciocínio retratado nesta pesquisa. O olhar aqui voltou-se ao impacto na tipificação penal das decisões administrativas, genuína aceção de acessoriedade, ou mesmo aos efeitos processuais penais. Já o aresto em apreço assume, com base na independência das instâncias, uma completa separação do tratamento que ao mesmo fato é dado pelas esferas administrativa e criminal.

Nota-se, pois, o uso indiscriminado do argumento da independência para situações jurídicas distintas. Esta pesquisa mostra o recurso infundado a esse aforismo nos julgamentos penais. Neste precedente específico, vê-se o caminho inverso em contraponto à amplitude da proteção constitucional à autoincriminação, igualmente sem fundamento.

Não sustentamos que exista dependência ou que a invocação da independência entre instâncias está equivocada. Levantamos questão sobre a abrangência do uso do argumento – aqui observado na contramão dos precedentes analisados supra. A invocação do dogma da independência das instâncias foi feita para proteger a atuação administrativa das influências penais, igualmente sem fundamento legal, de modo a revelar pretensão de universalidade do uso do argumento.

---

<sup>166</sup> Por exemplo: AgInt no REsp 1.851.061/PE, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 28.10.2020; AgInt no AREsp 1.467.183/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 11.10.2019; AgInt no REsp 1.808.809/SP, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 26.09.2019; AgInt no REsp 1.736.377/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 16.09.2019; REsp 1.720.060/RJ, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 06.12.2018; REsp 1.758.579/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 04.12.2018; AgInt no REsp 1.719.584/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 29.11.2018.

### 3. Ainda sobre a jurisprudência: o caso especial dos crimes contra a ordem tributária

O regime próprio dos crimes contra a ordem tributária impeliu a separação da pesquisa para facilitar a compreensão de seu resultado.

São delitos dependentes da aferição de tributos não pagos, de conduta destinada a não pagar – gerando dívida qualificada “por uma fraude típica”<sup>167</sup> – ou do descumprimento de normas administrativas que, por si, impliquem na formação de crédito contra o contribuinte<sup>168</sup>. Até aqui, não há nenhuma novidade em relação aos demais tipos acessórios. A lei que fixa os crimes ambientais (9.605/1998), por exemplo, é rica em tipos penais vinculados ao descumprimento de regras administrativas<sup>169</sup>.

A diferenciação surge na especificidade do tratamento administrativo do tributo. A Lei reserva à autoridade administrativa a competência exclusiva para constituir o crédito tributário, a teor do art. 142 do Código Tributário Nacional<sup>170</sup>.

Isso significa dizer, pois, que sem o pronunciamento da autoridade administrativa a respeito do crédito tributário, são inviáveis acusações de sonegação fiscal, pois o poder judiciário não está autorizado a substituir o Fisco no lançamento. Uma sensível diferença em relação às demais figuras típicas acessórias: o Ministério Público Federal não depende de um processo administrativo na Comissão de Valores Mobiliários para apurar eventual notícia de crime de uso de informação privilegiada (art. 27-D, lei 6.385/1976), nem de um pronunciamento de órgãos ambientais para investigar o despejo irregular de efluentes industriais em curso de água destinada a abastecer região ribeirinha (art. 54, § 2º, III, lei 9.605/1998). Todavia, o MPF depende de a Receita Federal definir se houve ou não de “quantia

<sup>167</sup> Nas exatas palavras de Arnaldo Malheiros Filho: “O primeiro corolário dessa circunstância [a *ultima ratio* do direito penal] em relação à lei penal tributária é a subsidiariedade dela à norma tributária, da qual é verdadeiro ‘direito de superposição’. Crime contra a ordem tributária é um ilícito tributário patrimonial qualificado por uma fraude típica. Onde não houver ilícito tributário, não poderá haver crime. Por outro lado, somente quando o ilícito fiscal for resultado de fraude definida na legislação penal poder-se-á falar em crime contra a ordem tributária” (MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Omissão de rendimentos presumidos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 5, n. 15, 1996 p. 218).

<sup>168</sup> É o caso, por exemplo, do crime do art. 1º, V c.c. parágrafo único, da Lei 8.137/1990, segundo o qual “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 ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V”.

<sup>169</sup> Exemplo similar presente na Lei 9.605/1998 está em seu art. 69: “Obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais”.

<sup>170</sup> Art. 142: “Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível”.



exigida a título de tributo”<sup>171</sup>, a despeito da contundência de notícia de crime que venha a receber.

Houve significativa mudança de tratamento das consequências do art. 142 do CTN ao processo penal a partir do julgamento do *habeas corpus* n. 81.611/DF, em 10 de dezembro de 2003, pelo Supremo Tribunal Federal, e com a posterior edição do enunciado n. 24 da Súmula Vinculante, que afirma consumado o crime apenas no lançamento definitivo do tributo. Diante disso, a pesquisa teve cunho histórico, concentrada em julgados anteriores à SV n. 24.

A amostra no Supremo Tribunal Federal foi pequena. Entretanto, o conjunto resultou em descoberta relevante. A jurisprudência que deu base ao entendimento fixado na SV n. 24 funda-se em acessoriedade ao ato administrativo, elegendo o pronunciamento definitivo da autoridade fiscal no momento de consumação do crime.

O caminho adotado pelo Supremo Tribunal Federal resultou em alteração do tratamento penal do fato, com evidente impacto no processo. Se o crime não se tipifica antes do lançamento definitivo, até a conclusão do processo administrativo não há conduta criminosa e, portanto, não há possibilidade de investigação criminal.

Importa destacar que o tratamento anterior era exclusivamente processual. O STF negava a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado em âmbito administrativo, por considerar inexistente condição de procedibilidade ao processamento de crimes de sonegação fiscal, preservadas, assim, a legitimidade das apurações e a independência de instâncias. Algumas decisões também rechaçam a prejudicialidade do processamento em âmbito administrativo em matéria processual penal, com fundamento no art. 93 do Código de Processo Penal.

Alguma explicação para o tratamento processual dado ao tema se vê no acórdão decorrente do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.571/DF<sup>172</sup>, movida em 1996 pela União Federal para ver declarada a inconstitucionalidade do art. 83, *caput*, da Lei 9.430/1996, que previa a necessidade de esgotamento da via administrativa para que a autoridade fiscal pudesse encaminhar representação fiscal para fins penais uma vez presente a hipótese de sonegação fiscal<sup>173</sup>. A ação foi julgada improcedente em 2003, diante da percepção

---

<sup>171</sup> Na acepção defendida por Heloisa Estellita a respeito do termo “tributo” contido no caput do art. 1º da Lei 8.137/1990 (ESTELLITA, Heloisa. **A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 208).

<sup>172</sup> STF, ADI 1.571/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 30.04.2004 p. 29.

<sup>173</sup> À época da propositura da ADI, em março de 1997, o dispositivo vigia com a seguinte redação: “A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente”.

contida no voto condutor de que tal norma se destina “aos agentes administrativos-fiscais, não afetando em nada a atuação do Ministério Público”. Em voto-vista, o Min. Sepúlveda Pertence trouxe a fundamentação presente em seu voto no HC 81.611/DF, no qual explicou que a representação fiscal para fins penais não se confunde com a representação trazida pela lei processual penal como necessária às ações penais públicas condicionadas.

Entretanto, esse tratamento processual do crime de sonegação fiscal era replicado na totalidade dos casos decididos pelo Superior Tribunal de Justiça. Os julgados daquela casa anteriores à SV n. 24, tal qual ocorreu no STF, associavam o trânsito em julgado de decisão administrativa a condição de procedibilidade da ação penal e, assim, rechaçavam largamente qualquer alegação que visasse ao trancamento ou suspensão do processo penal com fundamento na pendência de processo administrativo.

Mesmo assim, o julgamento do REsp 188.010/SP<sup>174</sup> chamou a atenção pois, nesse caso, o STJ manteve hígido processo penal por sonegação fiscal mesmo diante da anulação do lançamento. A justificativa foi apoiada no aforismo da independência das instâncias, autorizado pelo fato de que a anulação do lançamento não ocorreu por questões de mérito, mas diante da violação ao direito do contribuinte à ampla defesa no processo administrativo. O mesmo caminho foi adotado no HC 28.900/PR<sup>175</sup>, no qual a anulação de notificação fiscal de lançamento de débito ordenada pelo Juízo Cível deu-se por questões formais e não de mérito.

Em ambos os precedentes, não houve nenhuma indicação do fundamento legal que autorizaria o tribunal a calibrar o impacto no processo penal das razões que levaram à anulação do lançamento.

No caso do HC 20.099/CE<sup>176</sup>, a ação penal foi instaurada independentemente do processo administrativo, a demonstrar, com ainda maior clareza o distanciamento entre as instâncias administrativa e penal nessa hipótese específica.

Prosseguindo, o julgamento do REsp 23.789/RS<sup>177</sup> mostrou-se relevante. Embora prenuncie a ideia de unidade de ilicitude ao afirmar que “o ilícito penal e o ilícito tributário podem resultar do mesmo fato histórico”, trata os dois procedimentos de forma apartada. Repisando que o processo administrativo não é condição de procedibilidade da ação penal, admitiu ações penais instauradas mesmo diante de declaração administrativa de “inexistência do ilícito tributário”. No RHC 6.536/SP<sup>178</sup>, relatado pelo mesmo Ministro, há afirmação que

---

<sup>174</sup> STJ, REsp 188.010/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 21.10.2002 p. 381.

<sup>175</sup> STJ, HC 28.900/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 03.11.2003 p. 334.

<sup>176</sup> STJ, HC 20.099/CE, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 10.2.2003 p. 224.

<sup>177</sup> STJ, REsp 23.789/RS, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, DJ 05.08.1996 p. 26.425.

<sup>178</sup> STJ, RHC 6.536/SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, DJ 29.06.1998 p. 319.

contraria toda a ideia de unidade de ilicitude. Diz o voto condutor que o “ilícito penal e o ilícito tributário podem resultar do mesmo fato histórico. No entanto, estruturalmente, são distintos, incluindo-se até a sanção, consequência lógica (não material) da conduta vedada pelo Direito”. Não há no acórdão material para interpretar o que se quis dizer com estruturas distintas dos tipos administrativo e penal, tampouco se essa diferença estrutural está apenas na sanção. O fato é que o STJ não enfrenta a ligação inseparável entre uma e outra forma de ilicitude. O tratamento foi nos exatos mesmos termos do acórdão anterior, de cunho processual, no sentido de que o desfecho do processo administrativo não é condição de procedibilidade para a ação penal.

No RHC 6.953/SP<sup>179</sup>, releva ressaltar o posicionamento vencido do Min. Edson Vidigal que, embora antecipe uma fração do que seria o entendimento que levou à edição da SV n. 24, acabou misturando conceitos de direito material e processual. Isso porque, ainda com base no disposto no 83, *caput*, da Lei 9.430/1996<sup>180</sup>, assentou que a representação fiscal para fins penais “há que ser entendida como condição de procedibilidade sim” e justificou esse posicionamento no fato de ser a sonegação fiscal crime de dano, cuja tipicidade está atrelada ao “proveito do agente, com a obtenção do resultado”. Portanto, é somente com a conclusão do processo administrativo, com a fixação do *quantum debeatur*, que se poderia sustentar lesão à ordem tributária. O voto faz referência curiosa ao porquê da suposta independência das instâncias. Diz o Ministro que as instâncias “não se confundem mesmo” e que “isso foi imaginado para impedir que a demora excessiva do processo administrativo resultasse, ao final, em prescrição da pretensão punitiva, livrando das sanções penais cabíveis quem resultasse condenado por sonegação, na via administrativa”.

O mesmo posicionamento foi expressado pelo Min. Edson Vidigal no RHC 7.118/SP<sup>181</sup>, no qual era o relator sorteado. No caso, foi aberta divergência pelo Min. José Dantas, que, fazendo referência ao voto que proferiu no RHC 7.043/SC<sup>182</sup>, reafirmou a impossibilidade de se interpretar o art. 83 da Lei 9.430/96 como norma que erige o término do procedimento administrativo como condição de procedibilidade da ação penal por crime contra a ordem tributária.

---

<sup>179</sup> STJ, RHC 6.953/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 31.08.1998 p. 109.

<sup>180</sup> À época do precedente, o art. 83, *caput*, da Lei 9.430/1996, vigia com a seguinte redação: “A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente”.

<sup>181</sup> STJ, RHC 7.118/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, Rel. para Acórdão Min. José Dantas, Quinta Turma, DJ 31.08.1998 p. 109.

<sup>182</sup> STJ, RHC 7.043/SC, Rel. Min. José Dantas, Quinta Turma, DJ 02.03.1998 p. 124.

No julgamento do REsp 153.160/SC<sup>183</sup>, o Min. Edson Vidigal manteve tal posicionamento, no que foi seguido pelos Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e José Arnaldo da Fonseca.

Já no HC 15.852/RS<sup>184</sup>, o Min. Edson Vidigal, relator, votou pela denegação da ordem, ressaltando seu posicionamento pessoal a respeito de considerar o exaurimento da via administrativa como condição de procedibilidade da ação penal.

Um possível motivo de se invocar independência das instâncias em processos decorrentes de apurações fiscais foi escancarado no HC 12.779/RJ<sup>185</sup>, poucos meses antes do julgamento do HC 81.611/DF pelo STF. Diz o voto condutor que “se houvesse qualquer subordinação da atividade penal em relação a procedimento fiscal, a lei o teria dito textualmente. Ademais, o entendimento a favor da prejudicialidade, impedindo a seqüência natural da *persecutio criminis*, converte a atividade do contribuinte num poder contrário aos ditames do bom senso, visto que o Estado estar-se-ia envolto a infundáveis polêmicas introdutórias com as quais se engessaria qualquer atividade punitiva. Seria, em verdade, um desestímulo ao intuito arrecadatário, pois, bastava a simples discussão administrativa para interromper, sabe lá por quanto tempo, a pretensão punitiva estatal”. No RHC 8.762/DF<sup>186</sup>, a 6ª Turma do STJ afirmou que a nulidade da autuação fiscal conduz à falta de justa causa para a ação penal e, por isso, concedeu a ordem para trancamento.

Alguns precedentes de relatoria do Min. José Arnaldo da Fonseca (v.g. HC 16.282/RJ<sup>187</sup>) apontam como motivo da insubordinação da instância penal à administrativa quanto aos crimes contra a ordem tributária a distinta finalidade de cada uma delas. A primeira visa a aplicar multa e a outra pena, razão por que “o convencimento de uma e de outra órbita possa sustentar-se por pilares aparentemente diferentes”.

No HC 35.047/SP<sup>188</sup>, a 5ª Turma do STJ assentou que, mesmo diante do entendimento firmado no HC 81.611/DF pelo STF, a pendência do processo administrativo para apuração de sonegação fiscal teria relevância apenas na hipótese de não haver definição a respeito do *quantum debeatur*. Em precedente posterior (REsp 591.029/GO<sup>189</sup>), a 5ª Turma passou a decidir que o procedimento administrativo que também discute a existência do débito (e não apenas de seu valor) também é apto a impedir a persecução penal.

---

<sup>183</sup> STJ, REsp 153.160/SC, Rel. Min. Edson Vidigal, Quinta Turma, DJ 29.11.1999 p. 182.

<sup>184</sup> STJ, HC 15.852/RS, Rel. Min. Edson Vidigal, Quinta Turma, DJ 13.08.2001 p. 190.

<sup>185</sup> STJ, HC 12.779/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 09.06.2003 p. 279.

<sup>186</sup> STJ, RHC 8.762/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 28.02.2000 p. 125.

<sup>187</sup> STJ, HC 16.282/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 26.04.2004 p. 181.

<sup>188</sup> STJ, HC 35.047/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 29.11.2004 p. 359.

<sup>189</sup> STJ, REsp 591.029/GO, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 16.05.2005 p. 383.

Chamou a atenção o HC 42.165/SP<sup>190</sup>. Mesmo afirmando-se ciente da novel orientação do STF, a 5ª Turma do STJ assentou a viabilidade da condenação. Isso porque a anulação do débito em sede administrativa decorreu de falta de provas (o que o acórdão classificou como dúvida), lacuna que o órgão julgador considerou ter sido suprida pela instrução penal.

Noutro julgado mais recente (HC 40.994/SC<sup>191</sup>), o relator sorteado (Min. José Arnaldo da Fonseca) registrou seu inconformismo com o posicionamento do STF, em sua concepção, incentivadora da impunidade, mas assentiu. O Min. Gilson Dipp, entretanto, divergiu para voltar a sustentar que o procedimento administrativo apto a suspender a persecução penal é aquele que “discute a existência do débito tributário e o *quantum debeatur*”.

No julgamento do HC 109.203/ES<sup>192</sup>, que tratava de sonegação de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – um dos tributos cuja apuração parte da autodeclaração do contribuinte –, afirmou-se que aguardar o lançamento definitivo equivaleria “na prática, a erigir obstáculos para desbaratar esquemas engendrados para lesar o Fisco”.

Com o passar dos anos, o entendimento fixado na Súmula Vinculante n. 24 foi sedimentado, inclusive no STJ.

Apesar disso, no HC 243.889/DF<sup>193</sup>, no qual se alegava a necessidade de trancamento do inquérito policial instaurado para apurar sonegação fiscal quando não havia lançamento definitivo, o Min. Sebastião Reis Júnior votou pela denegação da ordem diante da existência de empresas de fachada e de um esquema criminoso voltado a sonegar tributos, apuração cuja competência escaparia à autoridade administrativa. A Min. Maria Thereza de Assis Moura divergiu, embora em minoria, assentando ser caso de aplicação da SV n. 24, com o conseqüente trancamento do inquérito, ao menos no que toca ao crime de sonegação fiscal, ainda que se determinasse a continuidade da investigação relativamente a fatos que consubstanciassem outros delitos.

O mais recente dos acórdãos, posterior à SV n. 24, foi relevante para a pesquisa. Trata-se do AgRg no RESP 1.368.252/RS<sup>194</sup>. A relevância vem do oferecimento de um critério, ainda que mínimo, à invocação da independência das instâncias. A Defesa sustentou a prevalência do julgamento administrativo, que considerou inexistente o dolo específico de fraude, o que foi afastado pelo tribunal. Na medida do entendimento pacificado que confere extrema relevância

---

<sup>190</sup> STJ, HC 42.165/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 01.08.2005 p. 496.

<sup>191</sup> STJ, HC 40.994/SC, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Rel. para Acórdão Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 24.04.2006 p. 418.

<sup>192</sup> STJ, HC 109.203/ES, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 01.02.2011.

<sup>193</sup> STJ, HC 243.889/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 11.06.2013.

<sup>194</sup> STJ, AgRg no Resp 1.368.252/RS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 25.04.2018.

à decisão administrativa, suas conclusões podem ser limitadas ao tipo objetivo, sem avançar sobre a culpabilidade.

Apesar da sedimentação do entendimento imposto pela SV n. 24, no HC 86.783/SP<sup>195</sup>, o STJ chegou a afirmar que o crime de sonegação de contribuição previdenciária<sup>196</sup> é “formal”<sup>197</sup> e que, por isso, “o não-esgotamento da via administrativa não é condição de procedibilidade, existindo, nesse caso, total independência das esferas administrativa e penal”.

Sem pretender adentrar aqui na incidência ou não da SV n. 24 à espécie, importa para esta pesquisa o retorno ao tratamento processual da decisão administrativa e, mais ainda, do emprego da expressão “nesse caso”, a mostrar que a independência das instâncias, na realidade, é aforismo usado de forma *ad-hoc*, sem pretensão de universalidade.

---

<sup>195</sup> STJ, HC 86.783/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 03.03.2008.

<sup>196</sup> De estrutura idêntica à dos crimes contra a ordem tributária.

<sup>197</sup> O que conseguimos imaginar é que a invocação talvez tenha sido feita para induzir contraposição ao teor da SV n. 24, que estatui ser o crime de sonegação fiscal “material”: “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” (grifamos).

#### 4. Balanço da pesquisa

O tratamento jurisprudencial aos crimes tributários à luz do aforismo da independência das instâncias é intrigante, na medida em que a necessidade de se aguardar a conclusão do procedimento administrativo tributário deixou de ser condição de procedibilidade para a persecução criminal para se tornar elemento constitutivo do tipo: sem o trânsito em julgado da decisão administrativa desfavorável ao contribuinte, o crime não se consuma. Transformação da acessoriedade processual para acessoriedade material.

Com essa transformação veiculada na Súmula Vinculante, em cujos meandros e propósitos não pretendemos avançar neste trabalho, o Supremo Tribunal Federal forçou o poder judiciário brasileiro a deixar de lado a “independência das instâncias” para os crimes tributários.

A competência exclusiva da autoridade administrativa para lançar tributo induz com facilidade a conclusão de que, anteriormente à atuação da autoridade administrativa, falta ao poder judiciário fato típico a fundamentar a apuração e o processo penal.

Contudo, essa aparente facilidade de raciocínio não se mostrou tão óbvia à jurisprudência.

Com efeito, os julgados mostraram de forma bastante clara a mudança de posicionamento da jurisprudência. Antes do julgamento do art. 81.611//DF pelo Supremo Tribunal Federal em dezembro de 2003 e, pois, do entendimento firmado na SV n. 24, as alegações de falta de conclusão de procedimentos administrativos eram respondidas de forma puramente processual. A decisão administrativa tratada como condição de procedibilidade, não como elemento constitutivo do crime, a despeito da regra do art. 142 do Código Tributário Nacional.

Observando serem algumas figuras o art. 1º da Lei 8.137/1990 crimes de resultado foi editada a SV n. 24 e, com ela, o procedimento administrativo de condição de procedibilidade (processual) passou a elemento do tipo (direito material). Uma transmutação da acessoriedade processual para a material.

Daí porque, posteriormente, com a edição da SV n. 24, ficou assentado que “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo”. Ou seja, independentemente da data da ação ou omissão que levou ao resultado típico, a consumação do crime foi diferida para o trânsito em julgado do respectivo procedimento administrativo.

O mais relevante disso está no fato de que a aplicação do aforismo da independência das instâncias no crime de sonegação fiscal se esvaiu.

Independentemente das críticas que se possa fazer à decisão do STF, o fato é que ela representa um ineditismo no poder judiciário que, salvo equívoco, pela primeira vez colocou-se em posição igualitária a outro poder da República. Hoje, por força da SV n. 24, os poderes executivo e judiciário sincronizam suas ações em torno de um mesmo fato, na medida em que o verbete proíbe a Justiça criminal de atuar antes de encerrado o processo administrativo tributário.

Afora a decisão política de fazer do pagamento causa extintiva da punibilidade por crimes contra a ordem tributária<sup>198</sup>, a jurisprudência não aponta motivo dogmático para que o lançamento, mesmo o provisório, não sirva à tipificação do delito tributário ou a razão pela qual não se aplicaria nessa hipótese o aforismo da independência das instâncias, tal como ocorre em relação a outros tipos penais.

Para além da regra do art. 142, CTN, a lógica da concepção dos delitos contra a ordem tributária é a mesma de outras figuras do direito penal econômico que, à similaridade dos primeiros, têm conteúdo extrapenal regulado por órgãos da Administração. A título de exemplo, à Comissão de Valores Mobiliários compete apurar desrespeito às normas que regulam o mercado de capitais e que integram o conteúdo do injusto dos tipos da Lei 6.385/1976; o Banco Central do Brasil é competente para apurar infrações administrativas relacionadas aos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei 7.492/1986).

A seguir o raciocínio adotado pelo Supremo Tribunal Federal ao editar a SV n. 24 e os demais fatos igualmente regulados por órgãos da administração pública teriam a ilicitude penal condicionada ao pronunciamento definitivo da autoridade administrativa, o que não faria sentido. A falta de reserva administrativa para aferição do elemento normativo do tipo penal de algum modo justifica instâncias independentes, mas não explica a existência do aforismo, tampouco traduz critério de aplicação, que acaba servindo de escusa para justificar a desnecessidade de avaliar o esteio de acusações.

E isso se viu nos julgados que tinham outras figuras penais por objeto.

Nos crimes contra o sistema financeiro nacional, as invocações variam. Quando a alegação é de pendência do processo administrativo, o recurso à independência das instâncias vem em formato processual. Já quando a questão de fundo traz decisão administrativa que de algum modo beneficia o acusado, o aforismo, quando invocado, é erigido a fundamento para manter hígida a pretensão penal. Quando muito, os julgados trazem as conclusões

---

<sup>198</sup> Conforme disposto no art. 9º, § 2º, da Lei 10.684/2003.



administrativas favoráveis aos acusados como elementos a serem valorados em conjunto com as demais provas do processo.

Entretanto, há casos em que a independência das instâncias é afastada para fazer prevalecer o resultado administrativo no processo penal.

Acontece que, tanto as decisões que afastam, quanto as que admitem o resultado favorável administrativo são proferidas sem explicação do porquê a ideia de independência das instâncias existe e, principalmente, a razão pela qual nos casos concretos ela é ou não aplicável<sup>199</sup>.

Nos crimes ambientais, a grande fonte de questionamentos está no cumprimento de condições impostas em termos de ajustamento de conduta, embora também haja julgados retratando a pendência de procedimento administrativo como argumento para impedir a persecução penal. Nesses casos, a questão vem tratada na forma de acessoriedade processual, afastada também com base na referência vazia à independência das instâncias.

O mesmo foi visto nas demais formas delitivas encontradas ao longo da pesquisa, sempre uma abordagem da independência à luz do que seria uma acessoriedade processual, indicando que o tratamento dado ao tema por esferas não penais não vincula a jurisdição criminal.

A pesquisa confirmou a suspeita inicial a respeito da ausência de critérios para aplicação do aforismo da independência das instâncias. Os tribunais superiores recorrem a ele de maneira alegórica, seja para aplicá-lo (grossa maioria dos casos), seja para afastá-lo. Mas sempre de forma inexplicada e sem indicação de fundamento legal, forçando a conclusão de que, em verdade, o tema é tratado de forma arbitrária.

---

<sup>199</sup> Mais recentemente o STJ afastou alegação de independência das instâncias por considerá-la incoerente. O acusado respondia a ação penal decorrente do cometimento de falta disciplinar no curso de execução penal e foi absolvido por insuficiência probatória. Apesar disso, a decisão administrativa que reconheceu ter havido falta disciplinar foi mantida. O tribunal considerou: “embora não se possa negar a independência entre esferas – segundo a qual, em tese, admite-se repercussão da absolvição penal nas demais instâncias apenas nos casos de inexistência material ou negativa de autoria –, entendo que não há como ser mantida a incoerência de se ter o mesmo fato por não provado na esfera criminal e por provado na esfera administrativa”. Daí porque: “parece-me que a autonomia das esferas há que ceder espaço à coerência que deve existir entre as decisões sancionatórias” (STJ, AgRg nos EDcl no HC 601.533/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 01.10.2021).

De se notar que as causas ressalvadas na decisão são legais, contidas no art. 66 do Código de Processo Penal, segundo o qual, “não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”. No caso de condenação, a ação civil somente poderá ser proposta “contra o autor do crime e, se for o caso, contra o responsável civil”, como dispõe o art. 64 do CPP.

## 5. Conclusão

As Cortes Superiores qualificam a “independências das instâncias” como princípio e o tratam com a mesma tranquilidade com a qual é possível se referir, por exemplo ao princípio da proporcionalidade, qualidade que, aqui não é preciso se alongar, foi identificada e consagrada pela ciência e pela jurisprudência. Sobre a proporcionalidade há ampla literatura<sup>200</sup>, traçando o porquê de sua existência e aplicabilidade, exatamente o oposto da independência das instâncias.

Em relação à independência entre instâncias, não encontramos palavra sobre sua origem, sobre o porquê de sua aplicabilidade, ainda mais dessa forma estanque retratada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

De início, seria de se supor essa independência como reflexo do modelo constitucional de separação de poderes. Entretanto, vimos no capítulo 1.1 que o Governo, o Estado, é um só, o que impõe o dever institucional a todos seus braços de regular e impactar a esfera de liberdade do administrado de maneira uniforme, harmônica e coerente.

As decisões vistas ao longo deste trabalho interpretam os pedidos de tomada em conta do que foi produzido em sede administrativa como uma forma de subserviência da jurisdição à administração, como se tinsse a separação de poderes<sup>201</sup>, sem considerar a complexidade da criação de tipos penais acessórios.

A invocação da independência das instâncias mostrou-se irrefletida, desamparada de fundamento legal. Com isso, importa esclarecer, não propomos submissão do poder judiciário às decisões administrativas. Tampouco são aceitáveis, porém, decisões criminais completamente alheias aos procedimentos que as embasam.

---

<sup>200</sup> Humberto Ávila mostra critérios do princípio da proporcionalidade: “A proporcionalidade constitui-se em um postulado normativo aplicativo, decorrente do caráter principal das normas e da função distributiva do Direito, cuja aplicação, porém, depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável. Se não houver uma relação meio/fim devidamente estruturada, então – nas palavras de Hartmut Maurer – cai o exame de proporcionalidade, pela falta de pontos de referência, no vazio. O exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma *medida concreta* destinada a realizar uma *finalidade*. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e da finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame de proporcionalidade em sentido estrito)” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pp. 113-114).

<sup>201</sup> Como fica claro em decisão do STJ proferida no RHC 6.902/SC, DJ 23.3.1998, p. 117, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca: “Ante o disposto no art. 2º da Constituição federal, como se sabe, institucionalizou-se a independência dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo incabível, sob pena de estremecer esse dogma constitucional, condicionar a sua atuação, no caso, à conclusão de procedimentos administrativos-fiscais”. Em idêntico sentido: RHC 6.989/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 23.03.1998 p. 117; RHC 7.271/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 18.05.1998 p. 116; RHC 6.953/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 31.08.1998 p. 109.

A totalidade dos julgados analisados ao longo deste trabalho denota uma realidade muito preocupante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Em ambos os tribunais, há constantes aplicações do aforismo da independência das instâncias sem invocação do fundamento jurídico. A independência é vista como uma fórmula pronta, usada quando se tenciona manter hígida a pretensão penal e afastada quando há desejo de valorizar a decisão administrativa. Numa ou noutra hipótese, a solução é arbitrária.

Portanto, a resposta à pergunta contida na introdução deste trabalho é “não, a invocação da independência pela jurisprudência das cortes superiores não é amparada em algum fundamento do direito brasileiro”.

## Bibliografia

ALTHUSSER, Louis. **Montesquieu: a política e a história**. 1. ed. Lisboa: Presença, 1972.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 38, p. 6-50, jan.-jun. 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARDOSO, Raphaella. **Delitos econômicos de desobediência administrativa: consequências da omissão da Administração Pública**. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

CAVALI, Marcelo Costenaro. Gestão fraudulenta: tutela de um bem jurídico difuso por meio de um crime de perigo abstrato. Tipicidade e imputação objetiva. *In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Org.). Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, p. 367-385, 2014.

CAVALI, Marcelo Costenaro. **Manipulação do mercado de capitais: fundamentos e limites da repressão penal e administrativa**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

CERVINI, Raúl. Derecho penal económico democrático: hacia una perspectiva integrada. *In: BRESSER PEREIRA, Flávia Rahal; VILARDI, Celso Sanchez; DIAS NETO, Theodomiro (Coord.). Direito penal econômico: análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, p. 3-60, 2009.

COCA VILA, Ivó. *La Business Judgment Rule* ante la determinación del riesgo permitido en el delito de administración desleal. **Diario La Ley**, Espanha, nº 9.371, p. 1-27, 2019.

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**. Tese (Livre-docência). Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

DIAS JÚNIOR, Etéocles Brito Mendonça; LIMA, Ricardo Alves de. *Ne bis in idem* penal, processual e na sanção administrativa. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 6, n. 1, p. 99-142, jun. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas**,

limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

ESTELLITA, Heloisa. **A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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.

FELDENS, Luciano; CARRION, Thiago Zucchetti. A estrutura material dos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 86, p. 170-200, set.-out. 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula Zomer Sica *et al.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, André. **Direito penal: efeitos materiais e processuais na esfera penal das cláusulas de reparação de dano dos acordos administrativo ambientais**. Dissertação (Mestrado), Escola de Direito de São Paulo - Fundação Getulio Vargas, 2020.

FRISCH, Wolfgang. **La imputación objetiva del resultado: desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas**. Tradução: Ivó Coca Vila. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2015.

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

GRIMM, Dieter. Constitutions, Constitutional Courts and Constitutional Interpretation at the Interface of Law and Politics. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 55-71, set.-dez. 2019.

GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. Técnicas de reenvio do direito penal ao direito administrativo e as regras de aplicação da lei penal no tempo. *In*: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion (Coord.) - MARIA SOBRINHO, Fernando Martins (Org.). **Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos**. Londrina: Thoth, p. 78-100, 2017.

KUHLEN, Lothar. ¿Es posible limitar el derecho penal por medio de un concepto material de delito?. *In*: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg. **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, p. 129-152, 2004.

LETELIER WARTENBERG, Raúl. Garantías penales y sanciones administrativas. **Polít. crim.**, v. 12, n. 24, p. 622-689, Diciembre 2017.

MACHADO, Antonio Rodrigo. **Sanções e penas: a independência entre as instâncias administrativa e jurisdicional penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MACHADO, Maíra Rocha. Independência como indiferença: *ne bis in idem* e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 55, p. 257-295, jul.-dez. 2019.

MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Crimes contra o sistema financeiro na virada do milênio. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, v. 7, n. 83, p. 5-6, out. 1999.

MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Direito Penal Econômico e Crimes de Mero Capricho. *In*: BRESSER PEREIRA, Flávia Rahal; VILARDI, Celso Sanchez; DIAS NETO, Theodomiro (Coord). **Direito penal econômico: análise contemporânea**. São Paulo: Saraiva, p. 62-104, 2009.

MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Omissão de rendimentos presumidos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 5, n. 15, p. 217-230, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental de ação. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al* (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, p. 357-368, 2013.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico**. Madrid: Iustel, 2012.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. Separação de poderes: de doutrina liberal a princípio constitucional. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 45, n. 178, p. 195-205, abr.-jun. 2008.

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 do IBCCRIM**, v. 29, n. 340, n.p. (Edição digital), mar. 2021.

MOISES, Cristian Ricardo Prado. A “separação dos poderes” como garantia fundamental. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 34, n. 72, p. 107-131, 2013.

NIETO MARTÍN, Adán. Introducción al Derecho Penal Económico y de la empresa. *In*: BARRANCO, Norberto J. de la Mata *et al*. **Derecho penal económico y de la empresa**. Madrid: Dykinson, p. 39-60, 2018.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 6. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2019.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Marcel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la?. *In*: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (Coord.). **Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 99-128, 2019.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Marcel. A organização da informação jurisprudencial. *In*: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (Coord.). **Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 241-251, 2019.

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 (Coord.). **Estudios de derecho ambiental**: libro homenaje al profesor Josep Miguel Prats. Espanha: Tirant lo Blanch, p. 621-684, 2008.

RANIENI, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. Barueri: Manole, 2013.

ROBLES PLANAS, Ricardo. **Estudios de dogmática jurídico-penal**: Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Fundamentos del derecho penal de la empresa**. 2. ed. Madrid: Edisofer, 2016.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, Chicago, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003.

TEIXEIRA, Adriano. O princípio da não autoincriminação e deveres extrapenais de cooperação: análise acerca da constitucionalidade da punição de recusa a submissão a teste de alcoolemia. **JOTA**, São Paulo, 5 ago. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/o-principio-da-nao-autoincriminacao-e-deveres-extrapenais-de-cooperacao-05082020>>. Acesso em: 26 maio 2021.

TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloisa; CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem* e o cúmulo de sanções penais e administrativas: Um 'Estado Hidra de Lerna'? **JOTA**, São Paulo, 1 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>>. Acesso em: 7 out. 2021.

TIEDEMANN, Klaus. **Manual de derecho penal económico**: parte general y especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. Controle de constitucionalidade, separação de poderes e eficácia vinculante. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 34, n. 72, p. 9-50, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Estructuras Judiciales**. Buenos Aires: Ediar, 1994.