

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

JULIANA MARIA DE ARAÚJO

A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL

CURITIBA

2010

JULIANA MARIA DE ARAÚJO

A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL

Monografia de graduação apresentada ao Núcleo de Monografia, Pesquisa e Extensão do curso de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a Katie Silene Cáceres Argüello

CURITIBA

2010

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à minha família, sustentáculo maior de meu ser, que ensinou os princípios que devem nortear minhas ações na vida. Em especial à minha mãe Regina, meu pai Laércio e meus irmãos Leonardo e Rafael, que sempre proporcionaram as mais valiosas lições sobre a essência do viver.

Muito obrigada também:

Aos meus padrinhos, Zi e Zé, por todo o carinho e apoio.

Ao meu namorado Eduardo, bálsamo de minha vida e verdadeiro companheiro, até mesmo de inconformismos, lutas e esperanças, por fazer parte do meu dia-a-dia e tornar o tédio em melodia.

Aos amigos, pela alegria de poder compartilhar bons momentos, e pelo alento de tornar suportável a dor, principalmente à BÍOLA, eterna amiga de infância.

À prima Fabi, que auxiliou enormemente na pesquisa bibliográfica para esse trabalho.

Aos mestres e professores que desde os primeiros anos de escola oportunizaram um aprendizado que despertasse o olhar crítico sobre a sociedade, incluindo aqui os professores do dia-a-dia, aqueles que não têm títulos, tampouco cargos em instituições de ensino, mas que proporcionam importantes reflexões sobre a vida com sua sabedoria e sensibilidade.

À professora Katie que, com suas ponderações em sala e visão crítica, fez-me compreender as inquietudes que me afastavam do Direito Penal para poder me apaixonar por esse ramo do Direito. Motivo que me levou a buscar a sua orientação.

À Dra. Olinda com quem aprendi a colocar em prática os estudos da Universidade.

E a todos aqueles que ao longo dos anos sempre estiveram e estarão comigo porque deixaram um pouquinho de si ao levarem um pouquinho de mim.

Já não se fala de submeter a natureza. Agora, até os seus verdugos dizem que é necessário protegê-la. Mas, num ou noutro caso, antes e agora, a natureza está fora de nós. A civilização, que confunde os relógios com o tempo, também confunde a natureza com a paisagem, mas a vitalidade do mundo, que burla qualquer classificação e está além de qualquer explicação, nunca fica parada. A natureza se realiza em movimento, assim como nós, seus filhos, somos o que somos, mas, principalmente, somos o que fazemos para mudar o que somos.

(Eduardo Galeano)

RESUMO

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é tema bastante controvertido no Brasil. Grande parte dos constitucionalistas e ambientalistas argumenta que a Constituição Federal de 1988 a previu em seus artigos 173, §5º e 225, §3º, sendo esta devidamente regulamentada pela Lei 9.605/98. Entretanto, a ampla maioria dos penalistas vai de encontro a essas considerações e defende a vigência do princípio *societas deliquere non potest* no ordenamento jurídico pátrio. Entendem esses últimos que a interpretação sistemática da Carta Magna não permite o estabelecimento da responsabilidade criminal ao ente jurídico, devendo-se aplicar a este, apenas sanções administrativas e cíveis. Nessa esteira, a previsão do artigo 3º da Lei 9.605/98, que inova sobre o tema, seria inconstitucional e, ainda que não fosse esse o entendimento, graves omissões legislativas deste diploma legal tornam inaplicável o dispositivo em comento. Outrossim, ressalta-se que o ente incorpóreo não tem capacidade delitiva diante de insuperáveis incompatibilidades entre a sua natureza jurídica e a dogmática penal, tais quais incapacidade de conduta, de culpabilidade e, de pena. Apesar destas ponderações, adeptos da criminalização da pessoa jurídica buscam, para arrepio de muitos juristas, adaptar a teoria penal no sentido de viabilizar sua aplicação aos entes incorpóreos, e insistem em evidenciar a necessidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica para a proteção do meio ambiente. Nesse contexto, faz-se mister uma reflexão acerca da legitimidade e eficiência dessa intervenção penal.

Palavras-chave: pessoa jurídica; responsabilidade penal; criminalização; Constituição Federal; interpretação; Lei 9.605/98; capacidade.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 O INSTITUTO DA PESSOA JURÍDICA.....	9
2.1 Origem e conceito.....	9
2.2 Natureza jurídica.....	11
2.2.1 Teoria da Ficção.....	13
2.2.2 Teoria da Realidade Objetiva	14
2.2.3 Teoria da Realidade Técnica.....	15
2.3 Influências das teorias acerca da natureza da pessoa jurídica no debate sobre a sua capacidade delitiva.....	15
3 A RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA DIANTE DA DOGMÁTICA PENAL	18
3.1 Incapacidade de ação.....	18
3.2 Incapacidade de culpabilidade.....	23
3.3 Incapacidade de pena.....	27
4. O TRATAMENTO DADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	31
4.1 Constituição Federal de 1988	31
4.2 Lei 9.605/98	35
4.2.1 O sistema de imputação da responsabilidade penal à pessoa jurídica.....	36
4.2.2 As penas aplicáveis aos entes jurídicos.....	38
4.2.3 A aplicabilidade da Lei diante de suas omissões	40
5. SOBRE A NECESSIDADE DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA	44
5.1 Aplicabilidade do direito privado	46
5.2 Aplicabilidade do direito administrativo	50
6. CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	56

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é tema extremamente polêmico no Brasil, gerador de inúmeras controvérsias tanto na doutrina quanto na jurisprudência, cuja relevância evidencia-se diante do crescimento do papel protagonista desempenhado pelas entidades coletivas na sociedade.

Os benefícios proporcionados pela coalizão de esforços que as pessoas jurídicas viabilizam refletem no extraordinário aumento de corporações e sociedades nas últimas décadas. Por outro lado, esse crescimento viabiliza perigosas concentrações de poder econômico, e preocupa cidadãos do mundo inteiro pelos riscos que algumas atividades empresariais podem representar.

Boa parte destes riscos está diretamente relacionada à questão ambiental, visto que as atividades empresariais apresentam grande potencial lesivo e destrutivo do ambiente ecologicamente equilibrado. Agravando-se a cada dia o cenário dos problemas ambientais no mundo, o maior desafio da humanidade no século XXI parece ser o enfrentamento dessa questão no sentido de criar um modo de vivência sustentável.

Isso demanda uma ação conjunta de toda a sociedade com a criação de leis ambientais protetoras capazes de reduzir impactos prejudiciais e inibir ações poluidoras e destruidoras. Contudo, a estrutura de organização da pessoa jurídica por vezes dificulta a aplicação das leis às condutas praticadas no âmbito de suas relações. Urge, portanto, uma resposta estatal eficiente que regule as atividades empresariais.

Dessa constatação foi criada no Brasil a Lei 9.065/98, conhecida como lei de crimes ambientais, na qual se previu expressamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica por danos causados ao ambiente. Referida previsão aprofundou as discussões sobre o tema, principalmente entre penalistas, constitucionalistas e ambientalistas. Enquanto estes últimos defendem a possibilidade e necessidade do ente incorpóreo figurar como sujeito ativo de delitos, a majoritária doutrina penal entende ser execrável e inadmissível sua responsabilidade penal.

Diante deste quadro o presente estudo procura fazer uma análise dos argumentos apontados pela doutrina para compreender em que medida o ente jurídico tem ou não capacidade de figurar como sujeito ativo de crimes, bem como refletir sobre a necessidade de previsões nesse sentido, atentando-se especialmente às questões mais debatidas.

Destarte, o primeiro capítulo tem um sentido introdutório e se divide em três partes. A primeira delas versa sobre a origem e o conceito do que se entende por pessoa jurídica. Evitando-se anacronismos, opta-se por não realizar uma leitura histórica do instituto. A segunda parte aborda a polêmica natureza jurídica do ente incorpóreo, visto que as teorias que a explicam freqüentemente são invocadas para sustentar ou rechaçar sua capacidade delitiva. O capítulo se encerra com o estudo sobre a maneira com que essas teorias influenciam no posicionamento dos juristas quanto a essa criminalização.

Posteriormente são analisadas as premissas básicas estabelecidas pela dogmática da responsabilidade penal, observando em que medida são compatíveis e aplicáveis à pessoa jurídica com enfoque nas principais dificuldades apontadas pela doutrina penalista.

No terceiro capítulo, discute-se o tratamento legal do ordenamento jurídico pátrio, verificando de que forma a Constituição Federal de 1988 cuida do tema, bem como o sistema e a aplicabilidade da imputação da responsabilidade penal ao ente incorpóreo estabelecido pelo legislador ordinário na Lei 9.605/98.

Por fim, é feita uma reflexão sobre a necessidade e a idoneidade da intervenção do direito penal no âmbito das pessoas jurídicas. Diante do caráter subsidiário do Direito Penal, confronta-se a criminalização destas com as possibilidades de aplicação de outros ramos do direito, seguindo-se para a exposição das conclusões do trabalho.

2 O INSTITUTO DA PESSOA JURÍDICA

O estudo prévio da pessoa jurídica é relevante na medida em que diversas questões envolvidas no debate sobre a possibilidade de figurar como sujeito ativo de delitos freqüentemente estão relacionadas às compreensões deste instituto, sobretudo quanto à sua natureza jurídica, que busca explicar por que um ente jurídico é capaz de adquirir direitos e deveres, ou seja, ser sujeito de direito.

Dessa forma, buscar-se-á compreender o que se entende por pessoa jurídica e as teorias acerca de sua natureza, no intuito de observar de que maneira as diferentes concepções podem influenciar no debate sobre a sua capacidade delitiva.

2.1 ORIGEM E CONCEITO

É notória a natureza sociável do homem que, enquanto ser limitado, busca associa-se e conjugar forças para alcançar objetivos comuns e resultados mais amplos do que poderia obter apenas com o esforço individual isolado.

Tem-se, portanto, que a própria idéia de grupos e associações antecede a noção de indivíduo.

Segundo CASTRO Y BRAVO:

[...] historiadores e sociólogos, com rara unanimidade, ensinam que em todos os povos tem-se verificado como realidades primárias os grupos supra-individuais (tribos, *gens*, cidades, grande família) e que só com dificuldade, em graus avançados de cultura, vai-se reconhecendo como independente essa outra realidade, tão frágil, do indivíduo como tal, separado e diferente, com esfera própria, a privada, ou seja, a qual lhe pertence como pessoa humana.¹ (CASTRO Y BRAVO, 1984, p. 145, tradução livre da autora).

¹ [...] historiadores y sociólogos, con rara unanimidad, enseñan que en todos los pueblos se han estimado realidades primarias los grupos supraindividuales (tribus, gens, polis, gran familia) y que sólo penosamente, en grados ya avanzados de cultura, se va reconociendo como Independiente esa otra realidad, tan débil, del individuo como tal, separado y distinto, con propia esfera, la privada, o sea, la que le pertenece como persona humana.

Como se vê, apenas posteriormente o indivíduo passará a figurar como sujeito de direito por excelência. Será nesse contexto que a realidade social de certos agrupamentos organizados demandará o reconhecimento por parte do Direito não só de sua existência, mas também de sua autonomia em relação aos indivíduos que os compõem. É a partir desse determinado momento histórico que pode ser compreendido o instituto da pessoa jurídica.

Assim, para evitar anacronismos e aproximações forçadas de institutos tão diferentes, o estudo sobre a pessoa jurídica não pode remontar à Grécia Antiga ou ao Direito Romano², tampouco ao Brasil pré-colônia³ – momentos anteriores a essa mudança de perspectiva sobre o indivíduo e a coletividade.

Como bem ressalta Ricardo Marcelo Fonseca:

Não é incomum efetivamente, notarmos nossos ‘historiadores’ do direito buscando os ‘precedente’ de inúmeras instituições jurídicas atuais em épocas onde tais instituições pouco ou nada tinham em comum com o modo como elas são encaradas no presente, numa verdadeira subversão de sentido que somente se presta para poder legitimar, pelo procedimento histórico, uma visão de mundo presente. (FONSECA, 2009, p.113)

Com isso, não se nega as diversas formas de coletividades existentes antes do que é hoje a figura da pessoa jurídica. Segundo Bitencourt (2007) no Direito Romano, por exemplo, havia distinção entre os conjuntos de pessoas (corporações ou *universitas*) e os seus membros (*singuli*).

Entretanto, tais figuras não podem ser compreendidas como antecedentes da pessoa jurídica. Em verdade, trata-se de figuras completamente diversas, cuja única convergência é a idéia de coletividade, ou de organização meta-individual.

Justamente por esse motivo houve “dificuldade prática em explicar o fenômeno real da *organização eclesiástica*, a partir da concepção dos glosadores” (BITENCOURT, 2007, p.99). Por serem institutos distintos, obviamente foi necessária outra teoria para explicar essa nova organização, bastante diversa da antiga corporação entendida como mera “*soma e unidade de membros titulares de direitos*”. (BITENCOURT, 2007, p.99).

² Ver, por exemplo, NARDIN, *Responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais: fundamentos e aspectos procedimentais*. 2007, p. 177.

³ Assim, KIST e SILVA, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica na Lei 9.605/98*, 2003.

Washington Monteiro de Barros (2003) explica que foi no direito canônico que se desenvolveu a teoria da personalidade jurídica, que supõe, em relação às sociedades, “uma *universalidade*, distinta dos elementos que a compõem. *Universitas distat a singulis*” (BEVILAQUA, 1955, p.106). Esse é o primeiro momento em que se separa a capacidade da pessoa natural da capacidade da recém criada *pessoa fictícia*.

Compreender isso evidencia a diferença de concepção criada a partir das instituições eclesiásticas de todas as demais figuras antecedentes. Pode-se dizer, portanto, que a pessoa jurídica não é mera reunião de indivíduos, e envolve alguns pressupostos. O principal deles – já mencionado – é a distinção entre o ente jurídico e os seus membros. Elenca-se, ainda, outros dois princípios fundamentais, quais sejam: autonomia patrimonial e vida própria (BARROS, 2003).

Esses institutos que surgiram “*para suprir a própria deficiência humana*” (RODRIGUES, 2003, p.86) são hoje, associações ou instituições que gozam do reconhecimento da ordem jurídica de sua aptidão para exercer direitos e obrigações na ordem civil. Nos dizeres de Clovis Bevilacqua:

[...] devem ser considerados como pessoas jurídicas todos os agrupamentos de homens, que, reunidos para um fim cuja realização procuram, mostram ter vida própria, distinta da dos indivíduos que os compõem, e necessitando, para a segurança dessa vida, de uma proteção particular do direito (1955, p. 117).

2.2 NATUREZA JURÍDICA

Diversas teorias tentaram explicar a existência da pessoa jurídica e compreender qual a sua finalidade no âmbito do Direito, desde concepções que afirmaram ser mera ficção legal, até o entendimento de serem verdadeiros organismos sociais, dotados de vontade própria.

Clovis Bevilacqua elencou sete teorias formuladas no sentido de indicar qual a natureza jurídica do instituto em questão, a saber:

1.^a A que considera as pessoas jurídicas simples criações do Estado e, portanto, como ficções legais.

2.^a A que afirma ser este gênero de pessoas mera aparência, excogitada para facilidade das relações, sendo o verdadeiro sujeito dos direitos, que se lhes atribuem, os indivíduos, que as compõem ou em benefício dos quais elas foram criadas.

3.^a A que contorna a dificuldade, dizendo que no caso das fundações, os bens não têm proprietário, os direitos não têm sujeito.

4.^a A que considera a vontade como sujeito dos direitos, tanto em relação aos indivíduos quanto às corporações e às fundações.

5.^a A que pretende ver, nas pessoas jurídicas, simples manifestações de propriedade coletiva.

6.^a A que enxerga, nas pessoas jurídicas (corporações, sociedades, fundações), *substrata* reais como os que servem de base às pessoas naturais.

7.^a A que vê nas pessoas jurídicas verdadeiros organismos sociais, dotadas de alma e corpo, mas não inclui nessa categoria as coletividades, que, apenas aparentemente, funcionam como pessoas jurídicas (1955, p. 103).

Posteriormente, o autor ainda explica porque algumas destas teorias são equivocadas. A concepção de Jhering, por exemplo, ao entender que a pessoa jurídica em si mesma não seria destinatária de direitos, servindo apenas para representar os indivíduos que a compõe, eliminaria a própria idéia de sociedade, que supõe a distinção entre a universalidade e seus elementos.

Da mesma maneira, compreender o ente jurídico como mera ficção de origem doutrinal seria inadequado, já que as corporações possuem existência real e interesses próprios, que não raras vezes, divergem dos de seus membros individualmente considerados. (BEVILAQUA, 1955)

Orlando Gomes (1995) ao tratar do tema dividiu de forma bastante didática as teorias em dois grandes grupos. De um lado estaria um conjunto de posições que negam a personalidade jurídica⁴ – com valor meramente ilustrativo na atualidade –, e de outro, as teorias que aceitam a personificação do ente coletivo.

Apesar de ainda subsistirem diversas construções doutrinárias deste último grupo, as mais debatidas e notórias são (a) a teoria da ficção, empenhada por Savigny, (b) a teoria da realidade objetiva, ou teoria organicista, cujo principal precursor foi Otto Gierke, e (c) a teoria da realidade técnica, sustentada por Michoud, Saleilles, entre outros.

⁴ Dentre elas estariam inseridas as teorias de Bolze e Ihering; de Brinz e Bekker, e ainda, as de Planiol e Barthélémy.

É importante ressaltar que cada doutrina deve ser compreendida dentro do contexto histórico e científico em que surgiram, sem negar-lhes importância. Todavia, para não fugir do tema central do presente estudo, serão brevemente apresentadas apenas as teorias de maior relevância, ou seja, aquelas que são mais freqüentemente abordadas no debate sobre a capacidade delitiva do ente jurídico.

2.2.1 Teoria da Ficção

Essa teoria de origem no Direito Canônico é considerada uma doutrina tradicional, pois prevaleceu até o século XIX, sendo bastante criticada atualmente (BARROS, 2003, p.123).

Sustentada principalmente por Savigny, consiste em explicar a pessoa jurídica como uma abstração, sem qualquer existência real. A partir desta compreensão, diz-se que é o Direito que a cria, sendo assim, pura ficção jurídica (GOMES, 1995, p.187).

Segundo Washington Monteiro de Barros:

“Ela parte do princípio de que só o homem é capaz de ser sujeito de direitos. Mas o ordenamento jurídico pode modificar esse princípio, ora negando capacidade ao homem (como no caso do escravo), ora a estendendo a outros entes que não o homem, como as pessoas jurídicas, que constituem seres fictícios, incapazes de vontade e representados como os incapazes.” (2003, p.124)

Diversas são as críticas apontadas pela doutrina desta concepção. Bevilacqua (1955, p.104) esclarece que esta teoria é falha, pois “o reconhecimento das pessoas jurídicas por parte do Estado não é ato de *criação*, mas sim de *confirmação*”. Com isso o autor propõe que as pessoas jurídicas têm uma existência própria na realidade social que não é criada pela lei, mas tão somente reconhecida por esta. Portanto, nenhuma ficção é criada. Apenas traduz-se, na linguagem do direito, fatos da vida.

Além disso, para muitos, as corporações possuem interesses próprios que podem divergir de seus membros individualmente considerados. Negar-lhe

existência real, portanto, não parece aceitável, ao menos para grande parte da doutrina moderna⁵.

2.2.2 Teoria da Realidade Objetiva

Construção de procedência germânica cujo expoente é notavelmente Gierke, surgiu como oposição à teoria da ficção. “Sustenta que a vontade, pública ou privada, é capaz de dar vida a um organismo, que passa a ter existência própria, distinta da de seus membros, capaz de tornar-se sujeito de direito, *real e verdadeiro*” (RODRIGUES, 2003, p.88).

Parte do princípio de que as pessoas jurídicas são uma realidade sociológica, verdadeiros organismos dotados de vontade própria. Gierke chega a dotar a pessoa jurídica até mesmo de inteligência, fazendo analogias com os seres humanos. Por isso diz-se que recorre a uma personalização antropomórfica. (PEREIRA, 2010)

É repudiada por muitos autores pelos exageros cometidos, sobretudo quanto à idéia de vontade própria, equiparada à humana.

2.2.3 Teoria da Realidade Técnica

Essa compreensão é tida como síntese das teorias anteriores porque busca superar as críticas formuladas e reconhecer os pontos positivos de cada uma delas. Diversos juristas que consideram a pessoa jurídica como uma realidade reconhecida pelo Direito, mas que não concordam com a sua natureza orgânica, preferem esse posicionamento intermediário.

Referida corrente explica a personalidade jurídica como um artifício utilizado pelo Direito para a satisfação dos interesses humanos. Orlando Gomes (1995,

⁵ Nesse sentido, CLOVIS BEVILAQUA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1955, p.100-119, também BARROS, *Curso de Direito Civil*, 2003, p.124; PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, 2010, p.265-266; RODRIGUES, *Direito Civil*, 2003, p.89; GOMES, *Introdução ao direito civil*. 1995, p.188.

p.187) demonstra que “a personificação desses grupos, é, porém, construção da técnica jurídica, que lhes dá forma, admitindo que tenham capacidade jurídica própria, porque o exercício de atividade jurídica é indispensável à sua existência”.

Assim, a pessoa jurídica não é criação arbitrária da lei, mas corresponde a uma necessidade social à qual a técnica jurídica deu satisfação. Washington Monteiro de Barros (2003), adotando expressamente essa teoria, esclarece que a noção de personalidade deve ser entendida como uma definição formulada pela ciência jurídica e não pelas ciências naturais. A própria personalidade humana deve ser assim compreendida, como atributo conferido pela ordem jurídica existente.

O mais importante para a teoria da realidade técnica é que a pessoa jurídica não se trata de um ser orgânico, mas a idéia de ficção permanece quanto à sua existência do ponto de vista físico e natural, onde apenas o ser humano seria realidade.

2.3 Influências das teorias sobre a natureza da pessoa jurídica no debate sobre a sua capacidade delitiva.

Com freqüência a doutrina parece indicar que cada uma dessas teorias é capaz de fundamentar um ou outro posicionamento quanto à responsabilidade penal da pessoa jurídica, polarizando as posições sobre o tema.

[...] pode-se afirmar que o debate sobre este tema (responsabilidade ou não responsabilidade) reproduz em boa parte no direito penal, a velha discussão do direito privado, acerca da teoria da realidade (Gierke) ou da ficção (Savigny) a respeito das pessoas jurídicas.⁶ (ZAFFARONI, 2010, p.45, tradução livre da autora)

Em um primeiro momento poderia se esperar que aqueles que compreendem a pessoa jurídica como ficção negariam sua capacidade delitiva, enquanto apenas os realistas a sustentariam.

⁶ Puede afirmarse, por tanto, que el debate alrededor de este tema (responsabilidad o no responsabilidad) reproduce en buena parte en el derecho penal la vieja discusión del derecho privado acerca de la teoría de la realidad (Gierke) o de la ficción (Savigny) respecto de las personas jurídicas.

Entretanto, apesar de aparentemente lógica, essa dualidade demonstra-se falsa, visto que há quem afirme a responsabilidade penal da pessoa jurídica mesmo sendo adepto de teorias da ficção⁷, enquanto tantos outros, ainda que aceitem uma ou outra teoria realista, afirmam faltar elementos no ente jurídico imprescindíveis para a caracterização da responsabilidade penal⁸.

Destarte, verifica-se que a adoção de um ou outro entendimento sobre a natureza jurídica não é determinante para aceitar ou negar a capacidade delitiva do ente jurídico, ainda que exista certa correlação entre essas questões.

Zaffaroni (2010) demonstra que dentre os que afirmam a responsabilidade penal da pessoa jurídica, permanece o embate sobre a sua natureza. A discussão para eles passa a ser sobre como se dá a vontade do ente coletivo. Para os adeptos das teorias da ficção seria um reflexo da vontade das pessoas físicas, já para os realistas, decorrência direta de uma vontade autônoma da própria pessoa jurídica.

Segundo Juarez Cirino dos Santos:

Esse ponto é crucial, porque indicaria a **sede** do *dolo* e da *imprudência* como fundamento subjetivo da responsabilidade penal das empresas: a sede do *dolo* e da *imprudência* seria a *pessoa jurídica (teoria da realidade)* ou seria a *pessoa física (teoria da ficção)*? (2007, p.432, destaques no original)

Contudo, como afirmam Cernicchiaro e Costa Jr., “o raciocínio penal prescinde da definição da natureza jurídica da entidade; relega a plano secundário as conhecidas teorias de Savigny e Gierke.” (1995, p.156). Isso porque, os autores que negam a capacidade delitiva dos entes jurídicos entendem que para haver responsabilidade penal são necessárias algumas circunstâncias que jamais estarão caracterizadas, independentemente da corrente adotada sobre a sua natureza.

Ao versar sobre o tema, Clovis Bevilacqua explica a diferença entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal: “a responsabilidade penal pressupõe alguma coisa a mais do que o dano, pressupõe uma atividade criminosa

⁷ Por exemplo, ROSA, Fabio Bitencourt. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2003

⁸ Nesse sentido CLOVIS BEVILAQUA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1955, p.131, BARROS, *Curso de Direito Civil*, 2003, p.127; PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, 2010, p.277; CONSTANTINO, *Delitos Ecológicos*, 2002, p.45

determinada por uma vontade anti-social; e essa alguma coisa mais não se encontra nas pessoas jurídicas.” (1995 p.131)

Para compreender o que seria essa *alguma coisa mais*, faz-se necessário o estudo sobre os pressupostos da responsabilidade penal fixados pela dogmática jurídica.

3 A RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA DIANTE DA DOGMÁTICA PENAL

A dogmática jurídica é a ciência que estuda o conteúdo das disposições legais criando, aperfeiçoando e sistematizando conceitos e princípios no sentido de fornecer aos juristas os elementos necessários a permitir sua devida aplicação.

No Direito Penal seu principal objeto de estudo é a teoria do fato punível, encarregada por racionalizar e definir a esfera de aplicação dos comandos jurídico-penais.

Essa teoria conceitua o fato punível como conduta típica, antijurídica e culpável, do qual são destacadas duas categorias essenciais: o *tipo de injusto*, que se desdobra em ação, tipicidade e antijuridicidade, e a *culpabilidade*, por sua vez subdividida em capacidade penal, conhecimento da antijuridicidade, e exigibilidade de comportamento diverso. (CIRINO DOS SANTOS, 2007)

Historicamente estes institutos foram pensados exclusivamente para o ser humano, motivo pelo qual uma grande incompatibilidade entre a dogmática penal e a pretensa responsabilidade penal das pessoas jurídicas é suscitada, sobretudo tendo em vista o princípio constitucional da responsabilidade pessoal, que fixa uma relação psicológica entre o homem e a conduta.

Dentre as diversas dificuldades quanto ao tema, as principais questões apontadas pela doutrina residem na incapacidade de ação, incapacidade de culpabilidade, e incapacidade de pena do ente jurídico, que afastam todos os elementos indispensáveis para configuração de uma responsabilidade penal subjetiva. (PRADO, 2006)

3.1 Incapacidade de ação

A ação, ou conduta, é o primeiro elementar estrutural do fato punível. Conforme prelecionam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2009,

p.354) “o direito pretende regular conduta humana, não podendo ser o delito outra coisa além de uma conduta.”

Diversas definições de ação foram apontadas pela doutrina⁹, mas hoje prevalece a teoria finalista, que a explica como “atividade humana conscientemente dirigida a um fim.” (FRAGOSO, 1995, p.149). Este fim, ou sentido final da ação, segundo Welzel (citado por Juarez Cirino dos Santos, 2007, p. 85), “se baseia no poder humano de prever (...) os possíveis efeitos de sua atividade, propor-se diferentes fins e dirigir, planificadamente, sua atividade para a realização destes fins.”

Desta concepção de ação destacam-se dois elementos, um cognoscitivo, referente ao poder acima enunciado de compreensão e previsão do indivíduo, e outro volitivo, referente à direção da atividade pela determinação da vontade. (BITENCOURT, 2007)

Evidencia-se, assim, que a esfera de atuação do direito penal é limitada ao ser humano, afastando qualquer possibilidade de se admitir ação de um animal ou de uma pessoa jurídica, por faltar-lhes consciência e vontade – em sentido psicológico –, e conseqüentemente, capacidade de autodeterminação, faculdades exclusivamente humanas. (LUNA SERRANO; LACRUZ BERDEJO *apud* GRACIA MARTÍN, 2010)

Zaffaroni e Pierangeli (2009) demonstram que essa questão, por si só, afasta inexoravelmente a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Para estes autores, buscar superar essa incompatibilidade seria uma tentativa de desconhecimento do princípio *nullum crimen sine conducta*.

Mesmo para os realistas, segundo os quais a pessoa jurídica possui uma vontade diferente da de seus membros, é imprescindível reconhecer a enorme diferença entre o que se entende por vontade humana – única capaz de fazer incidir a norma penal –, e a chamada vontade institucionalizada.

⁹ As principais teorias são: a teoria causal, fundada por LISZT, BELING e RADBRUCH; a teoria final de ação, desenvolvida eminentemente por WELZEL; o modelo social de ação elaborado por SCHMIDT, com contribuições de JESCHECK, WESSELS e outros; teoria negativa de ação, cujos principais nomes são HERZBERG, BEHRENDT e HARRO OTTO, e ainda, o modelo pessoal de ROXIN.

Nesse sentido preleciona Juarez Cirino dos Santos:

[...] a chamada *vontade coletiva* ou *pragmática* – simulacro da espinha dorsal da *ação institucional* da pessoa jurídica – não pode ser confundida com a **vontade consciente** do conceito de **ação** da pessoa física: a *vontade coletiva* da *ação institucional* não contém os requisitos internos da **ação humana**, como base *psicossomática* do conceito de crime, que fundamentam a natureza *peçoal* da responsabilidade penal. (2007, p.433, destaques no original).

Ademais, como bem pontuado por Washington Monteiro de Barros:

[...] essa teoria recai na ficção quando se refere à vontade própria da pessoa jurídica. A vontade é peculiar aos homens; como fenômeno humano, não pode existir num ente coletivo. Como observa FERRARA, é navegar a plenas velas no mar da fantasia aludir à de um ente coletivo. Cai, assim, por terra toda a construção jurídica arquitetada pela teoria orgânica. (2003, p.125)

Não obstante os esforços doutrinários em conferir autonomia a essa *vontade* da empresa, invariavelmente ela será produzida pelas pessoas físicas que a representam. Por isso se diz que “a conduta humana não tem seu equivalente no ato jurídico da pessoa jurídica.” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p.355)

Carlos Ernani Constantino endossa essa compreensão explicando que:

[...] embora o Direito confira à pessoa moral existência distinta da de seus membros, é forçoso reconhecer-se que essa existência ocorre apenas no **plano jurídico** e que tal organização não possui corpo físico próprio nem psiquismo exclusivamente seu [...] não podendo realizar, **por si só, ações** ou **omissões**. (2002, p. 24, destaques no original)

Buscando superar esses problemas da incapacidade de ação penal, alguns defensores da capacidade delitiva do ente jurídico pautaram-se em sua reconhecida capacidade civil. Seguindo Liszt, afirmam que quem pode concluir contratos, pode igualmente delinquir. (PRADO, 2006)

A estes, Rodríguez Mourullo (citado por GRACIA MARTÍN, 2010, p. 93, tradução livre) replica com presteza: “não é que a pessoa jurídica ‘conclua’, ela mesma contratos, mas ela fica vinculada pelos contratos que são celebrados em seu nome pelas pessoas individuais *que atuam* como órgãos seus.¹⁰”

¹⁰ “No es que la persona jurídica ‘concluya’ por sí misma contratos, sino que queda vinculada por los contratos que celebran en su nombre las personas individuales *que actúan* como órganos suyos”.

Verifica-se, portanto, que o sujeito ativo continua sendo a pessoa física, e o ente jurídico não passa de representado.¹¹

Na seqüência, Gracia Martín (2010) adverte que uma coisa é aceitar que conseqüências civis afetem o representado, outra é tentar importar esse raciocínio ao direito penal, no qual seria inadmissível, porquanto exige que a conduta seja realizada pessoalmente pelo agente.

A comparação realizada por Liszt é considerada um sofisma que demanda cuidado, pois os fundamentos da responsabilidade civil – que pode ser objetiva e pautar-se na realização de um risco – não podem ser confundidos com os do direito penal, cujos elementos subjetivos são imprescindíveis em todas as categorias do fato punível. (CIRINO DOS SANTOS, 2007)

A mesma crítica procede a Klaus Tiedemann (1995) que defende a possibilidade de imputar atos humanos à pessoa moral ao afirmar que as ações das pessoas físicas que atuam pela a empresa deveriam ser consideradas como as da empresa.

Como visto, no Direito Penal a responsabilidade é pessoal, não podendo haver imputação por atos alheios. Entretanto, Tiedemann insiste na idéia e tenta justificar esta imputação através da co-autoria:

[...] há autores que negam a possibilidade de imputar a ação de um autor físico a uma pessoa moral porque o direito penal não castigaria mais do que as ações próprias de cada pessoa. (...) Sem embargo, no âmbito da co-autoria, muitos dos 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.¹² (1995, p.29, tradução livre)

Com o devido respeito, a idéia não merece prosperar. O autor tenta resolver o problema em si mesmo ao explicar a autoria pela co-autoria. Para haver co-autoria é necessário haver pluralidade de agentes. Sabendo que agente é aquele que realiza

¹¹ Sobre o tema ver como CONSTANTINO, *Delitos ecológicos*, p. 40, em que o autor demonstra como as pessoas jurídicas são, em verdade, responsabilizadas por atos de pessoas físicas nos ilícitos civis ou comerciais

¹² hay autores que niegan la posibilidad de imputar la acción de un autor físico a una persona moral porque el derecho penal no castigaría más que las acciones propias de cada persona. (...) Sin embargo, en el ámbito de la coautoría, muchos de los ordenamientos jurídicos admitten la imputación del acto de un autor a otro, siempre que los autores hayan decidido realizar en común el acto en cuestión.

uma ação, e se a questão é justamente a ausência da capacidade de ação do ente coletivo, o único agente possível é a pessoa física. Ademais, para haver co-autoria é necessário um acordo de vontades para a realização do fato típico. Não é possível imaginar acordo, decisões, ou ações em conjunto entre a empresa e seus sócios. A ausência de vontade da pessoa jurídica implica em uma única decisão, que é exclusivamente a humana. Conseqüentemente, é inadmissível uma co-autoria entre pessoas naturais e pessoa jurídica para se imputar a esta a conduta daquelas.

Permanece, por conseguinte, o entendimento de que a ação é uma capacidade apenas do ser humano, e que a vontade apta a causar um resultado punível é necessariamente uma vontade em sentido psicológico, coisa que obviamente jamais estaria configurada em um ente incorpóreo.

Esse é o entendimento majoritário e quase unânime dos penalistas, independentemente de suas concepções sobre as teorias da ação. (DOTTI, 2010)

O problema demonstra-se insuperável diante da “*absoluta falta de capacidade natural de ação*” da pessoa jurídica (BITENCOURT, 2007, p.106). A manifestação de vontade jamais poderá ser-lhe conferida, senão por uma distorção, ou do instituto, ou da compreensão de vontade.

Além disso, não é justificável um regresso doutrinário da dogmática penal para tornar prescindível esse elemento no conceito do fato punível.

Dessa forma, parece insustentável a demanda de alguns autores no sentido de rever a teoria do fato punível para compatibilizá-la com a criminalização do ente jurídico como sugerido por Tupinambá Pinto de Azevedo, para quem “inúmeras revisões se mostram necessárias, afastando ou redefinindo a conduta, dispensando dolo/culpa, reduzindo a culpabilidade a um de seus elementos (exigibilidade de “atividade” diversa), etc.” (1998, p. 113, destacou-se)

Sobre a questão Luiz Regis Prado pondera: “desde Feuerbach, a consideração do delito como ação ou omissão humana, e não como estado, condição, expressão de um sentido ou simples perspectiva de conduta, constitui-se em uma indisponível garantia liberal.” (2006, p. 263)

É incogitável para a doutrina penalista abdicar dos fundamentos vontade e consciência. Abrir mão destes elementos, além de levar a uma responsabilidade penal objetiva, destruiria todo o Direito Penal ao suprimir as conquistas históricas da civilização contemporânea. (BITENCOURT, 2007)

O mesmo entendimento é compartilhado por Juarez Cirino dos Santos:

[...] a responsabilidade penal *impessoal* da pessoa jurídica racha de alto-a-baixo o conceito de crime, mutilado dos componentes psíquico-fenomenológicos da estrutura do **tipo de injusto** e da **culpabilidade**: suprime o componente psicológico do direito penal (...) necessário em todas as categorias do fato punível. (2007, p. 438, destaques no original)

3.2 Incapacidade de culpabilidade

Os problemas da supressão do componente psicológico quanto à culpabilidade são ainda mais graves.

Desde o início do século XX, a culpabilidade é concebida como um juízo de reprovação que se projeta sobre aquele que realiza uma conduta típica e antijurídica. Trata-se de um conceito complexo, composto por três elementos que devem estar simultaneamente presentes. Primeiramente, o agente deve ser imputável, ou seja, ter capacidade de compreender e de querer realizar uma ação ilícita. Além disso, deve ter consciência real ou potencial da ilicitude, bem como ser-lhe exigível um comportamento diverso. (FRAGOSO, 1995)

A imputabilidade, como primeiro pressuposto da culpabilidade, é o “conjunto das condições de maturidade e sanidade mental que permitem ao agente conhecer o caráter ilícito do seu ato e determinar-se de acordo com esse entendimento” (BRUNO, 1984, p. 44). Assim, imputável é o sujeito que, nos dizeres de Juarez Cirino dos Santos, “pode saber o que faz”. (2007, p. 442)

Segundo a legislação brasileira, essas condições são presumidamente alcançadas aos 18 anos, e podem ser total ou parcialmente afastadas quando demonstrada alguma psicopatologia que afete a capacidade de compreensão ou de orientação do sujeito.

A potencial consciência da ilicitude, ou possibilidade exigível de compreensão da antijuridicidade, refere-se ao conhecimento, real ou potencial, do autor sobre o caráter ilícito de sua conduta. Para estar configurada é necessário que o agente saiba ou possa saber que seu comportamento é contrário ao ordenamento jurídico. (PRADO, 2006)

A ausência da consciência da ilicitude ocorre nas situações em que o agente atua supondo erroneamente que age conforme o direito. Esse erro de proibição pode resultar na exclusão da culpabilidade, quando o erro é inevitável, ou em sua redução, caso seja evitável, porquanto se trata de um erro reprovável. (FRAGOSO, 1995)

Por fim, a exigibilidade de conduta diversa, ou de comportamento conforme o direito, diz respeito às circunstâncias que envolvem a conduta. A culpabilidade será afastada quando a esfera de autodeterminação do autor for reduzida ao ponto de não ser razoável exigir-lhe outro comportamento, como, por exemplo, nos casos de coação moral irresistível ou obediência hierárquica.

Os elementos enunciados, pautados eminentemente em circunstâncias psicológicas, tornam forçoso concluir que as pessoas jurídicas não têm capacidade de culpabilidade. Da mesma forma que a ação, a reprovabilidade pressupõe uma capacidade de compreensão e de autodeterminação que só pode ser humana.

A imputabilidade é uma qualidade inerente das pessoas naturais, pois se fundamenta em elementos psíquicos inimagináveis para um ser irracional. Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos adverte:

[...] os requisitos de *maturidade* e de *sanidade mental* que fundamentam a *capacidade penal* de seres humanos são inaplicáveis à **entidade incorpórea** da pessoa jurídica, com sua *vontade coletiva* ou *pragmática* produzida em reuniões, deliberações e votos: a *capacidade penal* não pode ser suprimida pelo *registro* do contrato social da pessoa jurídica na Junta Comercial, por exemplo. (destaques no original) (2007, p. 442, destaques no original)

Segundo o autor, admitir uma capacidade penal independente da pessoa jurídica, estabelecida por intermédio da decisão de seus sócios, poderia levar à absurda situação de pessoas físicas inimputáveis produzirem uma vontade coletiva imputável à pessoa jurídica.

Outro problema decorrente de uma responsabilidade penal independente, diz respeito ao erro de proibição, que é inexplicável para um ente incorpóreo sem um aparelho psíquico que viabilize a compreensão e representação da natureza proibida do fato. (CIRINO DOS SANTOS, 2007)

Assim, a culpabilidade do ente coletivo esbarra também na consciência do injusto, o que é reconhecido até mesmo pelos defensores da capacidade delitiva do ente jurídico, como Eládio Lecey (citado por LUISI, 2010, p.39): “não se pode buscar na pessoa jurídica o que ela não pode ter, qual seja a consciência de ilicitude”.

Como a configuração da culpabilidade exige a presença de todos os elementos examinados conjuntamente, é inadmissível uma culpabilidade da empresa, que não possui imputabilidade ou consciência de ilicitude.

Em igual entendimento René Ariel Dotti (2010, p. 178) afirma que “a ‘culpabilidade da pessoa jurídica’ é uma hipótese manifestamente incompatível não somente com a realidade ontológica das pessoas morais como também com o refinado conceito de culpa”.

Observando estes insuperáveis obstáculos dogmáticos, algumas teses de criminalização da pessoa jurídica sugerem, também com relação a esta categoria, uma reconstrução doutrinária no sentido de reduzir a culpabilidade ao conceito de exigibilidade de atividade diversa.

Entretanto, não bastassem os absurdos de uma transformação da dogmática penal nesse sentido, ainda a exigibilidade de conduta diversa traz problemas intransponíveis à pessoa jurídica, sobretudo quanto às causas de exculpação. Um ente incorpóreo evidentemente não é suscetível a pressões ou perturbações emocionais excludentes ou redutoras. (CIRINO DOS SANTOS, 2007)

Tendo em mente que a adequação das categorias da culpabilidade não pode olvidar as causas de exculpação, faz-se mister reconhecer o malogro da dogmática que pretende responsabilizar penalmente a pessoa jurídica também nesse sentido.

Outras tentativas de se justificar a culpabilidade da pessoa jurídica relacionando-a a um defeito de organização tampouco lograram êxito. Atentamente Roxin (citado por PRADO, 2006, p. 264) explica: “a culpabilidade da pessoa coletiva

nesse sentido (como já acontece com a sua ação) continua sendo também uma ficção, já que a organização defeituosa não pode ser realizada pela própria pessoa jurídica, senão por seus dirigentes”.

Ainda se tentou superar os problemas dogmáticos pela imputação da culpa de uma pessoa física à pessoa moral¹³, mas as proibições embasadas no princípio da culpabilidade – em que cada um responde apenas na medida de sua própria culpabilidade –, rejeitam essa tese.

Da mesma maneira fracassou a legitimação da responsabilidade penal da pessoa jurídica sem a culpa, segundo critérios do Direito Civil ou Administrativo, como a teoria do risco ou do enriquecimento ilícito, por exemplo. Estes critérios, cuja natureza não é jurídico-penal obviamente só podem fundamentar uma consequência jurídica diversa da penal, como a responsabilidade civil ou administrativa. (GRACIA MARTÍN, 2010) Mesmo porque a responsabilidade penal objetiva é repudiada pela doutrina, além de ser inconstitucional.

Outrossim, conforme prelecionam Cernicchiaro e Costa Jr:

A sanção jurídica é indispensável relativamente à pessoa jurídica. Não, porém, a sanção penal. Falta sentido mencionar “culpabilidade” dessa pena. Empregar o termo, em sentido figurado, ou quando por dificuldade – *latu sensu* – é erro científico. (1995, p.163)

Diante de todo o exposto, a pretensa adaptação de uma categoria totalmente pensada para o ser humano, como a culpabilidade, demonstra-se bastante questionável. Da mesma forma, insuperáveis os problemas decorrentes do indispensável componente psicológico nas categorias do fato punível.

As formulações que buscam uma adaptação ou reconstrução de toda dogmática penal demandam muito cuidado sob pena de suprimirem todas as garantias fundamentais que hoje estruturam o Direito Penal. (BITENCOURT, 2007)

Conforme explicitado por Zaffaroni e Pierangeli:

A culpabilidade somente pode ser edificada sobre a base antropológica da autodeterminação como capacidade do homem. Quando se suprime esta base, desaparece a culpabilidade [...]

¹³ Assim TIEDEMANN, *Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas em derecho comparado*. 1995, p. 30

Por definição, “culpabilidade” é um conceito normativo, um juízo de reprovação que se formula ao autor. [...] Na própria etimologia do conceito há, claramente, uma idéia de normatividade, que não pode ser eliminada, salvo que se queira eliminar a própria culpabilidade, o que resultará num direito penal de periculosidade, que rejeitamos, e que não é seguido pela nossa legislação positiva. (2009, p. 522)

Parece inviável, portanto, adaptar essa categoria à pessoa jurídica sem ir de encontro à legislação pátria que não admite aplicação de pena sem culpabilidade, em virtude do princípio *nullum crimen nulla poena sine culpa*, e que afasta qualquer responsabilidade penal objetiva, ao enunciar no Código Penal o princípio da culpabilidade como uma limitação do poder de punir.

Um instituto tão importante como a culpabilidade não pode ser afastado ou deturpado.

A história das instituições penais revela que o ingresso da culpabilidade como elemento da estrutura do delito foi uma conquista da Civilização e da Cultura, posto que nos alvares do Direito Penal bastava o nexu objetivo entre a ação e o resultado para se impor a pena criminal. (DOTTI, 2010, p. 12)

Esse é o mesmo entendimento de Luiz Regis Prado, para quem é impossível substituir a noção de culpabilidade sem gerar grave risco às garantias fundamentais inerentes ao Estado democrático de Direito. Conforme o autor, “o princípio da culpabilidade e a própria noção de culpabilidade enquanto categoria jurídico-penal são conquistas irrenunciáveis do Direito Penal moderno que tem no homem integrado socialmente seu desiderato maior.” (2006, p.410)

3.3 Incapacidade de pena

Não bastassem todos os problemas enunciados quanto à culpabilidade e à ação, ainda é apresentada pela majoritária doutrina penalista a incapacidade de pena das pessoas jurídicas.

Primordialmente, essa questão está relacionada à incapacidade de ação do ente jurídico, porquanto apenas o autor ou partícipe do fato punível podem ser

destinatário da sanção penal¹⁴. Se, consoante entendimento de Juarez Cirino dos Santos (2007, p.445), “pessoas jurídicas não podem realizar fatos puníveis por *autoria* direta, mediada ou coletiva, nem por *participação*, mediante instigação ou cumplicidade¹⁵”, então, tampouco poderiam ser sujeitos da pena criminal.

Sob outra perspectiva, a atribuição de pena à pessoa jurídica afronta o princípio da personalidade da pena, estabelecido no artigo 5º, inciso XLV da Constituição Federal¹⁶, pois a sanção recairia sobre todos os membros da empresa, inclusive sobre os trabalhadores e sócios minoritários não envolvidos em fatos delituosos perpetrados.

Nesse sentido Carlos Ernani Constantino esclarece:

[...] devido à natureza aflitiva da pena e ao fato de a pessoa jurídica, criação abstrata do Direito, não ter psiquismo próprio, não é ela, mas, sim, as pessoas de seus sócios que sentem a aflição e os ônus da sanção penal; assim, o caráter aflitivo e o cumprimento do que ficar estabelecido na reprimenda passará, inegavelmente, às pessoas físicas formadoras da sociedade, sejam elas culpadas ou inocentes quanto ao crime ambiental relacionado à empresa; nesta linha de raciocínio, **todos** os sócios acabam arcando com a pena aplicada à pessoa jurídica. (2002, p.50, destaques nos original)

Torna-se ainda mais grave pensar nas conseqüências que sofrem os acionistas minoritários vencidos em assembléias gerais, que apesar de discordarem da decisão considerada criminosa, são igualmente atingidos pela pena. (CIRINO DOS SANTOS, 2007)

Por outro aspecto, também é possível considerar a incapacidade de pena com relação à impossibilidade de um ente incorpóreo sentir os conteúdos de retribuição, expiação, intimidação ou reeducação da pena. (BAJO FERNANDES *apud* SILVA SÁNCHEZ, 2010)

Para Juarez Cirino dos Santos (2007) tal circunstância significa lesão ao princípio da punibilidade, pois as finalidades atribuídas à pena criminal, segundo o

¹⁴ Conforme art.29 do Código Penal: Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

¹⁵ Contrariando entendimento de SHECAIRA, Responsabilidade penal da pessoa jurídica, 1999, p.130.

¹⁶ “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”.

discurso oficial da teoria jurídica da pena,¹⁷ não fazem sentido para a pessoa jurídica.

É o que explicam Mir Puig e Muñoz Conde (citados por PRADO, 2006, p.264):

A pena não pode ser dirigida, em sentido estrito, às pessoas jurídicas no lugar das pessoas físicas que atrás delas se encontram, porque conceitualmente implica uma ameaça psicológica de imposição de um mal para o caso de quem delinquir e não se pode imaginar que a pessoa jurídica possa sentir o efeito de cominação psicológica alguma.

Juarez Cirino dos Santos (2007, p.448) complementa:

[...] a reprovação de culpabilidade expressa na pena retributiva de crime não pode incidir sobre a *vontade coletiva* ou *pragmática* da pessoa jurídica, porque a psique *impessoal* e *incorpórea* da pessoa jurídica é incapaz de *arrependimento*, estado afetivo exclusivo do ser humano pressuposto da pena retributiva.

Ademais, as funções preventivas negativas, de desestímulo à criminalidade e de neutralização mediante a pena privativa de liberdade, são impensáveis para a pessoa jurídica que é intimidável e impossível de ser encarcerada. E mais criticável ainda é o apego dos partidários da criminalização da pessoa jurídica à função de prevenção especial positiva, ou ressocialização do criminoso, porquanto consiste em fracasso histórico nunca realizado sequer para as pessoas físicas. (CIRINO DOS SANTOS, 2007)

No mesmo sentido é a assertiva de Paulo Queiroz (2003):

[...] se é função do direito penal motivar seus destinatários a atuarem conforme o direito, quer em caráter geral (prevenção geral), quer em caráter individual (prevenção especial), segue-se que só a pessoa humana, dotada de capacidade de discernimento e autodeterminação, pode ser sujeito ativo de crime, visto que só os seres humanos podem ouvir e entender as normas, portanto, só eles são passíveis de motivação e, pois, de cometer crimes.

Em suma, todas as categorias do tipo de injusto, bem como a as questões relativas à aplicabilidade da pena às pessoas jurídicas esbarram em incontáveis incongruências dogmáticas e processuais. Para cada tema abordado do direito penal, diversos obstáculos são apontados, formando o que René Ariel Dotti (2010, p.173) denomina de “festival de surrealismos”.

¹⁷ Reprovação da culpabilidade, prevenção especial e prevenção geral da criminalidade.

Segundo João Gualberto Garcez Ramos (2004, p. 79) “a lista de incompatibilidades é tão extensa que melhor seria manter incólume o sistema penal tradicional e não adentrar em veredas incertas, apenas pela vertiginosa paixão pela novidade”. Ademais, não obstante os esforços doutrinários de superação dessas disparidades, as discussões sobre o tema apenas as evidenciam cada vez mais.

Nesse sentido, verifica-se uma tendência relevante de limitação da responsabilidade penal às pessoas naturais apontada pela legislação penal da Alemanha, Espanha, Bolívia, Colômbia, Peru, Nicarágua e Costa Rica, e até mesmo do Brasil, conforme a Parte Geral do Código Penal de 1985. (LUISI, 2010).

Por outro lado, recomendações de congressos internacionais, levaram à adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica na Holanda e na Dinamarca, e influenciaram a elaboração da lei 9.605/98 dando suporte à alegação de parte da doutrina nacional de que o princípio *societas delinquere non potest* foi afastado pelo legislador brasileiro.

Faz-se mister, portanto, observar de que maneira a responsabilidade penal da pessoa jurídica pode ou não ser considerada presente no ordenamento jurídico pátrio.

4 O TRATAMENTO DADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

As divergências doutrinárias sobre o tema repercutem diretamente nas interpretações da legislação nacional, dividindo os posicionamentos de juristas e aplicadores do direito.

Há muito tempo se discute a capacidade delitiva do ente jurídico no Brasil. Contudo, com o advento da lei 9.605/98 – que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente –, o debate se intensificou perdurando até hoje.

Referido diploma legal é o único que traz expressa previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, em seu artigo 3º. Todavia, não dá resposta efetiva e satisfatória sobre a questão, conforme se verá adiante, quando analisada a lei.

A falta de técnica legislativa, aliada às questões doutrinárias já observadas, deu ensejo ao questionamento da constitucionalidade do dispositivo em comento, aprofundando o antagonismo existente tanto na doutrina quanto na jurisprudência sobre o tema.

Não há qualquer consenso sobre a inserção da responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, nem mesmo sob a ótica constitucional.

4.1 Constituição Federal de 1988

Alguns autores consideram que a Carta Magna brasileira instituiu expressamente a responsabilidade penal à pessoa jurídica em dois momentos. Primeiro no capítulo “Dos princípios gerais da atividade econômica”, em função de

seu artigo 173, §5º, e em segundo lugar, através do artigo 225, §3º, localizado no capítulo que versa sobre o meio ambiente.¹⁸

A esse entendimento, formado por alguns ambientalistas e constitucionalistas, contrapõe-se a quase totalidade dos penalistas que se pronuncia no sentido de que os dispositivos constitucionais não podem ser interpretados dessa maneira. Estes últimos chamam a atenção ao fato de que a redação do artigo 173, §5º não faz qualquer menção direta à responsabilidade penal:

Art. 173. § 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

A partir dessa constatação, se manifestaram Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Jr. Ao questionarem a criminalização da pessoa jurídica frente à Constituição de 1988, os autores entenderam que “se fosse propósito do constituinte definir-se quanto ao tema, evidentemente tê-lo-ia feito de maneira explícita, considerados o relevo e a polêmica da matéria, no capítulo que definiu os princípios de Direito Penal”. (1995, p.160)

Entendimento semelhante é firmado por Bitencourt (2007), para quem a Constituição Federal, longe de ter firmado indubitavelmente a responsabilidade penal da pessoa jurídica, em verdade deixou o tema, prudentemente, ao sabor da evolução da dogmática jurídica.

Juarez Cirino dos Santos (2007) enfrenta a questão analisando o teor do respectivo dispositivo legal. Consoante entendimento do autor, a responsabilidade de que trata o artigo 173, §5º da Constituição não pode ser considerada responsabilidade penal justamente por faltar-lhe a adjetivação nesse sentido. Nesse contexto, critica aqueles que entendem de outra forma explicando:

Nenhum legislador aboliria o princípio constitucional da responsabilidade penal *pessoal* de modo tão camuflado ou hermético, como se a Carta Constitucional fosse uma *carta enigmática* decifrável somente por iluminados. Ao contrário, se o constituinte tivesse pretendido instituir exceções à regra da responsabilidade penal *pessoal* teria utilizado

¹⁸ Nesse sentido PASSOS, Vladimir; PASSOS, Gilberto; MILARÉ, Edis; ROSA, Fabio Bittencourt da; SHECAIRA, Sérgio Salomão. SANCTIS, Fausto Martins de. ROCHA, Fernando Galvão; ROTHENBURG, Walter Claudius.

linguagem clara e inequívoca, tanto sobre a natureza *penal* dessa responsabilidade, quanto sobre as *áreas* de incidência dessa *excepcional* responsabilidade penal. (CIRINO DOS SANTOS, 2007, p.428)

Com efeito, causa perplexidade a interpretação de renomados juristas de que “onde a Constituição fala de *responsabilidade* quer dizer, na verdade, *responsabilidade penal*” (CIRINO DOS SANTOS, 2007, p.427). Não bastasse a problemática adição de um adjetivo inexistente no texto, ainda mais grave é ignorar a história da elaboração do dispositivo que demonstra que o constituinte intencionalmente afastou a responsabilidade criminal no parágrafo em epígrafe.

Sobreleva destacar que a redação da Comissão de Sistematização continha o adjetivo *criminal* quando se referia à responsabilidade da pessoa jurídica, o que não foi aprovado pelo Plenário da Constituinte. Por isso Luiz Luisi (2010) afirma categoricamente que houve clara opção legislativa em afastar essa responsabilidade:

Retirando a expressa e literal referência à responsabilidade criminal da pessoa jurídica, é de evidência solar que o Constituinte recusou-se a estabelecer a responsabilidade em causa. É óbvio que o Constituinte ao dar ao parágrafo em questão uma redação diferente da proposta pela Comissão de Sistematização, com ela não concordou. Ou seja: é solar que o Constituinte ao não aprovar a redação que expressamente estabelecia a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a repeliu. (2010, p.35)

Destarte, a interpretação que visa transmutar o texto constitucional para acrescer adjetivo intencionalmente afastado pelo constituinte é tendenciosa e merece repulsa.

Prosseguindo o estudo sobre o tema, atenta-se ao teor do artigo 225, §3º:

Art. 225. § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Sobre o parágrafo transcrito assenta-se ainda maior controvérsia. Partindo-se de uma interpretação literal, adeptos da criminalização do ente jurídico encontram nesse dispositivo o fundamento para a responsabilidade penal da pessoa jurídica com relação à proteção do meio ambiente. Todavia, outra leitura é possível.

A partir das regras de hermenêutica que há muito partem da premissa de que o legislador não usa vocábulos distintos para significar a mesma coisa, diz-se que, em verdade, o legislador diferenciou o tratamento dado às pessoas físicas daquele

estabelecido às pessoas jurídicas. Assim, quando o legislador fala em condutas e atividades, ora está se referindo à pessoa física (conduta), ora à pessoa jurídica (atividade). Da mesma maneira a sanção penal estaria destinada à pessoa física, cabendo à pessoa jurídica a sanção administrativa. (CIRINO DOS SANTOS, 2007, p.430)

Seguindo a mesma linha, Miguel Reale Júnior afirma que a interpretação deve ser realizada no sentido de que “as pessoas físicas ou jurídicas sujeitam-se *respectivamente* a sanções penais e administrativas” (2010, p.344).

Apesar desses apontamentos, e da redução da importância da visão meramente literal das regras, as discussões acerca do parágrafo em tela permanecem. Não contente com a explicação referida, Walter Claudius Rothenburg realizou minuciosa análise das conjunções ‘e’ e ‘ou’ que integram o texto constitucional para sustentar a tese da responsabilidade penal do ente jurídico.

Não obstante seus esforços, Rothenburg sofreu fortes críticas pelo anacronismo de seu enfoque literal que remonta aos glosadores medievais. (LUIZI, 2010, p.36) Isso porque o apego à literalidade de determinada regra há muito foi ultrapassado. Hoje se dá preferência a métodos lógico-sistêmicos que buscam compreender as regras dentro do contexto normativo em que estão inseridas. Mais ainda, busca-se também o contexto histórico e social, viabilizando verdadeira visão holística da norma.

É partindo de uma interpretação mais complexa e sistêmica que a maioria absoluta dos penalistas nega a previsão constitucional da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Observando o sistema normativo constitucional como um todo, verifica-se que a criminalização da pessoa jurídica colide com os princípios da responsabilidade pessoal, da culpabilidade, da legalidade, da personalidade da pena, entre muitos outros, sendo assim, inadmissível¹⁹.

Não se ignora a dificuldade dessa compreensão, tendo em vista a falta de clareza do artigo 225, §3º:

¹⁹ Nesse sentido CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal: parte geral*. p.431; PRADO, *Curso de direito penal brasileiro*, p.280; DOTI, *A incapacidade criminal da pessoa jurídica*, p.162; CONSTANTINO, *Delitos ecológicos*, p.44-51. REALE JR. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p.344.

No Brasil, a *obscura previsão* do art. 225, §3º, da Constituição Federal, relativamente ao *meio ambiente*, tem levado alguns penalistas a sustentar, *equivocadamente*, que a Carta Magna consagrou a *responsabilidade penal da pessoa jurídica*. (BITENCOURT, 2007, p.116-117, destaques no original)

Entretanto, como bem aponta Juarez Cirino dos Santos:

A tese da *responsabilidade penal* da pessoa jurídica se fundamenta em leitura apressada das normas constitucionais, ou representa simples fenômeno psíquico de projeção da vontade pessoal do intérprete do texto constitucional.

Logo a *criminalização* da pessoa jurídica, como forma de responsabilidade penal *impessoal*, é inconstitucional: as normas do art. 173, §5º, e do art. 225, §3º, da Constituição, não instituíram – nem autorizaram o legislador ordinário a instituir – a *exceção* da responsabilidade penal da pessoa jurídica. (2007, p.430, destaques no original)

Nessa linha de raciocínio permanece no ordenamento jurídico brasileiro o axioma latino *societas delinquere non potest*. Frisa-se, porém, que sobre tais dispositivos assenta-se grande controvérsia, não cabendo a infeliz afirmação de alguns autores de que a Constituição trouxe clara previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, devendo apenas os juristas e interpretes se conformarem a respeito²⁰.

4.2 Lei 9.605/98

Visando à regulamentação do art. 225 da Constituição Federal²¹ foi promulgada em 12 de fevereiro de 1998, a Lei 9.605. Referido diploma legal, conhecido como lei de crimes ambientais, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro aproximadamente sessenta novos tipos penais e, ainda, inovou quanto à responsabilidade da pessoa jurídica, prevendo-a expressamente em seu artigo 3º, *caput*.

²⁰ Édis Milaré, por exemplo, afirma que: “melhor será exercitar e perseguir os meios mais adequados para a efetiva implementação dos desígnios do legislador, pois, segundo advertência de Starck, o jurista não pode esperar por um direito ideal. Ele deve trabalhar com o Direito existente, em busca de soluções melhores” (2004, p.781)

²¹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A despeito da louvável intenção do legislador de buscar um sistema de combate às violações ao ambiente ecologicamente equilibrado, é patente e unanimemente reconhecida pelos juristas a falta de técnica legislativa da lei 9.605/98. Dentre as inúmeras críticas que levaram alguns autores a denominá-la “lei hedionda dos crimes ambientais” (REALE JR. *apud* LUISI, 2010, p.39), várias estão relacionadas à controvertida questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, conforme se verá a seguir.

4.2.1 O sistema de imputação da responsabilidade penal à pessoa jurídica

Como visto, o modelo de criminalização do ente jurídico no Brasil pauta-se, eminentemente, na previsão normativa do artigo 3º da Lei 9.605/98:

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 seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Desse dispositivo extraem-se dois requisitos para que uma infração seja imputada à pessoa jurídica. A primeira delas é o autor qualificado, ou seja, que a infração seja cometida por representante legal ou contratual, ou órgão colegiado. Isso significa que não será criminalizada a empresa quando eventuais infrações forem cometidas por empregados subalternos e sem poder de decisão. A segunda, é que a infração deve se dar no interesse ou benefício da entidade. Assim, se o representante ou órgão colegiado da empresa agir em benefício próprio, tampouco haverá imputação à pessoa jurídica.

Segundo Luiz Régis Prado (2006), o sistema adotado evidencia que é a pessoa física com poder de decisão (ou pessoas, no caso de órgão colegiado) que irá agir em nome da empresa. Portanto, “os elementos objetivos e subjetivos de determinada infração penal – imputada à pessoa jurídica – dizem respeito, na verdade, à pessoa natural” (p. 282-283). Essa forma de imputação é nitidamente baseada no artigo 121-2 do Código Penal francês, que estabelece uma responsabilidade por ricochete, ou de empréstimo, cujas implicações também são explicadas pelo autor:

[...] a responsabilidade penal da pessoa moral está condicionada à prática de um fato punível suscetível de ser reprovado a uma pessoa física. Desse caráter subsequente ou de empréstimo resulta importante consequência: a infração penal imputada a uma pessoa jurídica será quase sempre igualmente imputável a uma pessoa física. Isso quer dizer: a responsabilidade da primeira pressupõe a da segunda. [...] Dessa maneira, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é considerada *subsidiária* à da pessoa física, sem a qual, regra geral, não pode a pessoa jurídica vir a ser condenada. (PRADO, 2006, p.277-278)

Tais circunstâncias obrigam a compreensão de que só será admitida a responsabilidade da pessoa jurídica quando houver imputação simultânea da pessoa física que atuou em seu nome. Cria-se, assim, um sistema de co-autoria necessária entre as pessoas físicas e a pessoa jurídica (SHECAIRA, 1998).

Não obstante, é preciso observar que a co-autoria pressupõe a liberdade de decisão individual de cada partícipe, ao ponto de que cada um responda na medida de sua culpabilidade. Sabendo-se que as pessoas jurídicas não possuem culpabilidade autônoma, pois dependem da vontade de seu administrador, forçoso reconhecer que a autonomia da decisão do ente incorpóreo é puramente ficcional.

O problema é que essa ficção não é suficiente para viabilizar a devida fixação da pena à empresa. Se a responsabilidade do ente jurídico é inevitavelmente vinculada à conduta e à culpabilidade da pessoa natural, não há como se falar em responsabilidade própria e distinta do co-réu, tampouco em individualização da pena, contrariando-se mais um princípio constitucional. (BREDA, 2010)

Além disso, tem-se que a responsabilidade por ricochete se trata de verdadeira responsabilidade por fato alheio, devendo ser rechaçada. Como se sabe, a responsabilidade penal pessoal não admite que alguém sofra sanções por conduta alheia como na responsabilidade civil, em que as sanções são mais brandas e é assegurado o direito de regresso contra as pessoas físicas que atuarem ilicitamente em nome do ente jurídico. Portanto, a pessoa jurídica não poderia responder penalmente pelas condutas de seus dirigentes. (CONSTANTINO, 2002)

Os próprios adeptos da criminalização do ente incorpóreo admitem que a empresa, por si mesma, não comete ato delituoso. Para Shecaira (1998), por exemplo, a empresa só pode atuar através de uma pessoa natural. Todavia, insta esclarecer que não é a pessoa jurídica que pratica delitos através de seus membros, mas são os seus membros que praticam os crimes através das empresas. Por

consequente, é possível afirmar que a pessoa jurídica não passa de meio ou instrumento para prática de delitos. Nesse sentido Sheila Jorge Selim de Sales afirma que o ente jurídico “é a ‘coisa’ da qual se serve o agente para realizar a figura delituosa, tal como a arma, o veneno, o fogo, etc.” (2010, p. 219).

Outra crítica feita à previsão legal refere-se à criação de intolerável *bis in idem* pelo parágrafo único do artigo 3º. Segundo Carlos Ernani Constantino (2002), ao enunciar que “a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato”, esse parágrafo determina que o sócio autor do delito responda duas vezes pelo mesmo fato. Primeiro, porque invariavelmente acabará arcando com os efeitos da condenação da pessoa jurídica (visto que todos os sócios sofrem com a pena aplicada ao ente coletivo), e segundo, porque ainda sofrerá individualmente condenação.

4.2.2 As penas aplicáveis aos entes jurídicos

Diante da inaplicabilidade da pena privativa de liberdade ao ente incorpóreo, o legislador buscou estabelecer sanções compatíveis com a sua natureza. Criou, portanto, um rol de penas no artigo 21 da Lei 9.605/98, composto pela multa, pena restritiva de direitos, e de prestação de serviços à comunidade, que podem ser aplicadas isoladas, cumulativa ou alternativamente. Nos artigos 22 e 23 especificou em que consistem as penas restritivas de direito e as penas de prestação de serviços à comunidade respectivamente:

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

I - suspensão parcial ou total de atividades;

II - interdição temporária de 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 às 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.

Algumas características destas sanções chamam a atenção. Primeiro, a prestação de serviços à comunidade estabelecida para a pessoa jurídica adquire caráter independente, diferentemente do que dispõe em relação às pessoas físicas, quando é considerada uma das penas restritivas de direito (art. 8º, I). Em segundo lugar, analisando as penas aplicáveis às pessoas jurídicas nesses artigos, observa-se que elas não têm caráter criminal, mas sim administrativo e civil:

Não será a empresa que irá prestar serviços à comunidade, podendo, isso sim, financiar serviços, obras, etc., evidenciando-se sanção de caráter civil. Também no caso da pessoa jurídica que tem suspensa ou interdita suas atividades, bem como a que for proibida de contratar com poder público, não sofrerá sanção de caráter criminal, mas administrativa. Isso demonstra que na lei em comento houve inadequado uso do Direito Penal, seguindo-se a consequência necessária: inocuidade. (KIST; SILVA, 2003)

A conclusão dos autores nesse ponto é incontestável. A utilização às avessas do Direito Penal para a aplicação de sanções administrativas e civis às pessoas jurídicas é completamente inadequada, principalmente diante do caráter subsidiário do Direito Penal. Com isso, demonstra-se o acerto da interpretação supramencionada de Miguel Reale Jr. sobre o artigo 225, §3º da Constituição Federal.

Outrossim, cumpre ressaltar, a previsão do artigo 24, que estabelece a pena de liquidação forçada da pessoa jurídica “constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime”. Esta sanção é considerada verdadeira pena de morte da empresa e deve ser cautelosamente estudada, pois, assim como a pena de suspensão de atividades, pode gerar graves conseqüências sociais, como desemprego, por exemplo. (PRADO, 2006).

Por fim, salienta-se que mais importante do que as questões enunciadas é o fato de que o legislador não estabeleceu qualquer parâmetro para a aplicação das sanções. Não explicou quando serão utilizadas de forma isolada, cumulativa ou alternativa. Não prescreveu penas específicas para a pessoa jurídica em cada tipo penal. Tampouco enunciou de que forma serão empregadas as sanções em caso de descumprimento da pena restritiva de direito imposta. Todas essas omissões causam perigosa incerteza jurídica e diversos problemas de ordem prática, verdadeiros impasses para a aplicação das sanções à pessoa jurídica. Por isso, faz-se necessário observar em que medida a Lei 9.605/98 é aplicável nesse contexto.

4.2.3 A aplicabilidade da lei diante de suas omissões

Como visto, apesar de a Lei 9.605/98 apresentar forte inspiração francesa, optando por previsões semelhantes quanto à forma de responsabilidade da pessoa jurídica e às sanções que lhe seriam aplicáveis, ela é incompleta e omissa. O legislador pátrio não foi além para adaptar essa forma de responsabilidade no âmbito do sistema tradicional e torná-la coerente com o Código Penal e com as regras processuais, como fez o legislador francês.

Nesse sentido se pronunciam alguns juristas:

[...] pode-se afirmar que o legislador brasileiro, ao adotar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, adotou o que havia de mais moderno no Direito Penal, europeu, em especial, mas não alterou uma vírgula da parte geral do Código Penal. Dessa forma relegou aos operadores do Direito a tarefa de aplicar essa legislação, em boa medida incompatível com as regras procedimentais vigentes acerca da *persecutio criminis*. (KIST; SILVA, 2003)

Nessas circunstâncias, diz-se que o legislador enunciou de forma simplista a responsabilidade penal da pessoa jurídica, cominando-lhe penas, sem de fato instituí-la (PRADO, 2006, p.281). Ressalta Silvina Bacigalupo (citada por Bitencourt, 2006, p.119) que “a simples introdução no ordenamento jurídico de uma norma prevendo a responsabilidade penal da pessoa jurídica não será solução enquanto não se determinar previamente os pressupostos de dita responsabilidade”.

A omissão legislativa, de não adaptar as previsões do direito penal material e processual à criminalização da pessoa jurídica leva à inaplicabilidade da regra do artigo 3º da lei 9.605/98:

Não há como, em termos lógico-jurídicos, quebrar o princípio fundamental como o da irresponsabilidade criminal da pessoa jurídica ancorado solidamente no sistema de responsabilidade da pessoa natural, sem fornecer, em contrapartida, elementos básicos e específicos conformadores de um subsistema ou microssistema de responsabilidade penal, restrito e especial, inclusive com regras processuais próprias.

Ressalte-se, ainda como imprescindível a existência de normas harmonizadoras que propiciem uma perfeita *convivência* entre uma (geral) e outra (excepcional) formas de responsabilidade.

Nesse passo, aliás, é força concluir, em obediência irrestrita aos princípios da intervenção penal legalizada e da segurança jurídica, ser indispensável a inserção nas normas penais incriminadoras de referência específica de punibilidade da pessoa jurídica, não ficando, assim, submetida ao mero talante do juiz ou tribunal. (PRADO, 2006, p. 282)

A falta de inserção das normas incriminadoras específicas a que se refere Luiz Regis Prado é ainda mais grave do que meras falhas ou ausência de regras de adaptação e harmonização de preceitos. A Lei 9.605/98 apenas estabelece quais seriam as sanções aplicáveis ao ente jurídico, mas não traz a cominação específica dessas penas nos tipos descritos pela lei, deixando a sua dosimetria totalmente em aberto.

O legislador, negligentemente, omitiu-se a respeito de diversas circunstâncias jurídicas necessárias à aplicação da lei penal à pessoa jurídica, criando gigantesco e perigoso vácuo normativo, absolutamente incompatível com o princípio da máxima taxatividade legal (BREDA, 2010).

Como se sabe, os princípios da estrita legalidade e da máxima taxatividade impõem específica e prévia enunciação legal dos tipos legais, bem como das penas aplicáveis. Assim, a determinação expressa dos crimes que podem ser imputados às pessoas jurídicas e as respectivas penas para cada um deles são imprescindíveis. Compreender que essas previsões são desnecessárias é manifestamente equivocado, pois vai de encontro aos princípios basilares do Direito Penal consagrados na Carta Magna, como destaca Juarez Cirino dos Santos:

O legislador brasileiro **mutilou** o modelo adotado, omitindo duas determinações essenciais: primeiro, **não especificou** os tipos legais aplicáveis às pessoas jurídicas, como faz a lei francesa; segundo, **não cominou** os limites **mínimos e máximos** das penas aplicáveis às pessoas

jurídicas, nos tipos legais respectivos, como também faz a lei francesa. [...] a *generalidade* e a *indeterminação* das penas cominadas infringe o **princípio da legalidade**, expresso na fórmula *nulla poena sine lege*. (CIRINO DOS SANTOS, 2007, p.441, destaques no original)

Além dessas implicações, referidas omissões, ainda colocam em risco o sistema de separação de poderes. Ao não enunciar o crime nem delimitar as penas aplicáveis, deixa-se ao Juiz uma tarefa que é exclusiva do Legislador, de aferir quais os crimes em que incorre a pessoa jurídica, bem como os limites mínimos e máximos das penas cominadas em cada tipo penal. Cria-se, assim, verdadeira necessidade de uma integração analógica, o que é constitucionalmente proibido²², conforme explica Eugenio Raúl Zaffaroni:

[...] a tarefa que o legislador impôs ao juiz nesta lei [9.605] é de verdadeira integração analógica, o que está claramente proibido pela Constituição e pelos princípios básicos do direito penal liberal respaldados também pelo direito internacional dos Direitos Humanos, posto que se trata de evidente caso de analogia *praeter legem* (para além da lei). [...] frente a um caso em que o juiz não pode menos que substituir o legislador em matéria penal, e não em detalhes menores, senão nada menos que na natureza, alcance, quantia e individualização das penas, deve-se concluir que se trata de integração analógica, e que esta é inconstitucional, em função do mais elementar e universal dos princípios do direito penal de garantias.²³ (2010, p. 60-61, tradução livre da autora)

A mera previsão de que se aplicam subsidiariamente as regras gerais do código penal e processual penal, como faz o art. 79 da lei 9.605/98, não é suficiente para resolver o problema, visto que, ainda assim, o juiz estaria legislando ao sentenciar.

Não bastasse o laconismo quanto à aplicação da pena à pessoa jurídica, diversas questões processuais também são suscitadas. A Lei 9.605/98 apenas estabelece que a ação penal será pública e incondicionada (art. 26), e aborda a aplicabilidade da Lei 9.099/95 nos crimes de menor potencial ofensivo (arts. 27 e

²² Nesse mesmo sentido CIRINO DOS SANTOS, *Direito Penal*, 2007, p.449-450. Ao contrário, GRINOVER, *Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2004, p. 9-10, entende ser possível realizar integração pelas regras existentes no ordenamento para adaptar as previsões processuais à pessoa jurídica.

²³ [...] *la tarea que el legislador le impuso al juez en esta ley es de verdadera y auténtica integración analógica* lo que claramente está prohibido por la Constitución y por los principios básicos del derecho penal liberal respaldados también por derecho internacional de los Derechos Humanos, puesto que se trata de un evidente caso de analogía *praeter legem* (más allá de la ley). [...] *frente a un caso en que el juez no puede menos que sustituir al legislador en materia penal, y no en detalles menores, sino nada menos que en la naturaleza, alcance, cuantía e individualización de las penas, debe concluirse que se trata de una integración analógica, y que ésta es inconstitucional, en función del más elemental y universal de los principios del derecho penal de garantías.*

28). Entretanto, não disciplina o procedimento a ser utilizado, tampouco trata da prescrição da pena. (AZEVEDO, 1998)

Diante desse quadro, impõe-se o reconhecimento de que fica comprometida a aplicabilidade da Lei de Crimes Ambientais no tocante às pessoas jurídicas. (KIST; SILVA, 2003) Todavia, é oportuno ressaltar que toda essa ausência de técnica e negligência legislativa não foi algo ocasional.

Em seu trabalho, Helena Regina Lobo da Costa (2010) denuncia as péssimas circunstâncias de criação da Lei 9.605/98 e as influências para a sua aprovação às pressas pelo Congresso Nacional. Recorda a autora, que em janeiro de 1998 um incêndio atingiu grande área de florestas no Estado de Roraima, chamando a atenção do público e da imprensa. No mesmo mês foram divulgados dados do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais demonstrando recordes de desmatamento da Amazônia entre os anos de 1995 e 1996. Essas questões criaram um cenário de pressão de alguns setores da sociedade, que, atrelado ao período eleitoral próximo, levou o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, a requerer a urgência na votação da lei, contribuindo imensamente para a ausência de reflexão e aprimoramento dos dispositivos nela previstos.

O resultado da resposta contingente dada pelo legislador pôde ser parcialmente observado no decorrer das breves considerações realizadas quanto ao tratamento dado pela lei à responsabilidade penal da pessoa jurídica: um verdadeiro desastre legislativo, imaturo e cheio de lacunas.

5 SOBRE A NECESSIDADE DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

A natureza complexa das relações desenvolvidas no contexto empresarial, com a divisão de competências e coordenação de funções relativamente autônomas, torna a identificação da responsabilidade individual pela prática de um ilícito ambiental bastante difícil. Isso tem levado muitos trabalhos sobre o tema a invocar a necessidade de aceitar a pessoa jurídica como sujeito ativo de delitos com o escopo de tutelar bens jurídicos relevantes, sobretudo o meio ambiente.

Verifica-se, contudo, que os fundamentos dessa perspectiva possuem caráter preponderantemente pragmático. Em nome da necessidade de se coibir atividades lesivas ao meio ambiente e de preservar e recuperar o equilíbrio ecológico – o que não se questiona – busca-se uma solução penal. Todavia, uma visão crítica do Direito Penal e de seu caráter retributivo e seletivo há muito tempo vem demonstrando que este ramo do Direito não é instrumento eficiente para combater determinadas condutas ou evitar certas lesões.

É o que renomados juristas apontam, como Heleno Cláudio Fragoso:

O efeito preventivo da ameaça penal não está demonstrado; o efeito ressocializador da pena evidentemente não existe, pelo menos no que diz respeito à pena de prisão. O crime está em função social, e não se modifica através do Direito Penal. É reduzido, em consequência, o papel que o sistema punitivo do Estado desempenha em termos de prevenção, e, pois, em termos de efetiva proteção e tutela de valores da vida social. (1995, p.19)

Especificamente no âmbito do direito penal ambiental, há evidências do caráter simbólico da norma penal, ou seja, de que seus efeitos são meramente ilusórios, enquanto, em verdade, o sistema jurídico penal atribui a si mesmo, tarefas que não consegue cumprir, não presta contas de seus problemas de produção e, pior, produz massivos déficits de execução que levam não apenas a uma implementação reduzida, mas também seletiva das normas penais. (COSTA, 2010, p.111).

Tem-se, portanto, que o pragmatismo que norteia a demanda de criminalização das pessoas jurídicas por atividades nocivas ao meio ambiente é

equivocado, pois funda-se na falsa premissa de que o direito penal é o instrumento adequado para a solução dos conflitos, enquanto ignora seu verdadeiro caráter contraproducente já denunciado por diversos juristas²⁴. Em verdade, uma resposta penal nesses casos não só é ineficaz, mas também incapaz de dar solução aos problemas a que se propõe resolver, porque o Direito Penal é o ramo menos idôneo para dar uma solução quanto aos danos causados ao meio ambiente por intermédio de pessoas jurídicas.

Conforme preleciona Hassemer:

[...] necessitamos de instrumentos eficientes contra as pessoas jurídicas, distintos do Direito Penal clássico que está totalmente voltado para o indivíduo, para a pessoa física. [...] O fato de o Direito Penal fundamentar-se na culpa impede que se crie instrumentos eficientes para combater a moderna criminalidade. (1994, p. 49)

Não obstante estas ponderações, ainda se verificam incessantes tentativas de justificar a incidência da norma penal através de um discurso de flexibilização das maiores garantias do cidadão frente ao poder punitivo estatal. Apesar de serem diversas as formas de solução de conflitos existentes no mundo jurídico, a solução penal, que deveria ser a *ultima ratio*, é cada vez mais visada. Salta aos olhos a demanda de criminalização e tentativas de estender a atuação do Direito Penal a áreas incompatíveis com seu caráter eminentemente retributivo, mesmo sem qualquer comprovação da efetividade de um sistema de repressão e prevenção de comportamentos desviantes pela mera imposição de penas.

No caso das pessoas jurídicas, essa demanda tenta ultrapassar até mesmo barreiras de incompatibilidades dogmáticas. Enquanto, por outro lado, tem-se que respostas muito mais eficientes poderiam ser obtidas no âmbito cível ou administrativo, bastando vontade política e algumas adequações.

Nesse ponto é importante ressaltar que “a solução punitiva dos conflitos possui um inquestionável efeito negativo, que consiste na exclusão de outras soluções possíveis. Quando se opta pela punição institucionalizada, o conflito não poderá ser solucionado por nenhuma outra via” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009,

²⁴ Nesse sentido destaca-se o trabalho do professor HASSEMER, *Direito Penal Libertário*, p.226 no qual, assim como em diversas outras obras, afirma que o direito penal ambiental é mais danoso do que útil, tanto para o meio ambiente quanto para o direito penal.

p. 60). Essa constatação – de que o uso do direito penal impede a busca de novas alternativas para a solução de conflitos – revela a sua contraproduzitividade, mormente no âmbito do Direito Ambiental, cuja lógica busca, sobretudo, a prevenção e a reparação dos danos causados ao ambiente.

Além disso, a despolitização, descontextualização e individualização dos problemas ambientais que o direito penal gera são apenas algumas das críticas feitas por Helena Regina Lobo da Costa (2010) que demonstram a sua disfuncionalidade. Segundo a autora, a origem da lesão ambiental não é precípua e decisivamente oriunda de uma conduta individual. As lesões mais importantes são decorrentes de decisões sociais, políticas e econômicas. E nesses casos, ressalta, em nada auxilia o “verniz estigmatizador” da tutela penal, cuja aplicação é estruturalmente pontual, em que “escandaliza-se casos específicos – ainda que bagatelares – para demonstrar sua aplicação, potencializando o efeito seletivo do sistema penal”. (COSTA, 2010, p.151)

Destaca-se, ainda, que no contexto empresarial essa seletividade apenas se acentua, pois quanto maior a complexidade da empresa, menor será a eficácia do sistema jurídico penal, levando a sua aplicação apenas em contextos de pequenas ou médias empresas:

É preciso, pois, reconhecer que o direito penal aplicado a condutas praticadas em contextos empresariais não tem capacidade para fornecer respostas satisfatórias. Ele só poderá intervir legitimamente nas hipóteses em que for possível estabelecer responsabilidades individuais concretas, o que certamente será difícil em boa parte dos casos. [...] Isso mostra que a possibilidade de conferir respostas abrangentes e efetivas por meio do direito penal é ilusória, sendo mais sensato, também em termos funcionais, respeitar o mandamento oriundo dos princípios da subsidiariedade e da *ultima ratio* e limitar a intervenção penal, reservando-a aos âmbitos em que outros meios não se mostrarem efetivos. [...] A solução parece estar no desenvolvimento de novos instrumentos, mais adequados às características dos novos conflitos e não na desfiguração de um dos pilares do direito penal, a responsabilidade pessoal e subjetiva. (COSTA, 2010, p. 100)

Fica claro, portanto, a necessidade de se recorrer a outros meios de controle social para evitar atividades das empresas lesivas ao meio ambiente.

5.1 Aplicabilidade do direito privado

Através do direito privado é possível criar uma responsabilidade civil objetiva, bastando a existência de um atividade causadora de dano, o dano, e o nexo de causalidade entre ambos – como estabelecido pela Lei 6.938/81, em casos de danos ambientais –, com fundamento na teoria do risco. Segundo esta teoria, aquele que se beneficia das vantagens de um empreendimento deve arcar os danos riscos da atividade conforme a previsão do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil.

Diferentemente da responsabilidade penal, no direito privado a atividade não precisa de uma identificação específica de uma conduta humana e individualizada, e ainda, a responsabilidade civil objetiva prescinde de culpa, superando-se, assim, os maiores obstáculos da criminalização da pessoa jurídica. Outra diferença substancial que privilegia a aplicação do direito privado é a possibilidade de flexibilizar o nexo de causalidade, criando uma presunção relativa quanto a este elemento (COSTA, 2010).

Apesar disso, muitas críticas à aplicação do direito civil consideram-no insuficiente para reduzir o curso da degradação ambiental. Com efeito, tem-se de reconhecer algumas das dificuldades apontadas, como demora processual, ausência de técnicos para quantificação de danos, e problemas de execução de sentenças. Entretanto, essas falhas não são, por si só, aptas a justificar a aplicação do Direito Penal.

É preciso combater a visão fantasiosa que se tem, de que a mera criminalização de determinadas condutas resolve estes problemas. As questões apontadas, em muitos casos, decorrem da falta de vontade política de melhor aparelhar o Estado para que possa efetivar a aplicação das regras na esfera cível. Essa falta de vontade política, certamente repercute também no âmbito penal, com perigosas conseqüências. Intensifica-se a seletividade do direito penal, além de alimentar sensação de impunidade com sua vulgarização e banalização. (KIST; SILVA, 2003)

Outrossim, deve-se ter em conta que as reformas do Código de Processo Civil dos últimos anos proporcionaram uma quebra de paradigma que precisa ser analisada pelos juristas antes de se defender a criminalização de determinadas condutas. A utilização do Direito Penal como *ultima ratio* demanda um profundo

repensar da necessidade de se criminalizar as violações ambientais praticadas no âmbito empresarial.

Novas soluções processuais deram ao juiz uma gama de ferramentas e formas de atuação que não podem ser subestimadas. Não se pode deixar em segundo plano tantos mecanismos que podem dar maior efetividade na reparação dos danos ambientais causados por atividades empresariais na busca de uma repressão por meio de sanções que é completamente incerta e ilusória.

Nesse ponto, a responsabilidade civil ganha destaque, pois tem caráter reparador, restitutivo ou indenizatório, e não punitivo. Essa característica é importante, e a correta aplicação da responsabilidade civil na esfera ambiental tem um papel crucial no sentido de redução das atividades lesivas ao ambiente.

É notório que muitas vezes os dirigentes de uma empresa, através de uma análise preponderantemente econômica, consideram mais vantajoso danificar e poluir o ambiente, arcando com as sanções que eventualmente lhes serão impostas, do que tomar custosas medidas preventivas. Isso porque já se contabilizam os gastos judiciais e as sanções que lhes podem ser impostas, que, inclusive, são indiretamente repartidas com a sociedade.

Todavia, a reparação *in natura* do dano ambiental, ou de compensação pelo equivalente, viabilizados pelo novo sistema processual civil que preza pela tutela específica revoluciona essa análise. Hoje, a sentença que atua sobre a vontade do demandado sob pena de multa ou imposição de outros métodos coercitivos permite a tutela do direito independentemente da vontade do réu, forçando-o a adimplir a ordem do juiz. (MARINONI; ARENHART, 2007) No caso das pessoas jurídicas, a imposição do adimplemento da ordem do juiz é ainda mais evidente, pois o juiz poderia até mesmo nomear um interventor para obrigar a empresa a agir conforme o direito²⁵.

Destarte, ao invés de apenas impor ao réu uma sanção ou condenação, hoje é possível efetivamente obrigá-lo a restabelecer a situação existente antes do dano

²⁵ Salienta-se que não há restrição quanto aos métodos coercitivos que podem ser utilizado pelo juiz, todavia deve-se atender aos critérios da adequação, da necessidade (meio mais idôneo e menor restrição possível ao réu) e da proporcionalidade.

causado, através da reparação *in natura*. Caso não seja realizável essa reparação, ainda é possível a imposição de compensação pelo equivalente, sem, contudo, afastar a possibilidade de cumular estes ressarcimentos com indenizações:

É evidente que o ressarcimento na forma específica, diante do dano ambiental, pode ser cumulado ao ressarcimento em dinheiro. Isso porque o direito ao ressarcimento na forma específica somente seria integral se fosse capaz de colocar o bem ambiental no estado em que se encontraria caso o dano não houvesse ocorrido. Assim, por exemplo, se somente é possível, no caso da poluição de um rio, o estabelecimento de uma situação parcialmente equivalente àquela que existia antes da poluição, apenas parcela do dano será ressarcida por meio da tutela ressarcitória na forma específica. A outra parcela do dano, que não poderá ficar sem sanção, terá que ser ressarcida mediante o pagamento de dinheiro. Ademais, o infrator, no caso de dano ambiental, deve indenizar a sociedade pela privação do gozo do meio ambiente. (MARINONI; ARENHART, 2008, p.159)

Diante deste quadro, é de se discutir se a aplicação do direito penal nos casos em epígrafe não estaria indo de encontro aos seus princípios fundamentais da subsidiariedade e até mesmo da idoneidade, pois é sabido que o direito penal pode obstaculizar a busca de soluções efetivamente idôneas para a solução de conflitos:

Alterações penais simbólicas são impressionantes e possuem custos oportunos. Elas desoneram a política ambiental da pressão de buscar e ampliar medidas efetivas, mas caras e decisivas para a universalidade destinadas à garantia e manutenção dos bens jurídicos ameaçados. Quem toma o Direito Penal não como "*ultima ratio*", mas como "*prima ratio*" ou, até mesmo, como "*sola ratio*" da política interna, torna as coisas muito fáceis e desiste, antecipadamente, da busca por medidas de ajuda de natureza mais próxima dos problemas. (HASSEMER, 2007, p. 227)

Destarte, ao invés de buscar simplesmente a aplicação do direito penal, sob uma fundamentação eminentemente utilitarista, talvez fosse mais interessante investir nos meios necessários a tornar a responsabilidade civil e a imposição da reparação do dano cumulada com indenizações mais eficiente, viabilizando concretamente a reparação do dano, um dos maiores princípios do Direito Ambiental.

Ainda, quanto à prevenção de danos, é igualmente possível fazer bom uso do direito civil, através das chamadas tutelas específicas. Há um vasto número de possibilidades de se tutelar o meio ambiente através do processo civil com a imposição de obrigações de *fazer* e de *não fazer*. Pode-se lograr, por exemplo, a imposição da instalação de um equipamento antipolvente, ou a obrigação de não despejar resíduos em um rio. Através dos instrumentos adequados hoje previstos no Código de Processo Civil é até mesmo possível lograr a cessação das atividades de

uma empresa, dependendo apenas da observação das demandas de cada caso concreto pelos aplicadores do direito.

Assim, por exemplo, se o Ministério Público, alegando que o réu está poluindo o meio ambiente, pede a cessação de suas atividades, e a prova pericial demonstra que basta, para conter a poluição, apenas a instalação de um equipamento antipolvente, não há racionalidade em desconsiderar a demonstração de que a atividade do réu está causando poluição ambiental. Como o juiz, no caso, está autorizado a conceder a tutela específica ou um resultado prático equivalente, ele tem o poder de fugir do pedido e, sempre considerando a sua fundamentação, impor a ação que se mostrou, em razão do desenvolvimento do contraditório, eficaz à proteção do direito do autor e, ao mesmo tempo, geradora da menor restrição possível ao réu (a instalação do equipamento antipolvente). Se a situação for inversa, tendo o Ministério Público pedido a instalação de equipamento antipolvente, e o contraditório demonstrado a necessidade de cessação das atividades, o juiz deverá demonstrar que o acolhimento do pedido do autor não será capaz de proporcionar o fim que deriva da fundamentação da petição inicial. Dessa forma, poderá determinar a cessação das atividades do réu, ainda que o pedido tenha sido de instalação de equipamento antipolvente. (MARINONI, 2004)

É por isso que se diz que as reformas travadas no âmbito do direito privado devem ser levadas em conta quando a necessidade de imposição de penas às pessoas jurídicas for invocada. Pensar o direito penal como *ultima ratio* demanda uma cuidadosa análise dos instrumentos criados pelo legislador para a tutela dos bens jurídicos que se quer proteger. A mesma reflexão é válida no tocante ao direito administrativo, que possui – ou pode possuir – excelentes alternativas para as soluções de conflitos capazes de afastar boa parte da intervenção penal.

5.2 Aplicabilidade do direito administrativo

As incompatibilidades dogmáticas da criminalização da pessoa jurídica têm levado diversos autores a buscar soluções no âmbito do direito administrativo. Bitencourt (2007), ao entender que não há espaço para a responsabilidade penal da pessoa jurídica não descarta a idéia de se aplicar o Direito Administrativo Sancionador.

Helena Regina Lobo da Costa (2010) também segue o mesmo entendimento, afirmando que o direito administrativo pode atuar na esfera ambiental de forma bastante ampla em duas maneiras distintas, ora preventivamente, conformando

direitos, limitando-os e restringindo-os, ora repressivamente, sancionando o particular que deixou de observar a norma.

Hassemer (1994) sugere uma solução intermediária entre o direito penal e o direito administrativo, que não aplique sanções tão pesadas quando as penais, e que, por isso mesmo, poderia ter menores garantias, ao qual denominou Direito de Intervenção. Contudo é necessário tomar cuidado na aplicação das sanções administrativas, para não configurar o que Shecaira (1998) chamou de “burla de etiquetas”, apenas trocando-se o ramo do direito aplicável, trazendo repercussões piores ao réu do que a própria aplicação do direito penal, que tem amplas garantias processuais. Por isso faz-se mister ressaltar a observação de Hassemer (1994) de que as sanções hoje previstas na lei penal não podem ser aplicadas da mesma maneira no direito administrativo.

Um sistema de sanções administrativas às pessoas jurídicas é diferente da idéia de um Direito Penal Ambiental. (RAMOS, 2004). Portanto, deve-se atentar às significativas diferenças entre estes subsistemas jurídicos, inclusive no tocante às garantias processuais, assegurando-se níveis adequados de proteção contra os abusos e desvios do poder acusatório, pois qualquer imposição de sanções pelo Estado está sempre atrelada a garantias individuais.

Outrossim, ressalta-se que já existem diversas previsões administrativas na tutela ambiental, como os institutos de zoneamento ambiental, políticas de manejo e gestão, declaração de áreas protegidas, estudo de impacto ambiental e principalmente o licenciamento ambiental, no controle de empreendimentos potencialmente poluidores. (COSTA, 2010)

Ademais, a Lei 9.605/98, além de delitos ambientais, também prevê ilícitos administrativos:

Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

Segundo Helena Regina Lobo da Costa (2010) esta dupla imputação, tanto no direito administrativo quando no direito penal, evidencia uma violação ao princípio da subsidiariedade da intervenção penal. Nesse sentido destaca que o Decreto 6.514/2008, que regulamenta a Lei 9.605/98, prevê inúmeras infrações

administrativas mais detalhadamente que, em sua ampla maioria, correspondem às condutas descritas nos tipos penais já estabelecidos pela lei.

A despeito das objeções levantadas ao direito administrativo, como dificuldades oriundas da competência comum dos entes federativos nessa matéria, bem como dos problemas de funcionamento e desempenho dos órgãos administrativos, tem-se que estes são pontuais e estruturais, e que podem ser solucionáveis com a edição de leis e reestruturação de órgãos ambientais. Tem-se que estas medidas, certamente seriam muito mais adequadas à proteção ambiental do que as alterações penais pretendidas pelos adeptos da criminalização da pessoa jurídica. (COSTA, 2010, p.185)

6. CONCLUSÃO

1. A pessoa jurídica surge da necessidade humana de conjugar esforços. É uma organização distinta de seus membros reconhecida como sujeito de direitos e obrigações na ordem civil, cuja natureza jurídica é debatida por diversas teorias. Entretanto, independentemente dessa classificação, é um ente incorpóreo que não possui consciência e vontade próprios, o que não permite o mesmo reconhecimento como sujeito ativo no âmbito penal.

2. O Direito Penal, em todas as categorias do fato punível, pauta-se na subjetividade, ou seja, na relação psicológica entre a conduta e os destinatários de suas normas, o que não se observa no ente jurídico desprovido de capacidade de autodeterminação. As conseqüências desta constatação são a sua incapacidade de conduta, de culpabilidade e de pena, tornando a criminalização da empresa completamente avessa aos princípios da responsabilidade penal pessoal e subjetiva, da culpabilidade, da personalidade e da individualização da pena.

3. Reconhecendo estas incompatibilidades, defensores da responsabilidade penal da pessoa jurídica demandam uma revisão de toda a base da ciência jurídico-penal. Com efeito, o Direito, enquanto reflexo da realidade social, deve adaptar-se às novas necessidades que surgem no decorrer do tempo, contudo, a proposta de sua adaptação para a criminalização dos entes incorpóreos é temerária e injustificada, pois não traça parâmetros minimamente seguros para a metamorfose pretendida. Primeiro, porque não há definição suficientemente fundamentada sobre o que seriam os novos conceitos de ação e culpabilidade. Segundo, a flexibilização desses conceitos precisa ser muito bem refletida, sob pena de por em risco todas as conquistas históricas das garantias penais. Uma transformação tão profunda, ao ser justificada por fundamentos eminentemente pragmáticos e utilitaristas, cuja validade são até mesmo questionáveis, poderiam afetar seriamente a segurança jurídica e o próprio Estado Democrático de Direito.

4. No ordenamento jurídico pátrio, a expressa previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica no artigo 3º da Lei 9.605/98, longe de dar fim às discussões sobre o tema, aprofundou as divergências na doutrina e jurisprudência, sobretudo quanto à sua constitucionalidade. Adeptos da criminalização do ente incorpóreo consideram-na constitucional ante os preceitos dos artigos 173, §5º e 225, §3º da Constituição Federal de 1988. Já o posicionamento contrário denuncia a má interpretação do artigo 173, § 5º, que em nenhum momento versa sobre a responsabilidade penal, em verdade, intencionalmente afastada pelo constituinte. Ademais, tem-se que o artigo 225, § 3º, não pode ser compreendido isoladamente ou de forma literal. A partir de uma interpretação sistemática, conclui-se que as pessoas jurídicas não estão sujeitas a sanções penais, que seriam destinadas apenas às pessoas físicas, enquanto cabem ao ente jurídico sanções administrativas.

5. A Lei 9.605/98 pretendia criar um sistema de imputação ao ente jurídico baseado no modelo francês, mas apenas afirmou esta imputação sem de fato instituí-la. O legislador previu um sistema de co-autoria necessária duvidoso, que vai de encontro aos princípios da responsabilidade penal pessoal, da individualização da pena e do *non bis in idem*, ao optar por punir a pessoa jurídica e não o autor físico que está por trás desta. Criou penas aplicáveis ao ente jurídico, todavia, não trouxe cominação específica nos tipos penais, tampouco os limites mínimos e máximos destas penas, violando também os princípios da estrita legalidade, da máxima taxatividade, e da separação dos poderes. Outrossim, praticamente silenciou quanto ao processo. A lei aprovada às pressas é omissa e torna completamente inaplicável a imputação pretendida, evidenciando os graves problemas de legislações contingentes.

6. A preocupação com o meio ambiente é tanto genuína, quanto a ingenuidade da necessidade de intervenção penal. Não há razão suficiente para que se aplique o direito penal – que deve ser utilizado como *ultima ratio* – conquanto os demais ramos do direito, especialmente o administrativo e o civil, além de mais eficientes para a solução de problemas nessa área, não tem restrições na aplicação

aos entes incorpóreos. Uma visão crítica demonstra que a intervenção penal pode ser até mesmo contraproducente na medida em que obstaculiza outras soluções, despolitiza, descontextualiza e individualiza os problemas, acentuando seu efeito seletivo.

7. Diante de tantos princípios violados na busca da intervenção penal, a legitimidade dessa demanda torna-se altamente questionável. Tem-se, portanto, que a forma legítima e eficiente de tutelar o meio ambiente não é através da criminalização da pessoa jurídica. Com isso, não se está afirmando a total irresponsabilidade desta quando for causadora de dano, mas chamando atenção ao fato de que a melhor maneira de conciliar os anseios sancionadores do ente coletivo no ordenamento jurídico brasileiro é através de outros ramos do Direito. Apesar das críticas realizadas à aplicação do direito civil e administrativo, estes são mais do que suficientes e podem ser extremamente eficientes para a tutela ambiental, principalmente no tocante às atividades empresariais. Deve-se priorizá-los, bastando vontade política para efetivar seus métodos já existentes, bem como algumas adaptações para melhorá-los, e, em último caso, poder-se-ia cogitar a criação de um novo ramo do Direito especialmente destinado à aplicação de sanções ambientais às empresas.

8. Não obstante os incomensuráveis esforços dos adeptos da criminalização da pessoa jurídica, nenhuma teoria será capaz de dotar a pessoa jurídica de subjetividade, a menos que recaia em uma desnecessária e fantasiosa ficção. Tampouco se admite a supressão dos elementos subjetivos do Direito Penal, porquanto conquistas indisponíveis deflagradas ao longo dos tempos, que hoje configuram verdadeiras garantias fundamentais, e, por consequência, cláusulas pétreas no ordenamento jurídico nacional. O cerne da questão é que a lógica do direito penal é incompatível com o ente jurídico, portanto, a responsabilidade penal continua pessoal e o único destinatário da norma penal, o ser humano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Pessoa jurídica: ação penal e processo na lei ambiental. **Revista de direito ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, n. 12, p. 106-124, out./dez., 1998.

BARROS, Washington Monteiro de. **Curso de direito civil**. v.1. 39. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003.

BEVILAQUA, Clovis. **Teoria geral do direito civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955.

BITENCOURT, Cezar Roberto. A (ir)responsabilidade penal da pessoa jurídica – incompatibilidades dogmáticas. In: OSÓRIO, Fábio Medina (Coord.). **Direito sancionador**: sistema financeiro nacional. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 95-123.

BREDA, Juliano. Inconstitucionalidade das sanções penais da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 283-297.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo II. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CASTRO Y BRAVO, Federico de. **La persona jurídica**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1984.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. **Direito penal na constituição**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

CONSTANTINO, Carlos Ernani. **Delitos ecológicos**: a lei ambiental comentada artigo por artigo: aspectos penais e processuais penais. 2. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2002.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental**: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIETER, Maurício Stegemann. A responsabilidade penal da pessoa jurídica: uma crítica a Klaus Tiedmann. **Revista jurídica themis**. Curitiba, JM, n.15, p. 149-168, 2003-2004.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica. In PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.157-194.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 15. ed. rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GRACIA MARTÍN, Luis. La cuestion de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 87-124.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista de direito ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, n. 35, p. 9-25, jul./set., 2004.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, n. 8, p.41-51, 1994.

_____. **Direito penal libertário**. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

KIST, Dario José; SILVA, Maurício Fernandes da. Responsabilidade penal da pessoa jurídica na Lei nº 9.605/98. **Jus navigandi**, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4168>>. Acesso em: 04 jun 2010.

LUIZI, Luiz. Notas sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 27-42.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n.272, 5 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5041>>. Acesso em: 24 set. 2010.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: v.2: processo de conhecimento. 6. ed. rev., atual. e ampl. da obra Manual do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Curso de processo civil**: v.3: execução. 2. ed. rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MIGLIARI JR., Arthur. **Crimes Ambientais**: lei nº9.605/98 – novas disposições gerais penais: concurso de pessoas, responsabilidade penal da pessoa jurídica desconsideração da personalidade jurídica, aplicação de penas. 2. ed. Campinas: 2004.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Crimes contra o meio ambiente**: anotações à lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998: doutrina jurisprudência, legislação. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Curso de direito penal brasileiro**. v.1, 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

QUEIROZ, Paulo. Crítica à "responsabilidade penal" da pessoa jurídica . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 151, 4 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4568>>. Acesso em: 15 ago 2010.

RAMOS, João Gualberto Garcez. As sanções à pessoa jurídica no direito ambiental brasileiro: críticas e uma proposta. **Revista de ciências jurídicas e sociais da Unipar**. V.7, n.1, jan-jun. 2004, p. 75-88

REALE JUNIOR, Miguel. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 343–345.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. v.1, 34. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSA, Fábio Bittencourt da. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, ano XXX, n. 91, pp. 85-107, set. 2003.

SALES, Sheila Jorge Selim. Princípio *societas delinquere non potest* no direito penal moderno. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 209-225

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos en derecho español. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.65-86

TIEDEMAN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. In: **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, n. 11, p. 21-35, jun./set., 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Parecer a Nilo Batista sobre a responsabilidade penal das pessoa jurídicas. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 43-63

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. v.1, 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.