

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO II – NÚMERO III

**PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES
EN UN CONTEXTO GLOBAL**

Lisboa
Editorial Juruá
2016

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, ANO II, Nº III, 2º SEM. 2016



Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600
Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal
Home page: www.editorialjurua.com — e-mail: internacional@jurua.net

ISSN: 2183-6396

Depósito Legal: 398849/15

DOI: 10.19135/revista.consinter.00003.00

Editor:

Luiz Augusto de Oliveira Junior

Diretores da Revista:

David Vallespín Pérez

Germán Barreiro González

Gonçalo S. de Melo Bandeira

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

COLABORADORES:

Angelina Isabel Valenzuela Rendón
Antonio Henrique Graciano Suxberger
Blanca Sillero Crovetto
Camila Castanhato
Cândida Joelma Leopoldino
Carla Liliane Waldow Esquivel
Carlos Fco. Molina del Pozo
Caroline Andreska Targanski
Demetrius dos Santos Ramos
Edna Raquel R. S. Hogemann
Egas Moniz-Bandeira
Elizângela Treméa Fell
Érica Maia Campelo Arruda
Fábio Lins de Lessa Carvalho
Gabrielle Kölling
Gonçalo S. de Melo Bandeira
Inmaculada García Presas
J. Eduardo López Ahumada

José Carlos Buzanello
José Laurindo de Souza Neto
Luiz Valerio dos Santos
M^a Ángeles Pérez Marín
Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos
Maria de Jesus Rodrigues Araujo Heilmann
Maria Goretti Dal Bosco
Marilene Araujo
Océlio de Jesus Carneiro de Morais
Pablo Cristobal Molina del Pozo Martin
Paulo Ricardo Opuszka
Priscila Luciene Santos de Lima
Rafael Lima Torres
Sandra Regina Martini
Thiago Brazolin Abdulmassih
Viviane Coêlho de Sellos Knoerr
Wagner Balera

Integrantes do Conselho Editorial do



Alexandre Libório Dias Pereira

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Bruno Sena Martins

Doutor em Grupo de Estudos Anglo-Americanos pela Universidade de Coimbra; Professor da Universidade de Coimbra.

Carlos Francisco Molina del Pozo

Doutor em Direito; Professor Titular de Direito Administrativo e Diretor do Centro de Documentação Europeia na Universidade de Alcalá de Henares; Professor da Escola Diplomática e do Instituto Nacional de Administração Pública.

Manuel Martínez Neira

Doutor em Direito; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais e Direito da Universidade Carlos III de Madrid.

Mário João Ferreira Monte

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais; Professor Associado com nomeação definitiva na Escola de Direito da Universidade do Minho; membro integrado do Centro de Investigação de Direitos Humanos da Universidade do Minho e Presidente do Instituto Lusófono de Justiça Criminal (JUSTICRIM).

Nuno Manoel Pinto de Oliveira

Doutor em Direito; Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho.

Nuria Belloso Martín

Doutora em Direito; Professora Catedrática de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Burgos.

Paulo Ferreira da Cunha

Doutor em Direito; Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

APRESENTAÇÃO

A **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é uma publicação de cariz periódico do **CONSINTER – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação** que tem por objetivo constituir-se num espaço exigente para a divulgação da produção científica de qualidade, inovadora e com profundidade, características que consideramos essenciais para o bom desenvolvimento da ciência jurídica no âmbito internacional.

Outra característica dos trabalhos selecionados para a **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é a multiplicidade de pontos de vista e temas através dos quais o Direito é analisado. Uma revista que se pretende internacional tem o dever de abrir horizontes para temas, abordagens e enfoques os mais diversos e, através deste espaço, colaborar com um melhor diálogo académico.

Resultado de um trabalho criterioso de seleção, este volume que agora se apresenta destina-se a todos aqueles que pretendem pensar o Direito, ir além da sua aplicação quotidiana, mas sem deixar de lado o aspecto prático, tão característico das ciências.

LEI 12.846/2013, LIMITES DO DIREITO PENAL E SOCIEDADE DE RISCO

LAW 12.846/2013, LIMITS OF CRIMINAL LAW AND RISK SOCIETY THEORY

*Rafael Lima Torres*¹

*Viviane Coêlho de Sellos Knoerr*²

Resumo: Visa a pesquisa, de maneira introdutória, analisar a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e sua relação com o Direito Penal, traçando um paralelo entre o *jus puniendi* do Estado e o Direito Administrativo sancionador, bem como a forma pela qual a referida legislação adentra na dogmática jurídico-penal. No sentido de se buscar refletir acerca das causas da expansão do Direito Penal, se analisará a aplicabilidade neste contexto da Teoria da Sociedade de Risco como uma das possíveis causas para a chamada “administrativização” do Direito Penal, bem como investigar se realmente a Lei 12.846/2013 adentra no espectro desta teoria.

Palavras-chave: Lei Anticorrupção. Lei 12.846/2013; Sociedade de Risco. Direito Administrativo Sancionador. Administrativização do Direito Penal.

Abstract: The research aims to analyse, in an introductory way, the 12.846/2013 law (Anticorruption Law) and its relationship to the Criminal

¹ Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal na Universidade Tuiuti do Paraná – UTP. Advogado em Curitiba/PR.

E-mail: rafaellimatorres@yahoo.com.br

² Pós-doutoranda pela Universidade de Coimbra; Doutora em Direito do Estado pela PUC-SP; Mestre em Direito pela PUC-SP; Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo; Professora e Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA; Advogada em Curitiba/PR.

Law, drawing a parallel between the *jus puniendi* of the State and the administrative law sanctioning as well as the way in which such legislation enters the criminal legal dogmatic. In order to seek to reflect on the causes of the expansion of criminal law, to examine the applicability in the context of the Risk of Society Theory, as one of the possible causes for the so-called criminal law “administrativisation”, as well as investigate if indeed the Law n. 12.846/2013 enters in the spectrum of this theory.

Keywords: Anticorruption Law. Law 12.846/2013. Risk of Society Theory. Administrative Law Sanctioning. Criminal law administrativisation.

1 INTRODUÇÃO

O Direito não pode ser equiparado a uma ciência exata, e em razão disso um sem número de problemas concernentes a interpretação das normas e a aplicação destas é constantemente observado. A lei trata das questões de maneira paradigmática, em geral de forma abstrata, pois não é possível que o ordenamento positivado preencha todas as hipóteses que a realidade multiforme demanda, em tempo bastante exíguo.

Partindo deste pressuposto, não existe maneira do legislador trazer soluções indiscutíveis às situações que serão, futuramente, demandadas ao Poder Judiciário, sendo a lei objeto constante de interpretação. A doutrina, por sua vez, alimenta divergências e correntes de pensamento no tocante a tais interpretações, e a jurisprudência se filia a essa ou aquela doutrina, produzindo assim as decisões que resultarão na resolução dos conflitos de interesses existentes na sociedade.

O foco do presente trabalho é trazer, de maneira introdutória, temas de debate acerca da aplicação da norma penal e sua chamada administrativização, bem como a aplicação da teoria social do risco neste contexto, como uma forma de se refletir acerca da origem do aumento do Direito Penal sob as vestes de um Direito Administrativo Sancionador. Teorias que tratam do assunto serão abordadas de maneira referencial, bem como citados alguns dos principais nomes da doutrina jurídica mundial acerca do tema proposto.

Por fim, se buscará traçar um paralelo entre a chamada administrativização do Direito Penal e a Lei 12.846/2013, no sentido de se averiguar se esta é uma norma de caráter administrativo ou se trata de uma norma penal “disfarçada”. O estudo a que se propõe foi desenvolvido em estágio inicial, razão pela qual adotou-se como metodologia uma proposta estruturalista, ou seja, com a finalidade de se identificar as partes, suas inter-relações e sua posição na totalidade.

2 UNIDADE DO *JUS PUNIENDI* ESTATAL

O ordenamento jurídico brasileiro, por ter o seu funcionamento de maneira unitária, ou seja, de modo a relacionar os ramos do direito entre si, possui em todo seu regramento atuação dos princípios fundamentais constitucionais previstos na Carta Magna de 1988.

Neste sentido, tem-se que o Direito Administrativo Sancionador é o ramo do Direito Administrativo que determina a incidência pela qual a sanção administrativa ocorrerá. O que acarreta a sanção é o ato infrator administrativo, o qual é apurado em um processo administrativo. Desta forma, tem-se que o Direito Administrativo Sancionador possui seu escopo nas regras vigentes sobre a infração, a sanção administrativa e o processo de investigação.

As referidas regras e princípios incidentes ao Direito Administrativo Sancionador, bem como a qualquer outro ramo do Direito existente, dentro do ordenamento jurídico pátrio, emanam diretamente da Constituição Federal, em especial no seu art. 5º, dedicado aos direitos e deveres individuais e coletivos aos quais incidem por toda a legislação. O inciso II regulamenta que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, ou seja de acordo com o que estabelece o princípio da legalidade. O inciso XL diz que a lei penal não pode retroagir, salvo para beneficiar o réu, portanto define exatamente o princípio da irretroatividade. O inciso XLV estabelece a pessoalidade da sanção, determinando que nenhuma pena ultrapasse a pessoa do condenado. Já o inciso XLVI exige que a pena seja individualizada. O inciso LIII diz que ninguém será processado nem sentenciado senão por autoridade competente, trazendo a baila o princípio do juiz natural. O devido processo legal, contraditório e ampla defesa estão expostos nos incisos LIV e LV. O princípio da presunção de inocência está inserido no inciso LVII que estabelece que ninguém será culpado até que exista o transitio em julgado da sentença condenatória.

Muitos termos aqui balizados são trazidos do campo do Direito Penal, ou seja “crime, pena, lei penal”, mas isto não significa que não possam ser utilizados com propriedade pelo Direito Administrativo Sancionador, ou seja, existe unidade do *jus puniendi* do Estado (MELO, 2007, p. 104).

O Direito Administrativo Sancionador utiliza como base teórica os princípios e elementos do Direito Penal que lhe são úteis, para que sejam assegurados os valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que foram primordialmente esta-

belecidos neste campo, apesar de não ser exclusividade do Direito Penal. Faz parte de um sistema único de forma de punição do Estado, seja no campo do Direito Administrativo Sancionador, seja no próprio Direito Penal.

Neste sentido pode-se afirmar que não há uma sanção, seja ela penal, administrativa ou civil, por exemplo, que não venha a atingir o homem, sendo ele o próprio fim do direito. Qualquer ramo do Direito, portanto, visa a preservação do homem e de seu legado.

No tocante as sanções aplicadas a pessoas jurídicas, da mesma forma se buscará atingir quem a formou, ainda que sejam relativas as penas única e exclusivamente pecuniárias sem a responsabilização direta dos sócios/acionistas/responsáveis. Em virtude disso, o tipo de sanção deve agir para promover o bem-estar social e o próprio apenado, e não apenas buscar a retribuição como prevenção geral.

Caso o raciocínio não fosse este, não se poderia tratar com isonomia o Direito Público do Direito Privado, pois neste, cabe na figura de alguns de seus institutos, funções como a pedagógica, econômica e a junção destas duas que seria a função social. Se o Direito Privado, que trata de assuntos, em regra, particulares, sofre intervenção do Estado por meio do dirigismo estatal, como não o Direito Público, leia-se Direito Penal, não sofrer uma maior categorização para fazer com que funcione com melhores padrões sociais, tanto coletivo como individuais? (VIEIRA, 2014).

A consideração da unidade do *jus puniendi* do Estado traz como consequência a aplicação de garantias em comum aos diversos ramos do direito que estipulem sanções, contudo, tal interpretação deve ser feita com matizes, conforme será delimitado adiante.

3 APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL COM MATIZES

As regras de Direito Penal e de Direito Administrativo Sancionador, embora devam pautar-se nas mesmas normas fundamentais, precisam ser aplicadas de maneiras distintas, ou com “matizes”.

Isso significa que apesar de utilizados os mesmos princípios norteadores, a norma punitiva não atua de forma igualitária no campo Penal e Administrativo, porém, apesar de não ter o mesmo alcance no Direito Administrativo Sancionador, isso não significa que a unidade do *jus puniendi* fique prejudicada.

Esta unidade de punição do Estado, por derivar da Constituição, não pode acatar supressão e deve ser respeitada, sendo necessária uma vigilância permanente pois a vocação do Direito Administrativo é de buscar equilíbrio entre os interesses coletivos e as garantias individuais, e é de interesse coletivo que as garantias individuais sejam respeitadas.

Não se pode sequer abarcar interesse público se não houver respeito ao texto legal, pois tudo que estiver à margem da lei ou contra ela torna-se inconcebível.

Assim como não se pode engessar a plena atividade sancionadora do Estado, dando importância mais do que necessária as garantias, não se pode subestimar estas mesmas garantias em benefício de valores supostamente mais elevados.

Importante discorrer acerca da forma pela qual o *jus puniendi* do Estado se aplica frente aos diferentes ramos do Direito, especificamente em razão do corte metodológico deste trabalho, ao Direito Administrativo Sancionador e ao Direito Penal.

Hungria, (1997, p. 15), ao discorrer sobre a unidade do ordenamento jurídico, menciona Jeremy Bentham, mestre precursor da teoria do utilitarismo, manifestando que:

(...) a ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico. Dizia BENTHAM que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: todas podiam ser, por sua identidade substancial, dispostas 'sobre um mesmo plano, sobre um só mapa-múndi. (...) Assim, não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal.

Contudo, existem duas teorias que tratam da forma pela qual se deve matizar, apontando que a doutrina não se manifesta de maneira uniforme quanto ao tema.

A primeira teoria vem de um desdobramento clássico batizado de teoria qualitativa, que entende que os delitos implicam um especial juízo de desvalor ético, enquanto que o ilícito administrativo se esgota na mera desobediência às normas administrativas (TOMILLO, 2010, p. 73).

Posteriormente, foi se consolidando como doutrina amplamente dominante a tese da diferenciação meramente quantitativa entre ilícito penal e administrativo, segundo a qual a característica desta vítima possui um menor conteúdo de injusto, ou seja, deve ser verificada a progressão da agressão ao bem jurídico.

Neste sentido entende Cerezo Mir (1993, p. 28):

A partir do núcleo central do Direito Penal até as últimas contravenções penais ou infrações administrativas perpassa uma linha contínua de um ilícito material que se vai atenuando, mas que não chega a desaparecer totalmente. A maior parte das vezes é a distância do setor vital respectivo que induz os juristas a pensarem que o injusto de uma contravenção determinada é puramente formal.

Na busca de uma análise escorreita e coerente dos atos normativos produzidos por parte do Estado, as linhas de pensamento que diferenciam os ilícitos por seu conteúdo prestam importante contribuição com vista a inibir eventuais excessos do Poder Público (FIGUEIREDO DIAS, 2007, p. 164).

As distinções propostas pelas correntes quantitativas e qualitativas são importantes e úteis no sentido de descriminalizar condutas de menor gravidade, transformando-as em ilícito administrativo, pois de acordo com o magistério de Reale Junior (2009, p. 21) “*a intervenção penal deve ser aquela necessária, como único meio, forte, mas imprescindível, para a afirmação do valor violado, e para sua proteção, visando a manutenção da paz social*”.

Cumprе destacar, entretanto, que tal separação também se presta a indicar a necessária criminalização de condutas gravíssimas sancionadas administrativamente, uma vez que deve ser analisada a finalidade que perseguem, respectivamente, o Direito Penal e o Administrativo Sancionador. O primeiro persegue a proteção de bens concretos em casos concretos e segue critérios de lesividade ou periculosidade concreta e de imputação individual de um injusto próprio, enquanto o segundo persegue a ordenação de modo geral, de setores da atividade, ou seja, o reforço mediante sanções, de um determinado modelo de gestão setorial, por isso não existe razão para seguir critérios de lesividade ou periculosidade concreta (SILVA SANCHEZ, 2013, p. 145).

Como conclusão deste raciocínio, significa dizer que para Silva Sanchez a distinção consubstancia-se pela tarefa, ou seja, qual a função da norma penal e qual a função da norma administrativa sancionadora, utilizando-se da teoria quantitativa de separação.

No tocante a Lei 12.846/2013, não há qualquer previsão de pena de prisão, possui caráter técnico de prevenção, além de conjugar regras de diversos matizes, havendo comunicação entre normas cujo conteúdo re-

mete a outros ramos do Direito em seu conteúdo. Vale destacar a observação de Silveira (2013, p. 293):

Em uma estreita obediência a muitos primados da OCDE, e em meio a uma política global de combate à corrupção, o Brasil promulgou a Lei 12.846/2013. Resta bastante interessante a percepção de que não se trata de uma legislação explícita ou necessariamente penal mas que, inegavelmente, detém muitos institutos de proximidade penal declarada.

Pode-se observar o peso das penalidades previstas na Lei 12.846/2013, que se subsumi exatamente à ideia de que a Lei apenas não veiculou responsabilização penal em razão de que mesmo para aqueles que a entendem como constitucional, ela seria permitida única e exclusivamente para hipóteses de crimes contra a ordem econômica e contra o meio ambiente, existindo apenas quanto a estes, conforme regulamentação dada ao texto da Carta Magna pela Lei 9.605/1998.

As sanções mais graves, ressalta-se, estão previstas com aplicação por procedimento específico, através do ajuizamento de ação civil pública e apenas pelo Poder Judiciário.

Tais penalidades não podem ser vistas como simples sanções administrativas, o que, destaca-se, não pode também ser feito quanto à possibilidade de serem as empresas condenadas impingidas a publicar a condenação em veículos de comunicação de grande circulação, o que remete de maneira insofismável a um viés punitivo e de estigma, características próprias consequenciais do Direito Penal, o que por si só já demonstra a aproximação entre as searas penal e administrativa, marcando exatamente o chamado Direito Sancionador, sobre o qual se falará mais à seguir.

4 SOCIEDADE DE RISCO

Sociedade de Risco é uma teoria concebida pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, em obra de mesmo nome, a qual traz a característica dos tempos modernos ao se remeter aos riscos de novas tecnologias desenvolvidas pelo homem.

A modernização é um processo complexo que rompe paradigmas culturais anteriormente existentes, ocasiona a mutação constante de dogmas e tabus culturais construídos e faz surgir, por vezes, medo coleti-

vo em razão das frenéticas e repentinas mudanças, que fogem de qualquer juízo de previsibilidade acerca do que está por vir.

O surgimento de medo, riscos e apreensões fazem parte de uma sucessão de acontecimentos próprios e comuns das civilizações ao longo do tempo. Delumeau (2009, p. 302) menciona tal recorrência como “medos escatológicos”, quando exemplifica situações de medo em soldados pela ameaça de morte, massacres provenientes de excomunhões, o avanço turco à partir das derrotas de Kosovo etc.

A história do risco, assim como a história do medo, não é uma circunstância nova. Da mesma maneira que no século XIX a sociedade industrial suplantou a sociedade agrária em função da modernização e desenvolvimento de novas tecnologias, o processo atual faz com que uma nova figura de sociedade passe a surgir (AMARAL, 2007, p. 77).

Kuhn (2000, p. 125) contextualiza ao mencionar que a característica fundamental presente nas civilizações de todas as épocas consubstancia-se na ruptura com o modelo existente na fase anterior, para quem as revoluções científicas “*são aqueles episódios de desenvolvimento não cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior*”.

Ao discorrer sobre tais mudanças de paradigmas, Beck (2011, p. 231) também retrata a quebra do modelo tradicional anterior com o surgimento de um novo pensamento, impulsionado pelas inovações tecnológicas, ocorrendo uma espécie do que vem a chamar de “destraditionalização”:

O lugar da pré-modernidade foi ocupado pela própria tradição da sociedade industrial. Assim como, com a entrada no século XIX, as formas de vida e de trabalho da sociedade agrária feudal foram dissolvidas, o mesmo acontece hoje com a sociedade industrial desenvolvida: classes e camadas sociais, família nuclear e “biografias normais” masculinas e femininas com ela associadas, regulações do trabalho assalariado etc. Assim, desfaz-se uma lenda que foi inventada no século XIX e que até hoje domina o pensamento e a ação na ciência, na política e na vida cotidiana – ou seja, a lenda segundo a qual a sociedade industrial, em seu esquematismo de trabalho e vida, seria uma sociedade moderna.

O curso pelo qual o desenvolvimento percorre seu caminho resulta em significativos reflexos econômicos, gerando a produção industrial extraterritorial, intensificando o comércio entre nações e surgindo, em

razão disso, a insuficiência legislativa dos países para coibir práticas que por vezes são vistas como nocivas, como concorrência desleal, corrupção em escala global e delitos econômicos.

A dificuldade de determinação de responsabilidades em atos lesivos praticados em vários países pela limitação regional da legislação pátria leva a sociedade atual a repensar de que maneira tal realidade deve ser enfrentada, para que o mercado não se desequilibre afetando a economia de diversos países, causando o caos no tocante as relações negociais.

A economia moderna baseia-se, precipuamente, neste tipo de sociedade globalizada, integrada e interdependente, havendo enorme interesse em se compreender de que maneira o Direito perceberá os desvios e violações que ocorrem neste tipo social tão complexo. Silva Sánchez (2011, p. 35) sintetiza tal pensamento:

Com efeito, a sociedade atual aparece caracterizada, por um âmbito econômico rapidamente variante e pelo aparecimento de avanços tecnológicos sem paralelo em toda a história da humanidade. O extraordinário desenvolvimento da técnica teve, e continua tendo, obviamente, repercussões diretas em um incremento do bem-estar individual. Como também as tem a dinâmica dos fenômenos econômicos. Sem embargo, convêm não ignorar suas consequências negativas.

Beck (2011, p. 232) destacou a história da modernidade em duas fases, sendo, no início, chamada de modernização simples, característica do período industrial clássico, e a segunda fase da modernidade, batizada de modernização reflexiva, caracterizada pela sociedade de riscos e resultado dos êxitos obtidos na fase inicial.

O processo de modernização, em sua segunda fase, torna-se reflexivo pela resultante de “tema e problema”, ou seja, o desenvolvimento e emprego de novas tecnologias são colocados acima de questões de manejo político e científico, tais como administração, descoberta, integração, prevenção e acobertamento, avançando a promessa de segurança juntamente com as circunstâncias de riscos que tais situações passam a acarretar.

Esta reflexividade é destacada pela doutrina como um período em que os modos contínuos de progresso econômico e técnico podem acarretar em autodestruição, delineados pelo embate existente no processo reflexivo entre as bases de paradigma da modernidade, configurada pela falta de entendimento e de inserção da realidade vigente que a sociedade

de risco impõe ao sistema que vigia no modelo anterior (MACHADO, 2005, p. 30).

Tal reflexividade, portanto, nada mais é que o processo de mudança imperceptível e indesejada do modelo da sociedade industrial para a sociedade de risco, sendo o ascender da modernidade, “*representada pela individualização, globalização, revolução dos gêneros, subemprego e surgimento de riscos globais à ecologia e ao mercado financeiro mundial*” (MACHADO, 2005, p. 29).

Como consequência do desenvolvimento passou-se a disseminar que as fontes de riqueza estariam, de certa forma, contaminadas por ameaças colaterais, ou seja, o superdesenvolvimento de forças produtivas acabam por acarretar cada vez mais forças destrutivas, com a distribuição dos riscos, que caminha par-e-passo com a utópica distribuição de riquezas (BECK, 2011, p. 25).

A distribuição e incremento dos riscos, como um efeito bumerangue, acaba por alcançar aqueles que os produziram, geralmente as classes mais abastadas da sociedade. Tal enfoque não se dá apenas com relação à saúde, como também como risco à legitimidade, propriedade e ao lucro, acarretando novos desníveis internacionais entre países tidos como economicamente desenvolvidos e as nações em desenvolvimento (BECK, 2011, p. 27).

Entretanto, a distribuição dos riscos não ocorre da mesma forma que a distribuição de riquezas, acabando por irradiar por toda a sociedade uma vez que os efeitos dos riscos acabam sendo percebidos de maneira generalizada (BECK, 2011, p. 23).

A reflexividade do processo de modernização será explicada, ainda, com base no exemplo nas condições de riqueza e de produção do risco, pois apenas quando o processo de modernização “*destradiciona*” seus fundamentos sociais e industriais é que a unidade de pensamento socioindustrial é fragilizada quanto à lógica que busca atrelar a distribuição de riqueza à distribuição de riscos (BECK, 2011, p. 232).

Neste sentido, sintetiza Beck (2011, p. 232) a diferença entre a sociedade industrial e a sociedade de risco quando distingue a distribuição de riquezas e de riscos, não podendo analisar as duas circunstâncias sob o mesmo raciocínio lógico:

A diferença entre sociedade industrial e sociedade do risco não coincide, portanto, com a diferença entre a “lógica” da produção e de distribuição de riqueza e a “lógica” da produção e distribuição de ris-

cos, resultando antes do fato de que a relação de prioridade se inverte. O conceito de sociedade industrial pressupõe o predomínio da “lógica da riqueza” e sustenta a compatibilidade da distribuição de riscos, enquanto o conceito de sociedade de risco sustenta a incompatibilidade da distribuição de riqueza e de riscos e a concorrência entre suas “lógicas”.

Cumpra salientar, entretanto, que riscos e perigos sempre estiveram presentes na sociedade, contudo, conforme entendimento de Beck (2011, p. 26), são distintos em sua essência e causas quando comparados períodos como a Idade Média e os dias atuais:

Os riscos e ameaças atuais diferenciam-se, portanto, de seus equivalentes medievais, com frequência semelhantes por fora, fundamentalmente por conta da globalidade de seu alcance (ser humano, fauna, flora) e de suas causas modernas. São riscos da modernização. São um produto de série do maquinário industrial do progresso, sendo sistematicamente agravados com seu desenvolvimento ulterior.

A sociedade de que se trata neste aspecto, portanto, é globalizada, ou seja, integrada em seus mais diversos aspectos, principalmente o econômico pelas relações comerciais e intercâmbio monetário existente entre as pessoas. Estes fenômenos acabaram por impingir uma espécie de cortina de fumaça acerca do que se está por vir, levando ao fracasso, na maioria das vezes, qualquer juízo de previsibilidade pelo abalo da segurança jurídica e social, o que leva Beck a desenvolver a teoria da Sociedade de Risco.

Como consequência tem-se que a sociedade de risco não vem a ser uma opção que se pode escolher ou rejeitar, surgindo na continuidade dos processos de modernização, que ocorre alheio aos seus próprios efeitos e ameaças (BECK, 1997, p. 16).

Se a sociedade pós-industrial é caracterizada, de maneira objetiva, pelo manejo de novos riscos, sob um aspecto subjetivo por sua vez esta ambientação inovadora refletiu-se no aumento da sensação de insegurança, que atinge a sociedade como um todo, gerando seus reflexos de maneira generalizada (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 29).

As incertezas e inseguranças, aliadas ao aparecimento de novas situações de risco advindas do desenvolvimento técnico-científico assentado no novo modelo social propiciam uma maior aclamação das pessoas por mecanismos de controle, que os protejam e permitam aumentar a

sensação de segurança, tanto jurídica, quanto econômica, ambiental e social.

A intervenção punitiva do Estado, neste contexto, advém da descrença na ciência e na tecnologia como formas efetivas de controle e prevenção destes riscos, o que consubstancia em descrédito em outras instâncias de proteção.

Assim, como consequência da sociedade de riscos tem-se a antecipação da proteção e a tutela de novos bens, antes inexistentes se comparados ao paradigma social anterior. A globalização, em tal contexto, surge para sobressair os riscos, haja vista que as nações estão correlacionadas de uma forma tal que as atividades de uma, em significativas vezes, impactam nas outras.

Em virtude da imposição do medo de novos riscos, e pela inoperância do Estado em regulamentar e prevenir tais anseios por suas vias administrativas, o Direito Penal é chamado a criminalizar condutas que não causem lesão ou expõe a perigo um bem jurídico indeterminado, mas sim os chamados bens supraindividuais, como já delineado, como a proteção à concorrência, tutela do mercado e sistema financeiro.

Ao buscar atuar como instrumento a reforçar as normas de precaução, o Direito Penal visa evitar o cometimento de condutas que são contrárias ao ordenamento jurídico, demandando uma tutela antecipada dos bens jurídicos, remetendo a infrações de perigo abstrato (ANDRADE, 2009, p. 133).

O perigo abstrato, portanto, será presumido quando o legislador julgar uma determinada conduta perigosa em si mesma, independente da demonstração concreta de dano, sendo um perigo *juris et de jure* (QUEIROZ, 2012, p. 209).

Já as condutas que geram perigo concreto demandam uma dupla verificação do perigo ao bem jurídico, conforme mencionado por Andrade (2009, p. 135):

Em um primeiro momento, verifica-se através de um juízo prévio que determinada conduta, se praticada, significaria uma grande probabilidade de lesão ao bem jurídico. Em um segundo momento, após a prática da conduta, verifica-se se a conduta concreta efetivamente gerou uma crise no bem jurídico, ou seja, deu origem a uma situação de concreto perigo ao mesmo.

Referenciando a Lei 12.846/2013, a busca por uma função preventiva é patente, se destacando a imposição de uma atuação pretérita ao

cometimento dos atos ilícitos através das regras de *compliance*, ressaltando a estratégia legislativa de gestão de riscos.

Em virtude disso, remete-se a nova legislação aos institutos penais, com sanções administrativas, civis e penalidades mais rígidas do que aquelas tradicionalmente impostas na seara da responsabilidade penal da pessoa jurídica, contudo, sem a previsão de prisão, por sua previsão de reprimenda específica às sociedades empresárias.

Os mecanismos de combate são inovadores dentro do ordenamento jurídico brasileiro, o Direito Penal não foi, ao menos de maneira explícita, utilizado, mas é fundamental que se pesquise e entenda a natureza da referida legislação, a fim de bem compreender seus institutos, seus fins e seus limites.

5 ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E A LEI 12.846/2013

No Brasil a Lei 12.846/2013 não é uma iniciativa isolada ou pioneira, sendo reflexo de um conjunto de posições já adotadas no país, bem como de diversos acordos internacionais de cooperação que visam o combate à corrupção. Dentre algumas iniciativas, destacam-se a Convenção Sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, promulgada pelo Decreto 3.678/2000; a Convenção Interamericana contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto 4.410/2002; e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto 5.687/2006.

Diante disso, a grande questão como colocada por Bertoini (2007, p. 29), cinge-se não na ausência de leis que versem sobre o tema, mas sim na ineficácia dos mecanismos por estas propostos:

Como se vê, o problema não reside na ausência de leis sancionadoras da corrupção, mas sim na ineficácia dessas legislações, por absoluta apatia das elites – as maiorias beneficiárias – em reagir contra os desmandos administrativos, confirmando o que Ruy Barbosa denominou um “regime de impunidade”, em detrimento do povo brasileiro, sua maior vítima.

Ainda em análise a “Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Inter-

nacionais”, o art. 3º trata do tema quando admite a punição da pessoa jurídica, sanção esta de cunho não penal:

Art. 3º.

Sanções

1. A corrupção de um funcionário público estrangeiro deverá ser punível com penas criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas. A extensão das penas deverá ser compatível àquela aplicada à corrupção do próprio funcionário público da Parte e, em caso de pessoas físicas, deverá incluir a privação da liberdade por período suficiente a efetiva assistência jurídica recíproca e a extradição.

2. Caso a responsabilidade criminal, sob o sistema jurídico da Parte, não se aplique a pessoas jurídicas, a Parte deverá assegurar que as pessoas jurídicas estarão sujeitas a sanções não criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas contra a corrupção de funcionário público estrangeiro, inclusive sanções financeiras.

O artigo diferencia claramente a responsabilidade da pessoa física e da pessoa jurídica, inclusive determinando que em países onde não exista a previsão legal para a punição das pessoas jurídicas, que estas devam ser responsabilizadas através de sanções não criminais, diferenciando, neste caso, crime de ato lesivo.

Cumprido salientar, neste ponto, que com a elaboração de dois novos tipos penais, o Brasil satisfaz o dever de criminalização das condutas objeto da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, mediante reforma do Código Penal. Os dispositivos legais 337-B, 337-C e 337-D foram integrados ao diploma legal pela Lei 10.467/2002³.

O último, enquanto norma definidora, conceituou o funcionário público estrangeiro, assistindo a norma penal incriminadora ao torná-la

³ “**Art. 337-B.** Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional.

Art. 337-C. Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional.

Art. 337-D. Considera-se funcionário público estrangeiro, para os efeitos penais, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro”.

certa, atendendo ao princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*.

Comparada a primeira metade do século XX com o seu final, a configuração do crime de corrupção mudou. Antes era um ônus do agente privado que objetivava a atuação em setor econômico com intervenção estatal: se quisesse participar do jogo, para entrar nele e se manter, tinha que subornar o *intraneus*. Já no final do século, o agente privado, ao invés de perder parte de seu ganho, pagando-o como propina para poder participar do setor negocial controlado pelo Estado, passou a ganhar com a corrupção mais do que ganharia sem ela. Com a propina, o corruptor passa a abrir portas para superfaturamentos de transações com o Estado e dilatações contratuais nocivas ao erário. Neste sentido, a corrupção, antes focada diretamente no funcionário público corrupto, inclina-se ao protagonismo do agente corruptor (GUARAGNI, 2015, p. 353).

Importante destaque deve ser dado ao fato de que a Lei 12.846/2013 cuida do emprego da expressão “corrupção” em sentido amplo, não se referindo especificamente aos crimes contidos nos arts. 333 e 317 do Código Penal, bastando checar o rol de ilícitos típicos dos incisos do art. 5º e compará-los com os crimes previstos na Lei 8.666/1993.

É diante deste rol amplo de atos de corrupção, no sentido terminológico da Lei 12.846/2013, que responde o ente coletivo, mediante responsabilidade objetiva civil e administrativa (GUARAGNI, 2015, p. 357).

Os ordenamentos jurídicos existentes em diversos países vêm sofrendo alterações no tocante a administrativização do Direito Penal, aproximando o ramo jurídico-penal do ramo jurídico-administrativo, face a falência por vezes verificada na atuação do Estado em fazer cumprir as normas meramente administrativas.

A produção do risco impulsionada pelo desenvolvimento social e produção de novas tecnologias resulta em uma expansão de um direito punitivo do risco, ambiente fértil à proliferação de delitos econômicos, bem como novas formas de corrupção.

A existência de bens supraindividuais, tais como sistema financeiro e ambiental, por exemplo, levam a criação de novas legislações que buscam coibir práticas de agressão à tais valores tutelados pelo Estado (CALLEGARI, 2003, p. 21).

Isso significa dizer que em todas as vezes que ocorrem diferenças qualitativas entre as normas administrativas e penais tal diferença consubstancia-se na quantidade de injusto existente entre estas duas mo-

dalidades normativas. Ainda para Silva Sanchez, a distinção deve ocorrer pela tarefa que determinada norma possui ou deve possuir.

Neste sentido a administrativização do Direito Penal pode ser conceituada através de duas características, que são: norma administrativa com caráter penal (falta de conteúdo de injusto); e norma penal servir como apoio ao Direito Administrativo, ou seja, desobediências que não lesam os bens jurídicos protegidos de forma tão grave, mas que passam a ser criminalizadas pelo Estado (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 150).

Silva Sanchez (2013, p. 147-148) manifesta seu posicionamento acerca do Direito Penal na esfera do Direito Ambiental, que em alguns casos mais atua na gestão do problema do que na repressão criminal.

*Nada obstante, é temerário situar o Direito Penal na vanguarda da “gestão” do problema ecológico em sua globalidade. Isso, ainda que seja reiterada por alguns a necessária contextualização do meio ambiente, isto é, a ideia de que o meio ambiente não merece proteção penal enquanto tal, mas somente enquanto condição necessária para o desenvolvimento da vida humana. Pois, afinal, se tornou majoritária a tese de que neste, como outros bens supraindividuais, a referência aos interesses individuais que se veem contextualizados por aqueles é mera **ratio legis**, não sujeito a comprovação quando aplicado o tipo ao caso concreto. Em outras palavras, o protegido é simplesmente o contexto, com o que se assenta progressivamente a tendência de provocar a intervenção do Direito Penal tão logo seja afetado certo ecossistema em termos que superam os **standards** administrativos estabelecidos.*

No tocante a Lei 12.846/2013, existe uma grande discussão em ser esta regra uma norma penal “disfarçada”, por ter as características penais quantitativas, contudo, através de um regramento tido por civil e administrativo.

Entretanto, ao se analisar a mencionada legislação, é possível concluir que ela foi concebida com o intuito de aplicar pena apenas às pessoas jurídicas por atos de corrupção, veiculando uma série de sanções graves (de caráter mais grave do que as sanções, tradicionalmente, de natureza administrativa), adotando institutos de ordem penal, como os acordos de leniência e instituindo circunstâncias de *criminal compliance*.

A Lei 12.846/2013 não versa, portanto, única e exclusivamente acerca dos delitos de corrupção previstos no Código Penal, mas também

trata de atos lesivos à administração pública, estendendo-se por sobre fatos já tipificados na Lei 8.666/1993 e o próprio Código Penal.

Um grande exemplo disso, conforme aventado, são as regras de *compliance* impostas às empresas para a redução de eventual pena a ser imposta. Tal disposição legal é uma evidência da inoperância do Estado em coibir práticas de corrupção e, através de uma norma tida como administrativa, transfere a responsabilidade à pessoa jurídica para que efetive tais regras e, com isso, obtenha uma redução de pena.

Uma relação de causa e efeito pode ser delineada no contexto atual, que remete ao surgimento de uma sociedade de riscos gerada pela proliferação da globalização e pós-industrialização, resultando na produção de normas incriminadoras no âmbito administrativo, mas que na realidade buscam descrever condutas e cominar severas penas.

A gestão do risco de corrupção, neste sentido, é democratizada pelo Estado, pela inoperância deste. O Estado abre mão da exclusividade de controles, neste caso, o controle da corrupção, sendo uma espécie de “privatização” do controle da corrupção.

A Lei 12.846/2013, neste diapasão, passa a tratar a corrupção como um ato de agressão ao mercado, pelo desequilíbrio concorrencial que ocorre entre as empresas concorrentes, não mais apenas e tão somente como uma agressão à Administração Pública.

6 CONCLUSÃO

Logicamente não há aqui qualquer pretensão de se esgotar o assunto, mas sim trazer alguns pontos para a discussão de tão importante tema, que se encontra em voga na atualidade, que são os delitos econômicos, bem como algumas teorias criminológicas a seu respeito.

Em razão de vigorar atualmente uma sociedade capitalista e globalizada, regras que buscam coibir práticas delituosas que desequilibrem o mercado estão sendo desenvolvidas e padronizadas, na medida do possível, para que o capital possa circular livremente sem qualquer tipo de insegurança jurídica ou surpresas que não as já inerentes ao próprio capitalismo (JUSTEN FILHO, 2002, p. 37).

Os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, bem como as legislações internas relativas ao combate a delitos econômicos, além de buscarem coibir atos de corrupção – por serem estes moral e eticamente reprováveis –, têm em sua finalidade proteger o mercado con-

tra a concorrência desleal, que tanto atinge empresários idôneos, propulsores da geração de riquezas e de empregos, fatores essenciais ao desenvolvimento econômico e social de qualquer nação.

Diante disso, implica em considerar que a harmonização do sistema sancionatório, no quadro do espaço territorial de países unidos por uma eficaz integração regional ou global, é uma forma de garantir aos povos a concretização de uma justiça proba e uniformizada.

Ao Estado, portanto, caberá aplicar a legislação existente. Todas as concessões possíveis que podem ser realizadas estão no corpo das mencionadas normas, e fora disso, é vedada a celebração de acordos no sentido de não se aplicar as sanções correspondentes, em sede administrativa ou penal.

O mais importante é ter em conta que em sendo o *jus puniendi* estatal um poder indivisível, devem ser respeitadas as garantias constitucionais vinculadas à esta circunstância com relação às pessoas investigadas, julgadas e condenadas, sejam elas físicas ou jurídicas.

A responsabilidade social não pode ser entendida como um fardo adicional sobre a empresa, mas uma parte integrante das suas preocupações essenciais, para além dos lucros dos acionistas. Deve servir às necessidades sociais e agir com probidade não apenas para com os seus investidores ou proprietários, mas também para com aqueles que trabalham, compram, vendem, vivem nas proximidades de suas sedes e filiais ou são de qualquer outro modo atingidos e influenciados pelas atividades econômicas desenvolvidas pela empresa.

7 REFERÊNCIAS

AMARAL, Claudio do Prado. **Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea**: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

ANDRADE, Guilherme Oliveira de. **O Princípio da Intervenção Mínima e o Direito Penal de Risco**. Dissertação apresentada no Programa de Pós-graduação *stricto sensu* – Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Curitiba, 2009.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização Reflexiva**: Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento; inclui uma entrevista inédita com o autor – São Paulo: Editora 34, 2011.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Ato de improbidade administrativa**: 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

- CALLEGARI, André Luis. **Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro: aspectos criminológicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- CEREZO MIR, José. Sanções Penais e Administrativas no Direito Espanhol. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 1, n. 2, abr./jun. 1993.
- DELUMEAU, Jean. **História do Medo no Ocidente. 1300-1800: uma cidade sitiada**. Tradução de Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. t. I.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. **Derecho Administrativo Sancionador: Parte General. Teoría General y Práctica Del Derecho Penal Administrativo**. 2. ed. Navarra: Arazandi/Thomson Reuters, 2010.
- GUARAGNI, Fabio André. A Natureza da Contribuição da Pessoa Jurídica na Apuração das Infrações Previstas na Lei Anticorrupção. **Revista Jurídica do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA**. Coordenação de Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr. Curitiba, v. 1, n. 38, 2015.
- HUNGRIA, Nelson. Ilícito Administrativo e Ilícito Penal. **Revista de Direito Administrativo**. Seleção Histórica.
- KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2000.
- MACHADO, Marta Rodríguez de Assis. **Sociedade do Risco e Direito Penal: Uma avaliação de novas tendências político – criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 8. ed. Salvador: JusPodium, 2012. v. I.
- REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais/Jesús-Maria Silva Sánchez**. 3. ed. rev. e atual. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Criminal compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 56, abr. 2012, DTR\2012\44739. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 22 fev. 2016.
- VIEIRA, José César Lima. **O Exercício do Jus Puniendi como Instrumento Garantidor de Direitos Basilares do Apenado**, 2014. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/o-exercicio-do-jus-puniendi-como-instrumento-garantidor-de-direitos-basilares-do-apanado/133655/#ixzz447H4hDul>. Acesso em: 27 mar. 2016.