

**REFLEXÃO ACERCA DA ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO
PENAL BRASILEIRO (COM A LEI 12.846/2013)**

**REFLECTION ABOUT THE SANCTIONS OF CRIMINAL LAW BY
ADMINISTRATIVES PENALTIES (BRAZILIAN LAW 12.846/2013)**

DANIELA CARVALHO ALMEIDA DA COSTA

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe - UFS; Mestre e Doutora em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de São Paulo - USP; Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de Salamanca; Professora da Graduação de do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe - UFS; Professora da Graduação da Faculdade de Negócios de Sergipe – FANESE; Ex-Coordenadora Regional em Sergipe do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM; Membro da Comissão Executiva e de Articulação Institucional para difusão da Justiça Restaurativa no Estado de Sergipe, indicada pela UFS, que firmou o Protocolo de Cooperação Interinstitucional com o Tribunal de Justiça de Sergipe e outros diversos órgãos e instituições, desde 11 de maio de 2015; Advogada. CV: <http://lattes.cnpq.br/3245592995839786>

EDYLENO ITALO SANTOS SODRÉ

Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Mestre em Constitucionalização do Direito, com ênfase na área de Direito Penal, pela Universidade Federal de Sergipe – UFS. Especialista em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Promotor de Justiça. CV: <http://lattes.cnpq.br/8953882150400232>

RESUMO

Esta construção objetiva apresentar, a partir de análise crítica, a atual situação do direito penal contemporâneo e sua tendência expansionista frente aos direitos fundamentais e ao “Sistema Garantista”, adotado pela Constituição Brasileira. Também almeja abordar o que se tem denominado como “Crise do Direito Penal Clássico” e o contraste dos paradigmas antigos com o atual contexto do aumento da criminalidade no Brasil, principalmente no que pertine a prática de atos de corrupção, lavagem de dinheiro e os intitulados “delitos do colarinho branco”. Por fim, aponta para a solução encontrada pelo Legislativo, a lei federal ordinária 12.846 de 2013 (de combate à improbidade empresarial), como alternativa para, diante da rigidez do Sistema Garantista da Constituição Federal, tornar o Estado mais eficaz na persecução de ilícitos que causam enormes prejuízos ao erário.

PALAVRAS-CHAVE: Estado; Direitos Fundamentais; Garantias; Improbidade Empresarial; Criminalidade; Globalização; Sanções Alternativas.

ABSTRACT

This construction aims to present, from critical analysis, the current situation of contemporary criminal law and its expansionist trend against the fundamental rights and “Garantista System”, adopted by the Brazilian Constitution. Also aims to address what has been called as Crisis of Criminal Law Classic and the contrast of old paradigms with the current context of increased crime in Brazil, especially as pertains to the practice of acts of corruption, money laundering and the entitled “white-collar crimes”. Finally, points to the solution found by the legislature, the ordinary federal law 12,846 of 2013 (to combat corporate corruption) as an alternative to, given the rigidity of “Garantista System” of the Federal Constitution, improve the efficiency of state in illicit pursuit that cause huge losses to the public.

KEYWORDS: State; Fundamental Rights; Guarantees; Misconduct Business; Criminality; Globalization; Alternative Sanctions.

INTRODUÇÃO

Dentre um dos temas mais abordados na atualidade está a intitulada “Crise do Direito Penal”, suas consequências para o Estado Democrático de Direito e, trazendo tal tópico para a realidade do nosso País, que tem uma Constituição que consagrou o garantismo penal (FERRAJOLI) como sua vertente, mais discussões tem sido travadas quanto a função do direito penal diante do surgimento de imensuráveis tipos penais, ora com acréscimos dos artigos do Código Penal, ora em leis separadas do estatuto repressivo pátrio.

Não podemos olvidar que atualmente vivemos avanços tecnológicos impressionantes e com isso, tenta o Estado (em sentido amplo) regular as relações resultantes das inovações na área de informática e a denominada “globalização”, muitas vezes valendo-se da caracterização de certas condutas como crimes intitulados cibernéticos, transnacionais, globais.

Os pesquisadores do Direito Penal, ainda tem de se deparar com a aspiração estatal de deter uma prática que tem causado prejuízos consideráveis para a sociedade e à sua própria sobrevivência, a corrupção ampliada, em demasia, pela rede mundial de computadores e a enorme facilidade de acesso à informação, transmissão de dados com qualquer parte do planeta.

Certamente, cada um de nós, operadores do Direito, tem ao menos uma recordação de notícia ou manchete sobre esses novos conceitos de criminalidade e de Tratados Internacionais entre dois Países para que ocorra a “repatriação” de dinheiro e outros bens desviados de forma ilícita.

No cenário brasileiro surge a lei 12.846/2013, esta que como podemos constatar da leitura da sua mensagem “dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências”, sendo aqui denominada de Lei Improbidade Empresarial, foi publicada em 1º de agosto de 2013 e entrou em vigor nos primeiros dias de fevereiro de 2014, após a *vacatio legis* de seis meses.

Ocorre que, toda norma infraconstitucional (e a lei ordinária é uma delas) tem de encontrar respaldo na norma maior de um ordenamento jurídico-penal, a Constituição Federal, sendo que essa diretriz, além da forma como deve se dar a

interpretação¹ das normas jurídicas, constitui-se a pauta de nosso trabalho.

1. DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ATÉ ALCANÇAR O ATUAL ESTÁGIO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS (CONSTITUIÇÃO GARANTISTA).

Antes de abordar o atual contexto do Estado Democrático de Direito Brasileiro, cumpre trazer a este como surgiram as constituições de alguns países ocidentais, qual foi a causa da adoção como instrumentos escritos, além da razão dos direitos fundamentais estarem contidos nas maiores normas dos ordenamentos jurídicos nacionais de cada estado-nação.

Desde o Século XVIII, notadamente depois da Revolução Francesa (1789), com a chegada da burguesia, que esta mais nova classe, ascendente ao poder, pretendeu limitar os demais poderes do rei e da aristocracia e por isso adotou-se a idéia de ser necessário leis escritas e uma Constituição.

Como, característico dos países que adotaram o direito romano, documentos escritos (diferente do que era antes, onde prevalecia a “vontade” do soberano como lei e) - e que fosse superior as demais normas (leis, decretos-reais, etc.), sendo esta uma das grandes novidades trazida com o Estado que surgia.

Mas, com o passar do tempo, verificou-se que isso não era suficiente. Tornava-se imprescindível que a “norma fundamental” (a Constituição) também trouxesse a divisão das funções típicas do Estado (denominado Liberal) que despontava: Executivo, Legislativo e Judiciário (como verificamos no nosso direito). Indicava, ainda, que os poderes não deveriam estar concentrados nas mãos de uma só pessoa para evitar os desmandos ocorridos na época do estado absolutista.

¹ Sobre o cuidado que devemos ter na atividade de interpretação da norma penal no atual contexto, ALBANI e CARNEIRO (CRISE EPISTEMOLÓGICA DO DIREITO PENAL NA PÓS-MODERNIDADE, 2014), de forma cirúrgica, trazem a seguinte direção: “É preciso proceder com muita cautela no processo hermenêutico, tendo em vista que o senso comum teórico tende a oferecer fórmulas prontas de subsunção para que ao intérprete restasse apenas aplicá-las, como se houvesse uma verdade universal oferecida pelo pensamento dominante. E, no momento em que essa 'verdade' foi construída sobre a égide de um paradigma que não mais condiz com a realidade social, fruto de um pensamento pré-moderno e liberal, resta caracterizada uma possível crise epistemológica da ciência com o advento da pós-modernidade e suas promessas sociais. Ora, Direito é, afinal, vida - e não fantasia -, e enquanto tal deve acompanhar de perto os passos da humanidade; não a admirar de seu trono erigido em um mundo afastado, surreal e, de certa forma, solipsista”.

A lei (inclusive a penal), resultado da atividade do legislativo (formado de representantes escolhidos pelo povo para esse fim), deveria ser destinada a todos e, naquele momento, tornava-se garantia da “liberdade”, “igualdade”, inclusive para dar legitimidade à classe que acabara de chegar ao poder.

Entretanto, percebeu-se que a classe dominante e os ideais do estado moderno não asseguravam a “fraternidade” e que a “igualdade” entre os cidadãos era ficta, surgindo, ainda, a necessidade de que se tivesse o reconhecimento de direitos tidos como essenciais para os cidadãos, além de instrumentos e órgãos que assegurassem a maior efetividade dos mesmos.

Os direitos fundamentais, como os previstos na Declaração Universal, passaram, cada vez mais, a ser incorporados em textos constitucionais de alguns ordenamentos nacionais (principalmente daqueles Estados que optaram por uma constituição escrita), no pós-guerra, uma vez que os instrumentos jurídicos anteriores (principalmente por causa do positivismo e da forma como eram interpretados) serviram, antes, para “justificar” regimes totalitários.

Aqui, cabe mencionar que o quadro evolutivo desse ideal (de incorporar nos textos constitucionais, os direitos essenciais aos cidadãos e de assegurá-los, mesmo que em detrimento inclusive do próprio estado, do poder dominante) fez inclusive surgir conceitos como o de Constituição Aberta, a exemplo da nossa, que traz expressamente a advertência de que os direitos fundamentais nela previstos não excluem outros a que o Estado Brasileiro venha reconhecer em tratados e convenções internacionais (artigo 5º, § 2º, CF).

Eis o motivo pelo qual, inclusive para o Direito Penal e Processual Pátrio, devem, obrigatoriamente, ser observadas normas como o Pacto de São José (Costa Rica) – Convenção Interamericana de Direitos Humanos -, Tratado Internacional ratificado pela República Federativa Brasileira, sendo o judiciário, na sua função de jurisdição constitucional, o órgão designado pela Constituição para assegurar esse alcance dos direitos (principalmente os fundamentais – com traços do sistema garantista), também sediados na Carta Magna do País.

Forçoso, também, deduzir que, por estarem os conceitos intrínseca e reciprocamente ligados, não se pode falar em jurisdição constitucional - instrumento legítimo para que haja a garantia de direitos mínimos ao cidadão (e assim da

vertente para conferir essa máxima efetividade das normas constitucionais) - sem o reconhecimento dos direitos fundamentais, principalmente no estágio atual.

Também, em face do atual estágio e do que se entende como Estado Democrático de Direito (a República Federativa do Brasil), o alcance dos Direitos Fundamentais e da própria Constituição (da sua supremacia, além da força normativa), não se pode olvidar que a Jurisdição Constitucional no nosso país ocupa um espaço privilegiado e inédito de atuação, alargando o espaço para a interpretação jurisdicional, inclusive em processos “silenciosos” de definição do alcance literal dos dispositivos como a mutação constitucional e da “interpretação conforme” (com ou sem redução de texto escrito) das normas contidas na própria Constituição, variando de acordo com o entendimento de órgãos como o Supremo Tribunal Federal, mas também dos demais integrantes do judiciário dentro do controle de constitucionalidade difuso.

Embora, os autores mencionem que a tarefa interpretativa deva levar em conta, ao máximo, os dispositivos da Carta Magna, percebe-se, além disso, o mandamento, como opção clara adotada pelo Constituinte, de que pode ocorrer o acréscimo de outros direitos fundamentais, principalmente à luz do resultado da combinação dos dois primeiros parágrafos, do artigo quinto, da Constituição Federal:

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Apresentadas essas situações, inclusive quanto ao atual quadro em que se encontram os Direitos Fundamentais, cabe trazer a este contexto algumas ponderações sobre o estado atual do direito penal, a recente situação política e social do País, os antecedentes para o surgimento de uma lei que traz como objetivo combater a “corrupção” empresarial (com medidas outras que não as típicas do direito penal clássico) e se essa nova vertente tem o condão de alterar as conquistas das normas insculpidas na nossa “Constituição Garantista”, salientando que todo nosso estudo observa, como princípio fundamental, a premissa de que a aplicação de uma sanção penal deve ser a última ratio do Direito.

2. DO DIREITO PENAL CLÁSSICO E SEUS PARADIGMAS.

Desde o início da convivência coletiva do homem com a previsão do Direito para regulamentação das relações entre os cidadãos que integram essa Sociedade, o direito penal tem sido utilizado na sua versão clássica, tendo, para grande parte da doutrina, dois objetivos essenciais.

Aponta-se, primeiro, o de prever quais comportamentos, em face da política criminal adotada pela classe dominante, são considerados indesejáveis e, portanto, ilícitos, havendo a sua previsão em um documento escrito (código penal), a fim de que as pessoas deixem de praticar tais condutas sob o risco de não o fazendo, sofrerem as consequências descritas na figura típica.

Assim, quanto ao critério adotado para que tenhamos o ilícito penal, cumpre trazer o pensamento de PEREIRA (2009):

A política criminal poderia ser definida como “um conjunto dos procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal, aparecendo, portanto, como teoria e prática das diferentes formas de controle social”, sendo que seu objeto estaria fundado na solução científica “das questões relacionadas ao fundamento jurídico e aos fins do poder de punir que ao Estado pertence, bem como a da origem da natureza do crime”.

Desta maneira, pode-se compreender a política criminal a partir de um contraponto existente entre a atuação estatal – materializada através de procedimentos que objetivam a prevenção e repressão ao fenômeno criminal –, o sujeito ativo do ilícito e a análise da (des)necessidade de imposição de reprimenda sancionatória.

Além de constituir um conjunto de procedimentos que busca organizar o “corpo social”, a política criminal tem, em princípio, por objeto permanente criar meios que tenham por finalidade a manutenção da segurança (ou pode-se dizer da sensação de segurança) esperada por toda a sociedade.

A partir das proposições ou mandamentos fundamentais da política criminal, os quais “são encontrados no campo de projecção dos problemas jurídicos sobre o contexto mais amplo da política social, é que será possível esperar o controle da criminalidade”.

A partir dessa acepção, constata-se que a política criminal se faz presente através de meios de controle do fenômeno criminal, utilizando-se para atingir este objetivo não somente o Direito Penal como meio coercitivo de imposição de sanções punitivas, mas, sobretudo, outras formas de manifestação apresentadas pelo próprio Estado ou mesmo pela sociedade que representam formas reduzidas de coerção.

Tal função seria destinada a generalidade dos integrantes da sociedade com o escopo de desestimulá-los a praticar o que foi estabelecido como “crime” (no

sentido mais amplo), sendo nítido o seu caráter de prevenção genérica.

Mas, também, existe aquele aspecto da norma penal que surge quando, não obstante a previsão anterior (contida, geralmente, num documento escrito) há a infração à norma que o tipo penal desejava proteger (na verdade, o que ocorre é a adequação da conduta praticada dentro do que é tido como ilícito), nascendo, dessa forma, para o Estado o direito de aplicar a sanção também descrita no “crime”.

Assim, nos ensina FERRAJOLI (2014):

O primeiro destes elementos é o convencionalismo penal, tal como resulta do princípio da legalidade estrita, na determinação abstrata do que é punível. Este princípio exige duas condições: o caráter formal ou legal do critério de definição do desvio e o caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio legalmente definidas. O desvio punível, segundo a primeira condição, não é o que, por características intrínsecas ou ontológicas, é reconhecido em cada ocasião como imoral, como naturalmente anormal, como socialmente lesivo ou coisa semelhante. É aquele formalmente indicado pela lei como pressuposto necessário para aplicação de uma pena, segundo a clássica fórmula *nulla poena et nullum crimen sine lege*.

Elementar que, sob este último aspecto – *jus puniendi* -, tenhamos o direito penal, orientando-se pelo critério individual, ou seja, a repressão da conduta violadora do crime (que foi gerada de forma individualizada, não pela sociedade como um todo).

Entretanto, a evolução das sociedades, principalmente, do período pós-segunda guerra mundial, com avanços tecnológicos imensuráveis (internet e tantos outros), a facilidade de acesso a informações, e a estrutura do mundo globalizado, fez com que o direito, que quase nunca acompanha esse processo com o mesmo ritmo, pudesse se deparar com situações antes nunca previstas e, pior, sem qualquer previsão normativa.

Nesse sentido, há quem defenda que o Direito Penal Clássico entrou em colapso, sendo necessária, uma verdadeira reformulação de seus conceitos para acompanhar as mudanças.

ALBANI e CARNEIRO (2014), expressamente fazem menção a uma verdadeira crise de paradigmas pela qual passa o direito penal:

Acostumado a aplicar o processo de subsunção do fato à norma, guiado pela hermenêutica normativa, e aliado ao fato de que não há, em âmbito Penal, tipo legal previsto na Constituição, o profissional do Direito parece

ainda não ter se dado conta de que ele é o responsável pela construção do sentido da norma, em um processo de interpretação que não pode olvidar os ideais eleitos pelo Constituinte de 1988 e condizentes com um Estado Democrático (e moderno) de Direito. Em outras palavras: o operador deve entender que o conteúdo do injusto não está contido no tipo penal, pois este não é dotado de vida nem sentido próprios, devendo ser afastado o entendimento de que a norma resta adormecida em um mundo idealizado do qual deve ser resgatada por intermédio de um processo de subsunção. O injusto é construído, em um processo de significação, pelo próprio intérprete, que assim age norteado por sua bagagem histórico-sociocultural e por seus pré-juízos/pré-compreensões, e deve observar não apenas o quanto previsto no Código Penal ou na legislação especial, mas, principalmente, em cada caso concreto, os valores eleitos de acordo com a política criminal e princípios elencados na Constituição, não obstante o respeito ao princípio da legalidade.

3. DIREITO PENAL E DESAFIOS DA CONTEMPORANEIDADE.

Não podemos olvidar que com o gigantesco avanço tecnológico, o direito penal criado para lidar, essencialmente, com o individual teve de se deparar com novo cenário em que as relações passaram a ser globalizadas e, por consequência, houve um incremento nos crimes transnacionais, envolvendo um número infinito de vítimas, não raramente atingidas numa velocidade estrondosa.

Assim, factível que pudesse ocorrer um verdadeiro colapso para os estudiosos do direito penal, como nos aponta CAVALCANTI (2014):

As causas da profunda crise no Direito Penal, estão na raiz da alteração que ocorre atualmente no Sistema Criminal. O Direito Penal Clássico, sempre ocupado com a tutela dos bens jurídicos individuais, cede espaço para um novo Direito Penal, destinado a proteger os chamados Bens Jurídicos “supra-individuais” (ordem econômica, meio-ambiente, relações de consumo, etc.). Porém, esse Direito Punitivo contemporâneo passa a ser, equivocadamente, identificado como a solução única ao aumento do macro criminalidade.

E o direito penal clássico, assim como todo ordenamento jurídico positivo, além de não acompanhar as rápidas mudanças sociais, ainda, por mera presunção, como entendem alguns, almejaria ser utilizado para regular as novas relações sociais e, dentro da sua esfera de atuação, também, objetiva ser o instrumento de controle para pacificação social.

Falando acerca do direito penal moderno, e como ele pode ser usado como instrumento de controle social HASSEMER (2008, páginas 216 e 217) registra:

Difusão simbólica de uma vida conforme ao Direito por intermédio do emprego instrumental do Direito penal: este é, com certeza, o traço marcante do de um Direito Penal moderno desde o término – se é que alguma vez houve um início – de uma fundamentação da pena radicalmente absoluta – desde Lobe, passando por Nagler até Maurach e Weltzel – consistiu, na verdade, na fixação de fins preventivos da pena, no sentido aqui empregado. Afinal, não se trata aqui apenas de uma concretização instrumental do Direito penal e da justiça penal, mas sim, por meio delas, do atingimento de fins preventivos especiais e gerais: transmitir ao condenado o sentimento de sua própria responsabilidade, proteger os valores ético-sociais mais caros à população e fortalecer as convicções ético-sociais. Trata-se, em síntese, da afirmação do Direito e da promoção do respeito geral à lei.

Já quando chegamos ao direito penal pós-moderno (o da atualidade), nos valem, ainda, da preceituação de CAVALCANTI (2014):

O Direito Penal de nossos dias depara-se com uma imensa dificuldade: a evolução tecnológica exponencial levou à sensibilização intensa de determinados setores da sociedade aos riscos causados por essas tecnologias. Daí deriva um clamor intensificado pela intervenção penal que uniformize os discursos oriundos de distintas orientações políticas. Assim ocorre, por exemplo, nos delitos informáticos, nos delitos socioeconômicos e nos delitos contra o ambiente.

Agora, no entanto, estamos vivendo uma recuperação do ponto de vista axiológico como fórmula de recorte de um Direito Penal aliado de considerações desta natureza. Deparamo-nos, em Direito Penal, com a circunstância de que a proteção de bens jurídicos coletivos é cada vez mais exigida em um processo de expansão permanente que tende a romper com os princípios e garantias fundamentais.

Aponta-se, assim, uma tendência expansionista do direito penal (como temos nas denominadas Escolas de Coimbra, Portugal – necessidade da utilização dos instrumentos do Direito Penal para os riscos à Sociedade Contemporânea – e, principalmente, na Funcionalista Espanhola, que tem Silva-Sanchez como expoente – defende-se diferentes “velocidades” do direito repressivo com supressão dos direitos fundamentais, para que se tenha maior eficácia do controle da criminalidade por parte do Estado)-, ainda que se tenha de suprimir conquistas fundamentais que demoraram tanto para chegar ao status atual.

Assim, temos uma premissa da corrente, quando o renomado autor, SILVA-

SANCHEZ (2014), preconiza:

Deparamo-nos, em Direito Penal, com a circunstância de que a proteção de bens jurídicos coletivos é cada vez mais exigida em um processo de expansão permanente que tende a romper com os princípios e garantias fundamentais.

4. ANTECEDENTES DA LEI DE IMPROBIDADE EMPRESARIAL BRASILEIRA.

Quanto ao nosso país, cumpre informar, antes da apresentação da lei, alguns fatores que podem ter levado a adoção de uma nova política criminal para alcançar um melhor resultado do Estado quanto a persecução de atividades tidas como ilícitas para o Direito (como um todo).

Ressalte-se que, além das sanções típicas do direito penal clássico não terem se mostrado eficazes, as condutas ilícitas geralmente representam grandes perdas patrimoniais ao erário, transmitindo a ideia da impunidade ou ao menos de injustiça.

Houve, desde meados do ano de 2013, um período de intensa movimentação social com movimentos de populares pedindo o fim da corrupção e julgamentos eficientes para os envolvidos em delitos dessa natureza.

No âmbito do Poder Judiciário, como a imprensa televisiva e escrita deixou por demais evidenciado, ocorreu o julgamento da “Ação Penal 470” pela mais alta Corte de Justiça do País, o Supremo Tribunal Federal, sendo que nos autos estava o chamado “Caso do Mensalão”, sendo que políticos e figuras importantes do cenário nacional, inclusive, na cúpula do governo federal, estavam envolvidos na prática de atos de corrupção.

Ainda não podemos deixar de mencionar que uma das reações das manifestações dos movimentos foi contra a Proposta de Emenda Constitucional - PEC 37, que tinha como objetivo diminuir o poder de investigação criminal do Ministério Público, órgão que a Constituição Federal de 1988 conferiu a todos os seus membros a equiparação com as garantias constitucionais dos integrantes do Poder Judiciário, e fez crescer, em muito, a defesa dos interesses da Sociedade e da Cidadania (até mesmo no combate à prática da corrupção).

A proposta de emenda foi rejeitada no Congresso por causa da pressão das manifestações sobre os parlamentares.

Impende registrar, também, embora já após a entrada em vigor da Lei 12.846/2013, que tivemos no período final do ano de 2014, quando as ações dos órgãos de combate à corrupção ficaram mais estampadas na imprensa, a “OPERAÇÃO LAVA JATO”, da justiça federal do Paraná com as prisões de vários empresários e dirigentes de construtoras importantes envolvidos em crimes de corrupção em licitações com a Petrobras S.A (Sociedade de Economia Mista Federal) e, até mesmo, de um ex-diretor da empresa petrolífera.

Sendo que, neste último caso (“OPERAÇÃO LAVA JATO”), para a imputação estatal dada aos fatos houve o enquadramento dos ilícitos em figuras típicas que, embora não previstas no Código Penal, apresentam em seus preceitos secundários aplicações das sanções penais típicas (penas privativas de liberdade, restritivas de direito, multa), tais como as leis que definem os crimes de lavagem de dinheiro e do colarinho branco.

Assim, diante desse cenário, causado até mesmo pelo próprio Estado, incapaz de dotar os órgãos de investigação e combate à criminalidade contemporânea com instrumentos eficientes – sendo que o grito geral era o de aumento da sensação de impunidade (e, por consectário, da violência) - e num país como o Brasil, onde há grande um fosso entre as classes sociais, tem-se um campo fértil para manifestações com gritos de justiça, fim à corrupção e outros, como vimos a partir do ano de 2013.

O Poder Legislativo Federal, que, para imprensa e alguns comentaristas políticos também teria dado ensejo, à reivindicação das ruas, principalmente ao tentar diminuir a função investigativa de importante órgão – Ministério Público – também foi atingido (com invasões e depredações de suas instalações), fez surgir uma nova vertente para a situação da improbidade empresarial e nos trouxe a Lei 12.846/2013, como pretendesse dar resposta rapidamente à “pressão popular”.

Denominaremos a lei em questão por “Lei de Improbidade Empresarial”, tomando por base as reflexões de Valter Santin (2014):

Não se trata da única “Lei Anticorrupção”, pois faz parte de um conjunto de diplomas legais contra corrupção e ilicitudes que vitimizam a Administração Pública. Para combater atos de corrupção, há tipificações penais (corrupção passiva e ativa, arts. 317 e 333, do Código Penal), por improbidade

administrativa (Lei 8.429/1992), administrativas, civis e criminais por ilicitudes em licitações (Lei 8.666/1993), dentre mais.

Assim, **a melhor denominação para a nova lei seria “Lei de Improbidade Empresarial”**, por conter condutas administrativas e civis de preservação da probidade de empresa ou pessoa jurídica de qualquer formato jurídico (art. 1º, parágrafo único) em seu relacionamento com a Administração Pública, semelhante ao sistema para servidor público (Lei 8.429/1992). (grifo nosso)

Seria o escopo da Lei de Improbidade Empresarial trazer uma nova diretriz, a qual deve ser adotada pelo direito penal clássico, para, ao mesmo tempo que restem asseguradas as conquistas essenciais aos cidadãos, também, possam ser dadas soluções à crise atual, principalmente diante do avanço da criminalidade “globalizada”, envolvendo a corrupção do poder público (com todas as mudanças tecnológicas), além do aumento dos conflitos transindividuais?

5. DA ANÁLISE DA QUESTÃO APRESENTADA.

Como já começamos a dizer, no nosso caso particular, como Estado integrante de um bloco marcado pela grande desigualdade entre as classes sociais (América Latina), com fortes traços de atos envolvendo a corrupção (isso “desde o descobrimento do Brasil”), devemos saber sobre o atual estágio do Direito e, do seu ramo, que deveria ser utilizado quando os outros não conseguiram cumprir o seu mister, restando, no pensamento de alguns doutrinadores, apenas ele, como “última oportunidade” para o Estado “manter a situação sob controle”.

Ressalte-se que para encarar as alterações, relacionadas ao poder punitivo estatal, que parte da doutrina entende necessárias, sendo essa a opção política adotada para o Estado Democrático de Direito, há de se ter como diretriz que a Constituição Federal é a norma maior em que todas as outras infraconstitucionais devem se basear.

É possível pensarmos em diminuição ou supressão de direitos fundamentais dos cidadãos e do sistema (garantista) consagrados na Carta Magna diante da atual crise política e social vivenciada desde meados do ano de 2013?

Ora, no início de fevereiro de 2014 (*vacatio legis* de seis meses) entrou em vigor a Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013 - “Dispõe sobre a responsabilização

administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências”, aqui denominada de “Lei de Improbidade Empresarial”.

Consagrou-se a prevalência da escolha do legislador ordinário pelo direito administrativo sancionador face ao antigo sistema tradicional de aplicação do *jus puniendi* do Estado Democrático de Direito (o direito penal) com traço característico, como apontado pelas doutrinas de apologia ao direito penal mínimo, do chamado garantismo penal de FERRAJOLI (2014).

Seria a escolha dos representantes do parlamento brasileiro, com a sanção da Presidência da República ao projeto de lei, o reconhecimento de que pelo menos nos casos dos crimes de corrupção empresarial, apesar de vários diplomas esparsos, como as Leis do Colarinho Branco e da que define os delitos de Lavagem de Dinheiro, além das normas gerais de combate aos crimes (Código Penal), o direito penal clássico falhou, sendo necessário recorrer a outros tipos de sanções (administrativas e cíveis) para se conseguir lograr, diante da nova criminalidade, um resultado mais eficiente?

E em caso afirmativo, devemos verificar, diante da solução adotada, sobre provável ocorrência de uma flexibilização dos direitos fundamentais e do sistema garantista adotado pela nossa Constituição e se essa vertente, consitui-se uma tendência nos países, como o nosso, de direito positivo escrito.

Por outro lado, torna-se cada vez mais notório que, no nosso ordenamento jurídico, o estado brasileiro da contemporaneidade, titular do direito de punir, uma vez que buscou se aproximar ao máximo daquele do bem-estar social (e conferir eficácia às propostas de modernidade, que têm inclusive previsão na nossa Constituição Federal de 1988, garantista por decisão do poder constituinte) vem, de forma preocupante, perdendo o espaço reservado ao caráter preventivo geral da pena (intimidativo), como podemos aferir, com algumas mudanças, no escólio do Professor STRECK (2005, pp. 25-27), quando pontifica que:

No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. O que houve (há) é um simulacro de modernidade [...]

Ou seja, em nosso país as promessas da modernidade ainda não se realizaram. E, já que tais promessas não se realizaram, a solução que o establishment apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno ao Estado (neo)liberal. Daí que a pós-modernidade é vista como a visão neoliberal. Só que existe um imenso déficit social em nosso país, e, por isso, temos que defender as instituições da modernidade contra esse neoliberalismo pós-moderno [...]

É evidente, pois, que em países como o Brasil, em que o Estado Social não existiu, o agente principal de toda política social deve ser o Estado. As políticas neoliberais, que visam a minimizar o Estado, não apontarão para a realização de tarefas antitéticas a sua natureza. Veja-se o exemplo ocorrido na França, onde, recentemente, após um avanço dos neoliberais, a pressão popular exigiu a volta das políticas típicas do Estado Providência. Já em nosso país, ao contrário disto, seguimos na contramão, é dizer, quando países de ponta rediscutem e questionam a eficácia (social) do neoliberalismo, caminhamos, cada vez mais, rumo ao “Estado ausenteísta”, “minimizado”, “enxuto” e “desregulamentado” (sic) [...]

É este, pois, o dilema: quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face da miséria que se avoluma, mais o Estado, único agente que poderia erradicar as desigualdades sociais, se encolhe!

Em nosso atual contexto sócio-econômico, no qual manifestações populares eclodiram, clamando, em uníssono pelo fim da corrupção e da impunidade, impende indagar se a escolha pelo sistema de intervenção mínima do Estado - para dar prevalência máxima às garantias e direitos fundamentais, previstos na nossa Constituição rígida - não nos faz concluir que o critério de utilização do direito penal (na resolução de conflitos sociais) como, sempre que possível, de forma mitigada, sublinhando seu apanágio de *ultima ratio – nulla lex poenalis sine necessitate*, não falhou no que alguns doutrinadores entendem como objetivo primário do Estado: pacificação social dos conflitos, dando ensejo a que o legislador ordinário pudesse se valer de outras sanções (civis e administrativas) para responder ao anseio popular?

Os defensores do direito penal mínimo diriam, em face dos abusos cometidos no passado pelo Estado na atividade do *jus puniendi*, ser preferível que sempre deva prevalecer os princípios fundamentais do direito penal liberal, colhidos no período pós-iluminismo (provenientes das revoluções burguesas), os quais se constituem em pilares da teoria idealizada pelo professor italiano Luigi Ferrajoli, a saber: o garantismo penal, nitidamente acolhido pela nossa Constituição.

Entretanto, a prática tem demonstrado que, nos países como o nosso em que

há um enorme abismo entre as classes sociais - os mais ricos, aqueles que podem contratar os melhores advogados e se valer das “garantias” previstas na própria Constituição, no Direito Penal, ou nas leis processuais, sem mencionar a falta de preparo adequado do mecanismo estatal de investigação e de combate aos crimes de corrupção e empresariais - raríssimos são os casos de julgamentos que levam à punição efetiva de crimes que envolvem vultosas importâncias ou que lesam interesses tão preciosos para a sociedade, gerando, inclusive, descrédito das instituições estatais que elaboram as leis, assim como daquelas que as aplicam.

Contudo, a realidade do nosso país demonstrada nos movimentos sociais que pressionam o legislativo não parece se referir nem aos crimes de menor repercussão (aos quais, evidentemente, por política criminal, devem merecer o tratamento que estão tendo, lembrando que o campo de abrangência são as infrações com pena máxima de até dois anos), em que pese a demora, em muitos tribunais deste país, para marcar audiências, realizando as composições civis e transações penais, o que também é apontado como uma das causas da insatisfação popular, a saber, a morosidade do judiciário, como causa da injustiça.

Mas, principalmente, do que ouvimos, só podemos aferir que a o clamor público é voltado para os casos dos ilícitos penais de maior vulto e dos desvios de enormes importâncias do erário que, como alegam os manifestantes, causam prejuízos, sem precedentes, à população tão desassistida de saúde, educação e segurança de forma condigna.

Dir-se-á que, temos até casos paradigmáticos como o do julgamento da “Ação Penal 470”, no âmbito da Corte de Justiça mais alta do País, mas quem acompanhou o desenrolar das intermináveis sessões com as análises dos inúmeros instrumentos manuseados pelos notórios advogados de defesa, além do enorme dispêndio de tempo e dos custos para a máquina estatal, tudo em nome de garantias individuais dos acusados (assim como o direito penal mínimo), pode assistir ao primeiro caso (em verdade, o único, até agora) de condenação da história do Supremo Tribunal Federal. E atualmente, que determinada classe da sociedade (tida por elite) tem até tratamento privilegiado no cumprimento da pena dos outros apenados do mesmo estabelecimento prisional, registrando-se que a maioria dos

envolvidos, no escândalo que marcou o País, foi condenada por Crime contra a Administração Pública - corrupção (ativa e passiva) – e tudo em cifras astronômicas.

Razoável entender-se que, neste cenário de falta de prestígio do Estado, com a pressão da opinião pública e manifestações populares em todos os locais da República Federativa do Brasil, tenha surgido a idéia de encontrar uma alternativa que se mostre efetiva para aplicar sanções (pecuniárias, administrativas), uma vez que o direito penal clássico, em crise e diante do sistema garantista que o rege, mostrou-se ineficaz e ineficiente para os casos em que envolvem a criminalidade atual.

Assim, a voz popular das ruas “pelo fim da corrupção e da impunidade”, viu, como tentativa de mostrar a reação do Estado, o desabrochar de um novo Direito Penal, é verdade, mas diferente, por ser administrativo sancionador. Neste contexto, temos a Lei 12.846/2013.

6. DA SOLUÇÃO

Sobre a alternativa que se mostrou a mais adequada (sanções pecuniárias, civis e administrativas), uma vez que restou ao velho direito penal a estagnação pelo colapso dos paradigmas, cabe, ainda, algumas contemporizações.

Para CAVALCANTI (2014), a solução encontrada, de se tentar a todo custo, diminuir os direitos e garantias fundamentais não se mostra a mais adequada:

Desta forma, nos parece irrefutável a necessidade de se realizar estudos sobre a existência e os resultados de formas distintas de atuação do Estado (fora do âmbito criminal), que se mostra cada vez mais limitado no que diz respeito ao controle migratório do capital, para atuar de forma satisfatória no controle das conseqüências humanas e sociais desta nova configuração econômica e política da sociedade moderna. E tal análise, em nosso entendimento, pode vir a contribuir para incrementar a capacidade do Estado em realizar uma atuação mais adequada na defesa dos interesses dos cidadãos, que, em última análise justificam os próprios interesses de Estado, sem que, com isso, se veja determinado a suprimir direitos e garantias conquistados pela humanidade ao longo dos séculos na esfera do Direito e do Processo Penal.

E para o problema por ele mesmo levantado, o próprio autor, indica a solução,

a saber, outras medidas que não as típicas repressivas do direito penal clássico.

A grande questão colocada por Winfried HASSEMER diz respeito à capacidade do Direito Penal, em seu atual estágio de desenvolvimento, de intervir de forma satisfatória no fenômeno representado pela moderna criminalidade, citando como maior representante desta tendência a “criminalidade organizada”. Respondendo negativamente a esta pergunta, o autor sustenta que a época em que vivemos poderia ser denominada de período do “direito penal simbólico”.

Em primeiro lugar, este Direito Penal não é capaz de proteger os bens jurídicos a que se propõe, e, por outro lado, está sendo utilizado como meio para conter as exigências políticas e sociais no que diz respeito à segurança pública, perdendo seu carácter subsidiário.

(...) um novo campo do Direito, que denomina de Direito de Intervenção. A atuação deste novo sistema jurídico, de cunho administrativo (e não criminal), seria de prevenção técnica, diferentemente do Direito Penal, que tem função repressiva (em que pese o idealizado carácter de prevenção dos tipos penais).

CONCLUSÃO

Creio que devemos partir da premissa de que o direito (como um todo) não tem conseguido ter a mesma velocidade das mudanças e inovações de outras ciências sociais.

E que o seu ramo mais repressivo (o penal) não tendo condições de acompanhar o aumento da criminalidade moderna com todos os avanços tecnológicos, deve se valer de instrumentos outros que não os típicos para alcançar o resultado que, neste momento de grande produção de leis (penais), tem se mostrado como o desejado pela sociedade, havendo, também, acolhimento dessa manifestação popular pelo legislativo.

Mas tal diretriz não deve ser entendida de forma contrária, para que não haja abuso por parte dos intérpretes das normas, tais como os já verificados há certo tempo, onde, sob o argumento de abuso da atividade legislativa, sempre se dá preferência à impunidade e ao reconhecimento de impotência do Estado diante de condutas tão graves que causam enormes prejuízos aos cofres públicos.

É sempre de bom alvitre salientar que, na célebre divisão de poderes do Estado, herança maior do iluminismo (embora para justificar a ascensão da burguesia e a limitação dos poderes das outras classes sociais), ao Legislativo

(representantes do povo para a elaboração das normas de alcance geral – leis) deve ser conferido maior importância.

Sem mencionar que como previsto na Constituição: todo poder emana do povo.

Também, cumpre ter sempre como regra que, para a atuação do Estado quanto às condutas individuais, não há como haver o desprezo de conquistas fundamentais dos cidadãos, principalmente quando essas encontram-se em um patamar normativo superior (inseridas em um texto constitucional ou reconhecido, também pela Carta Fundamental de um país, com esse nível).

De sorte que, para o Direito Penal, em linhas gerais, poderíamos apontar que no caso da criminalidade “organizada, sofisticada”, como chegou a idêntica conclusão PEREIRA (2009), no seu trabalho já apontado, a premissa seria, através de estudos direcionados, chegar ao que se constitui o tema, definindo o seu alcance e outros aspectos próprios, evitando-se com isso que a insipiência criminológica, quanto a figura típica, possa servir como justificante para a gravidade das consequências do delito e da necessária retributividade.

Após, valendo-nos, também, das idéias de HASSEMER (2008), uma vez que foi identificado o problema, poderemos encontrar a solução mais adequada, a fim de que se possa ter a distinção do que a Ciência tem para o crime individual, característico do Direito Penal Clássico (onde o preceito primário da norma é dirigido à generalidade das pessoas sem distinção) – reconhecendo-se, nesse caso, as garantias conquistadas há séculos -.

Mas também o que ela (a Ciência do Direito Penal) aponta como solução para a denominada criminalidade “sofisticada, globalizada”, para que se tenha a atuação do Estado com eficiência.

Reconhecemos que a Ciência ainda se depara com alguns óbices - conceito e delimitação da criminalidade intitulada “globalizada, sofisticada” - havendo, ainda, infelizmente, uma precariedade de requisitos para a segura identificação dos casos que a envolve.

E que, de forma obrigatória, temos de concluir que deve haver, com maior intensidade, um incremento das atividades de pesquisa e de conhecimento para tal missão, uma vez que as situações apontadas, como envolvendo esta criminalidade

do cotidiano atual, mostra-se por demais ameaçadoras, reclamando soluções do Estado de Direito no mais curto espaço de tempo possível.

Disso, podemos concluir que é recomendável muita cautela na adoção dos meios mais enérgicos na repressão e investigação da citada criminalidade, pois não se sabendo com toda precisão qual é o resultado almejado, não se deve utilizar de instrumentos de alta potencialidade (causando abusos), nem, ao contrário, de meios insuficientes para alcançar o objetivo (que pode fazer com o que direito penal tenha apenas caráter figurativo ou simbólico).

E, finalmente, até porque o direito (e o penal nele contido), encontra-se no seio de ciência mais ampla (alcance do campo social), utiliza-se da lógica do dever-ser (e não segue a lógica das ciências naturais), torna-se salutar a contínua análise, com métodos empíricos, para, assim, chegar a conclusão, sobre os instrumentos necessários se e quando, ou mesmo não, atingem o resultado esperado.

Forçoso concluir que, apesar do contexto social e político, em que a Lei 12.846/2013 foi gestada e veio à luz, a vertente adotada por ela, afastando-se das sanções típicas do clássico direito penal, premido pelos direitos fundamentais do sistema garantista, e aproximando-se do que se tem denominado de administrativo sancionador (ou administrativização do direito penal), ao infligir sanções civis e administrativas, mostra-se como a solução mais adequada aos tipos dos ilícitos (corrupção empresarial) que ela se propõe a combater.

Assim, também, para os denominados delitos “sofisticados/globalizados”, transnacionais e etc, desde que se tenha o incremento das atividades de pesquisa e de conhecimento (a fim de que haja maior certeza e precisão) quanto aos mesmos, atendendo-se a princípios constitucionais como o da segurança jurídica e eliminando-se o arbítrio do intérprete no caso concreto.

REFERÊNCIAS

ALBANI, Thiago Anton e CARNEIRO, Wálber Araujo. **CRISE EPISTEMOLÓGICA DO DIREITO PENAL NA PÓS-MODERNIDADE.** Disponível em: <www.revistas.unifacs.br/index.php/sepa/article/download/301/249>. Acesso em 14.02.2014, às 11 horas.

BRASIL. **Lei federal ordinária 12.846/2013.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 09/01/2014.

BRASIL. **Constituição de 1988.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 09/05/2014.

CAVALCANTI, Cristóvão. **DIREITO PENAL EM CRISE. ÂMBITO JURÍDICO (.com.br).** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/link=revista_artigos_7_leitura&artigo_id=9644&revista_caderno=3>. Acesso em 14/02/2014, às 10 horas.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal – fundamentos, estrutura, política.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

PEREIRA, Dirce do Nascimento. **Administrativização do Direito Penal – Reflexos da Expansão do Direito Penal nos Delitos de “Lavagem” de Capitais In: CÂMARA, Luiz Antonio (Coord.). Crimes contra a ordem econômica e tutela de direitos fundamentais.** Curitiba: Juruá, 2009. Disponível em: <

<https://www.google.com.br/urlsa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0CDQQFjAD&url=http%3A%2F2Fwww.milanesesebastiao.com.br%2FPublic%2Fpdf>

[%2FArtigo%2FDirce%2Fartigo1.pdf&ei=0I2YVMmhA6XCsATRqIGYCW&usq=AFQjCN](https://www.google.com.br/urlsa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0CDQQFjAD&url=http%3A%2F2Fwww.milanesesebastiao.com.br%2FPublic%2Fpdf)

HH

tOG8cDjxdOQSammdrVNQaahLg;[www.milanesesebastiao.com.br/Public/pdf/Artigos/](http://www.milanesesebastiao.com.br/Public/pdf/Artigos/Dirce/artigo1.pdf)

[Dirce/artigo1.pdf](http://www.milanesesebastiao.com.br/Public/pdf/Artigos/Dirce/artigo1.pdf)> . Acesso em 22.12.2014, às 18h.

SANTIN, Valter Foletto. **Panorama da Lei 12.846/2013 em improbidade empresarial.** In: Consultor Jurídico, 2014. Disponível em:

<http://www.conjur.com.br/2014-ago-04/valter-santin-lei-pune-improbidade-empresarial-varios-aspectos>. Acesso em 26 de fevereiro de 2016.

SHECAIRA, Sérgio **Salomão. Criminologia.** 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (páginas 287 a 340).

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Editora, 2005.