

APLICABILIDADE DA LEI 9.605/98 EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS JURÍDICAS

*Thiago Marques Salomão**

Resumo: *O presente trabalho tem por objetivo demonstrar que, após o advento da atual Constituição Federal e da Lei 9.605/98, tornou-se possível responsabilizar penalmente a pessoa jurídica por crimes ambientais praticados no Brasil. Visa também demonstrar que tal responsabilização não representa uma violação das conquistas e garantias históricas obtidas pelo Direito Penal, como o princípio da personalidade das penas. Reconhecendo que as grandes empresas representam forças sociais, políticas e econômicas da vida moderna e considerando que o ordenamento legal de qualquer sociedade pode ser lesado quando essas empresas infringem a lei, pretende-se mostrar que somente por meio da elaboração de um “novo Direito Penal” é que será possível coibir eficazmente as infrações cometidas pelos entes coletivos. Esse “novo Direito Penal” diz respeito à doutrina funcionalista da ação, que considera o Direito instrumento destinado a garantir a funcionalidade e a eficácia do sistema social e dos seus subsistemas. Em síntese, a doutrina funcionalista busca despertar a idéia de que a formação do sistema jurídico-penal não pode vincular-se à realidade ontologista, pregada pelo finalismo, devendo sim guiar-se pelas finalidades do Direito Penal. Além disso, restará demonstrado que a doutrina finalista da ação, adotada pela dogmática brasileira quando da elaboração do Código Penal, não se configura como obstáculo para a aplicação de pena aos entes morais.*

Palavras-chave: *Funcionalismo. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Crimes ambientais.*

* Pós-graduando em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

Abstract: *The present work intend to demonstrate that, after the advent of the current Federal Constitution and Law 9,605/98, became possible to incriminate the legal entity responsible for ambient crimes committed in Brazil. This work also aims to demonstrate that such responsabilization does not represent a breaking of the conquests and historical guarantees gotten by the Criminal Law, such as the principle of penalties personality. Recognizing that the great companies represent social, economic and politics forces of the modern life and considering that the legal order of any society can be injured when these companies infringe the law, it intends to show that only by the elaboration of a “new Criminal Law” it will be possible to efficiently restrain the infractions committed by the collective beings. This “new Criminal Law” is based in the functionalism doctrine of the action that considers the Laws as an instrument destined to guarantee the functionality and the effectiveness of the social system and its subsystems. In synthesis, the functionalism doctrine search to awake the idea that the formation of the legal-criminal system can not be associated to the ontology reality, having yes to be guided by the purposes of the Criminal Law. Moreover, it will be demonstrated that this doctrine of the action, adopted with certainty by the Brazilian Criminal Code by the time of it elaboration, is not configured as obstacle for the application of penalty to the moral beings.*

Keywords: *Bureaucracy. Criminal liability of the legal people. Ambiental crimes.*

Este artigo, amparado pela teoria funcionalista da ação, visa demonstrar a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, bem como a aplicabilidade da chamada “Lei dos Crimes Ambientais” (Lei 9.605/98).

Preambularmente, é necessário ter-se a devida dimensão deste tema. Nos dizeres de Celeste Leite dos Santos, “hoje se define em qualquer lugar o direito subjetivo ao ambiente, o direito ao ambiente das gerações futuras e, sobre as políticas nacionais, uma comunidade política supranacional para a tutela do ambiente”(2002, p. 1). Dessa forma, a questão ambiental toma status de bem jurídico penalmente relevante, já que é objetivo estratégico e primário para todos os países, merecendo, pois, a proteção jurídica compatível com a sua importância.

O ambiente não deve ser confundido com os demais bens tradicionalmente tutelados pelo Direito Penal, pois possui substantividade própria. Os fenômenos que afetam o ambiente caracterizam-se por sua complexidade, já que os atentados ecológicos causam danos que, geralmente, são de difícil reparação ou, até mesmo, irreversíveis. Assim, fala-se em danos coletivos por suas causas (pluralidade de autores, concentração urbana, desenvolvimento industrial) e danos difusos por suas manifestações (ar, água, radioatividade).

Pode-se elencar uma série de bens ambientais, aos quais se deve dar a devida proteção e recuperação, destacando-se: o ciclo natural da água; a camada de ozônio; a termoregulação das florestas tropicais e dos grandes bosques; a diversidade biológica; a função de autodepuração dos mares e do solo; o sistema de alimentação e reprodução do ecossistema marinho e zonas úmidas; a composição da água; e o equilíbrio térmico da atmosfera.

Responsabilidade penal das pessoas jurídicas

Tanto do ponto de vista criminológico quanto do jurídico, existe a real necessidade de se impor sanções de natureza penal às pessoas jurídicas. Sob o prisma criminológico, para justificar a aplicação de pena aos entes morais, basta dizer que estes assumiram tamanha importância no mundo econômico que a simples decisão deles em investir (ou não) em determinado setor da economia possui maior relevância social que muitas leis municipais. As ações ilegais das pessoas jurídicas são bem mais perigosas que as ações ilícitas praticadas por qualquer indivíduo, devido à extensão dos danos oriundos do poder econômico. Além disso, como evidencia Klaus Tiedemann, os entes coletivos criam, em seu seio, um clima que incita os indivíduos a cometerem delitos.

Já sob a perspectiva jurídica, é suficiente afirmar que as formas não-penais de responsabilização das pessoas coletivas (a responsabilidade civil; as sanções administrativas; as medidas de segurança; ou mesmo medidas mistas de caráter administrativo ou civil) são incapazes de desencorajar as condutas ilegais praticadas pelos entes jurídicos, isto é, não se consegue evitar o dano ecológico.

Sabe-se que a dogmática finalista da ação não admite a responsabilização penal das pessoas jurídicas, seja por negar-lhes a capacidade de ação, ou a de

pena, ou até a capacidade de culpabilidade. Esse fato deu origem a um impasse entre as necessidades jurídico-criminológicas de se responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas e as possibilidades dessa dogmática penal em admitir tal responsabilização. Assim, a doutrina funcionalista da ação surgiu como o meio adequado para atender àquelas necessidades jurídico-criminológicas, já que entende ser possível aplicar-se pena às pessoas morais.

O funcionalismo

Ao se iniciar o estudo sobre o sistema funcionalista, a primeira observação a ser feita é que não existe um único funcionalismo, mas diversos. Os seus defensores concordam que a construção do sistema jurídico penal não deve vincular-se a dados ontológicos (ação, causalidade, estrutura lógico-reais, etc.), mas sim orientar-se exclusivamente pelos fins do Direito Penal. Aqui, os conceitos são submetidos à funcionalização, exigindo-se deles a capacidade de desempenhar um papel acertado no sistema, para que se possa alcançar conseqüências justas e adequadas. Assim, a teoria dos fins da pena adquire valor basilar nesse sistema: se o delito é o conjunto de pressupostos da pena, estes devem ser construídos tendo em vista as conseqüências e os fins dela.

Torna-se necessário, nesse aspecto, tecer um marco diferencial entre o modelo finalista e o funcional-teleológico. Luís Greco exemplifica uma hipótese notória da diferença entre o método finalista e o funcionalista:

A definição de dolo eventual e sua delimitação da culpa consciente. Welzel resolve o problema através de considerações meramente ontológicas, sem perguntar um instante sequer pela valoração jurídico-penal: a finalidade é a vontade da realização (*Verwirklichungswille*); como tal, ela compreende não só o que o autor efetivamente almeja, como as conseqüências que sabe necessárias e as que considera possíveis e que assume o risco de produzir. Assim sendo, conclui Welzel que o dolo, por ser finalidade jurídico-penalmente relevante, finalidade esta dirigida à realização de um tipo, abrange as conseqüências típicas cuja produção o autor assume o risco de produzir. O pré-jurídico não é modificado pela valoração jurídica; a finalidade permanece finalidade, ainda que agora seja chamada de dolo.

O funcionalista já formula a sua pergunta de modo distinto. Não lhe interessa primariamente até que ponto vá a estrutura lógico-real da finalidade; pois ainda que uma tal coisa exista e seja univocamente cognoscível, o problema que se tem à frente é um problema jurídico, normativo, a saber: o de quando se mostra necessária e legítima a pena por crime doloso? O funcionalista sabe que, quanto mais exigir para o dolo, mais acrescenta na liberdade dos cidadãos, às custas da proteção de bens jurídicos; e quanto menos exigências formular para que haja dolo, mais protege bens jurídicos, e mais limita a liberdade dos cidadãos (2000, p. 39).

O funcionalismo, no Direito Penal, tem como premissa básica o seguinte: o Direito, em geral, e o Direito Penal, em particular, são instrumentos destinados a garantir a funcionalidade e a eficácia do sistema social e dos seus subsistemas. Enfim, o funcionalismo busca despertar a idéia de que a formação do sistema jurídico-penal não se vincula à realidade ontológica (o que é pregado pelo finalismo), devendo guiar-se pelas finalidades do Direito Penal.

As Escolas Funcionalistas

O funcionalismo divide-se, basicamente, em duas vertentes principais: de um lado, o funcionalismo estrutural de Parsons (que no âmbito do Direito Penal identifica-se como um funcionalismo teleológico, valorativo ou “moderado”); de outro, o funcionalismo sistêmico ou sociológico de Niklas Luhmann (que no Direito Penal faz surgir o funcionalismo estratégico, normativista ou “radical”). Essas correntes apresentam diferenças substanciais entre si, sendo certo que as estruturas do funcionalismo residem na teoria do consenso de Habermas, bem como na teoria sistêmica de Luhmann, arraigadas em Merton e Parsons. É imprescindível que se mantenha em mente a diferença entre as duas correntes, pois muitas das críticas dirigidas à concepção de Roxin, na verdade, têm por objeto unicamente as premissas de Jakobs.

O grande representante do funcionalismo teleológico-racional é Claus Roxin que, em 1970, publicou na Alemanha a obra *Política criminal e sistema jurídico-penal*, notando-se, a partir de então, uma verdadeira evolução da ciência do Direito Penal. Esta nova concepção desenvolvida pelo mestre alemão sustenta a idéia de reconstruir a teoria do delito com base em critérios político-criminais,

ou seja, cada categoria do delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) deve ser observada, analisada e agrupada sob o aspecto da política criminal. Contudo, deve-se observar que não se trata de qualquer política criminal, mas daquela acolhida pelo Estado Social de Direito, que respeita e promove a dignidade humana e os direitos fundamentais. Logo, o trabalho dogmático consiste em identificar qual valoração político-criminal subjaz a cada conceito da teoria do delito e funcionalizá-lo, ou seja, construí-lo e desenvolvê-lo para atender essa função da melhor forma possível.

A orientação defendida por Roxin, baseada na teoria personalista da ação e na metodologia do funcionalismo-teleológico moderado, conceitua a ação como a manifestação da personalidade, isto é, “tudo o que pode ser atribuído a uma pessoa como centro de atos anímico-espirituais”.¹ Roxin faz uma ampla normatização de todas as categorias do sistema. Sua essência apresenta-se como a mais pura necessidade de que a política criminal possa penetrar na dogmática penal, isto é, a pretensão é superar as barreiras existentes entre o Direito Penal e a política criminal, fazendo do sistema um instrumento válido para solução satisfatória dos problemas reais da sociedade. Para tanto, o Direito deve sensibilizar-se para as diferenças entre os casos aparentemente iguais, pois só dessa maneira concretizará o postulado de Justiça, o qual exige tratamento distinto para situações distintas. Roxin constrói sua teoria oscilando entre o ontológico e o valorativo, ou seja, o jurista deve agir dedutiva e indutivamente ao mesmo tempo. Isso porque a dedução é sempre uma fórmula vaga e genérica, constituindo apenas a “linha de orientação” a ser seguida, sendo necessário concretizá-la, aproximando-a da realidade em que será aplicada: daí a necessidade do pensamento indutivo, através da composição de grupos de casos.

Agindo assim, o doutrinador entrega ao juiz critérios precisos de decisão, contribuindo na realização da segurança jurídica e do princípio da igualdade. Ao final, é a “resistência da coisa” o indicador do acerto da concretização do valor, isto é, quanto menores os atritos entre o conceito e o objeto a que ele se refere, quanto mais fácil e naturalmente venham surgindo as soluções, maiores as probabilidades de que o resultado do trabalho dogmático signifique um acerto. É por isso que o sistema roxiniano, no que se refere à proximidade da realidade, não fica em nada atrás do finalismo, mas o supera, pois se liberta do apriorismo

¹ **Tratado de Derecho Penal** – Parte General, Tomo I, Civitas, 1997, p.252.

e da atemporalidade das estruturas lógico-reais finalistas.

Em suma, o sistema de Roxin apresenta-se como uma síntese entre o pensamento dedutivo (valorações político-criminais) e o indutivo (composição de grupos de casos). Essa síntese é profundamente inovadora e tendente à obtenção de grandes resultados, porque se esforça para atender, a uma só vez, às exigências de segurança e de justiça, ambas inerentes à idéia de Direito. As bases de Roxin não se amoldam ao normativismo extremo, pois sempre permanecem atentas à resistência da “coisa”, o que garante a abertura e o dinamismo do sistema.

A segunda orientação funcionalista, pejorativamente denominada pela doutrina como “radical”, procede de Günther Jakobs, vindo por conseqüência a se basear nos termos metodológicos do instrumental fornecido pela teoria dos sistemas sociais. É o funcionalismo sistêmico com origens nos estudos sociológicos de Niklas Luhmann,² em que tanto os conceitos quanto o próprio sistema jurídico-penal são funcionalizados.

O cerne da teoria de Luhmann gira em torno do conceito de “expectativa”: são as expectativas e as expectativas de expectativas que orientam o agir e interagir dos homens em sociedade, reduzindo a complexidade e tornando a vida mais previsível e segura. Os sistemas sociais surgem, então, com o escopo de assegurar tais expectativas, mesmo que elas não sejam sempre satisfeitas.

A partir desse conceito, pode-se distinguir duas espécies de expectativas: as cognitivas e as normativas. As primeiras deixam de subsistir quando violadas, ou seja, forcem o espectador a adaptar sua expectativa à realidade circundante.

² Deve-se, contudo, frisar que, recentemente, Jakobs tem se libertado do ponto de partida sociológico de Luhmann, em favor de uma Filosofia do Direito por ele mesmo desenvolvida. As referências a Luhmann tem se tornado algo cada vez mais raro em suas obras. Prova disso é o texto **¿Punibilidad de las personas jurídicas?**, publicado em trabalho sob a coordenação do professor Eduardo Montealegre Lynett: **El funcionalismo en derecho penal**. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Tomo I, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 327 a 347, em que Jakobs muda quase que radicalmente sua orientação, a ponto de não mais admitir a responsabilização penal das pessoas jurídicas. Porém, como o desenvolvimento de sua teoria do delito baseou-se, ao menos inicialmente, no sistema sociológico de Niklas Luhmann, não se pode deixar de expô-lo, sem que isso implique deixar de fazer uma ou outra referência ao novo desenvolvimento.

As normativas mantêm-se a despeito de sua violação, isto é, o espectador exige que a realidade adapte-se a sua expectativa, a qual prevalece mesmo contra os fatos. Surge, então, o conceito de normas, as quais são vistas como expectativas de comportamentos estabilizadas contrafaticamente. Daí o motivo pelo qual é necessário implementar um “processamento das decepções” que culmine em uma espécie de reação para reafirmar a validade da norma.

O Direito também é uma ciência social, composto por normas e sanções. Num sistema em que as expectativas normativas são sempre violadas e perdem a credibilidade. Por isso, para Jakobs, o Direito Penal visa à reafirmação da norma, a fim de fortalecer as expectativas dos seus destinatários. Jakobs define a pena como “demonstração da vigência da norma às custas de um sujeito competente”. A imposição da pena visa restabilizar a norma: se a norma tem como função justamente a garantia e o asseguramento da expectativa, a pena terá a função de garantir a norma e conseqüentemente, assegurar por via indireta, a expectativa.

Na vida em sociedade, a cada sujeito corresponde determinada função social que, por sua vez, consubstancia um feixe de expectativas. Portanto, ao contrário do que é ensinado pela doutrina finalista, cada pessoa (e não apenas o autor de crimes omissivos impróprios) torna-se garante dessas expectativas. A posição de garante, inerente ao âmbito de competência que cada indivíduo assume em certa comunidade, constitui o pressuposto de todo e qualquer ilícito, seja este omissivo ou comissivo.

O injusto ocorre tanto nos casos em que há falha do dever genérico de controlar os perigos emanados da própria organização social, cujo conteúdo é tão-somente negativo (delitos por competência organizacional), quanto nos casos em que há falha de expectativas de comportamento positivo, que exigem do indivíduo o cumprimento de certa prestação em nome de alguma instituição social (delitos por competência institucional). Jakobs não se importa com a distinção entre crimes omissivos e comissivos, mas sim com a diferença entre os crimes por competência de organização e aqueles por competência institucional.

O sujeito não é mais o ser que causa ou pode evitar um acontecimento, mas sim o que pode ser competente para isso. Os conceitos como causalidade, poder, capacidade e culpabilidade perdem a noção de pré-juridicidade e transmutam-se em conceitos de etapas de competência. Para saber se alguém

cometeu um crime, deve-se perguntar se é preciso punir esse alguém para reafirmar a validade da norma e restabilizar o sistema: o agente é punido porque agiu de modo contrário à norma e culpavelmente. Antonio García-Pablos de Molina, ao comentar sobre o funcionalismo radical, o diferencia do modelo moderado:

Jakobs, por el contrario, pretende una nueva fundamentación de la dogmática jurídico-penal y del sistema, acidiendo a la misión del Derecho Penal (prevención general) desde la perspectiva sociológica-funcionalista. La teoría luhmaniana de los sistemas le permitirá, a su entender, la renormativización de las viejas categorías de la dogmática, inservibles por su vinculación a inexpresivas estructuras lógico-objetivas y conceptos prejurídicos (2000, p. 498).

Capacidade de Ação

Tomando por base as explicações acima, entende-se que não só o ser humano, mas também o ente jurídico é sujeito capaz de ação. A doutrina funcionalista sustenta a seguinte premissa: se a pessoa jurídica tem capacidade de ação para contratar, possui também para descumprir, criminosamente, o contrato; logo, tem capacidade para agir criminosamente.

Sobretudo, em Direito Penal Econômico, há ilícitos cuja conduta descrita é exclusivamente praticável pela pessoa moral. É o caso do crime contra a livre concorrência, em que a deslealdade é exercida pela empresa. A ação do ser humano, atuando no proveito da pessoa coletiva, é considerada expressão do agir desta. Tiedemann (1995) diz: “Las acciones de las personas físicas actuando para la empresa deben pues ser consideradas como las de la empresa” (p. 36). Sobre a capacidade de ação, assim se manifesta a doutrina francesa:

A pessoa coletiva é perfeitamente capaz de vontade; ela postula mesmo a vontade, porquanto nasce e vive do encontro das vontades individuais de seus membros. A vontade coletiva que anima não é um mito, caracteriza-se em cada etapa importante de sua vida, pela reunião, pela deliberação e pelo voto da assembléia geral de seus membros ou dos seus Conselhos de Administração, de Gerência ou de Direção. Essa vontade coletiva é capaz de cometer crimes tanto

quanto a vontade individual (1988, p. 778 e 779).

A jurisprudência alemã admite, em relação à responsabilidade penal individual, que a ação ou a omissão nos negócios jurídicos seja, a princípio, da empresa porque, por exemplo, é ela quem vende o produto perigoso ou quem omite tomar medidas de segurança suficientes na exploração de uma instalação. Mas, segundo o Tribunal Federal de Justiça, essa ação ou omissão será imputada às pessoas físicas responsáveis, contrariamente à idéia de se imputar à pessoa moral os atos dos autores materiais. A idéia de responsabilidade não se exclui, mas exige limites normativos para definir as esferas de responsabilidade do indivíduo e da empresa: a resposta negativa aos deveres jurídicos imputa à pessoa moral (empresa) a condição de autora de delitos.

Tiedemann (1995) levanta duas objeções contra a posição do Tribunal Federal de Justiça. Em primeiro lugar, há autores que negam a responsabilidade de imputar a ação de um autor físico a uma pessoa moral porque o Direito Penal não castigaria mas que as ações próprias de cada pessoa. No entanto, no âmbito da co-autoria, muitos ordenamentos jurídicos admitem a imputação do ato de um autor a outro sempre que os autores tenham decidido realizar em comum o ato em questão. À margem dessa tomada de decisão em comum, há outra tendência que busca estabelecer a responsabilidade penal do chefe da empresa pelo fato dos delitos de seus empregados, somente com a condição de que ele poderia ter evitado ou impedido sua comissão. Sobre esse aspecto, a doutrina holandesa fala da agrupação como autor indireto ou “funcional” e parte da doutrina portuguesa fala de autor moral. Finalmente, não é por causalidade que o mundo anglo-saxão começou a admitir a responsabilidade penal das pessoas morais no campo dos delitos de omissão e imprudência, porque, aqui, não é (ou não totalmente) a ação física que conta, mas sim a violação das medidas e expectativas normativas que importa para imputar um resultado nocivo a um autor. Inclusive a Escola Finalista alemã (que fala bastante na natureza das coisas), não nega, pelo menos atualmente, a possibilidade de imputar atos humanos à pessoa moral, e isso independentemente da famosa disputa histórica sobre a natureza fictícia ou real das pessoas jurídicas. Em segundo lugar, se tem dito que as normas jurídicas se dirigem às pessoas morais, por exemplo no direito da competência ou no direito fiscal, mas não dizem nada sobre a questão de se saber quem deve desempenhar as obrigações correspondentes. Assim, as normas fiscais se dirigiriam também aos recém-nascidos sem que se lhes pudesse fazer responsáveis de

fraude fiscal cometida por seus pais em seu interesse. A norma penal não seria, pois, idêntica à norma extrapenal que obriga ou proíbe. No entanto, se a idade do menor exclui sua responsabilidade penal e se um representante pode atuar pelo menor, isso não prova que o legislador não possa introduzir a responsabilidade penal às empresas por atos cometidos por seus dirigentes.

Portanto, admitir que a empresa possa ser autora de uma infração significa apenas reconhecer, no Direito, o juízo que a realidade social faz dessas entidades. Ademais, várias disposições de códigos penais sobre a responsabilidade dos representantes nos casos de delitos especiais partem do conceito de que o ente coletivo pode ser o destinatário primário de normas de direito penal, pois reconhecem que ele possui real capacidade de ação.

Capacidade de culpabilidade

Já se sabe que a doutrina finalista não permite a imputação da culpa de uma pessoa a outra, pois considera que culpabilidade é a reprovabilidade do fato antijurídico individual, isto é, a culpa é própria da pessoa a ser condenada.

É apenas por meio da doutrina funcionalista que se consegue compreender a possibilidade de se imputar culpa ao ente moral. O funcionalismo possui duas orientações para explicar a culpabilidade das pessoas coletivas: de um lado, há a orientação defendida por Schünemann, segundo a qual é possível imputar a culpa da pessoa física à pessoa jurídica; de outro lado, a orientação defendida por Tiedemann fala em uma culpa própria das empresas. A primeira vertente, endossada por julgados do Tribunal Constitucional alemão, baseia-se na imputação da culpa da pessoa física à pessoa jurídica. O grande obstáculo enfrentado por essa facção refere-se a questões como a intenção e o motivo, o que pode dificultar a caracterização da culpabilidade da pessoa moral no que pertine aos delitos de omissão e imprudência.

Não se pretende, neste artigo, implementar um pragmatismo exacerbado, nos moldes traçados pela doutrina “antropomórfica” de Lord Denning, adotada por vários países da *common law*. Segundo essa doutrina, o agente superior (órgão, assembléia etc.) é considerado o “cérebro” da empresa e sua atuação é a mesma da pessoa moral; um agente subordinado não é mais que o “braço” da

entidade coletiva. Aqui, a responsabilidade penal não é pessoal, mas sim baseada na delegação ou imputação, culminando em responsabilidade penal objetiva, isto é, sem a necessidade de se provar a culpa.

Por essas razões, entendemos que a melhor doutrina é a ministrada por Tiedemann (1995) e adotada pela Corte de Justiça das Comunidades Europeias, em que a culpabilidade é determinada de acordo com critérios estabelecidos no Direito Civil e Direito Administrativo, sendo que a estrutura e a importância da empresa decidem suas obrigações. E é a não observação dessas obrigações que legitima a responsabilidade penal da pessoa jurídica, ou seja, uma culpabilidade coletiva. Esse modelo permite falar, ao mesmo tempo, na responsabilidade penal própria da empresa e na imputação de culpa individual aos dirigentes dela. Um outro critério semelhante, indicado por Tiedemann (1995), consiste na vantagem econômica auferida pela empresa por meio da prática de atividades delituosas.

Nesse sentido, Tiedemann (1999) diz que nada impede considerar as pessoas morais como destinatárias de normas jurídicas revestidas de um caráter ético e como ente em situação de violar essas normas. Dessa maneira, a organização correta da pessoa jurídica é dever dela mesma, e não só das pessoas físicas, como pretende Schünemann (Tiedemann, 1995). Na vida e na linguagem da sociedade, a culpabilidade das empresas já se encontra completamente reconhecida, e essa culpabilidade não está completamente isenta de uma visão ética ou moral.

Tiedemann ainda ensina que essa culpabilidade não é idêntica à culpabilidade cumulativa constituída pela soma das culpas pessoais e não está baseada, ou não somente, na imputação da culpabilidade do outro. Reconhecer, no Direito Penal, a culpabilidade coletiva da empresa não é mais que expor as consequências de sua realidade social de uma parte, e as obrigações correspondentes aos direitos da empresa, de outra. Para melhor compreensão do que foi exposto, cabe mencionar que Tiedemann vê na organização da empresa o núcleo da culpabilidade, isto é, o que justifica a culpabilidade coletiva é o fato da empresa não se organizar corretamente (não observar suas obrigações), conforme as exigências sociais impostas pelo sistema normativo. Portanto, Tiedemann, buscando inovar a Teoria do Delito, propõe um novo modelo, no qual o conceito de tipicidade se funde ao de culpabilidade.

Cabe, agora, aprofundarmos o entendimento sobre o tema. Em recentíssimo trabalho,³ Jakobs passou a não mais defender a imputabilidade penal da pessoa jurídica. O autor parece voltar às bases finalistas, pois, para justificar a “incapacidade de culpabilidade” das pessoas jurídicas, utiliza-se de argumentos como “consciência” e “identidade entre a pessoa que realiza o fato e a que é condenada ou cumpre a pena”.

Em relação à “impossibilidade de consciência”, Jakobs (2003) afirma que a culpabilidade é infidelidade à norma imputável. Não se trata meramente de um desvio sobre uma norma, mas de uma tomada de postura acerca da norma, quer dizer, um ato com significado comunicativo. Só uma pessoa, a que é atribuída uma autoconsciência comunicativamente competente, pode comportar-se culpavelmente, segundo um entendimento moderno.

Guillermo Orce (2003) para rebater os argumentos de Jakobs, esclarece ser evidente que a consciência não se comunica, senão que certos processos sociais compõem comunicações acerca da consciência, que podem consistir em atribuir a uma determinada consciência um conteúdo ou inclusive podem atribuir competência ou responsabilidade sem a necessidade de que essa consciência tenha um conteúdo determinado. Quer dizer, uma comunicação acerca da validade da norma é uma construção em parte social e em parte jurídica; não se trata de uma análise do conteúdo real da consciência, nem sequer da constatação da existência de uma consciência, mas de uma imputação. A consciência em si é inobservável para o sistema jurídico, o qual só pode operar com as próprias estruturas, mas não ingressar na subjetividade. A expressão de um sentido contrário à norma não depende da manifestação exterior do conteúdo mental de um suposto emissor, mas é uma reconstrução, um processo de atribuição.

Assim, Orce (2003) conclui que a própria teoria da pena tem que demonstrar que as comunicações sobre a validade da norma não dependem de uma ou mais ciências. Com efeito, se a pena é a constatação do mantimento da identidade da sociedade tal como era sem o fato criminoso que a pois em dúvida, quer dizer, como confirmação de que o delito foi uma comunicação incorreta, e,

³ **¿Punibilidad de las personas jurídicas?**, texto publicado no trabalho cuja coordenação coube ao professor Eduardo Montealegre Lynett: **El funcionalismo en derecho penal**. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Tomo I, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 327 a 347.

portanto, se a pena é já a obtenção da meta de constatação da realidade invalidada da sociedade, a pena evidentemente não é uma mensagem emanada da consciência do juiz, mas uma comunicação produzida no sistema jurídico que não depende do conteúdo subjetivo da pessoa que realiza o ato estatal de emitir a sentença.

Já quanto à “identidade entre o autor do delito e quem recebe a pena”, Jakobs (2003), baseando-se em Locke, afirma que o problema da identidade das pessoas encontra a solução apropriada no critério da consciência. O ilustre autor afirma que tratando-se de pessoas jurídicas, é puro azar que o órgão delinqüente seja ainda o mesmo no momento da sentença; quanto mais célebre seja o caso objeto do procedimento penal, mais excepcional será que se dê esse caso. Na hipótese de se poder sentar o sucessor no banco dos réus, este não poderia estabelecer uma continuidade com seu antecessor a partir de uma consciência idêntica, mas só por meio da constituição. Sua consciência é a consciência do sucessor de uma consciência culpável, mas a condição de sucessor não se baseia na identidade de consciência, mas na vinculação por meio da constituição de sua consciência com a de seu antecessor. O conhecimento de ter que responder pela culpabilidade de outro e o conhecimento de ter que responder pela própria culpabilidade são duas coisas distintas.

Apesar da argumentação acima, deve-se lembrar que a imputação, para Locke, segue critério meramente subjetivo, isto é, determinado pela memória. Assim, falar da identidade das pessoas pode ser uma forma diferente de expressar a imputação das ações. Em outras palavras, para Locke, a identidade da pessoa jurídica é dada pela consciência, enquanto a identidade do homem é estabelecida pela continuidade corporal. Orce (2003), em outro trecho, mostra o equívoco de Jakobs e conclui dizendo que afirmar, em um caso, que um fato do passado não é imputável a alguém é o mesmo que afirmar que esse fato não lhe pertence. Mais ainda, tendo esse fato evidentemente sido cometido por uma pessoa que se difere da pessoa do presente (para Locke este seria o caso se sua consciência não pudesse estender-se até esse fato) é possível expressar-se acerca deste fenômeno afirmando que esse fato foi cometido por alguém diferente do atual. Locke (1706) teve que reconhecer que seu critério (são imputáveis os fatos desde que possam ser recordados) era inidôneo para a aplicação estritamente forense. O próprio Locke (1706) reconhece que o sistema jurídico não pode ingressar na consciência, de modo que as escusas sobre a falta dela durante a comissão de um fato não podem ser provadas nos tribunais terrenos. Assim,

Locke afirma que a comissão do fato (desde que este possua uma série de circunstâncias exteriores características) constitui-se já como uma presunção suficiente para a condenação. O importante, pois, é que a consciência individual não decide sobre a imputação.

Todavia, à margem desse debate, o que realmente se tem verificado é a tendência de várias legislações, incluindo a Comunidade Européia, em querer alcançar uma categoria própria de culpa da pessoa moral, que está fundada não só na imputação, mas também em critérios conhecidos tradicionalmente em Direito Civil.

Capacidade de pena

Apesar de, hodiernamente, não se falar no caráter retributivo das penas, só é admissível negar a capacidade de pena das pessoas coletivas quando adota-se uma posição que recusa aplicar a reprovação moral a elas, isto é, não se aceita que as pessoas coletivas sejam destinatárias de normas jurídicas. Contudo, o posicionamento em contrário, que concebe a culpabilidade moral ou social da empresa, admite a finalidade retributiva da pena, pois como os entes coletivos possuem patrimônio, podem perfeitamente sofrer as sanções patrimoniais.

Geralmente, as teorias que se baseiam na finalidade preventiva da pena não oferecem obstáculos à responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Isso porque o efeito preventivo é voltado contra os membros da sociedade, os quais são intimidados com a condenação da empresa. Assim, os membros da agrupação reforçam a mentalidade de obediência às normas, culminando na finalidade preventiva geral. Quanto à função preventiva especial, pode-se dizer que ela é direcionada contra a empresa delinqüente, a qual se sente intimidada a não mais reincidir no delito praticado. Desse modo, supera-se o dogma finalista de que as pessoas coletivas não podem ser reeducáveis ou ressocializáveis.

Modernamente, a pena não mais significa uma medida retributiva ou ressocializadora, pois sua função é preventiva (geral ou especial). Logo, para aplicar-se a pena, basta que o sujeito tenha capacidade de agir e decidir sobre a conduta típica, sendo dispensável que ele tenha capacidade de sofrer os efeitos da sanção, isto é, assimilar a mensagem negativa que a pena representa. Tanto é

assim que, caso contrário, jamais haveria aplicação de pena aos vários reincidentes que se encontram nas prisões, para quem a sanção nada mais significa. Portanto, a pena visa à prevenção do delito e não ao castigo. Nessa dimensão, pode-se impor a pena tanto às pessoas naturais quanto às jurídicas. Estas, ao sofrerem a sanção, tendem a corrigir seu defeito de organização. O ente moral, por meio de seus representantes, é capaz de descumprir, conscientemente, as normas penais. Por isso, recebe a pena como prevenção especial, a fim de que não mais volte a delinquir, adaptando o desenvolvimento de suas atividades aos bens sociais, objeto de tutela.

Finalmente, não há o menor fundamento na alegação de que as penas são incompatíveis com a natureza da pessoa coletiva, em especial a pena privativa de liberdade. Em primeiro lugar porque é óbvio que a pena privativa de liberdade jamais poderá ser imposta ao ente moral, sendo absurda tal consideração. E, em segundo, porque às empresas deve-se impor as penas condizentes com sua natureza, tais como: a de multa, a restritiva de direitos, a publicação da sentença condenatória, entre várias outras possíveis.

Além disso, com a falência do modelo prisional, as sanções restritivas de direito e as que impõem deveres de conteúdo social mostram-se muito mais eficazes. Exemplo disso é a pena de prestação de serviços à comunidade, que reduz os gastos públicos (pois não é necessário manter o sujeito na prisão), atende a setores carentes da sociedade e oferece ao criminoso a possibilidade de experimentar uma nova realidade, o que pode levá-lo a uma readaptação social.

Princípio da personalidade das penas

O princípio da personalidade das penas preconiza que nenhuma pena deve passar da pessoa que cometeu o delito, nos limites de sua culpabilidade. Porém, as formas tradicionais de punição adotadas no Direito Penal, na maioria das vezes, atingem a terceiros, ao menos indiretamente. É isso que se observa quando se aplica à pessoa a pena de multa, a restritiva de direitos e, principalmente, a pena privativa de liberdade. Nesses casos, não se pode negar que a pena, apesar de imposta somente a um indivíduo determinado, acaba por atingir, por vias indiretas, no mínimo os familiares daquele que sofreu a sanção.

Portanto, infere-se que o princípio em voga não é absoluto, sendo verossímil afirmar que a pena infligida à pessoa moral, desde que respeite os limites da culpabilidade dela, não viola quaisquer conquistas históricas referentes aos direitos e garantias fundamentais do homem. Além disso, esse princípio pode ser compreendido como a garantia de se responsabilizar apenas e tão-somente o autor do ato ilícito, seja este uma pessoa física que se esconde atrás da jurídica ou vice-versa.

Autoria no funcionalismo

O “conceito funcional” de autoria a envolve na esfera de responsabilidade do indivíduo. Verifica-se a autoria em razão da pertinência do fato ao âmbito da responsabilidade do sujeito, conforme uma análise da função que lhe corresponda no seio social.

Nesse campo, as contribuições mais representativas provêm de Jakobs (1997). A determinação dessas competências realiza-se segundo dois modelos: de um lado há os delitos de infração de dever; de outro, os delitos de domínio. Na primeira hipótese, a competência do autor está fundada na lesão de deveres institucionais protegidos, afetando exclusivamente os titulares de um certo status. Já nos delitos de domínio, a competência não se vincula a deveres especiais, mas sim a atos de organização do titular de uma esfera de organização, ou seja, aqui, a característica da autoria está na organização decisiva do sujeito.

Assim, Jakobs (1997) diz que autor é aquele que tem a competência decisiva. A co-autoria ou a autoria mediata não são formas heterogêneas que se englobam no conceito de autoria, mas são elementos homogêneos enquanto todos são atos de organização, que fundamentam a plena competência. Logo, tanto na autoria, quanto na autoria mediata e na de co-autoria, a questão fundamental é que a competência seja decisiva, da qual se deriva o domínio: mais relevante que o domínio é a competência, inobstante aquele ser a manifestação desta.

Por isso, é possível que o autor de mão própria seja co-autor junto com outra pessoa que também haja tomado parte no fato (co-autor), se este último, pela configuração do fato, tenha uma competência de igual nível que aquele. Por

exemplo, o indivíduo que sujeita a mulher enquanto outro realiza a conduta típica da violação, é co-autor, apesar do autor de mão própria ser outro, pois a imobilização da vítima é um ato de igual nível na organização comum.

Roxin (1986) também se manifestou sobre a questão da autoria funcional. Para o mestre, co-autor é quem exerce contribuição essencial na concreta realização do delito, pois aí, o sujeito possui o domínio do fato. Entende-se por contribuição essencial a função desempenhada pelo sujeito, na realização do plano, sem a qual o plano global não se concretiza.

Em outras palavras, autor é o sujeito que detém o poder de interromper o fato: não é preciso ocupar uma posição de mando frente aos demais, nem estar em posição que lhe permita manobrar de forma obstaculizadora; basta apenas que ele não execute a contribuição que funcionalmente lhe tenha sido atribuída, a qual é capaz de fazer fracassar o plano global.

No funcionalismo, também se adota a teoria do autor mediato. É o que se depreende dos ensinamentos de Mir Puig, para o qual autoria é pertinência do delito, em que autor é todo aquele que contribui com o delito em condições tais que possa imputá-lo como seu. Essa pertinência do fato não se dá somente naquele que realiza por si todos os atos executivos, mas se atribui também ao autor mediato, o qual realiza o tipo mediante outra pessoa à qual, geralmente, não se pode pertencer o delito. Mais complexo é saber a quem corresponde a pertinência do fato quando os intervenientes não só o causam mas também reúnem as condições típicas necessárias (dolo, qualificação pessoal) para a caracterização do injusto. Nesse caso, entre o indutor e o executor imediato, este tem preferência para assumir a autoria, pois sua contribuição causal é mais próxima da consumação. Isso significa que o fato se atribui àquele que intervém na execução imediata dele, com preferência sobre os que apenas cooperam (mediatamente) em um momento preparatório.

Entre os sujeitos que intervêm no momento da execução imediata dos fatos, a fenomenologia da co-delinquência mostra que, na realização coletiva de um fato, nem sempre atos literalmente executivos constituem a parte mais difícil do plano. Logo, a consumação do delito, no mais das vezes, depende da realização de cada uma das funções importantes que cada indivíduo assumiu para si.

Portanto, o correto é considerar co-autores não só os sujeitos que executam, em sentido formal, os elementos do tipo, mas todos aqueles que contribuem com uma parcela fundamental na realização do plano durante a fase executiva. A todos eles pertencem o fato, o qual é tido como obra imediata de todos.

Autoria da pessoa jurídica

Silvina Bacigalupo (1998), citando Heine (1995), denomina a autoria da pessoa jurídica de “domínio de organización funcional-sistemático” (p. 180) em contraposição ao domínio do fato do direito penal individual. Bacigalupo afirma que o domínio de organização defeituoso se dá quando a empresa não aproveita a possibilidade de tomar medidas a tempo para evitar riscos ou quando desatende os programas de inversão.

A realização de um risco típico da atividade empresarial, quer dizer, de um resultado, se deve entender como condição objetiva de sanção. A autora complementa seu raciocínio afirmando que a relação entre a condição objetiva de castigo e a organização de um risco defeituoso não se estabelece em função de uma relação de causalidade estrita, mas em função de uma teoria de elevação do risco específico da atividade empresarial. Aqui não se trata da imputação de um sucesso pontual em face à experiência social, mas da luta contra situações de risco que não são prognosticáveis. Portanto, também as demais categorias como o dolo, a culpa ou a consciência de antijuridicidade da empresa se devem determinar de forma funcional, segundo o tipo de empresa. Desse modo, deve-se considerar que certos tipos de empreendimentos possuem espaços de riscos mais acentuados que outros. Assim, o que se espera da pessoa coletiva é que ela dedique um maior índice de cuidado na produção, conforme exija o grau de risco decorrente da atividade. Por isso, só o caso concreto dirá se a empresa agiu em conformidade com a lei.

A autoria da pessoa moral advém da capacidade jurídica de causar um resultado voluntariamente (ação dolosa ou culposa) e com desrespeito ao papel social imposto pelo sistema normativo. Esta é a ação penalmente relevante: o sócio administrador somente protagoniza o desenvolvimento das atividades empresariais que visava ao lucro. Em princípio, a responsabilidade penal da pessoa jurídica pressupõe a culpa do administrador, o qual emitiu o comando

para a conduta. Da mesma forma, o preposto que obedece a ordem ilegal, bem como o empregado que colabora para o resultado. Submetendo-se a esse papel representa a responsabilidade social penal, e também a individual penal, isto é, tanto o ente coletivo quanto o sócio (também o preposto ou o empregado, conforme o caso) serão réus na ação penal.

Aqueles que defendem a não responsabilização penal da pessoa jurídica costumam alegar que a imputação penal da sociedade pela conduta do sócio seria uma responsabilidade por fato alheio, o que jamais poderá ser aceito pelo Direito Penal. Entretanto, essa imputação de responsabilidade por fato de outrem não ocorre, pois a questão é saber distinguir entre os atos praticados pelos administradores da pessoa coletiva em proveito próprio e os praticados em benefício da empresa. Assim, quando a ação típica é exercida com o fito de auferir benefícios para a sociedade, a responsabilidade desta haverá de ser reconhecida plenamente. Todavia, quando o indivíduo (sócio administrador que emite o comando para a conduta, preposto que obedece à ordem ilegal ou empregado que colabora para o resultado) age apenas para comprometer a sociedade e prejudicar os demais sócios não subsistirá a responsabilidade penal da pessoa jurídica, pois esta não auferiu nenhum proveito.

O ente coletivo é capaz de agir culposa e dolosamente, com dolo direto ou eventual. Conforme a teoria da adequação, é preciso existir um comportamento social adequado do cidadão, que deve comportar-se segundo nível de cuidado exigível. Quando o sujeito ultrapassa o limite desse cuidado, ele supera o nível daquilo que é permitido, sendo objeto da inculpação. Já o comportamento negligente é o mantido fora do limite do cuidado exigível.

Quando há vários indivíduos encarregados da administração, é suficiente que um deles manifeste a vontade da pessoa moral para determinada atividade, sem a previsão exigível, para que se considere consumado o delito culposos da empresa. Por certo, isso não ocorrerá caso o administrador traia os objetivos contratuais do empreendimento; mas quando o sócio apenas cumpre seu papel na direção do negócio, presume-se a ação em proveito da sociedade.

Pode também o descuido ocorrer pela culpa “*in eligendo*” e pela “*in vigilando*”, respectivamente, quando se atribui responsabilidade técnica a quem evidentemente não a possui e quando se abandona o cuidado necessário na

orientação e acompanhamento dos prepostos e empregados, durante o exercício de suas funções, por falta de treinamento ou atualização. Nas situações em que, após a instrução criminal, ainda reste dúvidas sobre a imputação da pessoa jurídica, decorrente da clara existência de intervenção do centro de decisão, como fator condicionante do ato delituoso, aí a absolvição da empresa será algo inevitável. Isso porque a culpabilidade da pessoa coletiva está condicionada à manifestação de vontade de quem detém o poder decisório para agir em seu nome e proveito.

Enfim, deve-se constatar que o fator principal é estabelecer o vínculo entre a ação imprudente do preposto ou empregado e a extensão do poder decisório dos sócios administradores. Dessa forma, o ente jurídico que providencia todas as precauções no sentido de evitar a ação típica culposa, mas é traído por atitudes inescrupulosas de seus prepostos ou empregados, não terá cometido delito algum, pois, caso contrário, haveria a abominável responsabilidade penal objetiva.

Aplicabilidade da Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/98)

Segundo o entendimento da maior parte de nossos constitucionalistas, a Constituição da República consagrou a responsabilidade penal da pessoa coletiva. Mas, para concretizar a imposição de pena aos entes morais, a Magna Carta exigiu, explicitamente no artigo 173 e implicitamente no artigo 225, a elaboração de lei ordinária.

Apesar dessa exigência constitucional, a Lei Ambiental, que dispõe sobre as sanções penais derivadas de condutas e atividades lesivas ao ambiente, somente foi publicada no Diário Oficial da União dez anos após a elaboração da Carta Magna, em 13 de fevereiro de 1998. Ao se analisar a Lei 9.605/98, constata-se que o legislador ordinário, ao elaborá-la, infelizmente, cometeu diversas imprecisões na técnica de sua redação. Por isso, não é possível defender, dogmaticamente, a responsabilização penal da pessoa jurídica tomando-se por base somente a lei em questão.

Em que pese a Lei Ambiental ser um verdadeiro despropósito técnico-jurídico, não se pode olvidar que ela representa um avanço no que se refere à responsabilização penal das pessoas coletivas: atendeu ao comando constitucional expresso no artigo 225, § 3º; ressaltou que a responsabilidade penal das pessoas

físicas não exclui a das pessoas jurídicas, sendo, pois, cumulativas; e, ademais, fez valer o Princípio da Reserva Legal, que há muito já é consagrado no Direito Penal. A lei Ambiental traz, no artigo 3º, a previsão legal da imputação de pena aos entes morais. Vejamos o teor do dispositivo:

“Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.”

Ao analisar o artigo, percebe-se, de plano, que há duas exigências para que o ente moral seja penalizado: a infração deve ter sido cometida pela decisão de seu representante legal ou contratual ou de órgão colegiado; e a infração deve ter beneficiado a entidade jurídica.

Representante (legal ou contratual) é aquele que está investido dos poderes de representação requeridos pela lei, isto é, possui poder de decisão na empresa, como, por exemplo, o gerente, o diretor geral e o presidente. Assim, um simples empregado não pode contratar em nome da empresa, a menos que tenha obtido delegação ou mandato de seu chefe. Órgão engloba a idéia de assembleias gerais, conselhos de administração, conselhos de vigilância e diretórios. A segunda exigência requer que os dirigentes, os representantes e os órgãos da empresa ajam no benefício da entidade, ou seja, atuem de acordo com o interesse dela. Logo, o ente moral não cometerá crime quando o órgão ou os representantes agirem em interesse próprio ou de terceiros.

A Lei 9.605/98 nada menciona quanto à responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público, originando posicionamentos divergentes: Ada Pellegrini Grinover, seguindo a orientação adotada pelo Código Penal francês, sustenta a impossibilidade e inconveniência de se aplicar determinadas penas ao Estado, pois seu destinatário seria o próprio Estado e, ademais, os fins a que se presta o Estado não é o de cometer atos ilícitos. Já Celeste Leite dos Santos entende que deve haver sim a aplicação de pena às pessoas jurídicas de direito

público pelos delitos cometidos, pois, se a Lei Ambiental não as ressalvou assim como o fez expressamente a legislação francesa, é porque admitiu essa hipótese. Particularmente, entendo ser correta a posição adotada por Celeste Leite dos Santos, pois, afinal, os órgãos estatais são tão capazes de infringir a lei (poluindo certo sistema ecológico ou o leito de um rio) quanto as empresas privadas. Logo, se o ente jurídico de direito público comete um ato típico antijurídico e culpável, ele deve ser responsabilizado por isso. Como negar que a Petrobrás, por exemplo, não comete crime ambiental ao deixar, por negligência, vazar milhares de litros de petróleo em uma costa litorânea, destruindo todo o ecossistema marinho daquela região? Dizer que é inconveniente aplicar pena a órgãos estatais pelo fato de que o destinatário da pena seria o próprio Estado não é um argumento sólido, haja vista a existência da pena de prestação de serviços à comunidade, por meio da qual o Estado pode reparar (ou ao menos tentar) o dano causado e, ao mesmo tempo, direcionar parte de seus gastos para proporcionar melhorias na vida da sociedade.

Ada Pellegrini Grinover também ressalta que a regra sobre a capacidade processual da pessoa jurídica não está expressa na lei, devendo, assim, ser realizada uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Assim, conforme estabelecido no artigo 12 do Código de Processo Civil,⁴ não serão alcançados pela lei os entes despersonalizados, incluindo a massa falida, a herança jacente, as sociedades sem personalidade jurídica e o condomínio. Celeste Leite dos Santos tece interessante anotação à Lei dos Crimes Ambientais:

Em matéria de participação criminal, a ausência ou falecimento das pessoas físicas que hajam cometido a infração penal em favor da associação, não constitui obstáculo para a persecução penal da pessoa jurídica. Com relação aos estados de demência da pessoa física, a pessoa moral fará valer essa circunstância no curso do processo, podendo ser exonerada de sua própria responsabilidade penal (2002, p. 114-115).

⁴ Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

[...] III – a massa falida, pelo síndico;

IV – a herança jacente ou vacante, por seu curador;

[...] VII – as sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração de seus bens;

[...] IX – o condomínio, pelo administrador ou pelo síndico.

Outro importante tópico a ser objeto de estudo do presente trabalho é o que trata da relação entre a nova Lei Ambiental e a sistemática penal brasileira. Não há dúvidas de que o Código Penal brasileiro estruturou-se fundamentalmente nas bases traçadas pelo finalismo, ou seja, somente o ser humano (pessoa física) é capaz de ação; há apenas a culpabilidade individual; e a pena somente é imputável aos indivíduos (princípio da personalidade das penas). Logo, é impossível vislumbrar a responsabilização penal da pessoa jurídica tomando-se por base somente o Código Penal brasileiro.

Entretanto, o sistema penal de determinado Estado não se exaure nos dispositivos contidos em um Código Penal. No Brasil, por exemplo, há várias leis penais esparsas, tais como: Lei 6.368/76 (medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito); Lei 8.072/90 (crimes hediondos); Lei 9.034/95 (crime organizado); Lei 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro nacional); Lei 4.898/65 (abuso de autoridade); dentre tantas e tantas outras.

Não há dúvidas de que existem grandes dificuldades para a aplicação prática das penas previstas na Lei 9.605/98. Isso ocorre, principalmente, porque as sanções estão relacionadas na Parte Geral, e não nos próprios tipos penais, sendo necessário que se faça uma espécie de integração com Parte Especial. Contudo, essa imprecisão técnica da lei não é motivo plausível para que se deixe de aplicar a norma. Prova disso é que outras tantas leis contam com o mesmo defeito de técnica legislativa, mas suas normas continuam sendo aplicadas eficazmente. Exemplo disso é o artigo 95, § 2º, alínea “d”, da Lei 8.212/91.⁵

Portanto, apesar do Código Penal consagrar o Direito Penal da Culpa, existe sim a possibilidade de se responsabilizar penalmente tanto as pessoas físicas quanto as morais, cada qual com seus princípios e pressupostos.

⁵ Art. 95.

§ 2º. A empresa que transgredir as normas desta Lei, além das outras sanções previstas, sujeitar-se-á, nas condições em que dispuser o regulamento:

[...] d) à interdição para o exercício do comércio, se for sociedade mercantil ou comerciante individual; [...].

Crimes ambientais

O capítulo V da Lei 9.605/98 traz como objeto jurídico geral tutelado o ambiente, e está dividido em cinco seções, a saber: (seção I) crimes contra a fauna; (seção II) crimes contra a flora; (seção III) crimes de poluição e outros crimes ambientais; (seção IV) crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural; e (seção V) crimes contra a administração ambiental. Os crimes capitulados apresentam-se quase sempre como delitos pluriofensivos, isto é, descrevem várias condutas ou vários objetos jurídicos.

A técnica escolhida pelo legislador regula os crimes sob a forma de tipos penais em branco, em que a lei faz remissão a: disposições externas (emanadas de um poder distinto); outras normas estabelecidas na própria lei; disposições contidas em outras leis; e conceitos técnicos. Assim, a norma penal em branco possui um preceito primário que deve ser complementado por outro secundário determinado, a fim de que se feche o tipo penal. Logo, a norma secundária deve ser taxativa, sob pena de se ferir o princípio da legalidade.

Como o principal objetivo do Direito Ambiental é evitar o dano (em razão da indeterminabilidade de seus titulares e da indivisibilidade do objeto), as normas contidas na Lei Ambiental são, geralmente, preventivas. Desse modo, encontram-se normas de perigo abstrato (simples possibilidade de dano sem a necessidade de comprová-lo) associadas a normas penais em branco para que exista uma melhor e mais rápida adequação das condutas lesivas ao ambiente.

Há alguns tipos penais abertos previstos na parte especial da Lei 9.605/98, os quais não expressam por completo a norma transgredida, ou seja, não contêm, no tipo, a descrição completa da conduta delituosa, a qual depende da transgressão de normas penais especiais que o tipo pressupõe. Logo, o tipo penal aberto designa uma neutralidade valorativa frente ao juiz, de modo que ele deve estabelecer a ilicitude, verificando se o agente transgrediu ou não as normas que a incriminação pressupõe.

O tipo penal aberto é identificado em crimes culposos, nos comissivos por omissão e naqueles em que a ilicitude é designada por expressões como “indevidamente”, “sem justa causa”, “sem permissão legal”. Essa técnica ajusta-

se perfeitamente à natureza do bem jurídico tutelado, que é o ambiente.

Por fim, vale mencionar que a Lei Ambiental trouxe, em vários artigos, o elemento normativo do tipo. Leciona Frederico Marques que:

[...] os elementos normativos do tipo que muitas vezes se juntam ao tipo são aqueles componentes do tipo que exigem, para sua verificação *in concreto*, um juízo de valor dentro do próprio plano da tipicidade. Daí a lição de Megzer que se segue: ‘Enquanto os elementos objetivos e subjetivos dizem respeito às partes integrantes do tipo penal fixadas pelo legislador descritivamente como determinados estados e processos corporais e anímicos, e, em consequência, não de ser verificados caso por caso pelo juiz, cognitivamente, os elementos típicos normativos cuida-se de pressupostos do injusto típico que podem ser determinados tão-somente mediante especial juízo de valor da situação do fato’ (1956, p. 81).

Portanto, percebe-se que esses elementos são verificados em expressões como “sem licença”, “sem autorização”, “sem permissão”, “sem justa causa”, “em desacordo com a determinação legal obtida”, “fraudulentamente”, e outras.

Penas aplicáveis às pessoas jurídicas

As penas impostas aos entes morais não acompanham o tipo penal, mas estão elencadas nos artigos 21 a 24. Vejamos o conteúdo dos artigos:

“Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º são:

I – multa;

II – restritiva de direitos;

III – prestação de serviços à comunidade.”

“Art. 22. As penas restritivas de direito da pessoa jurídica são:

I – suspensão parcial ou total das atividades;

II – interdição temporária do estabelecimento, obra ou atividade;

III – proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

§ 1º A suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo as disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente.

§ 2º A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar.

§ 3º A proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações não poderá exceder o prazo de dez anos.”

“Art. 23. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em:

I – custeio de programas e de projetos ambientais;

II – execução de obras de recuperação de áreas degradadas;

III – manutenção de espaços públicos;

IV – contribuições a entidades ambientais ou culturais, públicas.”

“Art. 24. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente,

com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento de crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.”

O artigo 21 estabelece que a pena será aplicada de forma isolada (incide só uma das hipóteses previstas), cumulativa (incide mais de uma espécie de pena) ou alternativa (cabe ao Estado-Juiz decidir qual das penas fixadas irá aplicar). Existem somente dois gêneros de penas previstas na Lei 9.605/98, sendo a de multa e a restritiva de direitos, haja vista que a prestação de serviços à comunidade é, na essência, espécie da pena restritiva de direitos.

A multa será calculada segundo critérios estabelecidos no Código Penal (aplicação subsidiária), consoante disposto nos artigos 18⁶ e 79⁷ da presente lei, podendo ser aumentada em até três vezes, conforme o valor da vantagem obtida pela empresa. Assim, a multa será dosada de acordo com a gravidade do delito, com o grau de reprovação da conduta, com a condição econômica da empresa e com o resultado do dano ambiental.

As penas restritivas de direitos devem ser impostas com bastante prudência e reflexão, pois, caso contrário, podem ser utilizadas como meio indireto de se aplicar a pena de dissolução da empresa, colocando-a em complicada situação financeira ao restringir ou diminuir seu poder econômico em uma realidade de mercados cada vez mais competitivos. Vladimir Passos de Freitas sugere que: “O juiz deve agir com cautela e impor tais sanções com equidade. Por exemplo, a suspensão parcial de atividades sempre antecederá a total” (2001, p. 73).

Finalmente, o artigo 24 prevê a possibilidade de liquidação forçada do patrimônio da empresa, o qual é perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional. Contudo, a lei não distingue se trata-se de instrumento ou produto de crime ou ambos, sendo a totalidade do patrimônio da pessoa jurídica considerado

⁶ Art. 18. A multa será calculada segundo os critérios do Código Penal; se revelar-se ineficaz, ainda que aplicada no valor máximo, poderá ser aumentada até três vezes, tendo em vista o valor da vantagem econômica auferida.

⁷ Art. 79. Aplicam-se subsidiariamente a esta Lei as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.

instrumento de crime. Celeste Leite dos Santos destaca que “embora a lei não mencione expressamente a pena de dissolução, esta encontra-se implicitamente contida no art. 24” (2002, p. 129).

Como o Código Penal é aplicado subsidiariamente à Lei Ambiental, muitos perguntam como se poderia aplicar a pena privativa de liberdade às pessoas jurídicas, tendo em vista o teor do artigo 44, § 4º do Código Penal, que prevê a aplicação de pena privativa de liberdade em substituição da pena restritiva de direitos, quando esta é injustificadamente descumprida. Por certo, às empresas que descumprirem injustificadamente a pena restritiva de direitos, aplicar-se-á a conversão dessa pena em pena de multa, que será considerada dívida de valor, conforme artigo 51 do Código Penal. Ademais, pode também o juiz decretar a perda de bens e valores da empresa condenada em favor do Fundo Penitenciário Nacional, consoante disposto no artigo 45, § 3º do Código Penal.

Por fim, ainda em relação à exequibilidade das penas, vale mencionar que tanto a pena de multa quanto a restritiva de direitos podem ser impostas ao Estado, pois, como já foi dito acima, a pena restritiva de direitos pode ser convertida em multa; e a pena de multa pode ser revertida em favor do Fundo Penitenciário Nacional. Essa medida seria muito útil, haja vista a constante falta de recursos e de investimentos existente no sistema carcerário brasileiro.

Considerações finais

O impacto dos danos ambientais sobre a qualidade de vida contribuiu sobremaneira para que o Brasil buscasse soluções mais adequadas e eficazes na prevenção e reparação desses danos. De acordo com o que foi demonstrado ao longo deste trabalho, amparado na doutrina funcionalista da ação, na Constituição da República Federativa do Brasil bem como na Lei 9.605/98, há de se reconhecer a existência de uma periculosidade própria da pessoa jurídica, que subsiste mesmo após imunizar seus órgãos e representantes.

Vale aqui mencionar que, em julgamento inédito, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça admitiu a responsabilização penal de uma empresa por danos ambientais. Com a decisão, foi aceita a denúncia do Ministério Público de Santa Catarina contra o Auto Posto 1270 pelo fato de ter poluído o leito de

um rio com o lançamento de resíduos tóxicos como graxas, óleo, lodo e produtos químicos resultantes da atividade do estabelecimento (RESP 564960 STJ). Desse modo, resta clara a possibilidade de se responsabilizar penalmente os entes coletivos, no Brasil, pelos danos causados ao ambiente, sem que isso implique a violação de conquistas e garantias históricas obtidas pelo Direito Penal, como, por exemplo, o princípio da personalidade das penas.

Enfim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 bem como a Lei 9.605/98, além de estabelecerem diretrizes e normas que reforçaram a preservação ambiental, disponibilizaram os meios necessários, tais como a desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilização penal das empresas, para se combater os crimes ecológicos.

Referências

BACIGALUPO, Silvina. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Barcelona: Bosch, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal – Parte geral**. 7. ed. v. 1, São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Responsabilidade penal da pessoa jurídica à luz da Constituição. **Boletim do IBCCrim**. São Paulo, fas. 65/ed. esp., p. 7, abr., 1998.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FEIJÓO SÀNCHEZ, Bernardo. ¿Culpabilidad y punición de personas jurídicas? In: LYNETT, E. M. (Coord.). **El funcionalismo en derecho penal**. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Tomo I, Universidad Externado de Colombia: Colombia, 2003.

FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. **Crimes contra a natureza**: (de acordo com a lei 9.605/98). 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GARCÍA CAVERO, Percy. La imputación jurídico penal en el seno de la em-

presa. In: LYNETT (Coord.). **El funcionalismo en derecho penal**. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Tomo II, Universidad Externado de Colombia: Colombia, 2003.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho penal** – Introducción. Universidad Complutense Madrid: Madrid, 2000.

GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Revista Jurídica, Porto Alegre, p. 39, jul., 2000.

JAKOBS, Günther. Derecho Penal – Parte General – **Fundamentos y teoría de la imputación**. 2. ed., Madrid: Marcial Ponz, 1997.

_____. ¿Punibilidad de las personas jurídicas? In: LYNETT, E. M. (Coord.). **El funcionalismo en derecho penal**. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Tomo I, Universidad Externado de Colombia: Colombia, 2003.

MARQUES, Frederico. **Curso de direito penal**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1956.

MERLE, Roger; VITU, André. **Traité de droit criminel** – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général. 6. ed. n. 602. Cujas: Paris, 1988.

MIR PUIG, Santiago. Una tercera via en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista Eletrônica de Ciencia Penal y Criminologia** (en línea). 2004, n. 06-01, p. 01:1 – 01: 17. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>>. Acesso em: 18 mai. 2005.

ORCE, Guillermo. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: LYNETT, E. M. (Coord.). **El funcionalismo en derecho penal**. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Tomo II, Universidad Externado de Colombia: Colombia, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Crimes contra o ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: fundamentos e implicações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: o modelo francês. **Boletim**

do **IBCCrim**. São Paulo, fas. 46, p. 3, set., 1996.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais do direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Veja, 1986.

_____. **Culpabilidad y prevención em derecho penal**. Tradução de Muñoz Conde. Madri: Réus, 1981.

_____. **Tratado de derecho penal** – Parte general, Tomo I, Civitas, 1997.

SANTOS, Celeste Leite dos; SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. **Crimes contra o meio ambiente**: responsabilidade e sanção penal. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas em derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 11, jul./set. 1995.

_____. In: GOMES, Luiz Flávio. (Coord.) **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. (Coleção temas atuais de Direito criminal).

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Saraiva, 2002.