

# ACORDOS ADMINISTRATIVOS COMO EXCLUDENTES DE ILICITUDE SUPRALEGAIS

Por Adriano Scalzaretto

**IOKROI**

ADVOGADOS



# SUMÁRIO

<b>01</b>	Contextualizando o problema.....	03
<b>02</b>	A categoria da ilicitude e o paradigma dos círculos concêntricos como chave de interpretação.....	09
<b>03</b>	Características do direito penal administrativizado como suporte para uma leitura integrada dos níveis penal e administrativo da ilicitude.....	14
<b>04</b>	Acordos administrativos como causa de exclusão de ilicitude supralegal .....	19
<b>05</b>	Referências bibliográficas.....	24

# CONTEXTUALIZAÇÃO do PROBLEMA

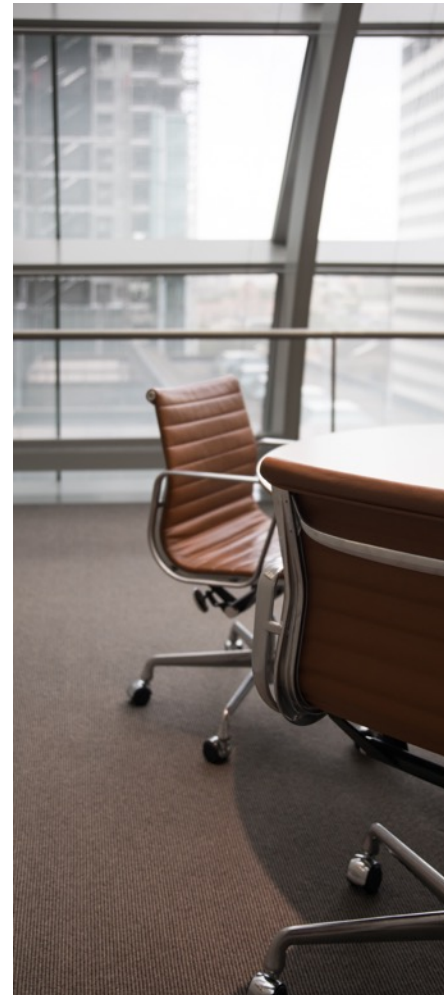
A evolução da sociedade contemporânea, a partir de fins do século XX, afetou profundamente o direito penal e, dentre suas grandes transformações, verifica-se o surgimento do direito penal econômico e sua intrincada interdependência com o direito administrativo. Como produto das sociedades pós industriais, ou de risco - expressão de Ulrich Beck, o direito penal expandiu-se sobre áreas antes reguladas pelo direito administrativo, assumindo verdadeiro papel de reforço à função estatal de regulação e fiscalização de setores econômicos. A metamorfose foi tão latente que se cunhou o termo "administrativização do direito penal". Essa "administrativização" alterou a própria estrutura delitiva e o conteúdo material dos tipos penais, combinando a introdução de novos objetos de tutela com a antecipação das fronteiras de proteção penal. A ocorrência de "una transición rápida del modelo 'delito del lesión de bienes jurídicos individuales' al modelo 'delito de peligro (presunto) para bienes supraindividuales", resultou em um sistema penal



peculiar e de difícil legitimação, marcado por construções típicas que dizem respeito a ações dadas em contrariedade a uma prévia regulamentação administrativa, nelas não se percebendo situação necessariamente danosa, mas unicamente de perigo desenhado pelo legislador.

O Brasil traduziu esse movimento em uma paisagem normativa penal e administrativa sobreposta e interconectada, em que a configuração dos crimes depende de correlatas infrações a normas e atos administrativos para definição do injusto penal. Proliferam-se tipos penais idênticos aos tipos administrativos, algo facilmente verificável no campo ambiental (Decreto 6.514/08 vs. Lei 9.605/98), concorrencial (Lei 12.529/11 vs. Lei 8.137/90), mercado de capitais (Instrução 08/79 - CVM vs. Lei 6.385/76), consumerista (Lei 8.078/90 vs. Decreto 2.181/97), dentre tantos outros. Essa sobreposição de normas punitivas implica, dentre outras graves consequências, a ocorrência de *bis in idem*, exigindo há muito tempo um esforço para a construção de um modelo punitivo conjunto e racional, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade e do seu subprincípio necessidade.

---



Ao se deslocar o ângulo de análise para o direito administrativo, aqui também se observa um movimento de convergência em direção ao direito penal econômico, à medida que seu viés punitivo adquire musculatura. A desidratação da presença estatal em setores econômicos anteriormente submetidos ao seu monopólio e o avanço da iniciativa privada catapultado pelo processo de globalização fomentaram o alargamento das funções regulatória e fiscalizatória do direito administrativo no âmbito dos direitos e interesses transindividuais; seu braço sancionador, por consequência, acaba por se hipertrofiar e assumir um cariz intensamente punitivo. No Brasil, esse processo se agudizou a partir do final dos anos 1.990, com a criação dos “sistemas nacionais” de proteção de setores econômicos, como o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, dentre outros, cujos órgãos administrativos passaram a contar com instrumentos consensuais de resolução de conflitos.



Esses diversos acordos administrativos - como os termos de compromisso previstos na Lei nº 6.385/1.976 (mercado de capitais) e Lei nº 13.506/2.017 (mercado de crédito, câmbio e monetário), os compromissos de ajustamento de conduta do Decreto nº 2.181/1.997 (relações de consumo), o termo de compromisso de cessação e o acordo de leniência, ambos previstos na Lei nº 12.529/2.011 (defesa da concorrência), o termo compromisso ambiental previsto na Lei nº 9.605/1.998 e Decreto nº 6.514/2.008, o compromisso decorrente do programa de recuperação ambiental na Lei nº 12.651/2.012 (meio ambiente) e os diversos termos de ajustamento de conduta celebrados pelas principais agências reguladoras nacionais - visam garantir a adequação dos agentes econômicos às diretrizes normativas de cada setor, por meio da substituição de sanções obtidas pela demorada via dos processos administrativos por compromissos bilaterais negociados, que acabam por promover a interrupção imediata das condutas lesivas, bem como sua reparação em tempo, reestabilizando o sistema com maior dinamismo e efetividade.



Constatada a convergência entre os referidos sistemas punitivos e considerando que grande parte dos acordos celebrados administrativamente tem por objeto condutas ilícitas idênticas àquelas previstas nas legislações penais sobrepostas, tipificadas por modelos legais idênticos, é de se questionar se sua celebração não acarretaria consequências no campo do direito penal econômico, sobretudo porque esse setor do direito penal encontra-se magnetizado àquela referida finalidade de reforço às prescrições e sanções administrativas.



The image features a blue-tinted background showing the silhouettes of four business professionals in a modern office. On the left, a woman stands holding a clipboard and pen. In the center, a man and a woman are engaged in conversation. On the right, another woman stands with her back to the camera, looking out a large window. The window provides a view of a cityscape under a cloudy sky. The overall atmosphere is professional and contemporary.

02

**A categoria da ilicitude e o paradigma  
dos círculos concêntricos como chave de  
interpretação**



## 02

O problema não é de simples solução e envolve inúmeros temas controversos. Um dos pontos que gera desentendimento nesse campo é a compreensão de que as instâncias penal e administrativa seriam independentes e, por isso, não seria possível admitir qualquer efeito penal dos ajustes celebrados administrativamente. Tal ideia, a nosso ver equivocada, tendo em vista que a ordem jurídica é una e indivisível, “além de não apresentar fundamentação científica convincente, gera diversos resultados paradoxais”. No universo do direito penal econômico como o vemos hoje, a ideia de independência de instâncias parece contradizer a própria natureza desse sistema, por assim dizer, pois os tipos penais são em grande parte construídos sobre profundas relações de dependência ao direito administrativo, manifestadas por remissões típicas a atos e normativas administrativas que definem o próprio conteúdo das incriminações.

Considerar o ordenamento jurídico como uma unidade não significa afirmar que esse é uniforme, no sentido de operar todas as questões de igual maneira, utilizando metodologia única e obtendo os mesmos resultados em todas as esferas. As relações de assessoriedade administrativa no campo material, por si só, evidenciam que de independentes esses sistemas nada tem, parecendo precipitada a utilização do mencionado princípio como fundamento suficiente a encerrar a discussão. A autora ilustra o ponto apoiando-se em Lüderssen, para quem “a unidade do ordenamento jurídico não significa uniformidade do ordenamento jurídico; naturalmente, existem níveis de ilicitude e também de culpabilidade, ou, dito com mais cautela, de imputação”.

Outro aspecto controvertido é a identificação do campo adequado para se desenrolar o problema, sem que haja necessidade de produção legislativa, como seria o caso da categoria da punibilidade, que já foi seara eleita jurisprudencialmente sem grandes rigores científicos para lastrear a ideia de que os acordos extinguiriam a punibilidade penal dos seus celebrantes. Buscar fundamentos suficientemente lastreados na teoria do delito que relacionem de forma integrada as esferas penal e administrativa, unindo a investigação dos comportamentos e sua relação com os dois ramos do direito sob um referencial comum, torna-se uma das tarefas essenciais.



Prosseguindo, a despeito da categoria da tipicidade fornecer importantes chaves de interpretação para a observação do direito penal administrativizado, em cuja dimensão repousam discussões afetas à assessoriedade administrativa e à utilização da técnica das leis penais em branco, essa seara não se apresenta, à primeira vista, como terreno propício a suportar considerações flexíveis no que diz respeito à possibilidade de um comportamento inicialmente típico - por satisfazer o preenchimento do modelo legal - ser posteriormente desconsiderado nesse âmbito com base em pronunciamentos administrativos posteriores. Feitas essas breves reflexões em busca de uma solução dogmática possível dentro sistema,

entendemos que a categoria da ilicitude se apresenta como terreno apto a recepcionar o problema, pois, para além de se configurar como um dos elementos estruturais do crime, trata-se de um conceito comum a todo ordenamento jurídico, que possui um papel

“aglutinador e uniformizador dos vários setores que o compõe, propiciando uma verdadeira interconexão lógica entre eles, com intuito de evitar a incoerência e a fragmentação.” Se a análise dos efeitos dos acordos administrativos pressupõe a aceitação de uma interdependência entre as esferas administrativa e penal, a concepção da ilicitude em sua dimensão global se constitui como referencial comum e cria bases para uma fundamentação balizada dogmaticamente pela teoria do delito, sem a necessidade de inovações legislativas. Com efeito, ao se eleger a ilicitude como categoria jurídica pertinente, nela encontramos uma importante chave de interpretação para o problema: a concepção dos círculos concêntricos da ilicitude. Essa conhecida representação gráfica propõe observar a ilicitude sob dois círculos concêntricos, sendo o menor, o do injusto penal, e o maior, o do injusto extrapenal (civil, administrativo etc.), de modo que “o fato ilícito situado dentro do círculo menor não pode deixar de estar situado dentro

do maior, por localizar-se em uma área comum a ambos os círculos que possuem o mesmo centro". Esta representação nos mostra que existem diferentes níveis de ilicitude, mas que esses níveis são coordenados entre si, ou seja, não são independentes como parte de nossa doutrina jurisprudência sustentam com base na afirmação da "independência entre as instâncias".

A ideia baseia-se na observação de que a ilicitude penal não se restringe ao âmbito do direito penal, mas sim se projeta para todo o Direito, pois seu conceito, como definido por Welzel, reside na contradição da realização do comportamento tipificado em uma norma proibitiva perante o ordenamento jurídico como um todo. Ou seja, não pode existir um ilícito penal que não seja também ilícito perante as demais esferas do direito. Por consequência, um comportamento permitido em âmbito extrapenal (administrativamente, p. ex.) não poderá ser proibido penalmente. Com base nesse raciocínio, fixa-se uma importante premissa para o problema: um comportamento ilícito penalmente será sempre ilícito perante toda ordem jurídica; já se ele for lícito perante uma esfera extrapenal, como por exemplo no nível administrativo, consequentemente não será ilícito no nível penal.

A referida premissa permite deduzir que, se o Estado reconhece uma conduta como lícita e permitida administrativamente, esta não poderá ser reconhecida como ilícita e proibida penalmente. A conclusão não é nada estranha à racionalidade do Direito, afinal, não se incrimina conduta autorizada pelo direito civil, administrativo etc. Do contrário, estaríamos diante do paradoxo de, por exemplo, conceder-se licença de operação a determinada indústria química e, ao mesmo tempo, processá-la criminalmente pelo crime de poluição por operar em conformidade com referida autorização.

Daí, então, resta-nos ponderar o seguinte: o que é o acordo administrativo senão a opção do Estado em não reconhecer a ilicitude da conduta, optando por tratar o fenômeno comportamental por uma via negocial?





como pressuposto para sua celebração, ora não elenca tal reconhecimento como condição para o ajuste, é fundamental. Isto porque, quando se parte de uma leitura integrada dos níveis administrativo e penal da ilicitude sob o referencial dos círculos concêntricos, existe uma relação de interdependência entre o reconhecimento da ilicitude administrativa de um comportamento por parte do Estado e a verificação de seu caráter ilícito no plano penal. Lembremos que o comportamento lícito administrativamente não poderá ser ilícito no nível penal da ilicitude.

Utilizamos a expressão “opção” por parte do Estado, pois de fato é disso que se trata. Primeiro, pois os acordos correspondem a negócios jurídicos bilaterais, cuja natureza é a da transação, regida pelos artigos 840 a 850, do Código Civil. Segundo, pois, analisando o arcabouço legal que rege os acordos administrativos, verificamos que é possível dividi-los em dois grupos: aqueles que pressupõem o reconhecimento da ilicitude administrativa para sua celebração e aqueles que não pressupõem esse reconhecimento, deixando ao Estado a escolha de assim não proceder.

A diferenciação baseada na observação de que a lei regente desses acordos, ora trata o reconhecimento da ilicitude



03

**Características do direito penal  
administrativizado como suporte para uma  
leitura integrada dos níveis penal e  
administrativo da ilicitude**

# 03

Tal relação se agudiza nos casos de assessoriedade administrativa, pois, ao hospedarem elementos em branco que dependem de pronunciamentos administrativos, a ilicitude penal dos comportamentos sob sobreposição normativa (crimes idênticos às infrações administrativas) acaba por depender, como um primeiro filtro, do juízo de ilicitude administrativa da conduta. A constatação dessa identidade normativa permite considerar que o conteúdo das incriminações se identifica com o conteúdo das infrações administrativas, de modo a indicar que o processo de verificação da ilicitude das condutas marca-se por uma interdependência.

Ao tratar dos problemas de assessoriedade administrativa face ao princípio da legalidade, Silva Sánchez observa que no âmbito da técnica das leis penais em branco o legislador penal transfere para a legislação administrativa e, em última instância, para a própria administração pública, a possibilidade de fixar os espaços de risco permitido que impedem a caracterização do ilícito penal:

(...) está claro que el legislador penal cede a la legislación administrativa y, en última instancia, a la Administración pública la posibilidad de fijar espacios de riesgo permitido que impiden la sanción penal de una determinada conducta (aquella que no esté prohibida administrativamente, pues la tipicidade penal requiere la concurrencia de una infracción administrativa).





É possível notar tal dinâmica no âmbito dos delitos de assessoriedade ao ato administrativo, pelo qual a autoridade administrativa emissora do ato administrativo individual (autorizações, licenças, permissões, proibições e interdições) estabelece os espaços em que os comportamentos poderão ou não ser realizados em face da incriminação, sempre respeitando-se a moldura legal limitadora de tais atos. Por exemplo, ao se conceder a determinada mineradora uma licença para extração de recursos minerais em certa área do nosso território, o órgão ambiental competente fixa os parâmetros que devem ser observados para execução da atividade e, caso o agente econômico ultrapasse as margens da licença, como

quantidade, local de extração, método empregado, tratamento dos resíduos gerados pela atividade etc., o comportamento será alcançado pelo delito do artigo 55, da Lei nº 9.605/1998, bem como pela respectiva infração administrativa do artigo 63, do Decreto nº 6.514/2008. Por outro lado, se o comportamento proibido pelo tipo penal se realizar dentro dos parâmetros estabelecidos pela administração pública na referida licença, tanto a norma administrativa como a penal não incidirão no caso. Verifica-se, com isso, que a autorização exerce uma papel de definição das fronteiras do comportamento permitido ao autoriza-lo, exercendo aqui um caráter informativo relevante, "comunicando-lhe regras claras de comportamento", como pontua Costa. Dogmaticamente, para casos como o exemplificado, em que a incriminação se estrutura pela proibição de uma lesão ao bem jurídico, e também para os casos de perigo concreto, a autorização desempenhará função de causa de justificação, excluindo a ilicitude do comportamento, conforme explica Mata Barranco. Em outra situação, como no caso do crime previsto no artigo 60, da Lei 9.605/1998, a construção de um estabelecimento potencialmente poluidor em si não representa um ataque ao meio ambiente,

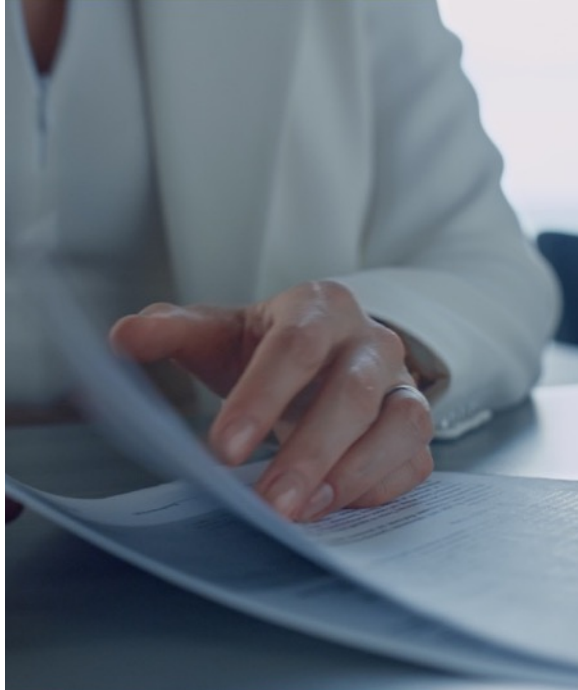
indicação de ofensividade, ainda que abstrata, ao bem jurídico. Tais incriminações são construídas sob as bases de um modelo absolutamente dependente, em que o núcleo da incriminação será uma desobediência à própria atividade de controle da administração pública. Como essas atividades descritas no tipo não representam em si uma perturbação ao bem jurídico, a ofensividade desses comportamentos só pode ser depreendida em face da ausência do ato administrativo autorizativo.

Assim ocorre, por exemplo, em relação ao crime de exercício irregular de cargo, profissão, atividade ou função no âmbito do mercado de capitais, previsto no artigo 27-E, da Lei no 6.385/1976. O exercício das atividades elencadas no tipo por si só não revela a ofensividade do comportamento ao livre e adequado funcionamento do mercado de valores mobiliários. Por essa razão, a contrariedade do comportamento ao bem jurídico protegido só pode ser percebida pela falta de autorização ou registro perante a Comissão de Valores Mobiliários. E como é a falta de autorização que indica a ofensividade, a desobediência à prerrogativa da Comissão de Valores Mobiliários de controlar o setor mediante exigência de registro e autorização dos agentes interessados em atuar nesse mercado é pressuposto da incriminação. Da mesma forma, identifica-se essa particularidade em incriminações complementadas por atos administrativos gerais, tais como normativas administrativas, em que o dever extrapenal e sua desobediência acabam constituindo o núcleo das incriminações.

pois sua realização pode se operar dentro de parâmetros que não representem uma ofensividade inadmissível. Ao emitir a licença para que o agente realize a construção, o órgão administrativo preserva sua utilidade social, garantindo também que se evite os perigos decorrentes de sua realização. Ou seja, apesar do potencial de criação de risco que a construção apresenta, esse será admitido pela ordem jurídica, desde que a administração pública assim determine por meio de uma licença, na qual constarão os parâmetros a serem obedecidos. Daí a se considerar as autorizações como próprio núcleo das incriminações.

Há ainda determinados tipos penais constituídos por estruturas de assessoriedade de ato autorizativo que apresentam um conteúdo desprovido de qualquer





Analise o delito previsto no artigo 7º, II, da Lei 8.137/1990, que prevê a conduta de vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial.

A conduta incriminada pode ser lida semanticamente de duas formas: “vender produto líquido contendo 100 mililitros, com rótulo indicando a quantidade em algarismos de 2,5 milímetros de altura” ou “desobediência aos parâmetros legais de rotulagem na venda de produto líquido contendo 100 mililitros, com rótulo indicando a quantidade em algarismos de 2,5 milímetros de altura”. Na primeira leitura, o crime dispensaria o dever extrapenal e se constituiria em um tipo simples, punindo a venda em si de produtos com essas características. Já na segunda leitura, o preenchimento do elemento em branco não dispensa a referência ao dever extrapenal infringido, resultando em um tipo

mais elaborado, em que o desacordo dos referidos produtos aos parâmetros legais de rotulagem torna a respectiva venda ilícita. Como a venda de produto líquido contendo 100 mililitros, cuja rotulagem indique essa quantidade em algarismos de 2,5 milímetros de altura, por si só, não indica sua ofensividade aos interesses econômicos dos consumidores, a leitura dessa incriminação não pode prescindir da desobediência ao dever extrapenal, para adquirir sentido de ofensividade ao bem jurídico. É a desobediência aos parâmetros de rotulagem que indica a contrariedade da conduta ao bem jurídico protegido.

É por isso que nesse delito a ofensividade será indicada, a princípio, pela desobediência ao dever extrapenal estabelecido pela portaria de rotulagem do INMETRO. Essa violação acaba por representar o próprio núcleo da incriminação, pois é ela que indica, inicialmente, a ofensividade da conduta aos interesses econômicos dos consumidores. E como a normativa administrativa impõe o dever cuja desobediência é incriminada, a administração pública, como autora desses parâmetros, em última análise é quem define a ofensividade do comportamento. Diante disso, verifica-se que no âmbito do direito penal administrativizado a administração pública exerce papel intenso na constituição do injusto penal (não exclusivo, pois em âmbito penal sempre será condicionante o princípio da lesividade penal). Mas se a administração exerce tal influência na constituição delitiva, não seria coerente sistematicamente reconhecer o mesmo atributo quanto à desconstituição do ilícito penal?



04

**Acordos administrativos como causa de  
exclusão de ilicitude supralegal**

# 04

Sabemos que há casos em que a administração pública desconstitui a ilicitude dos comportamentos a partir de pronunciamentos posteriores à prática da conduta, ensejando mudanças benéficas. Isto porque, tendo em vista que os elementos de assessoriedade integram as normas penais, eles estão sujeitos a princípios penais fundamentais, como o da retroatividade da lei penal mais benéfica, de modo a operar-se a *abolitio criminis*, por exemplo.

Em face de tal estado de coisas, considerando que os acordos administrativos interferem no reconhecimento da ilicitude administrativa das condutas observadas anteriormente (sob sobreposição normativa e definidas por estruturas de assessoriedade) pondo termo aos processos administrativos sancionadores, o problema proposto encontra caminho ao se aproximar da concepção dos círculos concêntricos de ilicitude, pois o primado da unidade da ilicitude pode amparar, a partir de uma leitura integrada de seus níveis administrativo e penal, o efeito desconstitutivo da ilicitude. A aceitação da unidade da ilicitude em detrimento de uma concepção fragmentada entre as esferas penal e extrapenal

encontra, no paradigma dos círculos concêntricos, uma base suficientemente fundamentada na teoria do delito apta a justificar que, nos casos de sobreposição normativa, a ilicitude penal depende da existência de ilicitude administrativa. Isto porque um comportamento proibido penalmente e, ao mesmo tempo, permitido administrativamente subverte toda a lógica do sistema e cria um paradoxo incompatível com a coerência e unicidade da ordem jurídica.

Fixa-se, assim, a premissa segundo a qual, à luz da concepção dos círculos concêntricos da ilicitude, a ilicitude administrativa de uma conduta sob sobreposição de normas penal e administrativa é condição necessária, porém insuficiente (em razão dos princípios restritivos do direito penal, tal qual a lesividade), para verificação da ilicitude do comportamento no nível penal. A ilicitude penal é sempre uma ilicitude global e única perante toda a ordem jurídica, nela se incluindo a esfera administrativa. Sob a perspectiva da instância administrativa, os acordos acabam por interromper o processo administrativo



sancionador, pelo qual a ilicitude administrativa da conduta pode ser declarada pela administração pública.

A escolha, por parte da administração pública, por tutelar o interesse em questão, por meio de uma via não sancionatória – já que os acordos devem ser tidos como soluções pactuadas – implica o necessário reconhecimento da falta de interesse em se estabelecer a configuração da ilicitude administrativa. Por isto, e também considerando-se o conformador da administração pública nos tipos de assessoriedade, nos termos já anteriormente esclarecidos, a ilicitude penal não poderá ser reconhecida, pois lhe faltará pressuposto essencial.

Analisado esse aspecto relacionado à interrupção do processo administrativo sancionador e seus possíveis significados no que diz respeito à falta de interesse pela administração pública em se estabelecer a configuração da ilicitude administrativa, bem como suas consequências no plano da ilicitude penal, uma segunda consideração sobre o significado que os comportamentos objeto dos acordos administrativos adquirem em face da ordem jurídica é pertinente.

Conforme já exposto, o acordo administrativo é um negócio jurídico bilateral, em que a administração realiza uma escolha, pela qual opta por abrir mão da via sancionatória, em favor de uma solução que satisfaz o interesse público. De se pontuar que a administração pública é democraticamente legítima para realizar essa escolha, de modo que sua decisão é a expressão do interesse social.

Ocorre que, no âmbito dessa escolha em preterir ou não a via sancionatória, a administração pública não desconsidera o comportamento em tese praticado e que será objeto do acordo administrativo. Pelo contrário, apesar dos acordos não representarem juridicamente um reconhecimento da ocorrência da conduta objeto da autuação, na dinâmica das negociações as circunstâncias relacionadas ao acontecimento devem e são sopesadas, sobretudo para balizar as condições a serem estabelecidas para cumprimento.



É de se observar que essas ponderações que ocorrem na dinâmica das negociações em âmbito dos acordos administrativos são baseadas em um juízo sobre o grau de reprovabilidade das condutas objeto das autuações realizado pela administração. E esse juízo, podemos dizer, do ponto de vista dogmático, encontra-se metodologicamente no âmbito de um juízo de ilicitude material (ofensividade ao bem jurídico). Com essas considerações, busca-se apontar que o acordo administrativo pressupõe uma valoração sobre o comportamento, valoração essa que é feita em face da possível ilicitude formal da conduta e do grau de ofensividade do comportamento, sob um juízo preliminar de ilicitude em

perspectiva material. Trata-se de uma análise, ainda que preliminar, feita pela administração, que lhe fornece elementos para tomada de sua decisão. E após tal avaliação, operada seguindo parâmetros de conveniência e oportunidade, a administração pública opta por tolerar tal comportamento, decidindo pela via negocial, em detrimento da busca pelo reconhecimento da ilicitude de tal conduta.

Com efeito, considerando que a concepção de ilicitude pressupõe sempre uma relação de antagonismo estabelecida entre a conduta e o ordenamento jurídico como um todo e que o conceito de ilicitude não é um conceito puramente penal, mas sim um conceito da ordem jurídica, a tolerância do comportamento pela administração e, conseqüentemente, sua aceitação pela ordem jurídica nesse momento posterior, desconstitui sua ilicitude em nível administrativo, razão pela qual repercute na área penal desconstituindo, igualmente, a ilicitude, por força do primado da unidade da ordem jurídica. Tal dedução se conforma com o paradigma restritivo do direito penal como *ultima ratio* da intervenção punitiva estatal, dotado de caráter subsidiário, em que vigem princípios limitadores do poder punitivo estatal. Se o princípio da intervenção mínima garante um direito penal mínimo "reduzido a las mínimas intervenciones posibles para assegurar la libertad de los ciudadanos", a intervenção só deve

ocorrer “en los casos en los que no sean suficientes las sanciones previstas por otras ramas del Derecho”, ou seja, o sistema penal só deve ser acionado após serem movimentados os demais sistemas punitivos, como o administrativo sancionador, dado seu “carácter subsidiário frente a las ramas del Ordenamento jurídico”.

Diante de tais observações, resta compreender que a celebração dos acordos administrativos que não pressupõe o reconhecimento da ilicitude administrativa para sua celebração repercutem no campo penal como uma causa de exclusão de ilicitude supralegal, a incidir sobre os comportamentos objetos de sobreposição normativa, estruturados nas relações de assessoriedade analisadas, em virtude da desconstituição, pela administração pública, do carácter de contrariedade à ordem jurídica de tais comportamentos, em razão da aceitação e tolerância posterior de sua prática, manifestada pela escolha de não buscar o estabelecimento jurídico do ilícito, dispondo da aplicação da sanção em prol de soluções consideradas mais adequadas à tutela do interesse público.





05

Referências Bibliográficas



- AKOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2010.
- BECK, Ulrich. *La sociedade del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jimenez y Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.
- CORRERA, M. M., MARTUCCI, P. e PUTIGNANO, C. *Valori, disvalori e crimine nell'Italia alle soglie del duemila*. Milão, Giuffré, 1998.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador; ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência. Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *O risco de deslegalização no direito penal. Análise da complementação administrativa do ordenamento punitivo*. Tese de Doutorado. Orientadora: Helena Regina Lobo da Costa. Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MATA BARRANCO, Norberto J. de la. *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa: tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*. Barcelona: Cedecs, 1996.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal parte general*. Valencia: Tirant lo blanch, 2015, p. 322; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. Valencia: Tirant lo blanch, 2007.
- MILARÉ, Édís. *Tutela jurídico-civil do meio ambiente*. RDA. São Paulo, v. 0, p. 26-72, jan.-dez. 1996.
- NERY, Ana Luiza. *Teoria Geral do termo de ajustamento de conduta*. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.



PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte geral: vol. 2, teoria jurídica do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2012

SCALZARETTO, Adriano. *Efeitos penais dos acordos administrativos*. Coleção de direito penal econômico. (Coord. COSTA, Helena Regina Lourença; SCALZARETTO, Adriano) Quartier Latin. v. 1, São Paulo. 2021.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Edisofer, 2011

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*. Madrid: Edisofer, 2016.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei nº 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista.

Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado; pós-fácio José Cerezo Mir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

