

**O RECRUDESCIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NA
SOCIEDADE DE RISCOS**

***THE STRENGTHENING OF SANCTIONING ADMINISTRATIVE LAW
IN THE RISK SOCIETY***

MARINA ESTEVES NONINO

Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) e Advogada.

DANIEL FERREIRA

Pós-Doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), Doutor e Mestre em Direito do Estado (Direito Administrativo) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), Professor Titular da Faculdade de Direito de Curitiba e Membro do Corpo Docente Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) e Líder do Grupo de Pesquisa “Atividade Empresarial e Administração Pública” (CNPq/UNICURITIBA).

RESUMO

Em uma sociedade caracterizada pela produção de riscos tecnológicos e globais, é necessário perguntar como o Direito, e o Direito Administrativo Sancionador, em especial, vêm reagindo a isso. Nesse contexto, o presente artigo objetiva expor os contornos da Sociedade de Risco e seu impacto na estipulação qualitativa e quantitativa de infrações e de sanções administrativas, tomando por base uma pesquisa bibliográfica. Afinal, conclui no sentido do recrudescimento do Direito Administrativo Sancionador e da necessidade de seu exame crítico, para fins de rechaço de eventuais excessos no controle de riscos irrelevantes ou de menor importância, que acabam por configurar verdadeira arbitrariedade.

PALAVRAS-CHAVE: sociedade de risco; sanção administrativa; direito administrativo sancionador.

ABSTRACT:

In a society characterized by the production of technological and global risks, it is necessary to ask how the Law, and the Sanctioning Administrative Law, in particular, have reacted to this. In this context, this article aims to expose the contours of the Risk Society and its impact on the qualitative and quantitative stipulation of infractions and administrative sanctions, based on a bibliographical research. After all, it concludes in the sense of the strengthening of the Sanctioning Administrative Law and the necessity of its critical examination, for the purpose of rejecting eventual excesses in the control of irrelevant or minor risks, which end up forming a true arbitrariness.

KEYWORDS: Risk society; Administrative sanction; Administrative sanctioning law.

INTRODUÇÃO

Um exame acurado das discussões doutrinárias em matéria de infrações e de sanções administrativas, no primor do desenvolvimento das ciências jurídicas, incita à reflexão sobre os novos – e necessários – rumos do Direito Administrativo Sancionador. Se os instrumentais jurídicos disponíveis não mais atendem aos fins a que se propõem, o Direito deve reinventar-se de forma a lograr a finalidade buscada pela norma, intenção precípua da instituição da ordem jurídica.

A sociedade contemporânea, fruto do acelerado processo de modernização tecnológica e científica ocorrido a partir do século XIX, trouxe em seu bojo uma complexidade sem precedentes, que influiu de forma incisiva e decisiva no direcionamento da atuação estatal no pulso da ordenação da vida comunitária. O reconhecimento de que se vive em uma sociedade “produtora de riscos” reclama a assunção de um novo paradigma, perspectiva esta que irá influenciar a construção, a desconstrução e a reconstrução do Direito.

Em resposta aos anseios da nova dinâmica social instalada, o Direito Administrativo Sancionador viu robustecida a dinâmica legislativa, e assinalou sua principal particularidade nos dias atuais, qual seja, uma forte tendência à expansão.

Contudo, a reflexão jurídico-administrativa sob o foco desse novo paradigma, suscita dúvidas quanto à capacidade desse (sub-)ramo didaticamente autônomo do Direito, em atender, e de maneira adequada, a essa distinta demanda se mantida a práxis legislativa anterior, de apenas prever a reprovação de comportamentos que redundam, de fato, em efeitos concretos absolutamente inadmissíveis no mundo fenomênico.

E aqui reside a importância e atualidade do tema, já que urge uma melhor compreensão das nuances das sanções e das infrações administrativas na contemporaneidade, sem o que poder-se-á estar defronte a arbítrios legislativos e administrativos, ou, ao revés, a omissões do legislador e do gestor público no que diz com os deveres estatais próprios do Século XXI, o que inclui prevenção e precaução, por evidente.

2 A SOCIEDADE DO RISCO GLOBAL E SUA COMPLEXIDADE

Ulrich Beck é um dos principais teóricos sociais e políticos da modernidade. Em sua obra *Risikogesellschaft*, publicada em 1986, na Alemanha, fez uma síntese do processo de transformações que vem ocorrendo nas sociedades ocidentais desde a metade do século XIX. (BECK, 2002, p. 2) Essas modificações permitem esboçar uma nova configuração social, denominada de “Sociedade do Risco”, a qual nos fornece a conjuntura necessária à melhor compreensão dos papéis do Direito Administrativo Sancionador na seara.

Nesse sentido, é possível admitir o surgimento da sociedade de riscos como um divisor de águas entre duas “modernidades”. A primeira teria ocorrido durante o período industrial. A segunda (e atual) modernidade – reconhecida como modernização reflexiva ou ainda “modernização da modernização” – se apresenta como resultado das conquistas obtidas na primeira. (GIDDENS, 1997, p. 12) Naquela, que permeou os séculos XVIII a XX, observa-se uma sociedade estatal e nacional – onde as relações e redes sociais, e as comunidades se entendem essencialmente em um sentido territorial – pautas coletivas de vida, progresso, controle, pleno emprego, exploração da natureza “não visível” e rápida industrialização. (BECK, 2002, p. 2) Nesta, por nós vivida na atualidade, percebe-se uma sociedade mais atenta, analítica e reflexiva quanto às consequências negativas

e, por vezes, imprevisíveis, derivadas da expansão técnico-econômica ocorrida outrora, (PILOTTO, 2014) em que são postas em discussão as assunções fundamentais, as insuficiências e as antinomias do sistema escolhido (BECK, 2002, p. 2) que colapsam com a ideia de controle, certeza e segurança antes vigorantes.

A "modernização reflexiva" exprime isso, a possibilidade de nossa [auto]destruição, como fruto da criatividade da sociedade industrial. Destarte, o sujeito dessa destruição não é a revolução, não é a crise, mas a própria vitória da modernização ocidental. Chega-se ao estágio em que as formas contínuas de progresso transformam-se em instrumentos autodestrutivos, ocasionando a destruição ou modificação de um tipo de modernização por consequência de outra. (BECK, 2002, p. 2)

Esse processo de flexibilidade, entendido como o confronto das bases do paradigma da modernidade com as consequências da modernização, não nasceu da necessidade de se opor ao modelo industrial, nem significou uma opção que se pôde escolher ou rejeitar no decorrer de disputas políticas. Resulta, sim, do superdesenvolvimento da primeira modernidade, que produz efeitos e ameaças que não puderam ser assimilados pela racionalidade da época. Ademais, nesta conjuntura duas fases podem ser distinguidas: a primeira, onde os efeitos e as auto-ameaças são sistematicamente produzidos por esta sociedade, mas que não se tornam questões públicas ou o centro de conflitos políticos.(GIDDENS; BECK; LASH, 2002, p. 15-16) Ou seja, os riscos são produzidos pela sociedade e por ela legitimados e suportados. E a segunda, em que os perigos da sociedade industrial passam a dominar os debates e conflitos públicos, tanto políticos como privados.

Ocorre, no entanto, que alguns aspectos desta sociedade industrial se tornam social e politicamente problemáticos, já que produzem e legitimam ameaças que agora não conseguem mais controlar.¹ É sob este embase que Ulrich Beck formula sua teoria:

No sentido de uma teoria social e de um diagnóstico de cultura, o conceito de sociedade de risco designa um estágio da modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial. (GIDDENS; BECK; LASH, 2002, p. 17)

¹ Se é que se pode falar em controle de riscos, já que o que se verifica são resultados advindos da inexistência de um controle anterior.

Verifica-se, portanto, que o processo de transformações que ocorreu nos últimos séculos propiciou a ocorrência de uma fratura dentro da modernidade, que veio separar a modernização simples da modernização reflexiva, o que nos faz distinguir a sociedade clássica da sociedade atual – a sociedade de risco – que, por sua complexidade, exige um árduo trabalho de adaptação por parte de seus integrantes, que vai se refletir, naturalmente, na criação e no manejo do Direito.

Diz-se, no contexto, que os riscos sempre foram inerentes ao desenvolvimento humano, o que mudou, entretanto, foi a quantidade e a qualidade das ameaças desta época comparativamente com as passadas. Daí ser necessário distinguir riscos de perigos.

Fala-se em risco quando o dano seja imputado a uma decisão, isto é, quando o dano deva ser reputado como resultado artificial (MENDOZA BUERGO, 2001, p. 26) de uma conduta humana. (HOFMEISTER, 2002, p. 37-38) O termo “risco” vincula-se sempre a uma decisão racional, que se direciona a uma vantagem ou oportunidade técnico-econômica. (BECK, 2002, p. 78) O perigo, por sua vez, verifica-se quando os danos hipotéticos não guardam relação direta com uma decisão. (HOFMEISTER, 2002, p. 37-38) Eles são acarretados por uma causa exterior, sobre a qual não se tenha controle.

As ameaças havidas na época pré-industrial eram atribuídas a forças externas da sociedade. Ocupavam as atenções de modo periférico e acessório, na medida em que, por sua esporadicidade, não marcavam o modo do relacionamento social da época. Estas crises isoladas de instabilidade eram imputadas principalmente ao destino, a Deus e à natureza, como, por exemplo, as epidemias, variações climáticas e guerras.

A partir da revolução industrial, o progresso técnico trouxe repercussões que derivam da utilização de processos, métodos, meios e instrumentos desenvolvidos pelo homem. O risco, além de decorrer de fatores não sociais, repousa sobre a tomada de decisões que outros concidadãos adotam no manejo das modernas tecnologias. (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 29) O risco passa a ser um “fenômeno social estrutural” da sociedade contemporânea, que tem suas origens em decisões e comportamentos do homem, produzidos durante a manipulação dos avanços tecnológicos. (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 29)

[...] 'a sociedade industrial é uma sociedade de produção industrial que, na sua evolução, dá lugar a uma sociedade de seqüelas industriais, reflexo dela mesma, que a excede nas dimensões (...)' Acresce-nos nós: uma parte considerável dessas seqüelas são os riscos inerentes (e resultantes) à opção pelo caminho trilhado. (FERNANDES, 2001, p. 33)

O desenvolvimento das instituições sociais modernas e sua difusão em escala mundial criaram oportunidades de os seres humanos gozarem de uma existência mais segura e gratificante. Porém, a modernidade tem também um lado sombrio. (GIDDENS, 1991, p. 16) Em primeiro lugar, “os riscos que provêm de acidentes em sistemas e atividades que envolvem tecnologias de alto risco e que tem um alto potencial destrutivo”, (MACHADO, 2002) como é o caso de infortúnios em usinas nucleares, na indústria química, petroquímica, com a fabricação das armas nucleares e químicas, no controle de tráfico aéreo, em missões espaciais, na engenharia genética, etc. As ameaças advindas deste tipo de atividade são causadas pela inobservância de regras de segurança, normas técnicas e de vigilância, e os responsáveis por sua transgressão são facilmente identificáveis.

Em segundo lugar, tem-se a classe de riscos que “ocorrem em sistemas complexos, que lidam com tecnologias arriscadas” (MACHADO, 2002) e que não são identificáveis tão só através da conduta culposa negligente ou omissa do agente. “Suas origens estão quase sempre ligadas a articulações ímpares de causas e eventos, imputáveis à própria complexidade interativa e associativa desses sistemas”. (MACHADO, 2002) Suas consequências são inevitáveis e imprevisíveis e, embora ocorram com pouca assiduidade, causam desastres imensuráveis.

Finalmente, o último aspecto da produção de riscos remete-se à complexidade organizativa das relações de responsabilidade, isto é, observa-se uma alteração na procedência das lesões ao bem jurídico, mediante a substituição de contextos de ações individuais por outros de caráter coletivo. (MACHADO, 2002) Estas condutas quando analisadas superficialmente são inofensivas. Todavia, seus efeitos, em longo prazo, possuem efeitos cumulativos que podem até mesmo superar aquelas da criminalidade violenta clássica. (PRITTWITZ, 2004, p. 39). Há, em boa medida, uma ramificação da responsabilização, já que os organismos se tornam cada vez mais complexos e perfeitos, e a sensação de responsabilidade de seus membros e o reconhecimento individual do causador do dano, menores. Tudo isso evidencia uma sociedade de enorme complexidade, já que o risco que afeta de modo involuntário todas as pessoas é, igualmente, produzido como repercussão

dessas múltiplas e repetitivas ações individuais, que, conjuntamente, tornam-se nocivas à sociedade. Como é o caso dos danos ao meio ambiente e a contaminação atmosférica. (MENDONZA BUERGO, 2001, p. 29)

É importante observar que, juntamente com o desenvolvimento tecnológico e o triunfo dos ideais burgueses – produção, industrialização, emprego, progresso, lucro –, vincularam-se problemas cruciais da política moderna: globalização, individualismo, desemprego, subemprego, revolução dos gêneros e os riscos globais da crise ecológica e da turbulência dos mercados financeiros, que potencializam o problema dos riscos, de modo que é possível falar em riscos globais e, como desdobramento, em sociedade de riscos globais.

É interessante observar que em nenhum momento da história se deparou com os riscos produzidos, no sentido de serem fabricados pela atividade do homem e vinculados à sua decisão. São, no entanto, de enorme magnitude, ameaçando um número incalculável de pessoas, até mesmo a própria humanidade. Note-se, igualmente, que as ameaças da modernidade são efeitos secundários do progresso tecnológico. Não são ameaças perseguidas, mas resultados imediatos e indesejados, “acessórios” da modernização, – como aponta Beck (2002).

E essas ameaças repercutem de modo inesperado e incognoscível. Retomando, o progresso possibilitou a invenção de mecanismos de segurança para o homem dominar os perigos e os riscos inerentes à vida social. Acabou, porém, dando causa ao surgimento de diversas outras ameaças, que escaparam do seu raio de domínio e para as quais não se deu a devida atenção, gerando, repita-se, consequências “negativas”. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 29)

O desconhecimento acerca dos riscos e mecanismos que possam produzir danos é, sem dúvida, um dos marcos mais importantes do conceito de sociedade de riscos. Diz-se que “é a etapa do risco enorme, catastrófico, irreversível, pouco ou nada previsível, que frustra as nossas capacidades de prevenção e de domínio, trazendo desta vez a incerteza ao coração dos nossos saberes e dos nossos poderes”. (SILVA, 2004, p. 78)

Como se ignora o próprio nível de desenvolvimento² em que se vive na atualidade, somando-se a isso a produção inconsequente de ameaças, o futuro se

² Segundo a Silva (2004, p. 76): “esta etapa da história do risco não se cinge a um período histórico com termo final determinável, na medida em que é representativa de um fenômeno que sequer se sabe se tem chegado ao seu ápice, pois nos é circundante, na medida em que a presenciamos”.

mostra incerto e indeterminado. (MENDONZA BUERGO, 2001, p.30) Beck observa que o desconhecimento desses riscos “leva a que eles cresçam cada vez mais, pois em uma determinada etapa da produção social a invisibilidade social da sociedade do risco é um motor para o seu surgimento e com isso uma prova da sua realidade”.(SILVA, 2004, p. 78)

A “sociedade pós-industrial carrega consigo riscos incalculáveis, potencialmente ilimitados, dificilmente evitáveis e que desconhecem fronteiras, raças, culturas ou religiões”. (PEREIRA, 2002, p. 108) Os riscos havidos no passado não ultrapassavam a realidade pessoal do ofendido, diferentemente do presente, no qual se constata sua produção, e desde logo, sua distribuição. Ninguém se resguarda de sofrer as sequelas do risco moderno. Por isso dizer-se que “as condições de risco não são condições de classe”, uma vez que não existe uma categoria de atingidos. (SILVA, 2004, p. 79)

A questão central, portanto, pauta-se na informação de que, muitas vezes, os riscos produzidos são irreversíveis e não aferíveis de pronto. Ou seja, trata-se de destruições que ainda não ocorreram, invisíveis, e, portanto, iminentes. Esse é um dos aspectos que mais impacta no molde das normas jurídicas na sociedade contemporânea, já que a prevenção, a precaução e a antecipação da proteção de valores passam a ser a inspiração primeira do legislador.

A construção da teoria do modelo social proposta por Beck – a sociedade de riscos –, em conformidade com suas particularidades explicitadas anteriormente, introduz transformações no espaço social, sobretudo na relação entre esta sociedade e os problemas por ela produzidos. (MACHADO, 2002, p. 74) E isso decorre, precisamente, do término do período de completa latência das ameaças. É o lado não previsível e desconhecido do progresso científico.

Uma nova etapa se inicia. A sociedade, agora, além de, imprudentemente, gerar mais riscos, passa a sofrer os efeitos daqueles anteriormente produzidos. É o caso, por exemplo, dos danos à natureza, tratada dantes como fonte inesgotável de matéria prima e habitat suficientemente estruturado para receber todo e qualquer resíduo humano. O impacto global, que decorre da opção por um sistema econômico de mercado, gera efeitos indesejados pelo homem.

Parcela considerável do risco contemporâneo, como se viu, apresenta “características inéditas, como um alto potencial lesivo, como a dificuldade de conhecer sua real extensão e possíveis conseqüências”. (BOTTINI, 2006, p. 48)

Desta maneira, nada mais se pode esperar além de uma reação social temerosa, a qual se traduz pela vivência de uma fase de intensa sensação de insegurança generalizada, denominada por Silva Sanchez de “insegurança sentida”. (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 33) O professor espanhol afirma que o sentimento de angústia que domina a sociedade pode intensificar-se, também, pela influência das más experiências ocorridas ao longo dos últimos anos, como as guerras mundiais e os conflitos do oriente médio, (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 36-37) além da própria diversidade e complexidade social, com uma enorme pluralidade de opções, “com a existência de uma abundância informativa a que se soma a falta de critérios para a decisão sobre o que é bom e o que é mau, sobre em que se pode e em que não se pode confiar, constitui uma fonte de dúvidas, incertezas, ansiedade e insegurança”. (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 33)

Conclui-se, portanto, que as especificidades dos novos riscos, ligadas ao fato de que os sistemas social, político, técnico e jurídico conhecidos não dão uma resposta esperada à nova demanda social, frente à estrutura da sociedade de riscos, em que os padrões e mecanismos de prevenção e controle encontram-se, a toda vista, obsoletos, dão causa aos sentimentos de angústia, medo e insegurança.

Neste contexto em que a incerteza é característica primordial na sociedade atual, é necessário observar a correlação existente entre sensação social de insegurança e a atuação dos meios de comunicação. (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 37). Os sentimentos que se afloram nos integrantes da sociedade de risco sofrem uma incontestável amplificação quando, mediante os instrumentos mais modernos de comunicação e informação, transmite-se imediatamente todo e qualquer acontecimento mundano.

Piora o cenário quando se observa que a sociedade do século XXI é, ademais, global. O acelerado crescimento econômico que ocorreu a partir da revolução industrial com a ascensão da classe comerciante ao domínio dos acontecimentos propiciou, como visto, o desenvolvimento de tecnologias inovadoras, como os transportes, produção de energia, comunicações, etc. O progresso tecnológico, ainda que tivesse, à primeira vista, o objetivo de auxiliar tão somente na melhora do mercado, deu início, sob pilares econômicos, ao fenômeno da globalização, por eliminar restrições às transações comerciais e ampliar os mercados. (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 79)

Este fenômeno transformou a economia mundial de países independentes para uma economia integrada e interdependente, viabilizando o relacionamento entre as nações para a prática do livre comércio, com a melhor alocação dos fatores produtivos. (LUZ, 2005, p. 311-312) Esta interconexão, inclusive, desmanchou a velha crença do desenvolvimento nacionalista restrito às unidades territoriais, de forma isolada, amparados por suas próprias suposições fundamentais, forma de organização etc. (BECK, 1999, p. 49)

A globalidade significa o desmanche da unidade do Estado e da sociedade nacional, novas relações de poder e de concorrência, novos conflitos e incompatibilidades entre atores e unidades do Estado nacional por um lado e, pelo outro, atores, identidades, espaços sociais e processos sociais transnacionais. (BECK, 1999, p. 49)

Ao se relacionar a globalização, entendida como um fenômeno que intensifica "as relações em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa", (GIDDENS, 2002, p. 69) com a sociedade de riscos, verifica-se que a globalidade acaba por avivar e impulsionar a produção e, principalmente, a distribuição dos riscos, já que encurta as relações, a comunicação e a distância.

Fala-se na existência de uma teia global, onde, o que antes gerava efeitos locais, agora, produz afetações em nível mundial. O resultado da intensificação das relações internacionais proporcionando um agravamento de aspectos singulares da sociedade pós-industrial – novas situações, condutas e interações produzindo e distribuindo ameaças. E essa aproximação das relações gera repercussões noutras esferas, especialmente na sociologia e no direito.

3 O PODER PUNITIVO DO ESTADO E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Com efeito, o Estado, ao institucionalizar e monopolizar o poder, retirou da sociedade a legitimidade para o uso da força em geral e trouxe para si a responsabilidade de ordenar a vida em comunidade, especialmente no que se refere à resolução de conflitos, que passaram a depender de uma intermediação estatal – levada a cabo pelo Estado-Juiz ou pelo Estado-Administração – para que fosse

válido e regular, salvo as poucas e excepcionais situações expressamente previstas pelo ordenamento jurídico. (PRATES, 2005, p. 25)

No intuito de desestimular a prática daquelas condutas reconhecidas como indesejadas ou de constranger ao cumprimento das obrigatórias, o Estado se utiliza da capitulação de certos comportamentos como ilícitos e a eles atrela as respectivas sanções, de modo a intimidar eventuais transgressores a não praticarem comportamentos proibidos ou a induzir que atuem conforme a regra – servindo de exemplo e despertando em quem sofreu uma sanção um estímulo para não reincidir.

O desenvolvimento de uma ordem jurídica administrativa (ilícitos administrativos e suas respectivas sanções) remonta ao contexto político que viviam os Estados nacionais europeus na segunda metade do século XIX, com a separação dos conceitos de ilícito penal e administrativo, em que se pretendia traçar limites bem definidos ao poder de punir dos Estados, já que num momento precedente havia uma identificação entre o injusto policial e o penal. (OLIVEIRA, 2013, p. 100)

Embora não tenha havido um desenvolvimento uniforme entre países, a separação entre o Direito de polícia e o Direito Penal, influenciada pelos ideários liberais das reformas francesas, objetivava delimitar o poder sancionador dos Estados, deixando para o Direito Penal as infrações que cominassem as mais graves sanções. Isso permitiu um controle mais severo de eventuais restrições de liberdade e a construção de um sistema de garantias mais uniforme. (OLIVEIRA, 2013, p. 100-101)

Sabe-se que o direito de punir do Estado, comumente, tem sua expressão clássica no direito penal. Contudo, desde que o Estado ocidental perdeu o seu caráter absenteísta – Estado liberal – e foi chamado a desempenhar um maior número de funções – Estado de bem-estar –, estendendo a sua atuação a áreas que antes lhe eram interditas, a Administração Pública passou a exercer, também, uma típica atividade sancionadora, no bojo da ordenação da vida social. (PRATES, 2005, p. 25-26)

A transformação do poder de regular o comportamento social se intensificou nas sociedades mais desenvolvidas, porque houve uma crescente atribuição de poderes às autoridades administrativas, donde se insere o poder sancionador. No *Welfare State* surgem as circunstâncias que irão permitir o desenvolvimento de um *jus puniendi* também pela Administração Pública, permitindo que o Estado ingresse em setores antes indevassáveis. (PRATES, 2005, p. 32)

Esse acréscimo de funções da Administração Pública aumentou a produção normativa no que se refere à própria atuação administrativa, trazendo, tais normas, deveres para os administrados, comportamentos a serem adotados ou a serem suportados pelos particulares. É assim que começa a surgir uma ordem normativa administrativa, "de um conjunto de princípios, de atividades e de entidades que visam a favorecer a missão administrativa última, a prossecução do interesse público". (PRATES, 2005, p. 35)

Somado a isso, tem-se o fato de que, no início do século XX, verificou-se uma necessidade do aumento da intervenção do Estado nos setores privados, além de uma nova atuação de caráter preventivo (afora o policiamento). O Estado se transforma em um agente participativo, prestador e organizador, interferindo ativamente no espaço desses interesses. E isso se reflete, naturalmente, na produção normativa relacionada ao Direito Administrativo. (PRATES, 2005, p. 32)

Ademais, no período após a primeira guerra mundial, o Direito Penal ganha uma nova feição. Frente às mais variadas formas e gravidade de ilícitos, há um repensar sobre este ramo do direito, e seu reconhecimento como um instrumento de *ultima ratio* do Estado (tutela exclusivamente valores fundamentais do Estado), o que abriu espaço para a progressão do poder administrativo sancionador e, conseqüente, aprimoramento de uma ordem jurídico-administrativa. (PRATES, 2005, p. 34-35)

O poder punitivo de vários Estados centrados no Direito Penal clássico e no Poder Judiciário se modificaram de modo a fazer frente aos novos e diversificados tipos de ilícitos, que passam a ser controlados, processados e punidos pela Administração Pública. Essa possibilidade consolidou um verdadeiro poder administrativo, o qual é chamado por alguns de poder administrativo sancionador geral, prerrogativa a ser utilizada em favor da coletividade.

De fato, esse poder sancionador vai se sentir em duas frentes: de um lado com o aumento da atividade administrativa e o surgimento dos ilícitos administrativos, que, por se tratarem de interesses público-administrativos e serem de menor gravidade, ficaram a cargo da própria administração; de outro, as infrações de menor potencial ofensivo que, apesar de não tratarem de interesses público-administrativos, foram transferidas para a esfera punitiva da administração. (PRATES, 2005, p. 36)

De todo modo, não se olvide que todos os ilícitos como suas correspondentes sanções – de índole penal, administrativa, civil, eleitoral etc. – são ontologicamente iguais. Como bem observado por Heraldo Garcia Vitta, as sanções penal e administrativa são "iguais, homogêneas, e eventuais divergências de gravidade não significam distinção de fundo, de substância". (VITTA, 2003, p. 66-67)

O que varia é o regime jurídico ao qual se submetem a investigação e o próprio exercício do dever-poder sancionador, o que redundando no reconhecimento dos distintos órgãos envolvidos em cada caso. De um lado, delegado, promotor e juiz; de outro, "apenas" agentes e autoridades administrativas – portanto, no exercício da função administrativa. (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 855)

Destarte, a sanção jurídica pode ser conceituada como a "consequência determinada pelo ordenamento jurídico a um comportamento comissivo ou omissivo incompatível com a moldura normativa anteriormente estipulada", (FERREIRA, 2001, p. 14) quer seja esta de permissão, de obrigação ou de proibição, incentivando o destinatário da norma ao seu cumprimento, sob pena de sofrer os efeitos externos e danosos da sua incidência, pelo órgão competente, nos termos da lei. (FERREIRA, 2001, p. 14) A imposição de sanções tem caráter cogente e vai impor temor aos eventuais infratores, exigindo que os indivíduos se ajustem aos padrões exigidos pelo Direito posto. É uma "penalidade" que responde à violação da lei, como meio competente de forçar seus infratores a cumprir o que elas determinam. Tem por fim, portanto, desestimular a prática de condutas proibitivas, que ofendem a ordem normativa, por meio de suas consequências repressivas. (VITTA, 2003, p. 66)

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, a sanção administrativa "é a providência gravosa prevista em caso de incursão de alguém em uma infração administrativa cuja imposição é da alçada da própria Administração". (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 855) Por sua vez, conceitua-se infração administrativa como sendo "o comportamento voluntário, violador da norma de conduta que o contempla, que enseja a aplicação, no exercício da função administrativa, de uma direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo". (FERREIRA, 2001, p. 63)

Entretanto, Ana Carolina Carlos de Oliveira faz um alerta, aludindo que ainda não há, na doutrina, especializada, a indicação dos elementos diferenciadores, de "absoluta rigidez metodológica", que permita dar identidade às consequências

jurídicas (sanções administrativas), quando comparadas à sanção penal, poder de polícia, medidas de ressarcimento ao erário, sanções contratuais, medidas de responsabilidade fiscal etc. (OLIVEIRA, 2013, p. 111) Nada obstante, Daniel Ferreira já frisara (em 2001) a serventia de se reconhecer e isolar um dado regime jurídico, qual seja, "a de indicar quais são as normas jurídicas imponíveis, os princípios que norteiam sua interpretação e aplicação e a própria delimitação do seu campo de atuação, de maneira a sempre ficarem mantidas a unicidade e logicidade do sistema e ele reflexo". (FERREIRA, 2001, p. 83) E todos os autores citados apresentaram, em maior ou menor quantidade e intensidade, regras e princípios a serem observados como *conditio sine qua non* de validade na aferição das infrações administrativas e/ou na imposição das sanções de mesma natureza.

Logo, é possível identificar o Direito Administrativo Sancionador como o subramo didaticamente autônomo do Direito que tem por objeto de estudo as regras e dos princípios que orientam a regular aferição dos ilícitos e a eventual aplicação das sanções correspondentes por órgãos e entidades da Administração Pública.

4 O RECRUDESCIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NA SOCIEDADE DE RISCOS

Retomando, a teoria social do risco, como apresentada por Ulrich Beck, relembre-se, possibilita visualizar os contornos de uma nova realidade social. Disso decorrem inúmeras consequências, especialmente quanto à busca de novos parâmetros, valores e quadros de referência para a ordenação da vida em sociedade. A interdisciplinaridade é fundamental para direcionar o estudo do direito, que, mais do que nunca, exige coerência, atenção e cautela.

A constatação de que se vive em uma sociedade distinta daquela em que se construiu o paradigma jurídico clássico provoca novas e inúmeras discussões. As ciências jurídicas, como uma ciência social, são um dos maiores focos dessa mudança, já que encontra estreita relação com a realidade sobre a qual incide. Como já observado por Beck, é necessário refundamentar as questões, sob outro foco, qual seja o da sociedade dos riscos. Se os instrumentos de coerção social reagem contra fatos individualmente delimitados, passam, após a compreensão da sociedade como produtora de riscos, a caracterizar-se como um instrumento de

gestão desses riscos não desejados, eis que orientados à proteção de valores da sociedade que se encontram inseridos em um contexto mais genérico no tempo e no espaço. (MOLINA, 2000, p. 375)

Nesses termos, todas as frentes sancionadoras do Estado passam a ser utilizadas como mecanismos (teóricos) de controle da produção de riscos, mediante a utilização de institutos jurídicos criados especificamente para inibição de atividades que antecedem à causação de um mal. Esta formatação possibilita o desenvolvimento de estruturas que abrigam um Direito voltado à coibição de condutas arriscadas, independentemente de suas consequências negativas concretas.

Em uma sociedade altamente tecnológica e industrializada, na qual há uma série de interações interpessoais anônimas e crescentes, há que se questionar e se redefinir os interesses merecedores de proteção, assim como os instrumentos voltados para esse fim. Fato é que, a sociedade industrial assume, em grande parte, a necessidade da intervenção para a prevenção de riscos que tem sua origem justamente na complexidade social que nos encontramos inseridos. (BIDASOLO, 2007, p. 36)

Essa proliferação de ilícitos administrativos se reforça brutalmente – de forma incomparável – no contexto da sociedade de riscos. É nessa conjectura que o Direito Administrativo Sancionador realmente se expande com notoriedade e, à toda vista, com tendências à adoção de instrumentais voltados ao enfrentamento dos novos contextos (prevenção, precaução e antecipação da proteção de bens jurídicos): uma tentativa de adequação do Direito à sociedade tecnológica e global.

El riesgo constituye una simple variante de la figura de la responsabilidad (puesto que existe, dicho sea muy aproximadamente, responsabilidad por actos lícitos, por actos ilícitos y por riesgo). Mientras que constituye el núcleo esencial del Derecho Administrativo Sancionador. A medida que la sociedad se va complicando tecnológicamente, se convierte de forma progresiva en una "sociedad de riesgo"; con la consecuencia de que el Estado se ve en la necesidad de aumentar correlativamente las normas de prevención de riesgos. Examinando los distintos sectores del Ordenamiento Jurídico, puede comprobarse que las ordenes y prohibiciones que exponencialmente van apareciendo – y sus correspondientes sanciones – son manifestaciones de una preocupación obsesiva por eliminar, o al menos reducir, las situaciones de riesgo. (NIETO, 2000, p. 38)

Ocorre, no entanto, que hoje se enfrenta uma crise do Estado social, justamente em razão da multiplicidade exacerbada de infrações administrativas. O

Estado acabou abarcando tantas funções que se revelou ineficiente para executar as missões que assumiu. Some-se a isso a incapacidade econômica do modelo de Estado ultra-intervencionista, de equilibrar suas contas, levando esse sistema ao fracasso. Tanto é assim que, por volta dos anos 80, ele se tornou objeto de severas críticas. (PRATES, 2005, p. 40) Se por um lado há uma "sensação de satisfação que se justificava em razão do grau de desenvolvimento econômico, social e cultural alcançado, pela riqueza, pelo bem-estar e pela qualidade de vida atingidos; por outro, há o incômodo da insegurança e da incerteza, em virtude da quebra" de confiança no Estado e sua capacidade de direção dos processos sociais e resolução de problemas que lhe era constantemente apresentado. (PRATES, 2005, p. 41)

Dessa maneira, a sociedade que tem como elemento básico estruturante o risco em suas mais novas e distintas dimensões, passa a viver um cenário bastante contraditório nos Estados ocidentais desenvolvidos. Ao mesmo tempo em que o Estado incentiva constantemente o desenvolvimento e o crescimento da economia, aplica reiterada e progressivamente seus instrumentos de repressão para conter a criação de eventuais riscos. (BOTTINI, 2011, p. 112)

O paradoxo do risco pode ser definido como uma espécie de esquizofrenia estrutural da sociedade de consumo, em que os discursos sobre o risco permitido colapsam em antagonismos insuperáveis. Vive-se em uma sociedade em que o modelo econômico é sustentado sobre a criação e oferecimento do novo ao consumidor, justamente porque o mercado exige a novidade e o conforto desta oferta. No entanto, o desconhecimento sobre os riscos inerentes a este mesmo novo fomenta o discurso pela diminuição na intensidade de novidades até que seus riscos sejam conhecidos. (BOTTINI, 2011, p. 112)

Essa ambivalência do risco pressupõe o conhecimento e a definição dos riscos que podem ser permitidos e dos que não devem ser permitidos, bem como a definição e a aplicação de medidas preventivas ou reparadoras. É necessário que se faça um gerenciamento dessa antítese. Infelizmente, as decisões nem sempre são objetivas, técnicas ou politicamente neutras, já que envolvem posições ideológicas que repercutem em interesses econômicos de determinados grupos.

De toda sorte, para aquelas atividades que possam apresentar certo grau de periculosidade, faz-se pertinente que se definam com maior precisão estratégias racionais de atuação para a adoção de medidas de contenção e de administração dos riscos. Diante desse contexto, o poder legislativo é arena principal na disputa discursiva acerca da permissão ou proibição das ameaças (BOTTINI, 2011, p. 114),

e o Direito Sancionador (em geral) e seus institutos aparecem como fortes mecanismos de controle.

O que se verifica na prática, contudo, como observa Alejandro Nieto, é o exercício da potestade administrativa acompanhado de inúmeras irregularidades. A injustiça começa na própria persecução do processo administrativo sancionador, já que a Administração Pública, em regra, escolhe, circunstancialmente, um ou outro caso que bem lhe aprouver. Isso faz com que o destino de cada administrado quede incerto e dependa exclusivamente de seu capricho em castigá-lo. (NIETO, 2000, p. 25)

Em segundo lugar, o que também nos chama muita atenção, é o incontável número de infrações administrativas previstas no ordenamento jurídico, o que inviabiliza até mesmo ao jurista, e quanto mais ao cidadão, ter prévio conhecimento de todas elas. É nesse ambiente que a reserva legal e a publicidade das normas não passam de uma ilusão formal, porque múltiplas e não inteligíveis. E o resultado é a impossibilidade de se evitar condutas ilícitas, pois ou elas são ignoradas ou, se conhecidas, dificilmente não praticadas. (NIETO, 2000, p. 25)

A banalização do uso das sanções administrativas faz com que o cidadão mais correto incorra em infrações (quase que diariamente). Além, é claro, da perigosa margem de arbítrio que se abre, permitindo que o Direito Administrativo Sancionador se transforme em um verdadeiro alibi para justificar as condutas mais miseráveis do Poder Público, que sanciona, espolia e humilha, sob proteção da lei e a pretexto de estar executando a lei. Uma legitimação da violência do Poder. (NIETO, 2000, p. 25)

O melhor exemplo desse abuso (e de flagrante inconstitucionalidade) é a recente criação do art. 165-A, do Código de Trânsito Brasileiro (CTB – Lei nº 9.503/97), operada por meio da Lei nº 13.281/2016, que capitula como *infração gravíssima* o comportamento do motorista no sentido de “recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa (...)” fazendo-a desarrazoadamente (*rectius*, absurdamente) equivaler, em importância e repercussão, à própria conduta de “dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”, prevista no art. 165 do mesmo código.

Nesse sentido, os cidadãos simplesmente se encontram desamparados, e, no caso examinado, chega-se ao ponto de o direito de não fazer prova contra si mesmo

acabar (inconstitucionalmente) “flexibilizado”, para fazer frente à demanda de prevenção de riscos proibidos, de modo que infrações de *mera voluntariedade* (que dispensam a prova de culpa ou dolo, por parte da Administração Pública) e de *mera conduta* (que independem de um resultado concreto) passam a figurar como o modelo-padrão de estipulação de normas proibitivas. (FERREIRA, 2012, p. 169)

No meio dessa crise, o Estado passa a ter que se reavaliar e focalizar suas preocupações em algumas questões fundamentais de Direito Administrativo, especialmente no que se refere à reestruturação do Estado, sua missão e seus instrumentais, pela simples razão de a Administração Pública se ver, paradoxalmente, “enfraquecida”, demandando novas formas de articulação. É que não mais se pode admitir, com neutralidade ou indiferença) a figura do *poder de império* do Estado e da Administração Pública.

Frente à realidade que se impõe, é irrefutável a necessidade do Direito Administrativo (Sancionador, inclusive) assumir novas perspectivas, para que seja viável especificar o meio mais adequado para prossecução do interesse público e reintegração da ordem jurídica violada. E aqui se revelaria uma outra tendência do Direito Administrativo Sancionador, *que não o seu recrudescimento; ver priorizado e preferível o acordo à sanção*, de modo a se prestigiar a consensualidade em detrimento da coatividade e da coercibilidade. (PRATES, 2005, p. 49) Afinal, os administrados não podem ser tratados como súditos do Estado; ao contrário, devem ser considerados como cidadãos, titulares de direito e deveres perante a coletividade e coadjuvantes das ações governamentais. (DALLARI, 2006) Assim,

A participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem a atenção a todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidas (ordem).

Em suma, a consensualidade como alternativa preferível à imperatividade, sempre que possível, ou em outros termos, sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo, o que se vai tornando válido até mesmo nas atividades delegadas, em que a coerção não é mais que uma fase eventual ou excepcional (ex: o poder de polícia). (MOREIRA NETO, 2000, p. 41)

Em suma, o Direito precisa, mesmo, reinventar-se frente à realidade da Sociedade de Riscos, mas isso não pode repercutir em um (maior) distanciamento entre o Estado (e a Administração Pública) e a Sociedade. E o caminho vem

sugerido por Alejandro Nieto nos seguintes termos: a adoção de uma política repressiva inteligente que rechace a mera imposição arbitrária de sanções. (NIETO, 2000, p. 33)

CONCLUSÃO

Não se olvida que a Sociedade de Riscos impactou e continua a impactar a produção legislativa brasileira, criando novos espaços para atuação da Administração Pública.

Dentre eles, merece destaque o dever de evitar a criação riscos proibidos, a despeito de seu aparecimento ser fruto da própria sociedade global e tecnológica. Isso se revela como o recrudescimento do Direito Administrativo Sancionador, que vê a capitulação de ilícitos se multiplicar de forma exponencial e injustificada, praticamente impedindo qualquer cidadão de continuar ostentando a condição não-acusado ou mesmo de não-infrator perante a Administração Pública. E a razão é simples, quase tudo passa a ser proibido (ou obrigatório) independentemente de qualquer resultado (e significativo) no mundo do ser.

Nesse sentido, é preciso refletir criticamente sobre as inovações legislativas, de modo a buscar compreendê-las como necessárias, ou não; como razoáveis, ou não; como proporcionais, ou não. Isto é, mesmo a Sociedade de Riscos, e ainda quando combinada com um Direito Penal de *ultima ratio*, não pode servir de mote para o arbítrio. Ou seja, os riscos *relevantes* devem ser controlados pela Administração Pública, mas não a qualquer pretexto e a qualquer custo.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Tradução de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002.

_____. **O que é globalização?**: equívocos do globalismo: respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra. 1999.

BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. Limites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riegos. In: PUIG, Santiago Mir; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy (Dir.). MARTÍN, Víctor Gómez (Coord.). **Política criminal y reforma penal**. Buenos Aires: Euros Editores, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (Coords). **Direito Penal Contemporâneo: questões controvertidas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Princípio da Precaução, direito penal e sociedade de risco. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 14, n. 16, jul-ago, 2006.

DALLARI, Edilson Abreu. Privatização, Eficiência e Responsabilidade. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 5, fev/mar/abr de 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-5-FEVEREIRO-2006-ADILSON%20DALLARI.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2015.

FERNANDES, Paulo Silva. **A globalização e a “sociedade de risco” e o futuro do direito penal**: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.

FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. FERREIRA, Daniel. Infrações e sanções administrativas. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder; MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Tratado de direito administrativo**. T. 1. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Sanções Administrativas: entre direitos fundamentais e democratização da ação estatal. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba: Revista Eletrônica da Unibrasil, v. 12, n. 12, jul/dez de 2012. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/issue/view/0000-0003-4044-8160>> Acesso: 20 dez. 2016.

GIDDENS, Anthony. **Conseqüências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991.

_____; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Ed. da Universidade Estadual Paulista, 1997.

HOFMEISTER, Maria Alice Costa. **O dano pessoal na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

LUZ, Rodrigo Teixeira. **Relações econômicas internacionais**. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 2. Ed. Madrid: Tecnos, 2000.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Hassemer e o Direito Penal Brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa**. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

PILOTTO, Melissa Abramovici. **Dano Ambiental na Sociedade de Risco: utilização da norma tributária na indução de comportamentos ambientalmente adequados**. 99 f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania), Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2014.

PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção Administrativa Geral: anatomia e autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, n. 17, mar-abr, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 11.

SILVA, Paulo Rodrigo Alflen da. Aspectos críticos do direito penal na sociedade de risco. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, n. 46, jan-fev, 2004.

VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.