



**UNIVERSIDADE FEDERAL
DE SANTA CATARINA**
Centro de Ciências Jurídicas
Programa de Pós-Graduação em Direito

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE DOUTORADO INTERINSTITUCIONAL UFSC/FLF**

BRUNO MORAES ALVES

***SOCIETAS PUNIRI POTEST: A PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS
PESSOAS JURÍDICAS NO BRASIL POR MEIO DE SUA RESPONSABILIZAÇÃO
PENAL EM *ULTIMA RATIO* POR DANO AMBIENTAL***

**FLORIANÓPOLIS-SC
2020**

Bruno Moraes Alves

***SOCIETAS PUNIRI POTEST: A PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS
PESSOAS JURÍDICAS NO BRASIL POR MEIO DE SUA RESPONSABILIZAÇÃO
PENAL EM *ULTIMA RATIO* POR DANO AMBIENTAL***

Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, como requisito essencial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientadora: Profª Dra. Leticia Albuquerque

Coorientadora: Profª Dra. Vanessa Chiari
Gonçalves

**FLORIANÓPOLIS-SC
2020**

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Alves, Bruno Moraes

Societas Puniri Potest: a proteção de direitos fundamentais das pessoas jurídicas no brasil por meio de sua responsabilização penal em ultima ratio por dano ambiental / Bruno Moraes Alves ; orientadora, Letícia Albuquerque , coorientador, Vanessa Chiari Gonçalves , 2020.

250 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2020.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. 3. Direitos Fundamentais da Pessoa Jurídica. 4. Sanções extrapenais. 5. Dano ambiental. I. , Letícia Albuquerque. II. , Vanessa Chiari Gonçalves. III. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

Bruno Moraes Alves

**SOCIETAS PUNIRI POTEST: A PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS
PESSOAS JURÍDICAS NO BRASIL POR MEIO DE SUA RESPONSABILIZAÇÃO
PENAL EM *ULTIMA RATIO* POR DANO AMBIENTAL**

O presente trabalho em nível de doutorado foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. José Rubens Morato Leite

Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC

Prof^a. Dr^a. Melissa Ely Melo

Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC

Prof. Dr. Francisco Quintanilha Veras Neto

Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC

Prof^a. Dr^a. Fernanda Luiza Foutoura de Medeiros

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS

Certificamos que esta é a versão **original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – PPGD/UFSC.

Coordenação do PPGD/UFSC

Prof^a. Dr^a. Letícia Albuquerque

Orientadora

Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC

Prof^a. Dr^a. Vanessa Chiari Gonçalves

Co-orientadora

Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Florianópolis/SC, 2020

A Clarice Moraes Alves Ibiapina e Rafaella Moraes
Alves Ibiapina, por serem minha razão de viver.

AGRADECIMENTOS

Muito embora normalmente os títulos acadêmicos sejam conferidos individualmente ao pesquisador, de nenhuma maneira pode-se afirmar que elaborou um trabalho individual. É pessoal e personificado, na medida que o trabalho de pesquisa é um trabalho essencialmente solitário. Entretanto, fazendo justiça àqueles que merecem, o resultado de um trabalho acadêmico só se torna possível pela ajuda e compreensão de uma coletividade estimada ao pesquisador. Essas caras pessoas não poderiam ficar isentas de profundo agradecimento e eterna gratidão.

À minha esposa Rafaella, pelo amor incondicional e pelo apoio de todas as horas, doces e amargas, desta jornada fascinante que é o viver.

À minha filha Clarice, dádiva que ilumina meu viver e enche meus dias de orgulho e alegria.

Aos meus demais familiares, meu porto seguro, pelo amor, carinho e confiança de sempre, que me possibilitaram alcançar pontos cada vez mais próximos do horizonte que sempre aspirei.

A todos os grandes e estimados amigos, irmãos de coração, pela essencial missão de trazer leveza aos momentos de tensão.

Aos camaradas da jornada de doutorado interinstitucional da UFSC, um agradecimento especial pelos diálogos enriquecedores e por terem tornado mais leves e especiais os anos compartilhados nesta importante fase.

À professora Dra. Letícia Albuquerque, minha orientadora, por ter me acolhido para a jornada, pela confiança e pelo apoio constante.

À professora Dra. Vanessa Chiari, minha co-orientadora, pela generosidade, comprometimento e valiosas lições direcionadas ao conteúdo deste trabalho.

Ao meu ex-professor de Direito Penal, professor Me. Rômulo Linhares, hoje colega e eterno amigo, pelas valiosas discussões que oportunizaram a escolha do tema desta tese, e pela gentileza de disponibilizar parte de seu acervo, essencial para a presente pesquisa.

Ao grande professor Dr. Luís Greco, LL.M, pela amizade, pela genialidade e pela generosidade. Seu auxílio na orientação de caminhos argumentativos e fontes de pesquisa foi essencial para a conclusão desta fase.

Às ilustres examinadoras componentes da banca de qualificação desta tese, professora Dra. Chiavelli Falavigno e professora Dra. Marília Budó, pela atenção e disponibilidade em avaliar o projeto e, principalmente, pelas inestimáveis contribuições decorrentes de sua rígida e responsável apreciação.

Aos caros examinadores da banca de defesa prévia e final desta tese, Dr. Francisco Quintanilha Veras, Dra. Fernanda Medeiros, Dr. José Rubens Morato Leite, Dr. Everton Gonçalves e Dra. Melissa Ely Melo, pela apreciação comprometida do trabalho e pelas valiosíssimas contribuições trazidas à versão final desta obra.

Por fim, a todos aqueles outros que eventualmente não tenham sido citados aqui, mas que tenham contribuído de alguma maneira para que este trabalho tenha sido concluído.

Peço apenas, parafraseando um estimado amigo, que não atribuam a essas pessoas eventuais impropriedades que fatalmente encontrarão neste trabalho: a responsabilidade é exclusivamente do autor.

RESUMO

O presente trabalho possui como tema central a reafirmação da responsabilidade penal da pessoa jurídica por dano ambiental em *ultima ratio* como sistema idôneo a proteger Direitos Fundamentais das empresas, a partir do referencial penal e constitucional de bens jurídicos penais e Direitos Fundamentais. A problematização da pesquisa é o questionamento sobre se impor sanções gravíssimas às pessoas jurídicas apenas pela esfera civil e administrativa pela prática de dano ambiental é um ato estatal violador dos direitos fundamentais da pessoa jurídica. O objetivo geral consiste em verificar quais direitos fundamentais da pessoa jurídica podem ser violados pela imposição de sanções extrapenais às empresas pela prática de dano ambiental. Quanto aos objetivos específicos da tese, o pesquisador busca inicialmente explicar questões atinentes à responsabilidade penal da pessoa jurídica por dano ambiental em larga escala. Ainda neste objetivo específico, busca-se analisar a pertinência da tutela jurídico-penal do meio ambiente, realizar considerações sobre o sujeito ativo do crime ambiental, e, por fim, apontar como diversos países do mundo tratam a responsabilidade jurídica das pessoas jurídicas. No segundo objetivo específico, o autor se propõe a investigar incompatibilidades da incriminação dos entes coletivos com a dogmática penal, primeiro analisando problemas relativos à conduta, em seguida, à culpabilidade, e, por último, problemas relativos à pena imposta ao ente moral. O terceiro objetivo específico se apresenta como a discussão quanto à pertinência jurídica da imposição de sanções extrapenais como meio de tutela máxima do dano ambiental praticado por pessoas jurídicas, apontando-se inconsistências das sanções civis, das sanções administrativas puras, das medidas de segurança e de um direito administrativo sancionador. O quarto e último objetivo específico verifica a violação de direitos fundamentais das pessoas jurídicas decorrentes da imposição de sanções extrapenais como tutela máxima do dano ambiental praticado pelas empresas. Neste ponto, o autor apresenta a pessoa jurídica como detentora de direitos fundamentais, explicando em seguida que direitos fundamentais são potencialmente violados pela imposição de graves sanções extrapenais como medida máxima às sociedades, e por fim oferecendo-se uma ponderação sobre se é pertinente violar direitos e garantias fundamentais em nome da ortodoxia e imutabilidade penal. A conclusão central apresentada é de que o sistema penal é o meio por excelência capaz de afetar relevantemente os direitos fundamentais de qualquer pessoa, inclusive pessoas jurídicas, e por isso a imposição de apenas sanções extrapenais, além de não atender ao disposto na Constituição, desvirtuaria a própria função do direito penal e definitivamente violaria os direitos fundamentais da pessoa jurídica. Para alcançar êxito nesses objetivos, metodologicamente foram utilizados o método de abordagem dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Direitos Fundamentais da Pessoa Jurídica. Sanções extrapenais. Dano ambiental.

ABSTRACT

This work has as its central theme the reaffirmation of the corporate criminal liability for environmental damage at *ultima ratio* as a suitable system to protect the Fundamental Rights of companies, based on the criminal and constitutional framework of criminal legal assets and Fundamental Rights. The problematization of the research is the question of whether to impose very severe sanctions on legal entities only by the civil and administrative sphere for the practice of environmental damage is a state act that violates the fundamental rights of the legal entity. The general objective is to verify which fundamental rights of the legal entity can be violated by imposing non-penal sanctions on companies for the practice of environmental damage. As for the specific objectives of the thesis, the researcher initially seeks to explain issues related to the criminal liability of the legal entity for environmental damage on a large scale. Still in this specific objective, we seek to analyze the pertinence of the legal and penal protection of the environment, to make considerations about the active subject of environmental crime, and, finally, to point out how different countries in the world treat the corporate criminal liability. In the second specific objective, the author proposes to investigate incompatibilities of the incrimination of collective entities with criminal dogmatics, first analyzing problems related to conduct, then to culpability, and, finally, problems related to the penalty imposed on the moral entity. The third specific objective is presented as the discussion regarding the legal relevance of the imposition of non-penal sanctions as a means of maximum protection of the environmental damage practiced by legal entities, pointing out inconsistencies in civil sanctions, pure administrative sanctions, security measures and administrative sanctioning law. The fourth and final specific objective verifies the violation of fundamental rights of legal entities resulting from the imposition of extra-penal sanctions as maximum protection for the environmental damage practiced by companies. At this point, the author presents the legal entity as having fundamental rights, explaining that fundamental rights are potentially violated by the imposition of serious non-penal sanctions as a maximum measure on companies, and finally offering a consideration on whether it is pertinent to violate rights and fundamental guarantees in the name of orthodoxy and criminal immutability. The central conclusion presented is that the penal system is the means par excellence capable of relevantly affecting the fundamental rights of any person, including legal entities, and therefore the imposition of only extra-penal sanctions, in addition to not complying with the provisions of the Constitution, would distort the very function of criminal law and would definitely violate the fundamental rights of the legal person. To achieve success in these objectives, the deductive approach method and the bibliographic research technique were used methodologically.

Keywords: Corporate Criminal Liability. Fundamental Rights of Corporations. Non-penal sanctions. Environmental damage.

RESUMEN

Este trabajo tiene como tema central la reafirmación de la responsabilidad penal de la persona jurídica por daños ambientales en la proporción máxima como un sistema adecuado para proteger los Derechos Fundamentales de las empresas, basado en el marco penal y constitucional de los activos legales criminales y los Derechos Fundamentales. La problematización de la investigación es la cuestión de si imponer sanciones muy severas a las personas jurídicas solo por el ámbito civil y administrativo por la práctica del daño ambiental es un acto estatal que vulnera los derechos fundamentales de la persona jurídica. El objetivo general es verificar qué derechos fundamentales de la entidad jurídica pueden violarse imponiendo sanciones penales adicionales a las empresas por la práctica de daños ambientales. En cuanto a los objetivos específicos de la tesis, el investigador inicialmente busca explicar cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal de la entidad legal por daños ambientales a gran escala. Aún en este objetivo específico, buscamos analizar la pertinencia de la protección legal y penal del medio ambiente, hacer consideraciones sobre el tema activo del delito ambiental y, finalmente, señalar cómo los diferentes países del mundo tratan la responsabilidad legal de las personas jurídicas. En el segundo objetivo específico, el autor propone investigar las incompatibilidades de la incriminación de entidades colectivas con dogmáticas criminales, primero analizando los problemas relacionados con la conducta, luego con la culpabilidad y, finalmente, los problemas relacionados con la pena impuesta a la entidad moral. El tercer objetivo específico se presenta como la discusión sobre la relevancia legal de la imposición de sanciones extrapenales como un medio de máxima protección del daño ambiental practicado por las personas jurídicas, señalando inconsistencias en las sanciones civiles, sanciones administrativas puras, medidas de seguridad y Ley de sanción administrativa. El cuarto y último objetivo específico verifica la violación de los derechos fundamentales de las personas jurídicas como resultado de la imposición de sanciones extra penales como protección máxima para el daño ambiental practicado por las empresas. En este punto, el autor presenta a la entidad legal como teniendo derechos fundamentales, explicando que los derechos fundamentales son potencialmente violados por la imposición de sanciones extrapenales serias como una medida máxima para las empresas, y finalmente ofrece una consideración sobre si es pertinente violar los derechos y garantías fundamentales en nombre de la ortodoxia y la inmutabilidad criminal. La conclusión central que se presenta es que el sistema penal es el medio por excelencia capaz de afectar de manera relevante los derechos fundamentales de cualquier persona, incluidas las personas jurídicas, por lo que la imposición de sanciones únicamente extrapenales, además de no cumplir con lo dispuesto en la Constitución, desvirtuaría función misma del derecho penal y violaría definitivamente los derechos fundamentales de la persona jurídica. Para lograr el éxito en estos objetivos, el método de enfoque deductivo y la técnica de investigación bibliográfica se utilizaron metodológicamente.

Palabras clave: Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derechos fundamentales de las personas jurídicas. Sanciones extrapenales. Daño ambiental.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA POR DANO AMBIENTAL	19
2.1. O MEIO AMBIENTE MERECE A TUTELA JURÍDICO-PENAL?	19
2.2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O SUJEITO ATIVO DO CRIME AMBIENTAL	39
2.3. O DIREITO BRASILEIRO SUPEROU DEFINITIVAMENTE OS PROBLEMAS DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL?	52
2.4 A ADESÃO CRESCENTE DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS	65
2.5. O DANO AMBIENTAL SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO ECOLÓGICO	77
3 INCOMPATIBILIDADES DA INCRIMINAÇÃO DOS ENTES COLETIVOS COM A DOGMÁTICA PENAL	86
3.1 A INCONGRUÊNCIA COM A FIGURA DE SUJEITO ATIVO	86
3.1.1 Teorias sobre a pessoa jurídica	87
3.1.2 O elemento subjetivo da pessoa jurídica	91
3.1.3 A dificuldade na identificação do infrator	97
3.1.4 Condutas omissivas da pessoa jurídica.....	103
3.1.5 O problema quanto à natureza da pessoa jurídica	106
3.2 A INCOMPATIBILIDADE DA CULPABILIDADE COM A PESSOA JURÍDICA	109
3.2.1 Ausência de caráter psicológico.....	111
3.2.2 O problema da individualização da pena	113
3.2.3 Teorias sobre a culpabilidade	115
3.3 OS PROBLEMAS DA PENA IMPOSTA AO ENTE MORAL.....	118

3.3.1 O problema da pena à pessoa jurídica: impossibilidade de encarcerar.....	118
3.3.2 A Teoria Geral da Pena é compatível com a pessoa jurídica?	120
3.3.3 Os riscos da ineficácia da pena diante da possibilidade de dissolução fraudulenta da pessoa jurídica.....	124
4 SANÇÕES EXTRAPENAIIS COMO MEIO DE TUTELA MÁXIMA DO DANO AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOAS JURÍDICAS.....	127
4.1 OS PROBLEMAS DAS SANÇÕES CIVIS.....	128
4.2 OS PROBLEMAS DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS PURAS	142
4.3 OS PROBLEMAS DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA	151
4.4 OS PROBLEMAS DE UM DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	158
5 A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA POR CRIME AMBIENTAL COMO MEDIDA DE PROTEÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	175
5.1 A RELAÇÃO ENTRE A PESSOA JURÍDICA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	176
5.2 O PONTO DE CONTATO ENTRE O DIREITO PENAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	192
5.3 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS ESPECÍFICOS POTENCIALMENTE VIOLADOS PELA IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS DIVERSAS DA PENA À PESSOA JURÍDICA PELA PRÁTICA DE DANO AMBIENTAL	206
5.4 PODEM-SE VIOLAR DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS EM UM PROCESSO LEGAL EM NOME DA MERA ORTODOXIA PENAL? OU: O FARISAÍSMO DA DOUTRINA PENAL NA TUTELA AMBIENTAL	218
CONCLUSÃO	227
REFERÊNCIAS.....	237

1 INTRODUÇÃO

Sanções estatais às pessoas jurídicas já existem hoje em diversos países do mundo, assumindo nuances e características distintas entre si. Porém, elas são estranhas à concepção tradicional europeia do direito penal, uma vez que há uma série de incompatibilidades dogmáticas à compreensão da pessoa jurídica como um ser passível de punição. *Societas delinquere non potest* era a máxima particular a um direito penal movido na direção de uma punição estritamente individual.

Entretanto, a despeito dessa noção, inúmeros países têm aderido à responsabilização penal da pessoa jurídica no mundo, inclusive na Europa, mantendo-se a doutrina alemã, entretanto, como uma das maiores opositoras teóricas a essa medida estatal.

A pessoa jurídica, de fato, difere dos indivíduos em diversos aspectos, tais como a ausência de natureza corpórea, a ausência de capacidade individualizada de cognição, a impossibilidade da prática de atos físicos estritos, uma vez que não dispõe de membros próprios para executá-los, entre uma série de outros. A despeito de tudo isso, as empresas são admitidas como similares o bastante aos indivíduos pela ordem jurídica ao ponto de igualmente receberem a designação de “pessoas”.

Muito embora não possua, de fato, capacidade de se comportar estritamente como um ser humano, a corporação não deixa de ser um aglomerado de indivíduos humanos, cada um individualmente e plenamente capaz de ser, pensar e atuar conforme suas faculdades. Desde a sua compreensão como sujeito de direitos, a pessoa jurídica é factualmente capaz de celebrar contratos, demandar direitos, cumprir obrigações e atuar em diversos âmbitos do meio social e físico. Como desdobramento disso, as formas mais socialmente ofensivas e lesivas da criminalidade ambiental se originam nas grandes e poderosas empresas, o que impõe um problema cada vez maior para o direito penal (ROXIN, 2008).

Acrescente-se que, quando se pratica um comportamento no cenário empresarial que gera um efeito ambiental extremamente adverso e danoso à natureza, muitas vezes é difícil, senão mesmo impossível, descobrir quais são as pessoas físicas responsáveis pelo ato, criando-se extrema dificuldade à imputação de alguém pelo ato e criando-se o grave risco de impunidade aos danos ambientais, vez que, caso não se admita que a empresa pode delinquir, ninguém será, de fato, *punido*. Mesmo quando se consegue encontrar uma pessoa física responsável pelo dano

ambiental, há de se questionar a eficácia da punição estrita de um indivíduo substituível (ROXIN, 2008).

Neste sentido, têm surgido na doutrina diversas tentativas de superação desses problemas de incompatibilidade da teoria alemã da culpabilidade com a característica coletiva das pessoas jurídicas. Muitas têm se apresentado como outras formas de construção de um conceito de culpabilidade e de imputação, a exemplo do modelo construtivista (DÍEZ, 2010) e o modelo significativo de ação (BUSATO, 2011). Outras, mais resistentes a qualquer possibilidade de mudança das noções de culpabilidade e imputação individuais, pugnam pela utilização de sistemas extrapenais para impor sanções às pessoas jurídicas, principalmente a exemplo do modelo de direito administrativo sancionador existente na Alemanha (BUSATO, 2018).

Sérgio Salomão Shecaira, em sua obra “Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica” trouxe uma interessante provocação: as sanções impostas por sistemas estranhos ao direito penal às pessoas jurídicas não violariam garantias penais?

Essa provocação, que não fora aprofundada por referido autor pela sua intenção de tratar de maneira mais abrangente a responsabilidade penal da pessoa jurídica, gerou uma inquietação no pensamento do pesquisador, em especial porque há diversos juristas que têm reconhecido as pessoas jurídicas como titulares de alguns direitos fundamentais, a exemplo de José Joaquim Gomes Canotilho (1993), Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (2012), José Afonso da Silva (2005), Cristiano Heineck Schmitt (2000), e também a exemplo de vários institutos que podem ser percebidos na Constituição Federal brasileira de 1988. Há também a compreensão da pessoa jurídica como capaz de direitos fundamentais na Constituição Espanhola e na Constituição Portuguesa.

Impor sanções gravíssimas às pessoas jurídicas apenas pela esfera civil e administrativa pela prática de dano ambiental é um ato estatal violador dos direitos fundamentais da pessoa jurídica? É essa problemática que a presente tese doutoral buscará responder.

A problematização desta pesquisa se origina da constatação de algumas características afeitas à própria natureza da pessoa jurídica. Pela sua configuração “imaterial”, por se tratar de uma entidade apenas de corpo jurídico, e não corpo físico, não é possível impor prisão a ela, a pena pós-moderna por excelência. Qualquer “castigo” que se queira impor às pessoas jurídicas como reação a um ilícito decorrente

de um ato corporativo deve respeitar direitos fundamentais de que são também possuidoras.

A hipótese apresentada a essas indagações é, então, de que as sanções penais são as únicas sanções estatais legitimadas pelo constituinte para restringir direitos fundamentais, dentre os quais o direito a “liberdade”, não concebido por sua restrita limitação semântica, mas no sentido de *liberdades*, no plural. A pessoa jurídica possui muitas dessas liberdades, e a imposição de sanções restritivas de liberdades atinentes à própria natureza da pessoa jurídica só é autorizada pelo sistema penal, vez que, considerando que a pena é a maior ingerência estatal sobre direitos fundamentais, o direito penal é o mais repleto de garantias processuais que lhe “amortecem” os efeitos.

O fato de não ser possível impor a pena de prisão às pessoas jurídicas não pode ser visto como se a pessoa jurídica nunca pudesse sofrer a imposição de pena alguma – afinal, a pena de prisão não é a única pena que existe nos ordenamentos. Ocorre que qualquer pena imposta à pessoa jurídica deve ter a natureza de pena restritiva de direitos, e não as tradicionais penas privativas de liberdade.

Sanções de natureza civil, eminentemente orientadas à reparação ou indenização, não são capazes de responder com a veemência necessária para o alcance de uma prevenção geral, principalmente em seu aspecto positivo, o que é função genuína da pena.

Sanções administrativas, por sua vez, não têm a legitimidade para restringir direitos fundamentais, especialmente pelo fato de serem impostas por autoridades estranhas à atividade judicante e por não serem dotadas das mesmas garantias do sistema penal. A criação de sistemas híbridos e quase-penais, por sua vez, será injustificável porque subtrai do núcleo de competência penal a sua tarefa primordial, concebida como a proteção dos bens jurídicos mais relevantes à convivência social em *ultima ratio*, além de que demandaria a necessidade de inserção da noção de culpabilidade e imputação segundo os mesmos critérios penais, os maiores empecilhos à aceitação da responsabilização penal da pessoa jurídica.

A criação de um sistema completamente novo apenas para abranger a responsabilidade em *ultima ratio* da empresa por dano ambiental, com todas as garantias e características do processo penal, não passará de uma burla de etiquetas capaz de restringir ilegítimamente direitos fundamentais da pessoa jurídica, traduzidos por meio das suas liberdades.

Vale dizer, a concepção da função do direito penal empregada neste trabalho seguirá o paradigma funcionalista de Claus Roxin (2008), e as funções da pena serão concebidas segundo as teorias mistas, adotadas pelo Código Penal¹ em seu art. 59. O pesquisador adere a uma visão penal minimalista, não punitivista nem abolicionista.

O corte epistemológico do presente trabalho doutoral repousa na discussão da responsabilidade penal da pessoa jurídica como forma de proteção dos direitos fundamentais de titularidade própria das empresas. É nesse aspecto que se compreende como preenchido o requisito da originalidade própria de uma tese de doutorado. Quanto ao ineditismo, também é presente na obra, visto que o objeto central em sua abordagem não foi objeto de qualquer publicação prévia.

Em relação ao objetivo geral, este será apresentado como verificar quais direitos fundamentais da pessoa jurídica podem ser violados pela imposição de sanções extrapenais às empresas pela prática de dano ambiental. Quanto aos objetivos específicos perquiridos por este trabalho, estes são apresentados em quatro capítulos.

O primeiro objetivo específico é tratado no primeiro capítulo da tese, que trata da apresentação da problemática de maneira mais abrangente. Esse capítulo expõe a responsabilidade penal da pessoa jurídica pelo dano ambiental, iniciando com reflexões teóricas sobre se o meio ambiente merece dignidade penal, e quais são as opiniões das diversas doutrinas a esse respeito. Propõe-se também neste ponto uma análise sobre a compatibilidade da natureza preventiva do direito ambiental com a concepção do direito penal subsidiário.

Dentro desse primeiro objetivo, é feita uma longa ponderação sobre o sujeito ativo do crime ambiental, traçando características do maior infrator, delimitando-se as diferenças de alcance prático entre as pessoas físicas e jurídicas quanto à realização do dano ambiental, e por fim propondo uma análise sobre se a pessoa jurídica é instrumento para a prática de crime ou efetivamente sujeito para a prática do dano ambiental.

¹ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação e prevenção** do crime... (grifado pelo pesquisador).

Parte desse capítulo vestibular da obra versa sobre como os ordenamentos jurídicos de vários países do mundo tratam a responsabilidade da pessoa jurídica, constatando-se aqui que um número cada vez mais crescente de sistemas têm aderido a responsabilidade penal das empresas. O final do capítulo, ainda, faz ponderações sobre o dano ambiental especialmente sob a perspectiva do direito ecológico, trazendo entendimentos doutrinários e jurisprudenciais recentes que ditam o rumo de novas dimensões do direito ambiental.

O segundo objetivo específico é tratado no segundo capítulo, e prospecta discutir as incompatibilidades da incriminação dos entes coletivos com a dogmática penal. Nesse ponto são apresentadas as teorias sobre a pessoa jurídica, a origem das divergências quanto à sua capacidade de delinquir, as incompatibilidades com o sistema de imputação, o elemento subjetivo, a dificuldade da identificação do infrator e a apresentação dos modelos de autorresponsabilidade e heterorresponsabilidade. Apresentam-se ainda comentários sobre a omissão da pessoa jurídica e problemas relativos à natureza das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado, e se ambas podem ser punidas segundo o direito brasileiro e comparado.

Em seguida, ainda no mesmo tópico, faz-se uma análise da incompatibilidade da culpabilidade com a pessoa jurídica, abrangendo diversas concepções sobre culpabilidade, a ausência de autodeterminação psicológica e ainda o problema da individualização da pena, trazido especialmente por Luís Greco (2018), Hassemer (1999) e René Ariel Dotti (2010). Por fim, discute vários problemas relacionados à ideia de impor uma pena à pessoa jurídica.

O terceiro capítulo, responsável pela efetivação do terceiro objetivo do trabalho, discute sobre as sanções extrapenais como meio de tutela máxima do dano ambiental praticado pelas pessoas jurídicas. Nesse ponto do trabalho, o pesquisador se propõe a demonstrar quais são as principais sanções que costumam ser apresentadas como alternativa às sanções penais às pessoas jurídicas e os motivos pelos quais considera que são inadequadas para isso, iniciando com os problemas das sanções civis; em seguida sobre os problemas das sanções administrativas “puras”, entendidas como aquelas tradicionalmente utilizadas no direito, em especial sem a participação do Estado-juiz; em seguida, os problemas da imposição de medidas de segurança às pessoas jurídicas, e, por fim, os problemas da imposição de sanções por meio de sistemas híbridos ou quase-penais às corporações.

No quarto e último capítulo da tese, o pesquisador trata do quarto objetivo específico. O capítulo versa sobre a utilização do direito penal como medida de proteção de direitos fundamentais da pessoa jurídica. Neste ponto, inicia-se demonstrando qual é a relação das pessoas jurídicas com os direitos fundamentais, e como parte da doutrina e a própria legislação brasileira e de alguns outros países têm admitido as pessoas jurídicas como titulares de alguns desses direitos.

Em seguida, o capítulo passa a demonstrar os pontos de contato entre o direito penal e os direitos fundamentais, traçando por meio de concepções doutrinárias contemporâneas a expressão do direito penal como sistemática à ordem constitucional. Pouco após, o capítulo passa a expor quais seriam os direitos fundamentais da pessoa jurídica potencialmente violados pela imposição de sanções de natureza extrapenal.

Por fim, o último tópico do último capítulo apresenta uma reflexão sobre a que o direito penal do século XXI deve se dispor, buscando explicar que a ausência de superação do paradigma atual de culpabilidade e de imputação, sob o pretexto de garantir direitos, de maneira a impedir a responsabilização penal das pessoas jurídicas, pode, contraditoriamente, lesionar mais direitos do que efetivamente pretende proteger.

Trata-se de uma pesquisa concentrada na dogmática penal, que se propõe a analisar conceitos da teoria do delito e das teorias da pena como contribuição às discussões que ainda hoje controvertem a Lei nº 9.605/1998. Tão importante quanto explicar o que esta pesquisa, de fato, é, seria também traçar o que ela não é. Não é uma obra que propõe fazer uma profunda apreciação crítica sobre a Lei de Crimes Ambientais, nem se aprofundar sobre a eficácia dessa lei na práxis cotidiana do país.

O método de abordagem utilizado será o método dedutivo, vez que parte de uma análise geral da problemática da responsabilização penal das pessoas jurídicas rumo à constatação de que a imposição de sanções extrapenais pode violar direitos fundamentais da pessoa jurídica. O método de procedimento será o monográfico, por meio da técnica de pesquisa documental e bibliográfica.

2 RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA POR DANO AMBIENTAL

2.1. O MEIO AMBIENTE MERECE A TUTELA JURÍDICO-PENAL? 2.2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O SUJEITO ATIVO DO CRIME AMBIENTAL; 2.3. A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL POR DANO AMBIENTAL; 2.4. A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA AO REDOR DO MUNDO; 2.5. O DANO AMBIENTAL SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO ECOLÓGICO

O presente capítulo tem como propósito ventilar um breve ensaio sobre a tutela criminal ambiental, inicialmente trazendo reflexões teóricas dentro da dogmática voltadas à compreensão do meio ambiente como ponto relevante de gravidade jurídico-penal, mormente segundo a compreensão do fenômeno denominado “bem jurídico” segundo proposto por Claus Roxin, além do esteio em outras figuras de vulto na doutrina especializada.

Posteriormente, serão ainda trazidas algumas considerações no âmbito da doutrina ambientalista acerca de quem ocupa papel de protagonismo no dano ambiental em larga escala, usando como base indícios que permitem uma constatação de que as pessoas jurídicas são capazes de impacto ambiental muito maior do que as pessoas físicas, o que se alvitra ser um fundamental argumento a favor da possibilidade de criminalização de corporações, ao menos no campo do direito penal ambiental.

Por fim, será realizada uma contextualização sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica em vários ordenamentos jurídicos no mundo, com ou sem relação direta com a tutela ambiental, com a finalidade de apresentar como os países têm tratado esse polêmico aspecto dentro da dogmática penal, por vezes contrastando com as teorias clássicas do direito penal.

Em suma, portanto, este capítulo toma como seu objetivo apresentar ao leitor uma noção prévia das premissas específicas da responsabilidade penal da pessoa jurídica e questionar a sua possibilidade de adequação aos paradigmas clássicos do direito penal, sopesando se existe necessidade de intervenção do direito penal na tutela do meio ambiente – e se seria possível, a julgar por diversos ordenamentos jurídicos existentes, superar a máxima *societas delinquere non potest* sem sacrificar pressupostos teóricos do direito penal clássico.

2.1. O MEIO AMBIENTE MERECE A TUTELA JURÍDICO-PENAL?

O direito penal carrega em seu pressuposto normativo um dos maiores elementos estigmatizantes desde sua premissa teórica básica: é necessário encontrar o equilíbrio entre a necessidade de punir com alguma severidade singular indivíduos que de alguma maneira transgridam mandamentos estatais e a manutenção de direitos individuais considerados de máxima prioridade.

A compreensão da relevância do objeto do direito penal parte da necessidade de apresentação de algumas correntes teóricas, o que se passará a fazer neste ponto do estudo. Não se propõe aqui, contudo, realizar uma dissertação exaustiva sobre as mais diversas concepções do fenômeno penal, vez que não se relaciona diretamente com o objeto desta obra.

É importante firmar como ponto teórico inicial a ausência de identificação do autor com correntes abolicionistas. Com todo o respeito aos teóricos que pensam de maneira diversa, muito embora exista inegável necessidade na descriminalização de determinadas condutas, a compreensão de que conciliações sem a intervenção do Estado até podem ter alguma eficácia preventiva, mas não conseguirão tornar o direito penal supérfluo (ROXIN, 2008, p. 29).

Os abolicionistas criticam veementemente o uso da punição como o central mecanismo de repressão contra uma pessoa condenada pela prática de crime, e se posicionam de forma contrária ao protagonismo da lei penal como meio de controle social (ACHUTTI, 2016, p. 108).

Não se pode inferir a errônea ideia de que os autores abolicionistas possuem uma voz harmoniosa e concorde em tudo², o ponto comum a todas as correntes centra-se na deslegitimação do sistema penal baseada na demonstração de desvelamento de suas múltiplas incapacidades, especialmente da pena de prisão. Essa mesma deslegitimação penal tem sido hoje ressignificada, outrora baseada no discurso cientificista que apoiava sua legitimação por meio da história, hodiernamente amparada pelo espetáculo midiático e dramaturgico, o medo do inimigo e a criminalidade construída em escala massiva. Em suma, as correntes abolicionistas

² Nesse sentido, Andrade (2006, p. 465) demonstra que existem variantes teóricas do abolicionismo: o abolicionismo estruturalista de Michel Foucault; o abolicionismo materialista de orientação marxista, de Thomas Mathiesen; o abolicionismo fenomenológico de Louk Hulsman; a variante fenomenológico-historicista de Nils Christie; além de Sebastian Scheer, Heinz Steinert, Zaffaroni etc.

fundamentam a necessidade de dissolução do sistema penal, partindo do argumento de que muitos Estados hoje utilizam o direito penal como meio exclusivo de promoção de uma simbólica batalha de bem x mal, com uma visão expiatória da pena como castigo pelo mal, em uma constante relação adversarial entre autor e vítima, perpetuando esse viés polarizador (ANDRADE, 2006, p. 470).

Isso, inclusive, pode ser utilizado como argumento para a deslegitimação teórica das correntes punitivistas, dentre as quais se destacam o Direito Penal do Inimigo (JAKOBS, 2009), as Velocidades do Direito Penal (SÁNCHEZ, 2001), entre outras medidas de expansão do direito penal e flexibilização de garantias, posicionamentos tais que não são compartilhados pelo autor.

As medidas propostas por correntes expansionistas do direito penal apresentam temerárias flexibilizações de direitos fundamentais, a exemplo de um pequeno excerto retirado da obra *Direito Penal do Inimigo*, de Günther Jakobs, que adiante se demonstra:

Voltemos ao terrorista: sua punição, muito antes da produção de lesões ou seu duro interrogatório, não se encaixa em um Estado de Direito perfeito. Porém, tampouco se enquadra aí o abatimento de um avião de passageiros. Ambas as situações pertencem ao direito de exceção, da mesma maneira que foi criada a incomunicação como Direito de exceção, a princípio, inclusive, *praeter legem*, o que, além de tudo, mostra que o Estado não pode fugir do dilema renunciando a regulamentação: a exceção se produzirá de qualquer maneira, mesmo sem sua intervenção, e logo aparecerá o Direito que se adapte a ela. (JAKOBS, 2009, p. 69)

Um sistema penal baseado numa flexibilização de garantias justificada pela antecipação de uma retribuição, reconhecidamente diagnosticada com nuance de estado de exceção, é arrojo no mínimo duvidoso, de forma que entendemos que não pode o Estado se estribar em mecanismos que não encontrem limites e freios em nenhum elemento minimamente objetivo.

As correntes penais minimalistas se apresentam como um modelo de relegitimação do sistema penal, cunhado como proposta de solucionar a crise conjuntural de legitimidade. O modelo minimalista garantista, proposto por Luigi Ferrajoli (1995) utiliza como pressuposto de relegitimação o dismantelo dos sistemas penais de muitos países, mas defende que ele possa ser novamente legitimado ao seu papel de tutela social. Propõe, assim, um modelo de minimalismo como resposta (ANDRADE, 2006, p. 478).

O direito penal ainda é considerado por parte substancial da doutrina³ como sistema idôneo para tutelar de forma subsidiária a vida em sociedade. A polêmica que surge sobre a sua necessidade e manutenção deve-se em grande parte à justificação da pena e aos critérios político-criminais utilizados para a eleição de tipos penais (ANDRADE, 2006, p. 483).

Neste sentido, pode-se utilizar o minimalismo como fundamento para verificar a necessidade de tutela penal do meio ambiente, assumindo, entretanto, a árdua missão de criar tipos penais efetivamente necessários à vida pacífica em sociedade. Isso é muito mais amparado em uma concepção valorativa do meio ambiente, uma vez que nem todo impacto ambiental gera efeitos negativos imediatos à vida social. É necessário criar contornos nítidos de uma tutela penal do meio ambiente responsável.

Com todo o respeito à diversidade de pensamento, recorrente e necessária à academia, entende este pesquisador como mais profícuo o juízo feito pelos doutrinadores minimalistas.

Destaca-se, num primeiro momento, o postulado de Claus Roxin da identidade dos bens jurídicos como função de proteção social do direito penal:

Eu parto de que as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal. A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos. Esta descrição de funções corresponde, segundo minha opinião, com o entendimento mesmo de todas as democracias parlamentares atuais, por isso não necessita, então, de uma fundamentação teórica mais ampla (ROXIN, 2018, p. 16-17).

A lente do funcionalismo penal se apresenta como alternativa promissora diante das correntes abolicionistas e expansionistas do direito penal, pois propõe um meio mais moderado de imposição de sanções arrojado nas diversas funções da pena. A intervenção jurídico-penal é uma medida máxima suportada em um estado de Direito, portanto requer uma legitimação fundada no respeito às liberdades garantidas pela ordem jurídica democrática (ROXIN, 2018).

³ Cf. Claus Roxin, Bernd Schünemann, Luigi Ferrajoli, entre outros autores.

A própria noção de bem jurídico é esteada na necessidade de manutenção da coexistência pacífica entre os cidadãos, o que evidencia a convicção de uma função social como legitimadora do direito penal – e não a pena como fim em si mesma, como hipótese de mera valoração negativa de um injusto.

(...) Podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. A diferenciação entre realidades e finalidades indica aqui que os bens jurídicos não necessariamente são fixados ao legislador com anterioridade, como é o caso, por exemplo, da vida humana, mas que eles também possam ser criados por ele, como é o caso das pretensões no âmbito do Direito Tributário (ROXIN, 2018, p. 18-19).

Portanto, pode-se afirmar que o presente estudo se apoia numa corrente mais afeita ao conhecido minimalismo penal, amparado pela noção de que o poder estatal de punir precisa de limites estabelecidos objetivamente. Dessa concepção, sobreleva-se a eleição proposta por Claus Roxin do princípio da proteção subsidiária de bens jurídicos como critério de limitação político-criminal, podendo ser eles deduzidos da proteção dos direitos humanos fundamentais (ROXIN, 2008, p. 53).

Frise-se como indispensável técnica penal o olhar sobre o bem jurídico não apenas ao final do processo de interpretação, como etiqueta final, mas essencialmente dirigido com sua orientação liberal, isto é, oposta a limitações prescindíveis das liberdades civis, uma nuance de concretização da matéria de proibição. Em outras palavras, pode-se vislumbrar o bem jurídico como baluarte ótimo da finalidade de limitar constitucionalmente a legislação penal (SCHÜNEMANN, 2013, p. 40-41).

É ainda oportuno mencionar o esteio teórico do garantismo penal para a construção do argumento exprimido nesta obra, do qual destaca-se neste azo a dupla função preventiva do direito penal conforme preleciona Luigi Ferrajoli (1995):

Isso não significa, é claro, que o fim da prevenção geral do crime seja um fim menos essencial do direito penal. Esta finalidade é, pelo contrário, a razão principal, senão diretamente para as penas, para as proibições criminais, que se destinam a proteger os direitos fundamentais dos cidadãos contra as agressões de outros membros. Significa mais que o crime tem como função preventiva final, um sinal negativo: a prevenção geral de crimes e a prevenção geral de penas arbitrárias ou desproporcionais. A primeira função marca o limite mínimo e o segundo limite máximo de canetas. Uma reflexão dos interesses da maioria não é desviada; Caso contrário, os interesses de todos os réus e réus como tais. As duas pontas e os dois interesses conflitam,

e são amparados pelas partes em um contraditório processo penal: o Ministério Público, interessado na defesa social e conseqüentemente em maximizar a prevenção e punição dos crimes; e a defesa, interessada na defesa individual e, portanto, em maximizar a prevenção de sanções arbitrárias (FERRAJOLI, 1995, p. 332).⁴.

O modelo garantista de minimalismo penal proposto pelo jurista italiano, assim, firma como limite mínimo das penas o caráter de prevenção geral dos delitos e como limite máximo da intervenção político criminal do Estado o respeito às garantias asseguradas na Constituição. Os direitos e garantias fundamentais, desta feita, apresentam-se como importantes marcos na fixação desses limites interventivos, de maneira que um sistema penal estável deve encontrar o ponto de equilíbrio entre uma sanção eficaz – em termos de prevenção geral e especial – e uma sanção que respeite os limites processuais insculpidos nas normas fundamentais.

É interessante cotejar os limites do garantismo penal de Ferrajoli com outra de suas teorias, o constitucionalismo garantista, em especial quanto à necessidade de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, que se traduz também na forma de um direito fundamental. As teorias garantistas reforçaram a importância dos direitos fundamentais, o que induz à necessidade também de observância pelo Estado das garantias àqueles direitos que protegem o meio ambiente equilibrado. Nesse sentido, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto direito fundamental, encontra no garantismo jurídico um protetor e aliado, já que a simples vigência da norma é insuficiente para garantir sua efetividade. Ele oferece os mecanismos adequados para a defesa do ambiente contra as ameaças do modo capitalista apartado de sua função social (KURTZ, 2013).

⁴ Tradução livre feita pelo autor. A citação original segue adiante:

Esto no significa, naturalmente, que el fin de la prevención general de los delitos sea una finalidad menos esencial del derecho penal. Este fin es por el contrario la razón de ser primordial, si no directamente de las penas, sí de las prohibiciones penales, que están dirigidas a tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos contra las agresiones por parte de otros asociados. Significa más bien que el derecho penal asume como fin una doble función preventiva, una y otra de signo negativo: la prevención general de los delitos y la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas. La primera función marca el límite mínimo y la segunda el límite máximo de las penas. Una refleja el interés de la mayoría no desviada; la otra, el interés del reo y de todo aquel del que se sospecha y es acusado como tal. Los dos fines y los dos intereses entran en conflicto, y son sus portadores las dos partes de un proceso penal contradictorio: la acusación, interesada en la defensa social y por consiguiente en maximizar la prevención y el castigo de los delitos; y la defensa, interesada en la defensa individual y por tanto en maximizar la prevención de las penas arbitrarias (FERRAJOLI, 1995, p. 332).

Sem pretensão de assumir afirmações totalizantes, comunga o pesquisador da opinião de que o minimalismo é um caminho viável para a aplicação de um direito penal eficiente, nem intrusivo em excesso e nem ausente ao ponto de gerar insegurança quanto à tutela dos bens mais relevantes da vida em sociedade, desde que balizado na salvaguarda de direitos dos indivíduos que compõem a coletividade, compreendidos nesse universo todos indistintamente: vítimas e agentes criminosos.

Chega-se, neste ponto, em um momento oportuno para averiguar até onde o direito penal simplesmente se escora na oportunidade e conveniência do voluntarismo legislativo e a partir de onde ele efetiva e legitimamente é amparado por algum critério jurídico científico. Preliminarmente, é imperiosa a indulgência deste autor decorrente do reconhecimento de que não se pode fazer uma análise apropriadamente extensa e exauriente dos critérios levados a cabo pela política criminal, singularmente por não se tratar do objetivo medular desta obra. Doutra banda, não poder-se-ia chegar ao argumento que se pretende sem deambular ainda que brevemente por essa temática.

Roxin (2008) defende que a mera descrição da finalidade da lei não basta para fundamentar um bem jurídico que legitime um tipo penal, a *contrario sensu* do que pressupõe o conceito metodológico de bem jurídico⁵. É necessário, para legitimar a existência de tipos penais coerentes e não excessivamente interventivos, que o tipo penal possua uma finalidade bem definida e, principalmente, que seja reputado pelo legislador como indispensável à convivência pacífica em sociedade (ROXIN, 2008). Justamente por esse motivo não seriam legítimos tipos penais criados para punir meros atentados à moral ou às tradições.

Tenta-se aqui, despir o recorrente pensamento positivista da norma crua como suficiente para a tutela jurídica. Não se questiona se a norma é vigente, mas sim se ela respeita direitos considerados como barreiras intransponíveis pela ordem jurídica. Esbarra-se inexoravelmente em um problema filosófico antigo, já alertado por Ferrajoli:

Por sua vez, a tese do direito penal mínimo abre sua frente principal contra as teorias do direito penal máximo (que culmina na defesa da pena de morte), mas não pode ignorar as doutrinas abolicionistas ou substitucionistas, segundo as quais o a dor, ao contrário, estaria destinada a desaparecer. Às vezes, os extremos se encontram: a liberdade regulamentada deve se opor

⁵ Cf. Honig, Grünhut e Schwinge;

tanto à anti-liberdade, ou seja, qualquer forma de abuso do direito de punir, quanto à falta de regras, ou seja, a liberdade selvagem. O princípio da legalidade é contrário à arbitragem, mas também ao legalismo obtuso, mecânico, que não reconhece a exigência da equidade, que, com uma expressão retirada da lógica dos conceitos, o autor denomina o poder de "conotação", e a presença de espaços em aqueles que habitualmente exercem o poder do juiz. No positivismo jurídico, o problema da justiça é distinto daquele da legitimação interna da ordem ou da validade: uma posição como esta se encontra a cavalo tanto da redução do segundo ao primeiro, que é típico do direito natural clássico, quanto do a redução do primeiro ao segundo, o que caracteriza o legalismo ético (FERRAJOLI, 1995, p. 13)⁶.

O legalismo obtuso deve ser evitado pelo sistema penal se se pretende obedecer um critério de tutela subsidiária de bens jurídicos; justamente para evitar a deslegitimação que serve de aporte teórico para as correntes abolicionistas. Uma tutela penal do meio ambiente, assim, deve obedecer os mesmos critérios de proteção subsidiária, em especial se considerarmos que há normas cíveis e administrativas que protegem a fauna e a flora.

Ocorre que a dogmática penal clássica foi resistente à concepção de bens jurídicos coletivos⁷. Sobre o tema, Luís Greco leciona:

(...) Penso que *duas diretrizes* podem ser de alguma ajuda no momento de avaliar se um bem jurídico coletivo pode ou não ser postulado. A primeira delas poderia ser denominada "*teste do furto*": tome-se o bem jurídico coletivo em questão e pergunte-se se os argumentos usados para fundamentá-lo não transformariam, *mutatis mutandis*, também o furto em um delito para a proteção de um bem coletivo. (...)

Uma segunda diretriz – que talvez se diferencie da primeira apenas na formulação, e não na substância – é a de basear-se na distinção entre danos diretos e indiretos (ou remotos). (...) Essa forma de argumentar é também bastante comum no direito penal de tóxicos. Pode-se, assim, formular a diretriz de que a *menção a danos remotos não basta para fundamentar um bem jurídico coletivo* (GRECO, 2011, p. 53).

⁶ Tradução livre feita pelo autor. A citação original segue adiante:

A su vez, la tesis del derecho penal mínimo abre su frente principal contra las teorías del derecho penal máximo (que culminan en la defensa de la pena de muerte), pero no puede pasar por alto las doctrinas abolicionistas o substitutivistas, según las cuales la pena, por el contrario, estaría destinada a desaparecer. A veces los extremos se tocan: la libertad regulada debe oponerse tanto a la antilibertad, es decir, a cualquier forma de abuso del derecho a castigar, como a la carencia de reglas, o sea, a la libertad salvaje. El principio de legalidad es contrario al arbitrio pero también al legalismo obtuso, mecánico, que no reconoce la exigencia de la equidad, al que con expresión tomada de la lógica de conceptos el autor llama poder de «connotación», y la presencia de espacios en los que habitualmente se ejerce el poder del juez. En el positivismo jurídico el problema de la justicia está separado del de la legitimación interna del ordenamiento o de la validez: una posición como ésta se encuentra a caballo tanto de la reducción del segundo al primero, lo que es propio del iusnaturalismo clásico, como de la reducción del primero al segundo, que caracteriza al legalismo ético (FERRAJOLI, 1995, p. 13)

⁷ Cf. Greco, 2011, p. 1.

Ainda sobre a legitimação da tutela penal de bens jurídicos coletivos, Luís Greco (2011, p. 55-56) elenca como razões para recorrer ao direito penal a intimidação (pressupondo a prevenção geral negativa como teoria do fim da pena) e a concessão de garantias de direito material e especialmente processual; demonstra também como razões contra o recurso ao direito penal a debilitação das normas penais nucleares e uma possível fragilização da subsidiariedade do direito penal. Ele se ocupa de expor uma lúcida preocupação quanto aos limites entre o direito penal e o direito administrativo:

Deve-se conceder a Tiedemann que o direito administrativo é por vezes muito mais gravoso que o direito penal. Por outro lado, a dimensão expressiva ou comunicativa da pena tampouco pode ser deixada de lado para limitar a punibilidade (prevenção geral punitiva limitadora); por fim, deve-se ter em mente que, de um lado, as sanções administrativas se tornam cada vez mais graves, e as penas cada vez mais suaves, de modo que, se Tiedemann for levado a sério, o temor de Herzog estará fundado, pois sempre se poderá justificar o uso do direito penal alegando ser este o mal menor (GRECO, 2011, p. 58-59).

De fato, o direito administrativo e o direito penal há muito vêm obscurecendo seus limites. Isso pressupõe a existência de um direito administrativo em algumas oportunidades mais severo do que o direito penal. Sobre isso, tornaremos a dissertar mais à frente, com mais profundidade.

Neste ponto, é prudente fazer uma breve glosa sobre a diferenciação entre bens jurídicos difusos e bens jurídicos coletivos⁸, que também não se confundem com a ideia de bem jurídico público⁹. Nesse sentido, seria mais adequado situar o bem jurídico ambiental como um bem jurídico difuso, e não como um bem jurídico coletivo. Contudo, para muitos estudos de natureza penal – especialmente se considerando

⁸ Muito embora não haja, dentro da esfera penal, tanta discussão sobre esses pormenores, eles são de certo modo importantes para a solidificação dos preceitos que se pretendem aqui aduzir. Nesse sentido, oportuno valer-se da redação legal contida no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, à frente colacionado: Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

⁹ Normalmente considerados como aqueles direcionados à violação de bens de titularidade pública.

que grande parte desses estudos é proveniente de outros países e que tais distinções são feitas em poucos ordenamentos, dentre os quais o brasileiro –, não haverá distinção notável entre eles, podendo ser essa noção de bem jurídico coletivo interpretada como equivalente aos demais.

Há, ainda, similar distinção quanto aos bens jurídicos individuais e transindividuais. A diferença entre ambos é explicada por Luiz Regis Prado (2019):

Tendo-se como ponto de partida o critério da titularidade, julgado aqui suficiente para um exame didático da matéria, os bens jurídicos podem ser individuais ou transindividuais. Dos primeiros é titular o indivíduo, o particular que o controla e dele dispõe, conforme sua vontade. Têm caráter estritamente pessoal. Já os segundos são característicos de uma titularidade de caráter não pessoal, de massa ou universal (coletiva ou difusa); estão para além do indivíduo – afetam um grupo de pessoas ou toda a coletividade –; supõem, desse modo, um raio ou âmbito de proteção que transcende, ultrapassa a esfera individual, sem deixar, todavia, de envolver a pessoa como membro indistinto de uma comunidade.

Tais bens jurídicos, próprios do Estado Social de Direito, são primordiais para o desenvolvimento das potencialidades do ser humano enquanto pessoa, bem como sua real integração (social, política, cultural e econômica) em uma coletividade organizada.

Parece bem observar que entre os bens jurídicos individuais e os metaindividuais há, em sentido material, uma relação de complementaridade (v.g., a saúde pública em relação à individual; o ambiente em relação à qualidade de vida). Naqueles, a referência individual privada, particular, é direta; nestes, a referência pessoal, particular, é indireta, em maior ou em menor grau. São bens universais, da sociedade como um todo, com um marco individual mais ou menos acentuado (PRADO, 2019, p. 104-105).

A exposição de tais conceitos assenta-se como oportuna para a compreensão da magnitude do que se pretende afirmar quanto à possibilidade de o bem ambiental ser digno da tutela penal.

Schünemann (2013) já se posicionou sobre a utilização de bens jurídicos para legitimar a tipificação controvertida de condutas, inclusive exemplificando com a criação de tipos penais ambientais:

E, por fim, não se pode deixar de mencionar que a ideia de proteção de bens jurídicos pode ser usada não apenas para criticar, mas também para legitimar tipos controvertidos. Como exemplo menciono os *delitos ambientais*, cuja compatibilidade com o princípio de proteção de bens jurídicos foi negada não apenas por autores de Frankfurt, mas também por Stratenwerth (SCHÜNEMANN, 2013, p. 66).

O meio ambiente em si tem sido considerado bem digno de tutela jurídica pela doutrina ambientalista. Inclusive, diferencia-se o bem jurídico ambiental em macrobem

e microbem ambientais, visando ao estabelecimento de limites da plúrima concepção conferida pelo termo¹⁰.

Sarlet (2015), comentando os termos, aduz que o bem jurídico ambiental, tanto pela perspectiva do microbem ambiental quanto do macrobem ambiental não pode ser de maneira alguma dissociado de sua complexa trama holística, ínsita a todo ecossistema:

Por exemplo, não há o menor sentido que eventual proibição judicial de lançamento de dejetos industriais em determinado recurso hídrico degradado alcance tão somente os limites territoriais do Município do órgão judicial prolator da decisão, deixando de valer também para os municípios vizinhos banhados pelo mesmo recurso hídrico e onde também se verifica a mesma prática poluidora. O bem jurídico ambiental é indivisível, não admitindo a limitação espacial pretendida pelo dispositivo. Em outras palavras, a lei humana pretende romper com as leis imutáveis da natureza, compartimentando o bem jurídico ecológico, o que é de todo descabido (SARLET et al, 2015, p. 327).

Esses termos ganham especial dimensão no âmbito do Direito Constitucional Ambiental, uma vez que a Constituição Federal de 1988 determinou uma tarefa fundamental do Estado de Direito a proteção do meio ambiente, conforme explicam Leite e Belchior:

A Constituição Federal de 1988, por meio de seus art. 225, caput, e art. 5º, § 2º, atribuiu, de forma inédita, ao direito ao ambiente o status de direito fundamental do indivíduo e da coletividade, bem como consagrou a proteção ambiental como um dos objetivos ou tarefas fundamentais do Estado de Direito Ambiental brasileiro. Referidos deveres do Poder Público se manifestam como obrigações positivas (de fazer) e negativas (não fazer), influenciando a interpretação das normas ambientais (LEITE E BELCHIOR, 2014, p. 1).

¹⁰ Macrobem ambiental é o termo utilizado na doutrina e na jurisprudência para designar o conjunto de interações dos aspectos ambientais, compreendendo a sua máxima complexidade e máxima extensão, mediante a qual todas as formas de vida interagem entre si com todas as suas manifestações e criações. Seria a designação do meio ambiente como um todo, descrevendo sua harmonia global e seu equilíbrio ecológico. Por sua vez, Microbem ambiental é o termo utilizado para designar elementos ambientais isolados, muito embora constituam parte de todo o macrobem ambiental. São microbens em si considerados, assim, a atmosfera, o ar, o solo, a fauna, a flora, e até mesmo objetos mais delimitados e identificados, tais como um rio, um sítio arqueológico, um rio, a água etc. Essa terminologia é recorrentemente utilizada na doutrina ambiental e é bastante importante, em especial a concepção de “macrobem”, uma vez que é fator relevante para considerar que os danos ocasionados ao meio ambiente não são contidos ou isolados, constituindo danos potencialmente expansivos e complexos (STJ, REsp 1.711.009/MG).

Ocorre que a constatação de que determinado aspecto social é um bem jurídico digno de ser tutelado pelo direito não infere automaticamente um preceito de que deve também ser tutelado pelo direito penal, máxime pelo prisma de um direito penal mínimo, ancorado na proteção subsidiária pelo sistema penal.

Para legitimação da tutela penal do meio ambiente, assim, é importante a verificação da presença de dignidade penal, entendida esta como a qualidade que envolve direitos e prerrogativas de merecimento de tutela penal (CRUZ, 2008, p. 48).

A constituição brasileira eleva o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ao status de direito fundamental¹¹ em seu art. 225¹², o que se apresenta como uma conquista decorrente de uma longa história de evolução do direito positivo. Isso, contudo, não é por si só argumento bastante para a justificação da tutela penal de tal bem jurídico.

O direito penal deve proteger somente bens jurídicos considerados como de primeira grandeza, sob o pálio da subsidiariedade. Excluem-se, sob a esteira funcionalista de Roxin, a tutela das meras imoralidades e as contravenções de dentro do direito penal. A Constituição Federal, nessa esteira, serve de âncora para a delimitação dos bens jurídico-penais pelo conceito material de delito (FELICIANO, 2005, p. 269).

Se utilizarmos o critério puramente positivo para averiguar se há legitimidade penal na tutela ambiental, parece seguro afirmar que o Brasil assim considera, vez que destinou relevante norma constitucional para declará-lo¹³ e promulgou lei específica para isso¹⁴. Neste sentido,

No Brasil, como explicitado, o legislador constitucional erige expressamente o ambiente como bem jurídico-*penal*, eliminando, de modo contundente, qualquer possibilidade de *valorização* em sentido contrário por parte do legislador ordinário. Vale dizer: o ambiente deve ser objeto de proteção penal (PRADO, 2019, p. 66).

¹¹ Cf. José Afonso da Silva, em sua obra *Direito Ambiental Constitucional*.

¹² 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.

¹³ Cf. art. 225, §3º: “§ 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.”

¹⁴ Cf. lei nº 9.605/1998, conhecida como “Lei de Crimes Ambientais”.

Todavia, um discurso superficial despojado sobre a mera existência de lei positiva deve ser fulminado, vez que seria contrário ao que defendemos pela eleição do minimalismo funcionalista e minimalismo garantista já apresentados. Não se pode encarar, ainda assim, a elevação do bem jurídico ambiental a patamar de proteção especial pelo direito penal de maneira formal e rasa. Na verdade, o papel do constituinte de fazê-lo expressamente era fortemente fundado na intenção de frisar a importância daquele bem jurídico em particular:

Despicienda ou não, a verdade é que essa previsão constitucional, impregnada de uma forte vocação pedagógica, não pretende senão ressaltar perante a sociedade a importância do bem e afastar de modo contundente as eventuais dúvidas que pudessem surgir a seu respeito; evidentemente porque o constituinte conhecia que a efetividade social pode ser, nesses bens jurídicos, menor que a que recebem outros mais tradicionais e consolidados. (...) A Constituição não faz senão reconhecer a transcendência dos valores meio ambientais para o ser humano, pois, quando a tendência é a descriminalização de condutas, impõe-se neste artigo (...) a criação de sanções penais, sendo sua única explicação que o constituinte, consciente da importância de conservar os recursos naturais, quis se assegurar de que o ordenamento contribui com todos seus meios para dita conservação, inclusive com o Direito Penal, em que pese seu caráter de *ultima ratio* (PRADO, 2019, p. 66).

Daí, então, a conclusão do elevado nível de importância do bem jurídico ambiental. Ainda assim, a justificação da tutela penal dos bens jurídicos deve ser ancorada em princípios penais constitucionais relevantes, tais como os princípios da subsidiariedade, da fragmentaridade e da intervenção mínima, a fim de que se evite uma imiscuição inadequada do sistema penal em oportunidades eventualmente prescindíveis:

Identificada a necessidade ou carência de tutela penal como a única forma de se proteger o bem de maneira eficiente, a incidência do Direito Penal sobre a conduta é a medida a ser adotada pelo legislador. Nesta linha, vamos delimitar a incidência do Direito Penal para a proteção de bens com dignidade penal, cuja tutela tenha que *necessariamente* ser realizada por meio de incriminação de condutas agressivas. A necessidade da tutela penal vai se dar em razão de dois pressupostos. Em primeiro lugar em razão da elevada dignidade do bem, cuja proteção liga-se à própria manutenção da paz social e dos postulados fundamentais do sistema social, como, em nosso caso, a soberania, a cidadania, a *dignidade da pessoa humana*, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (art. 1º da Constituição Federal). O segundo pressuposto se refere à necessidade de utilização desta forma de tutela, a mais grave de nosso sistema jurídico, tendo em vista que a proteção oferecida pelos outros ramos do Direito não é suficiente para a tutela do bem em questão (CRUZ, 2008, p. 61).

Seguindo tais critérios, o meio ambiente equilibrado se apresenta como bem jurídico de elevada dignidade, assim entendido pela sua indispensabilidade à vida no planeta e pela sua condição de direito fundamental salvaguardado pela Constituição Federal. Igual importância não é rara nas constituições de outros países. Já não há tanta obviedade no reconhecimento do direito penal como o único meio – ou o mais – eficaz para a tutela do direito ambiental, máxime pela existência de outras esferas do direito capazes de tutelar com alguma eficácia o bem ambiental. Devem-se, aqui, ser traçadas algumas ponderações nesse sentido.

Se defendemos que a intervenção penal legítima é a ingerência subsidiária de bens jurídicos relevantes, somente se apresenta como loquaz a tipificação de condutas que não sejam maneadas adequadamente por outras esferas do direito. Analisando o caráter predominantemente reparatório do direito civil, não é arriscado dizer que o direito administrativo é aquele que mais compete com a percepção de um direito penal ambiental.

Entretanto, não se busca uma legitimação de tutela *exclusiva* do meio ambiente por meio do direito penal, mas uma ideia de responsabilização tríplice, conforme prevista pelo Constituinte de 1988:

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.

(...)

§ 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.

A leitura do § 3º de referido artigo, especificamente no fragmento “a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” indica que há a imposição de uma responsabilização tríplice, cumulativa, ou seja, pelo conjunto das esferas cível, administrativa e criminal, e não pela exclusividade de qualquer uma delas.

Pelo contrário, qualquer tutela que seja exclusiva do direito penal pode ostentar o posicionamento por um direito penal máximo, o que aqui não se pretende. É justamente nesse sentido que não se deve enxergar a tutela ambiental pelo direito administrativo como empecilho para a tipificação de condutas lesivas ao meio ambiente, e sim como um complemento. O direito penal deve ser introduzido onde o

direito civil e o direito administrativo não forem mais bastantes ou onde não possam dar uma resposta adequada.

O meio ambiente, diante da ordem constitucional em vigor, ganhou uma dimensão elevada, erigido à categoria de pressuposto do exercício do direito à vida e expressão do conceito de dignidade humana, fundamento de toda a nossa ordem jurídica.

(...) Nesta ordem de ideias, além de apresentar dignidade penal diante de sua relevância social, a sua proteção por meio do Direito Penal é absolutamente necessária. Além do enfoque acima exposto, aplicável a todos os direitos fundamentais gizados pela Constituição Federal, no tocante à proteção do meio ambiente encontramos mais um argumento capaz de justificar a sua carência da tutela criminal. Trata-se da análise acerca do que se pode qualificar de *responsabilidade ambiental* (CRUZ, 2008, p. 65).

A elucubração aqui proposta sobre os limites de atuação do direito civil e do direito administrativo na disciplina do dano ambiental será revisitada mais adiante, em capítulo oportuno. Por ora, as considerações feitas parecem bastantes para a consolidação de outros argumentos prioritários.

Problema que merece especial atenção neste ponto do estudo, contudo, diz respeito à aparente incompatibilidade do caráter predominantemente preventivo (HASSEMER, 1999) do que se possa apresentar como um tipo penal ambiental com a tutela criminal como *ultima ratio*¹⁵. Afinal, antecipar a intervenção do direito penal e admitir punição para tipos penais de perigo abstrato pode significar uma fissura na intrincada teia do minimalismo penal.

O direito penal é fortemente ancorado em características repressivas e retributivas, de maneira que a construção lógica mais loquaz é a de que a imposição de uma pena deve advir da violação de um tipo penal firmado em um dano, um resultado naturalístico. Muito embora os crimes materiais não sejam os únicos existentes e aceitos na ordem jurídico penal do início do século XXI, a tipificação de meras condutas sem qualquer necessidade de comprovação de concretude de risco¹⁶ é vista com ressalvas pela doutrina:

Os problemas do crime de perigo abstrato são bastante manifestos: aqui se proíbe e se pune um comportamento, sem que qualquer bem jurídico seja

¹⁵ Neste sentido, cf. as severas críticas feitas por Hassemer (1999), que estabelece que a tutela do meio ambiente não é compatível com a natureza do Direito Penal, visto que este não é mecanismo apto para uma atuação preventiva;

¹⁶ Aqui se enquadram os chamados delitos de perigo abstrato.

lesionado ou mesmo exposto a real perigo. É esta, aliás, a definição de perigo abstrato que subjaz ao presente estudo: devem-se entender por crimes de perigo abstrato aqueles crimes cujo tipo não exige nem uma lesão, nem um perigo concreto para o bem jurídico protegido. De uma perspectiva dogmática, coloca-se, assim, a pergunta quanto a como harmonizar esses tipos com a função do direito penal de proteger bens jurídicos; e no plano político-criminal, quanto à legitimidade de tais incriminações. Afinal, declara-se punível muito mais do que se puniria no caso de um delito de lesão ou de perigo: a prova da causalidade e do resultado torna-se desnecessária, em princípio basta a mera prática da conduta descrita para que se incorra na sanção (GRECO, 2011, p. 3-4).

Isso é um problema singular porquanto a natureza da tutela ambiental é orientada primariamente a evitar a lesão à natureza, por imposição da Constituição. Em outras palavras, a finalidade do Direito Ambiental é muito mais focada na prevenção do que na repressão dos danos causados (CRUZ, 2008, p. 67). Daí a existência de dois princípios de relevo existentes na seara ambientalista, o princípio da prevenção e o princípio da precaução.

O princípio da precaução ou cautela exige a adoção de medidas preventivas na hipótese de falta de dados ou de incerteza científica, tanto na seara ambiental como na seara da saúde humana (LEITE, 2017). Já o princípio da prevenção é concernente ao risco provável, que tem por finalidade a prevenção de riscos já conhecidos (FERRUA E FERREIRA, 2017). No âmbito jurídico penal, a utilização desses princípios é especialmente laboriosa, vez que a matéria penal não costuma operar com lastro em meras suposições ou hipóteses (PRADO, 2019). A doutrina ambientalista elenca vários princípios ambientais que fortalecem a atuação do legislador e do hermenauta ambiental, que de alguma forma se conectam com estes dois princípios mencionados:

Quanto ao princípio *in dubio pro natura* (...) afirma que, em caso de dúvidas, deve-se resolver de forma mais favorável ao meio ambiente, preferindo-se alternativas menos danosas. Afirma ainda a Declaração que não se devem tomar ações que tenham impactos negativos desproporcionais aos benefícios que causariam.

O princípio hermenêutico do *in dubio pro natura* é decorrente do princípio da precaução, pelo qual a ausência de certezas científicas não deve servir de sucedâneo à degradação do meio ambiente, pois, havendo dúvida, decide-se a seu favor, obstando a atividade degradadora.

É um princípio interconector de outros princípios, cujo conceito e abrangência amplos servem de interpretação e integração entre princípios e normas ambientais. Serve ainda como balizador para barrar atividades degradadoras do meio ambiente que firam o mínimo existencial ecológico e para coibir o retrocesso ambiental (LEITE et al, 2017, p. 184).

Esse mesmo princípio *in dubio pro natura*, que se relaciona com o princípio da precaução, pode ser visto, então, como um “princípio interconector de outros

princípios, cujo conceito e abrangência amplos servem de interpretação e integração entre princípios e normas ambientais” (LEITE et al, 2017, p. 186).

É interessante trazer, neste ponto do estudo, alguns desses importantes princípios para conhecimento do leitor. O princípio da responsabilidade de proteção da natureza pressupõe que todas as pessoas e entidades privadas e públicas são responsáveis por cuidar e promover o bem-estar de todas as espécies e ecossistemas, freando a exploração em favor do equilíbrio ambiental. Por sua vez, o princípio da sustentabilidade ecológica e resiliência pressupõe a necessidade de medidas jurídicas e extrajudiciais para a proteção, restauração e integridade do ecossistema, devendo a manutenção da saúde da biosfera um elemento primário na elaboração de políticas e tomada de decisões. Há também o chamado direito a ter natureza, que estipula que todos detêm a prerrogativa de herança da natureza como um bem humanitário, vital à saúde física e mental, base da vida humana e dos demais seres. (LEITE et al, 2017).

É muito interessante, também, trazer à discussão questões relacionadas aos direitos fundamentais no que tangem o meio ambiente:

Diversamente de outras ordens constitucionais, a CF acabou não consagrando de modo distinto as noções e correspondentes princípios do Estado Democrático, do Estado Social e do Estado de Direito. Quanto ao Estado Social, aliás, sequer há referência expressa e direta no direito constitucional positivo quanto ao seu reconhecimento, o mesmo ocorrendo em relação ao Estado Ambiental, que aqui, por razões que serão devidamente apresentadas logo adiante (no item dedicado ao Estado Socioambiental), o que, contudo, não significa que o Estado Democrático de Direito projetado pela CF não possa ser designado também como um Estado Social e Ambiental ou mesmo Socioambiental, de acordo com a opção terminológica e conceitual aqui adotada, o que, dentre outros fatores, pode ser inferido facilmente (e assim também o tem sido no âmbito da doutrina e jurisprudência) mediante uma breve mirada sobre os objetivos fundamentais do art. 3.º da CF (dentre os quais a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades), um extenso catálogo de direitos sociais e dos trabalhadores (arts. 6.º e 7.º e ss.), os princípios da ordem econômica (com destaque para a justiça social e a garantia e promoção do mínimo para uma existência digna, a teor do art. 170, caput, da CF), bem como a conformação do sistema constitucional de seguridade social e da ordem social no seu conjunto. O mesmo se aplica ao ambiente, tendo em conta a forte e detalhada constitucionalização, inclusive na condição de direito e dever fundamental, da proteção do ambiente, tal como evidencia o art. 225 da CF (SARLET et al., 2017, p. 291).

Como se percebe, há na doutrina de Sarlet (2017) a compreensão de que a Constituição Federal de 1988 incorporou a essência de um Estado Social e Ambiental, ainda que essa não tenha sido a terminologia adotada pelo constituinte. Primeiro, por

causa da noção de um ambiente marcado pela justiça social, nos termos do art. 170 da Constituição Federal. Segundo, porque há uma articulação de princípios estruturantes que permitem a construção teórica de um Estado Socioambiental, fundamentos e objetivos da ordem constitucional, sistema de direitos fundamentais e a própria organização do Estado e de suas funções políticas.

Depreende-se da doutrina (CRUZ, 2008) que os princípios da precaução e da prevenção são desdobramentos do princípio do poluidor-pagador. Isso afirmaria o caráter preventivo da tutela do meio ambiente, sem desprezar o fato de que o princípio do poluidor-pagador, a *contrario sensu* do que pode pensar a princípio, é mais intensamente orientado à prevenção do que efetivamente à reparação. Busca-se, com o princípio do poluidor pagador, evitar uma apropriação indébita do bem ambiental por parte dos poluidores, em um processo de privatização dos lucros e socialização dos prejuízos, impedindo ainda que a sociedade suporte o ônus da reparação de um ato lesivo ao meio ambiente, em especial se causado por um poluidor amplamente identificado (CRUZ, 2008).

Sob esta ótica podemos afirmar que o princípio do poluidor-pagador, em relação às normas penais ambientais, será observado não só a partir da criminalização de condutas onde se descrevem danos especialmente graves para o ambiente, mas também estabelecendo sanções penais para condutas que acarretem perigo de dano grave, antecipando-se à sua ocorrência. Sendo assim, o princípio do poluidor-pagador se refletirá na elaboração de normas penais ambientais que visem diretamente à prevenção de danos, criminalizando condutas de perigo, mas também reforçará a ideia de reparação de danos, caso se verifique a consumação da lesão (CRUZ, 2008, p. 174-175).

Em que pese que o eventual reconhecimento do direito penal como instrumento de tutela de bens jurídicos ao mesmo tempo em que se vitupera a necessidade de ofensa de tais bens possa ser considerado uma subversão da lógica crítico-garantista (D'ÁVILA, 2007), o direito penal ambiental é orientado fundamentalmente nessa perspectiva:

O direito penal ambiental, entretanto, parece tomar uma outra direção. Impulsionado, de um lado, pela pretensão de oferecer uma ampla tutela aos bens jurídicos ambientais e, de outro, por dificuldades dogmáticas, muitas vezes insuperáveis, de verificação causal dos danos que, não raramente, se perde na multiplicidade e cumulatividade de fatores, no tempo diferido, na incerteza sobre a própria relação causa-efeito ou em danos transfronteiriços, o direito penal ambiental tem sido marcado por uma forte antecipação da tutela, na qual o demasiado distanciamento entre a conduta e o objeto de proteção da norma tem favorecido, significativamente, a formulação de tipos

de ilícito meramente formais, nos quais a violação do dever passa a ocupar o espaço tradicionalmente atribuído à ofensividade. Daí não surpreender o grande número de crimes de perigo abstrato e dos denominados crimes de acumulação, no âmbito do direito penal ambiental (D'ÁVILA, 2007, p. 14).

A necessidade de conciliação teórica entre o caráter preventivo da tutela ambiental e o caráter predominantemente repressivo do direito penal se funda na própria indispensabilidade da salvaguarda do bem jurídico ambiental para uma convivência pacífica não apenas social, mas global, considerando a magnitude e o alcance desse bem jurídico¹⁷.

Veja-se, assim, a tutela penal do meio ambiente (em um viés minimalista, como o que aqui se defende) como uma tutela subsidiária, devendo o texto constitucional¹⁸ servir como um guia para a responsabilização ambiental, respectivamente, nas esferas administrativa, cível e criminal. Para que não haja uma intromissão indevida do direito penal em aspectos de relevância penal exígua, é considerável a utilização de todas as formas de tutela jurídica, inclusive aquela que, por definição, é a mais forte de todas, a tutela penal (CRUZ, 2008, p. 67).

A responsabilidade civil ambiental, dada a sua natureza proeminentemente privada, consistirá em obrigações de indenizar e, por tal motivo, tem função mais reparatória, e não preventivo-repressiva, sendo imprescindível, assim, a ocorrência prévia de dano ambiental. Já a responsabilidade administrativa, por sua vez, é a que mais pode se prestar à proteção preventiva dos bens ambientais – e daí a imposição de uma série de mecanismos e instrumentos de prevenção dos danos ao meio ambiente, desde licenciamento, zoneamento, estudo prévio de impacto ambiental etc. Tais ferramentas são uma excelente forma de se tutelar a higidez do meio ambiente de forma preventiva. Contudo, infelizmente, a tutela administrativa na prática não é suficiente para atender à proteção necessária pelos bens ambientais. Exsurge, assim, a necessidade de construção de um sistema preventivo de riscos baseado na aplicação de sanções jurídicas significativas e tomando como base o princípio do poluidor-pagador como forma de estímulo negativo às práticas predatórias do bem ambiental (CRUZ, 2008).

¹⁷ Aqui realce-se a noção de macrobem ambiental.

¹⁸ CF, 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.

Como já mencionamos em trabalhos anteriores¹⁹, uma aplicação insuficiente do princípio do poluidor-pagador pode induzir à equivocada impressão de que o poluidor possa pagar uma “licença para poluir”, o que, economicamente, pode chegar a ser interessante desde que o pagamento das sanções seja repassado como forma de externalidade ao consumidor de um produto ou mesmo que a sanção pecuniária seja menor do que a vantagem econômica dela decorrente. Convém, assim, que a sanção imposta leve em consideração a capacidade econômica do poluidor e seja, no mínimo, tão alta quanto os lucros que possam vir a ser extraídos da poluição.

Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz, então, proclama daí um argumento favorável à imposição da tutela ambiental por meio do direito penal:

É importante registrar que a reparação civil, por mais onerosa que venha a ser, fulcrada no princípio do poluidor-pagador e no princípio da reparação integral dos danos ambientais (internalizando todos os custos da proteção ambiental, bem como reparando os danos diretos e indiretos), não pode prescindir da existência de dano tampouco extrapolar os limites do dano causado.

Ou seja, a responsabilidade civil por danos ambientais não pode ir além dos prejuízos diretos e indiretos experimentados pelo meio ambiente lesado. Ainda que se incluam todos os danos, todos os custos, diretos e indiretos, não se pode ir além dos danos causados.

Já a responsabilidade penal, fundamentada no princípio da culpabilidade e na função preventiva da culpabilidade, não precisa atentar para este prejuízo. A responsabilidade penal, ao contrário da reparação civil, não é uma retribuição pelos danos causados. Ela é limitada, por um lado, pela culpabilidade do agente diante do fato praticado e, por outro, pela prevenção geral e especial positiva da pena a ser aplicada (CRUZ, 2008, p. 69).

O direito penal é capaz, teoricamente, de atuar tanto de maneira repressiva quanto de maneira preventiva, consideradas as funções de prevenção especial e geral da pena. Por esse viés, verifica-se que não há incompatibilidade, pelo menos a título de exórdio, da tutela penal do meio ambiente com princípios do direito ambiental, porquanto não há aí as mesmas limitações do direito civil.

Quanto ao direito administrativo, muitas ressalvas não de ser feitas. Ainda que primariamente seja bastante para a tutela preventiva dos danos ambientais, temos como profunda preocupação – o que leva ao ponto central deste estudo – quais são os limites que existem na ordem jurídica idôneos a impedir sanções demasiado

¹⁹ Nesse sentido, menciona-se o trabalho “implicações econômicas do princípio do poluidor pagador e a criminalização da conduta corporativa lesiva ao meio ambiente”, que foi apresentado pelo pesquisador no CONPEDI de 2016, em Curitiba-PR.

rigorosas sem que, em contrapartida, sejam oferecidas garantias processuais indispensáveis a elas vinculadas, o que, em primeira análise, somente existe no direito penal.

Chega-se, assim, a uma conclusão fugidia de que o bem jurídico ambiental é sim dotado de dignidade ambiental, e, portanto, é merecedor da tutela jurídico-penal, legitimando a criação de um sistema penal especializado na punição de condutas contrárias à natureza.

2.2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O SUJEITO ATIVO DO CRIME AMBIENTAL

Uma vez que se assuma como válida a asserção de que o meio ambiente merece o status de bem jurídico penalmente relevante, cumpre realizar algumas reflexões prévias sobre quais são os mais graves comportamentos que ensejam a criação legislativa de tipos penais ambientais e, principalmente, quem tem o maior potencial de praticá-los.

A tutela penal do meio ambiente tem uma razão de ser apoiada sobretudo no crescente espectro das grandes lesões ambientais, em especial provocadas nas últimas décadas. Talvez não seja de todo impreciso inferir que, caso não existissem pessoas jurídicas, não seria necessária a intervenção do direito penal. Ainda que tal afirmação fantasiosa seja de difícil averiguação, traduz uma noção prévia factível, que é a de que a pessoa jurídica é o principal ator na prática do impacto ambiental negativo.

Aparte feito, deve-se aduzir, à guisa de exórdio, que as pessoas naturais são fisicamente limitadas por sua própria dimensão diminuta ante a magnitude de um ecossistema. Muito embora um único indivíduo seja, sim, capaz de gerar desequilíbrio à natureza, especialmente num âmbito local, nem de longe consegue ele igualar em vulto o dano possível gerado por uma pessoa jurídica de grande porte.

Tal argumento não pode ser utilizado a fim de se induzir a equivocada concepção de que pessoas físicas não podem ser sujeito ativo de crime ambiental. A própria teorização do crime de bagatela pode servir para reger situações cuja lesividade e consequências da prática do tipo penal sejam reduzidas.

Também o problema das lesões de pequena monta a bens jurídicos ecológicos tem sido supervalorizado pela atual discussão, uma vez que ele já é um velho conhecido mesmo nos crimes contra a propriedade, nunca tendo sido, porém, utilizado para duvidar da proteção penal à propriedade. Trata-se apenas de um caso completamente normal da criminalidade de bagatela, que deve ser tratado com os mecanismos cabíveis (SCHÜNEMANN, 2013, p. 66-67).

Em muitos aspectos, dessa forma, é possível que a pessoa física pratique condutas formalmente típicas dentro de um ordenamento penal ambiental, porém materialmente atípicas, quando houver a verificação de lesões insignificantes²⁰. Inclusive, há um confuso e polêmico²¹ ponto de atuação do direito penal quando se confronta a aplicação do princípio da insignificância com a prática de crimes de perigo, precipuamente de natureza abstrata²².

A pessoa física pode inegavelmente ser autora de violações ambientais dignas da tutela penal, desde a prática de queimadas, poluição em âmbito local, extravio ou contrabando de espécies animais, entre outros. Isso não deve deslegitimar a potencial adequação da pessoa natural a tipos penais ecológicos, principalmente por esposar integralmente com o pressuposto teórico clássico da responsabilização subjetiva dentro do direito penal.

O que deve ser introduzido na discussão, contudo, é o quão mais relevante na prática de degradação ambiental do que uma pessoa natural é uma pessoa jurídica. Como primeiro argumento que sustente tal afirmação, é importante tecer alguns comentários preliminares sobre a natureza *coletiva* da pessoa jurídica.

Por questões facilmente concebíveis, uma pessoa jurídica, composta pela coletividade de indivíduos, possui potencial destrutivo quantas vezes maior que uma única pessoa física quantas forem as pessoas naturais que compõem a sociedade. Se uma pessoa jurídica é composta por duzentas pessoas, por exemplo, em teoria ela

²⁰ O que implicaria na aplicação do princípio da insignificância.

²¹ No âmbito nacional, destacamos o HC 91.759/MG, rel. Min. Menezes Direito, 1ª Turma, j. 09.10.2007. HC 97.777/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, j. 26.10.2010. e o HC 155.391/ES, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 02.09.2012.

²² À guisa de exemplo, cola-se o seguinte excerto jurisprudencial: apelação criminal. Crime contra as relações de consumo. Art. 7º, inciso IX, da lei nº 8.137/90. Exposição à venda de produtos com prazo de validade vencido. Crime formal e de perigo presumido. Inaplicabilidade do princípio da insignificância. Crime cuja lesão afeta a sociedade em geral. Recurso conhecido e não provido. 1.[...] 2. Não se aplica o princípio da insignificância em crimes de perigo presumido.(TJ-PR - ACR: 3941388 PR 0394138-8, Relator: Lilian Romero, Data de Julgamento: 21/06/2007, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 7401)

terá potencialmente duzentas vezes mais poder destrutivo do que um único empregado, no mínimo.

Justamente considerando a possibilidade factível, física e tangível de que a pessoa jurídica pode ser integrada por muitas pessoas, apresenta-se como primeiro argumento o fato de sua capacidade de impacto no ambiente ser bastante majorada em relação a uma pessoa natural. Firme-se com clareza, contudo, que o objetivo da utilização desse argumento não possui pretensões maiores do que a mera didática para uma compreensão preliminar do potencial ativo de uma pessoa jurídica. Ele, por si só, jamais seria suficiente, uma vez que é eivado de uma série de limitações lógicas, dentre as quais frisam-se as seguintes.

A simples concepção de que uma pessoa jurídica pode ser composta por muitos indivíduos não implica que todos eles orientarão suas condutas à predação ambiental. Por esse motivo, não necessariamente o fato de ser formada por vários entes naturais servirá como indutivo lógico de que ela causará maiores danos. Por esse motivo é que esse primeiro argumento, novamente, utilizado apenas à guisa de introdução e ilustração, foi cuidadosamente descrito como uma indução meramente teórica. *Em teoria*, uma pessoa jurídica *pode* causar mais dano ambiental do que uma pessoa física porquanto *possivelmente* será integrada por mais de um único indivíduo.

Também não se despreza o fato de que a utilização singular e isolada desse argumento poderia induzir à ilação que, também contra outros bens jurídicos penais, uma pessoa jurídica teria um potencial danoso muito maior, e não apenas contra o bem jurídico penal ambiental. Tal silogismo traria uma polêmica imensamente mais acentuada à presente discussão, o que definitivamente não se pretende.

Como o ponto fulcral desta obra cinge à responsabilidade penal da pessoa jurídica por crime ambiental, não se apresenta como oportuna – nem caberia no escasso espaço destinado a um trabalho desta natureza – a divagação sobre eventuais práticas societárias que lesem bens jurídicos penais diversos daqueles integrantes do direito penal ambiental.

Ainda que uma pessoa jurídica seja também potencialmente mais lesiva a outros bens jurídicos que não o ambiental, a pessoa física também é por vezes protagonista de violações desses mesmos bens jurídicos. A respeito disso, maiores discussões estão destinadas mais à frente deste trabalho.

Outra fragilidade do primeiro argumento apontado é que pessoas físicas podem também atuar conjuntamente em situações outras que não uma pessoa

jurídica. As circunstâncias de concurso de pessoas dentro do direito penal se apontam como válidas nesse sentido. Assim sendo, não necessariamente pessoas jurídicas serão a organização potencialmente mais danosa a bens jurídicos, vez que pessoas naturais podem se aglomerar e praticar crimes, alcançando, também maior lastro nocivo ao bem jurídico penal ambiental.

Asseverem-se, entretanto, alguns distintos detalhes sobre o criminoso ambiental. Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz, ao dissertar sobre a questão ecológica penal, remete a um entendimento doutrinário²³ de que se fossem reduzidas a duas as causas da degradação ambiental, essas seriam inequivocamente a *ignorância* e a *cobiça*²⁴, registrando ainda nos polos extremos dessas variáveis a ignorância total e a cobiça irrefreável, ambas ancoradas no amplo descaso para com o meio ambiente (CRUZ, 2008, p. 210).

De fato, não se pode equiparar o criminoso ambiental ao criminoso comum. Especialmente porque o crime ambiental é mais frequentemente praticado sem dolo direto, mais relacionado à prática culposa e ao dolo eventual. Também não se pode realizar tal equiparação porquanto o criminoso ambiental dificilmente pratica também tipos penais mais identificados como os crimes clássicos contra a vida ou contra o patrimônio.

Em primeiro lugar, não existe um “tipo clássico” de criminoso ambiental. Em geral este age em nome e benefício de uma empresa ou instituição, sendo a sua conduta, em verdade, corporativa. Em segundo lugar, com frequência a atividade do delinquente não se volta para o crime como um fim em si mesmo. Ao contrário, a conduta delitativa ocorre como resultado de um atuar em tese até positivo e benéfico para a comunidade, ou seja, a produção de bens. Vale dizer, o crime contra o meio ambiente nasce como um excesso desta atividade lícita e produtiva²⁵.

Ou seja, podemos dizer que, em geral, o crime ambiental é um “subproduto” do processo produtivo. Em consequência, o criminoso ambiental nestes casos não será ressocializado. Ao contrário, ele está inserido de forma bastante satisfatória na sociedade onde atua, gozando inclusive de prestígio econômico, social e por vezes político. Trata-se do empresário, do dirigente ou assemelhado de pessoa jurídica, que comete o crime ambiental dentro de uma situação relacionada ao processo produtivo de sua empresa (CRUZ, 2008, p. 212-213).

²³ Nesse sentido, cf. NALINI, José Renato. *Ética ambiental*. 2 Ed. Campinas: Millenium, 2003.

²⁴ Em vez de “cobiça”, o termo utilizado foi “cupidez”, propositadamente alterado pelo pesquisador com finalidade meramente didática.

²⁵ Esta indução particular, contudo, não é de referida autora, e sim de Antônio Herman Benjamin, ora ministro do Superior Tribunal de Justiça brasileiro (BENJAMIN, 2001).

O perfil do criminoso ambiental, nesse aspecto, em muito pode se assemelhar ao criminoso de delitos econômicos, motivo pelo qual Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz (2008), por exemplo, entende o crime ambiental como uma subespécie do delito econômico, normalmente orientado à violação de bens coletivos, e não individuais.

Por óbvio que isso não elimina a existência do infrator inculto, que igualmente também não oferece periculosidade ao meio social em que se insere, mas que devido ao seu desconhecimento das proibições e também por questões socioeconômicas pode ser influenciado a praticar crimes ambientais de espécies diversas da poluição e da mera destruição (v.g. a caça ilegal, as queimadas etc). Nessas hipóteses, fora dos casos de erro sobre a ilicitude do fato, deve o infrator pessoa física ser punido nos termos da lei e conforme seu grau de culpabilidade.

Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz (2008) classifica, então, o criminoso pessoa física como de três possíveis espécies diferentes, a saber, o responsável por sociedade empresária que, por sua vez, acaba determinando a prática de tipo penal; o trabalhador da sociedade empresária; e o cidadão comum, morador de áreas menos favorecidas:

Poderíamos, então, concluir que o criminoso ambiental pessoa física é, em geral, de três tipos:

1) o empresário, dirigente, gerente, administrador etc., que pratica o delito ambiental através da empresa que dirige, com plena consciência do ato praticado e que, em geral, encontra-se perfeitamente inserido no meio social em que vive, gozando de prestígio socioeconômico e político.

2) o trabalhador da empresa causadora de uma agressão ambiental (nesta definição se incluindo aqueles que exercem cargos de direção de setores etc., mas que *não têm poder efetivo de mando* sobre a conduta da empresa) e que, em geral, é o executor imediato da prática antiambiental, mas que muitas vezes não será culpável ante a falta de exigibilidade de outra conduta no caso;

3) o cidadão comum, geralmente morador de áreas rurais ou em áreas de exclusão social nas cidades (favelas, ocupações irregulares etc.) (...), ou seja, aquela pessoa simples que pratica o delito ambiental, muitas vezes por falta de consciência da ilicitude de seu ato em virtude de defeito na sua motivação, gerado por falhas de inserção sócio-cultural, educacional etc. Ou ainda, aquela que pratica o crime ambiental em face de uma inexigibilidade de outro comportamento ou até mesmo em situação de estado de necessidade (CRUZ, 2008, p. 214-215).

Entretanto, ainda que a pessoa física seja teoricamente capaz de praticar crimes ambientais, o perfil do criminoso ambiental aqui assentado (especialmente o dano ambiental em larga escala) é primariamente estribado predominantemente na exploração financeira dos recursos naturais.

Feitas essas ponderações, há ainda outros argumentos que podem ser utilizados conjuntamente com o primeiro para alcançar a compreensão que aqui se propõe. Além da própria possibilidade física e tangível de pessoas jurídicas violarem o bem jurídico ambiental, há ainda uma ainda mais relevante: a possibilidade política de fazê-lo.

Não se pode desprezar a desproporção econômica – e, conseqüentemente, política – existente entre uma pessoa jurídica e uma pessoa natural em geral. Uma pessoa jurídica possui muito mais poder econômico e estrutura para a exploração de recursos naturais e degradação ambiental do que uma pessoa natural. Tanto em termos de equipamento quanto em termos financeiros, a pessoa jurídica pode alcançar resultados bem mais lesivos ao meio ambiente do que as pessoas físicas.

Neste sentido, apontam-se os recentes desastres ecológicos ocorridos em Mariana-MG²⁶, em 2015, e Brumadinho-MG, em 2019²⁷, ambos frutos da exploração econômica da mineração, realizada por pessoas jurídicas. Os números trágicos alcançados por ambos os desastres duvidosamente seriam alcançados por meio da ação singular ou mesmo coletiva de pessoas naturais individualmente.

A pessoa jurídica possui, dessa forma, um poder político e econômico dificilmente alcançados por pessoas naturais, e em decorrência disso é capaz de gerar impactos ambientais muito mais expressivos do que pessoas naturais. Isso eleva a pessoa jurídica a uma condição de muito mais distinção diante da prática de dano ambiental, o que conduz a um recorrente envolvimento nos mais relevantes episódios de catástrofes ecológicas.

Neste sentido, destacam-se as palavras de Paulo César Busato (2018):

É um fato inarredável que, cada vez mais, fatos gravíssimos de intensa repercussão social têm envolvido atividades de pessoas jurídicas.
É igualmente um dado criminológico que no mundo da modernidade reflexiva, as principais agressões, especialmente a bens jurídicos coletivos – que nem por isso deixam de ser fundamentais –, como nas graves aflições ao

²⁶ Referência ao rompimento da barragem de rejeitos da mineradora Samarco em Mariana-MG, ocorrido em novembro de 2015, que deixou 17 mortos e mais de 600 pessoas desabrigadas, segundo o Relatório sobre o rompimento da barragem de rejeitos da mineradora Samarco e seus efeitos sobre o vale do rio doce, realizado pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos (BRASIL, 2017, p. 6)

²⁷ Referência ao rompimento da barragem de rejeitos da mineradora Vale S.A. em Brumadinho-MG, ocorrido em janeiro de 2019, que vitimizou 333 pessoas, entre mortos e desaparecidos, segundo o Relatório da missão emergencial a Brumadinho/MG após rompimento da barragem da vale S/A, realizado pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos (BRASIL, 2019, p. 12).

ambiente, por exemplo, na maior parte dos casos, envolve pessoas jurídicas, sem as quais seria impossível conseguir produzir tais crimes.

O chamado *Moderno Direito penal*, no afã – muitas vezes inútil – de conter o progressivo avanço na violação destes bens jurídicos coletivos tem feito uso desmedido de modernas técnicas de tipificação, especialmente a dos delitos de perigo abstrato e das normas penais em branco, que sem dúvida alguma representam o adiantamento de barreiras de imputação e dão lugar ao que se convencionou chamar de processo de expansão do Direito penal.

Como as atividades que dão origem à aflição dos bens jurídicos coletivos, de maneira geral, ocorrem envolvendo a atividade empresarial, é comum associar-se a responsabilidade penal de pessoa jurídica com o problema da expansão do Direito penal, sob o argumento de que aquela também é mais um sintoma deste.

Trata-se, porém, de uma falsa impressão, facilmente desmentida (BUSATO, 2018, p. 53-54).

À vista disso, a pessoa jurídica ocupa um lugar de destaque, de protagonismo, na maior parte das grandes lesões ao ambiente, de forma que sua centralização e identificação como o maior infrator de normas ambientais põe em discussão a necessidade de enquadramento da sociedade como o sujeito ativo de crime ambiental por excelência.

Ocorre que, como já amplamente debatido na dogmática penal – e conforme será discutido mais à frente –, há uma série de incompatibilidades na concepção da pessoa jurídica como sujeito ativo de crime nos preceitos ortodoxos do direito penal.

Tal celeuma foi, ao menos em parte, pacificada no Brasil, sobretudo em decorrência da promulgação da Lei nº 9.605/1998, conhecida como lei de crimes ambientais, que estabeleceu a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica²⁸. Se no âmbito legislativo a promulgação desse instituto trouxe pacificação, contudo, no plano doutrinário, intensificou a polêmica, que passa longe de ser pacífica no cenário internacional.

Sem a pretensão de exaurir o tema neste momento, utiliza-se como aporte a reflexão de que é manifesta a recorrência de prática de pessoa jurídica como principal ator da degradação ambiental desde a segunda metade do século XX. Lança-se, assim, o seguinte questionamento para corroborar o raciocínio aqui esposado: seria possível (e provável) que uma pessoa física qualquer gerasse danos ambientais de mesmas proporções, impactos ambientais negativos que inclusive podem transpor

²⁸ 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.

barreiras nacionais? Mesmo pessoas físicas agindo coletivamente, fora do âmbito societário e dentro da concepção do concurso de pessoas, parece bem presumível que não, ao menos em circunstâncias cotidianas.

Induz-se aqui a necessidade de enquadramento da pessoa jurídica como possível agente de crimes ambientais porquanto são as principais e mais recorrentes pessoas na prática de dano vultoso ao meio ambiente. Não seja essa ilação lida como se a pessoa jurídica fosse o maior praticante de crime ambiental no Brasil, pois envolveria outras variáveis que, neste ponto, não são interessantes para a loquacidade do raciocínio aqui manifestado.

Os preceitos ortodoxos do direito penal não precisam negar essa realidade, contudo. A possibilidade de responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas por várias infrações poder-se-ia utilizar a fim de inferir que a sociedade não ficaria impune por essas práticas, vez que pode sofrer intervenções de caráter administrativo e ser condenada no âmbito judicial a pagar reparações.

E, se se questionar sobre a ineficiência de tais medidas, especialmente quanto às funções preventivas da pena e a natural necessidade de firmar um desestímulo maior à prática reiterada do dano ao ambiente, a responsabilização penal poderia ser imposta às pessoas físicas por trás das ordens e decisões que colocaram a pessoa jurídica naquela situação de danosidade ambiental – e isso sem a necessidade de sacrifício da ortodoxia penal.

Esses argumentos são apenas alguns que acaloram o desentendimento teórico existente na doutrina quanto à possibilidade de responsabilização penal da sociedade. Some-se a isso ainda o problema do chamado modelo de imputação ou heterorresponsabilidade, que serão melhor abordados nos capítulos mais adiante, a partir do qual lançam-se os relevantes argumentos de que muitas vezes não é possível a identificação das pessoas físicas que determinaram a prática que gerou o dano ambiental, o que fatalmente abriria margens para crimes sem autores e vítimas sem responsabilização penal.

Neste ponto, é fundamental realizar uma ponderação teórica sobre se realmente a pessoa jurídica deve ser vista como sujeito ativo do crime ambiental ou apenas um instrumento ou meio para a obtenção do fim ilícito.

Nesse espectro, sobreleva-se o posicionamento de Heloísa Estellita:

O exercício da atividade econômica em empresas, porém, apresenta desafios de diversas ordens e densidades para cada um dos pressupostos de imputação da responsabilidade penal individual, quais sejam: a prática de uma conduta típica, antijurídica e culpável, que tome a forma de autoria (direta, mediata ou coautoria) ou participação.

Se a pergunta inicial e fundamental para a imputação de responsabilidade penal individual é “quem praticou a conduta típica?”, a resposta, no âmbito da criminalidade de empresa, pode ser enormemente laboriosa, quando não, impossível.

O próprio conceito de empresa como união organizada de pessoas para exercício de atividade econômica já indica suas principais características: a) *pluralidade de agentes*: tratar-se-á, normalmente, não de um indivíduo sozinho praticando um delito, mas do envolvimento de diversas pessoas nessa prática; b) *organização*: a indicar que haverá divisão de tarefas e de funções entre essas pessoas, além de uma estrutura de coordenação e de hierarquia entre elas.

Essa estrutura da empresa, aliada ao fato de que os processos econômicos podem ter um espectro de impacto de grandes proporções relativamente aos bens jurídicos afetados, bens esses que podem ter densidade difusa (individuais ou coletivos), e dos quais os agentes se encontram muitas vezes distanciados, temporal e/ou espacialmente, tem igualmente reflexos nos pressupostos da imputação de responsabilidade penal individual (ESTELLITA, 2017, p. 38-39).

A compreensão de pessoa jurídica como um ente autônomo pressupõe uma grande dificuldade de diferenciação do que seria ato da própria empresa e ato individual das pessoas físicas por trás da empresa. Existe um sem número de comportamentos que devem ser considerados no âmbito da atuação societária, dentre os quais, apenas a título ilustrativo e vestibular – sem maiores pretensões, por não se tratar do âmago desta obra –, podem-se citar os seguintes: a) o comportamento do diretor, dirigente, gerente ou outro membro com poder de decisão; b) o comportamento coletivo de um grupo de deliberação societária, tais como diretorias, ouvidorias, superintendências e outros setores; c) o comportamento do empregado, sem poder de decisão, que cumpre as ordens superiores; d) o comportamento de um supervisor ou fiscal da empresa, pessoa natural que possui o condão de verificar a regularidade dos atos, e que normalmente peca muito mais nas formas omissivas do que efetivamente de maneiras positivas; e) os atos da própria sociedade empresária em si considerada, especialmente aqueles que parecem se adequar à “missão” ou à finalidade da atividade empregada, podendo aí ser incluídos aqueles de difícil constatação de autoria de pessoa física a ela vinculada.

Essas condutas mencionadas, como já dito, não perquirem o exaurimento das possibilidades, visto que há outros comportamentos possíveis inseridos dentro de um

ambiente corporativo que devem ser também contabilizados²⁹. A menção dessas possíveis participações tem muito mais o escopo de trazer uma inquietação ao leitor, para que compreenda que o assunto é evidentemente complexo.

Não se pode, nesse sentido, afirmar que todo e qualquer comportamento no panorama empresarial será tomado como uma conduta da sociedade em si considerada. Uma vez que a pessoa jurídica pode ser formada por inúmeros membros, cada comportamento singular de seus componentes nem sempre será orientado no sentido da atividade central praticada pela empresa. Mas, da mesma forma, também não se pode inferir que não existam comportamentos individuais praticados por alguns dos componentes de uma sociedade empresária que reflitam sim a sua finalidade e direcionados à obtenção de retornos financeiros.

A controvérsia toma ainda maior vulto quando se faz a devida distinção entre as espécies de pessoas jurídicas, sobretudo no que tange à pessoa jurídica de direito privado e à pessoa jurídica de direito público. Considerando a natureza jurídica de cada uma delas, de seu patrimônio, a natureza política de sua atuação, o ente político estatal por trás dela etc, tudo isso gera um campo fertilíssimo para debates.

A pessoa jurídica pode sim ser utilizada pela pessoa física apenas como veículo ou instrumento da prática de ilícitos. O reconhecimento disso, inclusive, repercutiu recentemente no setor legislativo do Brasil, especialmente pela inclusão no Código de Processo Civil de 2015³⁰ da possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica diante da dificuldade de reparação de danos cíveis. O mesmo instituto já existia na legislação brasileira desde 1998, por ocasião da lei de crimes ambientais³¹, que previu a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica afeita à seara penal.

É possível, assim, que uma pessoa física pratique um ilícito penal contra o meio ambiente individualmente, o que ocorre principalmente nas hipóteses de ignorância à legislação ambiental e mesmo à sua inadequação sociocultural à

²⁹ É o caso de membros de conselhos, acionistas, assembleias internas, além das próprias distinções existentes em decorrência da natureza da sociedade empresária, como no caso da sociedade anônima etc.

³⁰ Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

³¹ Lei n° 9.605/1998; Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

consciência ecológica. Neste caso, não haveria qualquer participação de pessoa jurídica; também é possível que uma pessoa física delinqua contra o meio ambiente no comando de uma pessoa jurídica, situação em que poderia esta funcionar apenas como um instrumento para a prática de um ilícito ambiental³²; seria ainda concebível que a mesma coisa acontecesse em face do comportamento de um funcionário da empresa ou mesmo de um supervisor que individualmente conseguissem se beneficiar de uma conduta decorrente de sua função dentro da sociedade empresária.

Igual sorte não parece ser destinada a meros acionistas ou investidores ordinários, em especial pela sua usual ausência de controle ou de comportamentos realizados em nome da pessoa jurídica que patrocinam³³. No caso destes, há maior dificuldade de enxergar que utilizem a pessoa jurídica como instrumento para a prática de ilícitos – muito embora isso também não signifique que a própria sociedade empresária possa ser utilizada por outros para a mesma finalidade e que os acionistas também sejam beneficiados economicamente em decorrência desse mesmo ato ilícito.

Entretanto, é por demais simplório limitar a pessoa jurídica ao status de mero instrumento para a prática de ilícito ambiental, máxime quando existem decisões tomadas por pessoas físicas integrantes da sociedade empresária no interesse ou benefício da sua entidade, muitas delas, inclusive, gerando repercussões financeiras positivas para a empresa.

A concepção da pessoa jurídica como sujeito autônomo da prática de crimes ambientais depende, então, da verificação de uma série de elementos jurídico-penais que serão oportunamente examinados em capítulos posteriores deste trabalho. O que se pode antecipar é que em vários outros aspectos do direito, é possível conceber a pessoa jurídica como sendo dotada de algum nível de vontade e mesmo de capacidade de ação, mas que como o direito penal pressupõe como baluarte da formação de imputabilidade penal a existência da noção clássica de culpabilidade, geram-se miríades de entraves técnico-jurídicos que dificultam a assunção da premissa que se busca nesta obra construir.

³² Desde que, sobretudo, apenas o próprio dirigente se beneficiasse com a prática do ato, e que não houvesse nenhuma vinculação ao campo de atuação da sociedade empresária.

³³ Não ignora o autor a existência de situações similares com regimentos especiais, como o caso da assembleia-geral de acionistas e do acionista controlador. Apenas repele propositadamente o tema para evitar desventurosas discussões que não têm relação tão íntima com o objeto da presente obra.

Também a concepção de pessoa jurídica na posição de sujeito ativo de crime ambiental gera problemas processuais – que serão tratados mais detidamente nos capítulos seguintes –, notadamente quanto a requisitos formais que devem estar contidos em uma denúncia.

A veiculação da imputação, a partir da denúncia (ou da queixa-crime na ação penal de iniciativa privada) deverá ainda, identificar o sujeito ativo do crime (acusado no processo penal). Relativamente à imputação da ação ou omissão, deverá a denúncia, de forma clara e direta, narrar o evento fático cometido pelo acusado, atribuindo-lhe, então, as consequências estabelecidas na legislação penal. Neste ponto é que se insere um dos principais problemas concernentes à teoria da imputação no campo processual penal, relativo à responsabilidade da pessoa jurídica. A possibilidade de a denúncia trazer, em apenas um processo, acusações contra a pessoa jurídica e pessoas físicas. Além disso, quando tudo ocorre, como efeito reflexo, tem-se a possibilidade de configuração de uma dupla posição assumida pelo representante legal da pessoa jurídica, que contingencialmente pode, assumir o polo passivo no processo penal (GLOECKNER, 2018, p. 158).

Em apertada síntese, a pessoa jurídica certamente pode ser utilizada como mero instrumento para a prática de delito ambiental, especialmente quando for um mero mecanismo facilitador da obtenção de resultados; tanto quanto também pode ocupar uma posição central na prática do ilícito, máxime quando a realização da conduta criminosa for intimamente afeita à atividade econômica explorada pela empresa ou quando for fruto de uma deliberação de seus dirigentes.

Não se olvidem as inúmeras críticas apontadas neste tópico como incongruências penais, que oportunamente serão examinadas, não com o messiânico intuito de solucioná-las, mas com o módico desígnio de lançar alguma contribuição sobre tão controverso objeto.

Não surpreende que, diante de tantos embaraços teóricos, ainda hoje, haja tanta discussão dentro da dogmática penal e mesmo da criminologia crítica no que concerne à responsabilização penal da pessoa jurídica.

Não se podem ser olvidados também que a própria Constituição Federal brasileira legou também à valorização do trabalho humano e à livre iniciativa a defesa do meio ambiente:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
(...)

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (BRASIL, 1988)

Esta norma deixa clara a conexão entre a “existência digna” mencionada em seu caput e a “defesa do meio ambiente”, mencionada no inciso. Há inegável responsabilidade corporativa, assim, sobre a análise de eventuais impactos ambientais de produtos e serviços que sejam respectivamente oferecidos e explorados.

A Constituição de 1988 foi a primeira carta maior que aprofundou esse tema, esclarecendo que tanto o Estado quanto a sociedade devem cooperar na proteção do meio ambiente. Isso é ainda mais evidente quando se verifica como função institucional do Ministério Público trazida na Constituição a proteção do patrimônio ambiental e dos bens difusos:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (BRASIL, 1988)

A tutela processual do Ministério Público é importante diante da verificação de danos ambientais e degradações ecológicas, de forma que não apenas pode como deve o *parquet* promover inquérito civil e ações civis públicas com objetivo de proteger o meio ambiente.

Ao se verificar a pessoa jurídica como principal infrator do equilíbrio ambiental, verifica-se clara violação a esses pressupostos normativos. Há também evidente proteção declarada na Constituição Federal não apenas em relação às pessoas jurídicas, mas também às pessoas físicas, notadamente as proprietárias rurais, quanto à utilização adequada dos recursos naturais e preservação ambiental:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

(...)

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; (BRASIL, 1988)

Ambos os potenciais infratores, então, têm deveres específicos impostos pela Constituição Federal quanto à sua atuação, o que apenas reforça a magnitude de sua ofensa aos bens jurídicos difusos, ao macrobem e aos microbens ambientais.

2.3. O DIREITO BRASILEIRO SUPEROU DEFINITIVAMENTE OS PROBLEMAS DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL?

Para compreender o estado atual de compreensão da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil, é salutar traçar um breve histórico normativo deste país quanto ao tema.

O Brasil se apresenta juridicamente como verdadeiro legatário cultural e legal de Portugal, uma vez que, originalmente na condição de colônia, mal podia se desarvorar de tais influências.

Desde o descobrimento até o Código Criminal do Império de 1830, a civilização brasileira permanecia, assim, tutelada pela legislação portuguesa, em especial as ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Todas elas, entretanto, eram silentes quanto à possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica (BUSATO, 2018, p. 40).

É importante registrar, entretanto, que o Projeto de Código Criminal português de 1789, previu uma tendência a essa possibilidade³⁴. Entretanto, essa propensão logo abandonou o cenário jurídico. Por ocasião da migração das concepções iluministas trazidas pela Revolução Francesa e que foram difundidas para o direito continental europeu, a Constituição Federal outorgada de 1824 declarou expressamente o entendimento pela individualização da pena³⁵. Isso dificultava a incriminação de corporações (SHECAIRA, 2011, p. 15-16).

A doutrina aponta o Código Penal de 1890, instituto penal máximo imediatamente posterior no ordenamento brasileiro, como um compilado juridicamente limitado e contraditório. Isso principalmente porque declarava como

³⁴ O parágrafo 8º do título 2 estabeleceu que “os colégios, corporações e cidades podem delinquir pelas pessoas de que se compõem e que os representam e governam; e à universidade se atribui o delito, quando todos os representantes o cometem, ou a maior parte deles”.

³⁵ Constituição Federal de 1824, art. 179, XX: “nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Portanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do Réo se transmitirá aos parentes em qualquer gráo, que seja”.

regra geral, em seu artigo 25, a limitação da responsabilização penal exclusivamente às pessoas físicas³⁶, ao passo em que, em sua parte especial, precisamente em seu art. 103, previa-se a possibilidade de crime praticado por corporação³⁷. Ainda que se diga se tratar de mera falha de redação, a incerteza jurídica que o instituto lançava sobre o tema era no mínimo censurável (BUSATO, p. 2018, p. 42). A Consolidação das Leis Penais de 1932 reproduziu os mesmos dispositivos, mantendo a contradição, já que não tinha o objetivo de revogar praticamente nenhum dispositivo penal então positivado³⁸.

Sérgio Shecaira (2011) sentencia que não se pode falar em responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito brasileiro propriamente até 1988:

Em nosso entender, até 1988 não se pode falar em responsabilidade da pessoa jurídica no direito brasileiro. Tal conclusão decorre não só de um estudo sistemático das normas penais em vigor no Brasil, mas da própria análise contextual do sistema de produção de bens aqui predominante, a partir da segunda metade do século XIX, que consagrava o individualismo e as ideias libertárias trazidas ao mundo de forma mais enfática pela Revolução Francesa de 1789 (SHECAIRA, 2011, p. 17-18).

Na década que se seguiu à promulgação da Consolidação das Leis Penais de 1932, mais precisamente em 1940, houve a promulgação do Código Penal, cujo corpo compõe boa parte do que hoje ainda vigora no país. Por ocasião desse dispositivo, a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica no Brasil, com efeito, foi completamente fulminada. A doutrina aponta como razão técnica para isso o fortalecimento e sedimentação da teoria de ficção, de Savigny, além da expressiva influência da dogmática penal alemã sobre o direito penal nacional, que

³⁶ Art. 25. A responsabilidade penal é exclusivamente pessoal.

Paragrapho unico. Nos crimes em que tomarem parte membros de corporação, associação ou sociedade, a responsabilidade penal recahirá sobre cada um dos que participarem do facto criminoso.

³⁷ Art. 103. Reconhecer o cidadão brasileiro algum superior fóra do paiz, prestando-lhe obediencia effectiva:

Pena - de prisão cellullar por quatro mezes a um anno.

Paragrapho unico. Si este crime for commettido por corporação, será esta dissolvida; e, caso os seus membros se tornem a reunir debaixo da mesma, ou diversa denominação, com o mesmo ou diverso regimen:

Pena - aos chefes, de prisão cellullar por um a seis annos; aos outros membros, por seis mezes a um anno.

³⁸ Art. 1º Fica aprovado e adotado, como "Consolidação das Leis Penais", o trabalho do Sr. desembargador Vicente Piragibe, publicado sob o título "Codigo Penal Brasileiro, completado com as leis modificadoras em vigor", que a este acompanha, subscrito pelo ministro da Justiça.

Paragrafo unico. A Consolidação, assim aprovada e adotada, não revogará dispositivo algum da legislação penal em vigor, no caso de incompatibilidade entre os textos respectivos.

ineludivelmente pressupunha um conceito de crime sobre uma formulação ontológica de ação, que por sua vez é completamente incompatível com o ente abstrato (BUSATO, 2018, p. 44).

É justamente atravessado nesse contexto histórico conturbado que a Constituição Federal de 1988, nascida no bojo de uma iniciativa democrática e legítima, trouxe novamente ao ordenamento a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica.

Há dois institutos especificamente que transparecem uma intenção do constituinte de possibilitar a incriminação e punição de entes jurídicos: o art. 173, §5º, que preconiza a possibilidade de punição da pessoa jurídica nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular³⁹; e o art. 225, §3º, que prevê expressamente a possibilidade de sanções penais e administrativas a pessoas físicas ou jurídicas, independentemente de qualquer sanção civil⁴⁰.

Muito embora ambos os dispositivos tenham causado certa animosidade no meio jurídico, este último dispositivo, registre-se, foi especialmente polemizado, sobretudo por sua redação que, segundo defendem alguns⁴¹, abre margem para interpretações diversas das que foram realizadas pela doutrina majoritária.

³⁹ Art. 173 (*Omissis*);

§ 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.

⁴⁰ Art. 225 (*Omissis*);

§ 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.

⁴¹ Neste sentido, destaca-se aqui o posicionamento de Luís Greco (2018):

“De fato, a CF contém dois dispositivos que apontam para uma possibilidade de ‘punir’ a pessoa jurídica, quais sejam, o art. 173 §5º (...) e o 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.’). O segundo desses dispositivos pode, é claro, ser lido no sentido de um reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Nada há, entretanto, na redação truncada do constituinte que nos force a essa conclusão. O dispositivo também pode ser lido de maneira que as “sanções penais” se refiram apenas a “pessoas físicas”, e não a pessoas jurídicas. Penso ser essa a melhor leitura em uma ordem constitucional que reconhece um princípio da culpabilidade.” (GRECO, 2018, p. 74-75)

Ainda neste mesmo sentido, reproduzem-se aqui as palavras de Paulo César Busato (2018):

“Há quem afirme ser o texto do art. 225 §3º obscuro e que tal obscuridade é o que justifica terem se equivocado alguns autores ao reconhecerem nele a previsão de responsabilidade penal para pessoas jurídicas. A obscuridade, na visão destes autores, derivaria da falta de definição expressa de que às pessoas jurídicas seria aplicável sanção penal, podendo o dispositivo ser interpretado como se reservasse para as pessoas jurídicas apenas as sanções administrativas, enquanto que permite a aplicação das sanções penais apenas para as pessoas físicas, sendo, na visão deles, a interpretação mais correta. Daí concluírem que a Constituição segue sem admitir a responsabilidade penal de

Paulo César Busato, entretanto, declara seu posicionamento quanto a essa polêmica:

Enfim, a conclusão é de que na perspectiva de uma interpretação literal, lógico-sistemática ou teleológica, fica evidente que a Constituição permite a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Realizou-se, efetivamente, uma opção político-criminal desde um ponto de vista estritamente democrático e o tema da responsabilidade penal das pessoas jurídicas foi inserido no plano jurídico brasileiro, a despeito de qualquer oposição teórica que se possa manifestar (BUSATO, 2018, p. 47).

Dez anos após a promulgação da Constituição de 1988, a lei nº 9.605/1998 trouxe um “fim” à discussão, quando expressamente em sua redação previu a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica⁴². Propositadamente utilizam-se aspas para a lúbrica menção de um encerramento das discussões, porquanto elas tanto continuaram que são hoje parte do motivo pelo qual este trabalho foi redigido.

A tutela penal do meio ambiente, como já fora exposto alhures, constitui genuíno imperativo jurídico decorrente da degeneração ambiental constatada ao longo dos últimos séculos e intensificado nas décadas pós-guerras. No contexto brasileiro, especificamente, constitui supedâneo normativo em decorrência da norma insculpida na Carta Magna de 1988, máxime no art. 225, § 3º, já trazido à baila em páginas pretéritas.

A discussão quanto à obscuridade do constituinte brasileiro de 1988, em específico sobre se previu ou não no texto constitucional a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica ou se não passou de trecho confuso e mal redigido pareceu ter sido superada quando houve a promulgação da Lei nº 9.605/1998, conhecida como Lei de Crimes Ambientais, afinal, na redação de seu art. 3º, já continha a inequívoca afirmação de que tanto pessoas físicas quanto jurídicas podem ser sujeitos ativos de crimes, e, em decorrência disso, são passíveis de responsabilização penal e efetiva punição.

peças jurídicas.” (BUSATO, 2018, p. 45). Os autores apontados aqui por Busato são especialmente Cezar Roberto Bitencourt e Manoel Pedro Pimentel.

⁴² 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.

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

Entretanto, a declaração categórica de que a posituação dos dispositivos normativos citados encerra definitivamente a discussão sobre a compatibilidade da responsabilidade penal com a pessoa jurídica é irresponsável e descomprometida com a realidade da dogmática penal brasileira. Assevere-se que não apenas nos outros países do mundo isso ainda é discutido, mas mesmo em solo pátrio há inúmeros autores que fazem críticas ferrenhas a essa noção, o que invariavelmente traz avaliações muito negativas quanto à Lei de Crimes Ambientais e suas respostas penais em vigor para tais questionamentos.

Luiz Regis Prado, ao apreciar a Lei nº 9.605/1998, afirma que

Trata-se de lei de natureza híbrida, em que se misturam conteúdos díspares – penal, administrativo, internacional –, e em que os avanços não foram propriamente significativos.

(...)

Primeiramente, convém observar que a lei buscou dar um tratamento penal unívoco à matéria, aglutinando os vários elementos que compõem o meio ambiente, em favor de uma harmonização das normas incriminadoras e de suas respectivas penas. Não deixa, assim, de preencher uma lacuna, quase sempre resultante de enfoque setorial e isolado.

(...)

Para logo, fica assentado seu caráter altamente criminalizador, visto que erige à categoria de delito uma grande quantidade de comportamentos que, a rigor, não deveriam passar de meras infrações administrativas⁶ ou, quando muito, de contravenções penais, em total dissonância com os princípios penais da intervenção mínima e da insignificância (v.g., arts. 32, 33, III, 34, 42, 44, 49, 52, 55, 60 etc.).

(...) O legislador de 1998 é pródigo em se utilizar de conceitos amplos e indeterminados – muitas vezes eivados de impropriedades técnicas, linguísticas e lógicas –, permeados por cláusulas valorativas e, frequentemente, vazados em normas penais em branco (v.g., arts. 34, 38, 40, 45, 60 etc.), com excessiva dependência administrativa (v.g., permissão, licença ou autorização da autoridade competente).

Aqui, destarte, o legislador brasileiro de 1998 fez mais uma opção criminalizadora, que, mesmo respeitável como posicionamento jurídico, só pode ser aceita se, num verdadeiro tour de force – pragmático e artificial –, privilegiar-se político-criminalmente o fim em detrimento do meio.

De qualquer maneira, o tema, que é em si bastante polêmico, escapa aos fins próprios deste trabalho e continua a ser uma questão aberta.

(PRADO, 2019, p. 186-187).

O autor deixa claro, como se expõe, que o tema é bastante polêmico e ainda é uma questão aberta. Segundo a ótica de sua doutrina, a opção do legislador brasileiro pela criminalização da pessoa jurídica não passa de uma mera medida de política criminal, a partir da qual abre-se mão de mandamentos penais supostamente inflexíveis para criar mais severas sanções contra as pessoas jurídicas pela impressão de que tal tratamento jurídico tende a apresentar maior eficácia a longo prazo, especialmente pela função preventiva geral da pena.

No âmbito jurisprudencial, várias decisões tornaram-se ícone para a admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Uma das mais importantes foi a decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 564.960-SC:

CRIMINAL. CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ENTE COLETIVO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL REGULAMENTADA POR LEI FEDERAL. OPÇÃO POLÍTICA DO LEGISLADOR. FORMA DE PREVENÇÃO DE DANOS AO MEIO-AMBIENTE. CAPACIDADE DE AÇÃO. EXISTÊNCIA JURÍDICA. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. CULPABILIDADE COMO RESPONSABILIDADE SOCIAL. CO-RESPONSABILIDADE. PENAS ADAPTADAS À NATUREZA JURÍDICA DO ENTE COLETIVO. RECURSO PROVIDO.

I. Hipótese em que pessoa jurídica de direito privado, juntamente com dois administradores, foi denunciada por crime ambiental, consubstanciado em causar poluição em leito de um rio, através de lançamento de resíduos, tais como, graxas, óleo, lodo, areia e produtos químicos, resultantes da atividade do estabelecimento comercial.

II. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio- ambiente.

III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio-ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial.

IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades.

V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal.

VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito.

VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral.

VIII. —De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado.

IX. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. A co-participação prevê que todos os envolvidos no evento delituoso serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade.

X. A Lei Ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica, todas adaptadas à sua natureza jurídica.

XI. Não há ofensa ao princípio constitucional de que —nenhuma pena passará da pessoa do condenado..., pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física — que de qualquer forma contribui para a prática do delito — e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva.

XII. A denúncia oferecida contra a pessoa jurídica de direito privado deve ser acolhida, diante de sua legitimidade para figurar no pólo passivo da relação processual-penal.

XIII. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.

(STJ, REsp 564.960/SC, 5ª T., j. 02.06.2005, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 13.06.2005, p. 331).

Tal excerto jurisprudencial é importante porquanto representou um marco nos tribunais superiores brasileiros em relação à corresponsabilidade entre pessoa física e jurídica e à imposição de penas adaptadas à natureza jurídica do ente coletivo. Mas não foi a única jurisprudência nesse sentido. Enquanto para autores penalistas nacionais haveria uma grande controvérsia sobre a possibilidade teórica ou não da imputação de crime às pessoas jurídicas, tal julgado além de buscar pacificar o problema ainda propunha que a pessoa jurídica sequer precisa de um autor pessoa física identificado para que possa ser imputada a ela a prática de crime.

Atenção especial precisa ser dada a este julgado por outro motivo. O Superior Tribunal de Justiça, por meio do julgamento deste Recurso Especial, propõe viabilizar uma concepção própria sobre culpabilidade, sugerindo uma modificação em seu viés ortodoxo. Ao afirmar que a culpabilidade é a “responsabilidade social”, e que a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito, o tribunal superior propõe a construção da visualização de uma culpabilidade não-cognoscitiva, não-psíquica, mas social.

Tal alegação é, por si só, bastante controversa na doutrina penal, vez que há décadas é discutida a ampliação da noção moderna de culpabilidade. Atenção especial a esse assunto será dada nos capítulos posteriores desta pesquisa.

O REsp nº 610.114-RN, por sua vez, declara que o legislador brasileiro “optou politicamente” pela responsabilização penal da pessoa jurídica como uma forma de prevenção de danos ao meio-ambiente, reconhecendo a plena capacidade de ação dos entes coletivos:

I. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio-ambiente.

III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio-ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial.

IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades.

V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal.

VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito.

VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral.

VIII. "De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado."

IX. A Lei Ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica, todas adaptadas à sua natureza jurídica.

X. Não há ofensa ao princípio constitucional de que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado...", pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física - que de qualquer forma contribui para a prática do delito - e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva.

XI. Há legitimidade da pessoa jurídica para figurar no pólo passivo da relação processual-penal.

XII. Hipótese em que pessoa jurídica de direito privado foi denunciada isoladamente por crime ambiental porque, em decorrência de lançamento de elementos residuais nos mananciais dos Rios do Carmo e Mossoró, foram constatadas, em extensão aproximada de 5 quilômetros, a salinização de suas águas, bem como a degradação das respectivas faunas e floras aquáticas e silvestres.

XIII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral.

XIV. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa.

XV. A ausência de identificação das pessoas físicas que, atuando em nome e proveito da pessoa jurídica, participaram do evento delituoso, inviabiliza o recebimento da exordial acusatória.

XVI. Recurso desprovido.

(STJ, REsp 610.114/RN, 5ª T., j. 17.11.2005, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 19.12.2005, p. 463).

Este julgado é muito similar ao julgado anterior, em vários pontos inclusive utilizando de mesmas palavras e definitivamente do mesmo entendimento. Isso demonstra como o Superior Tribunal de Justiça passou a consolidar o mesmo entendimento da possibilidade da imputação da pessoa jurídica como se uma pessoa autônoma fosse.

Entretanto, vale destacar o parágrafo XV desse Recurso Especial, que declara que a ausência de identificação das pessoas físicas por trás do crime, que, atuando em proveito da própria corporação, participaram do delito inviabiliza o recebimento da denúncia. Entender assim é compreender que a pessoa jurídica só poderia ser denunciada quando houvesse denúncia contra pessoas físicas, como se atuassem em coautoria. É interessante notar que se trata de uma problematização apresentada que tange não especificamente o cerne penal material da discussão sobre a

possibilidade ou não de imputação de crimes às pessoas societárias, mas acerca de uma questão processual penal.

Esse julgado, assim, reconhece a possibilidade de pessoas jurídicas cometerem crimes, mas impõe um obstáculo processual penal à sua denúncia: a existência de pessoas físicas identificadas por trás do delito. A ausência desse elemento não descaracterizaria o crime pelo ente corporativo, contudo inviabilizaria o processo penal pela ausência de uma pessoa natural sentada no banco dos réus.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, foi vetor de importantes mudanças no sentido do reconhecimento da responsabilização penal da pessoa jurídica e propôs uma solução a esse problema processual. O Recurso Extraordinário 548.181, de relatoria da Ministra Rosa Weber, reconheceu a desnecessidade de dupla imputação, declarando que a pessoa jurídica poderia ser responsabilizada criminalmente mesmo diante da ausência de identificação de infrator pessoa física no dano ambiental:

1. Conforme orientação da 1ª Turma do STF, "O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação." (RE 548181, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 6/8/2013, acórdão eletrônico DJe-213, divulg. 29/10/2014, public. 30/10/2014).

2. Tem-se, assim, que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome. Precedentes desta Corte.

3. A personalidade fictícia atribuída à pessoa jurídica não pode servir de artifício para a prática de condutas espúrias por parte das pessoas naturais responsáveis pela sua condução.

4. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(RMS 39.173/BA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 13/08/2015)

(...)

1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou

deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido.

(RE 548181, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)

O precedente aberto por esse julgado do Supremo Tribunal Federal marca a introdução de um novo paradigma nos tribunais brasileiros segundo o qual a pessoa jurídica é autonomamente capaz de conduta penal, dissociada necessária identificação de uma pessoa física por trás do ato corporativo. Esse julgado é importantíssimo porque parece responder, pelo menos em tese, o problema sobre a dupla imputação, ou seja, sobre se a pessoa jurídica sempre age em concurso de pessoas com a pessoa física ou sobre se pode ser autora isoladamente.

Trata-se de um julgado revolucionário em dois aspectos principais: em primeiro lugar, visa pacificar o entendimento de que *societas delinquere potest*, ou seja, pessoas jurídicas podem sim cometer crimes. Isso propõe o fechamento das discussões no âmbito do direito penal material. Em segundo lugar, esse julgado é também revolucionário por propor uma solução para o empecilho processual que fora referido no julgado do REsp 610.114/RN, do Superior Tribunal de Justiça: afinal, a pessoa jurídica pode ser denunciada mesmo quando não for identificada nenhuma pessoa física para compor o banco dos réus?

O Supremo Tribunal Federal declarou, então, por meio desse julgado, que 1) pessoas jurídicas podem sim cometer crimes ambientais, primeiro por previsão expressa da Constituição Federal, e segundo porque o conceito de culpabilidade não mais se limitaria às amarras ortodoxas do direito penal iluminista, já compreendendo uma dimensão mais social de culpabilidade; e 2) que não há na Constituição ou na Lei qualquer norma que determine que a instrumentalização de denúncia contra pessoa jurídica por crime ambiental depende da existência de pessoa física identificada como coautor do crime. Soluciona, assim, aparentemente, os dilemas sobre se a pessoa jurídica pode ou não praticar crimes sozinha.

Entretanto, a despeito do vulto político e da importância dessas decisões no âmbito judicial, tais entendimentos encontram severas críticas na doutrina penal especializada.

Heloísa Estellita (2017) alega que tal posicionamento do STF viola o princípio da reserva legal, uma vez que delimita por meio jurisprudencial os limites de uma conduta própria da pessoa jurídica, desvinculada de qualquer atuação de pessoa física. Segundo a autora, toda e qualquer manobra doutrinária e jurisprudencial no sentido de traçar pressupostos de responsabilidade penal da pessoa jurídica de maneira desvinculada da competência legislativa esbarraria nos óbices constitucionais existentes na reserva legal e exigência de culpabilidade como pressupostos penais. Todos esses empecilhos de quilate constitucional são pretensamente desqualificados pelo acórdão, que se refere aos pressupostos constitucionais de culpabilidade como a um direito penal “clássico”, sem, contudo, explicar tecnicamente como a proposta que se impõe pelo acórdão seria compatível e harmônico com todos os pressupostos legais e constitucionais que moldam os fundamentos da responsabilidade penal no direito positivo brasileiro.

Érika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho (2010), a respeito de tais entendimentos jurisprudenciais, afirmam que

O debate acerca da necessária expansão da intervenção jurídico-penal a novos âmbitos de tutela não pode conferir ao Direito Penal o caráter de *prima ratio legis*. Nesse sentido, é conveniente esclarecer que a defesa da autonomia do ambiente como bem jurídico dotado de substantividade própria não implica, forçosamente, na relativização do papel subsidiário do Direito Penal. Essa postura – que se alicerça no princípio da intervenção mínima – não tem pautado a orientação jurisprudencial que propugna, ao contrário, por uma maximização da intervenção punitiva como forma de controle das infrações perpetradas em detrimento do ambiente. A opção do legislador pela responsabilização penal das pessoas jurídicas (art. 3º, Lei 9.605/98) não teria ocorrido, segundo a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp 564.960/SC, 5ª. T., j. 02.06.2005, rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 13.06.2005, p. 331; STJ, REsp 610.114/RN, 5ª.T., j. 17.11.2005, rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 19.12.2005, p. 463), ‘de maneira aleatória, mas como uma escolha política, diante mesmo da pequena eficácia das penalidades de natureza civil e administrativa aplicadas aos entes morais’. Resta perquirir se a resposta penal é, de fato, a mais adequada, razoável e proporcional para fazer frente à suposta debilidade dos outros ramos do ordenamento jurídico. Mais do que isso, é preciso questionar diretamente se o fim perseguido – *in casu*, a proteção de um bem jurídico transindividual – justifica o abandono das escrupulosas regras de imputação penal subjetiva e individual. Em todo caso, como bem se ressalta, ‘não é tarefa do Direito Penal compensar as debilidades funcionais dos outros ramos jurídicos’.

O recurso a uma disciplina essencialmente punitiva – acompanhada pela flexibilização dos critérios tradicionais de atribuição de responsabilidade penal – termina por dificultar a estruturação de um Direito Administrativo

sancionador eficiente ou mesmo o desenvolvimento de outras formas de controle social que podem ser mais adequadas. Demais disso, uma política criminal preventiva e intervencionista dificilmente logra coadunar-se com os princípios penais reitores de um Estado de Direito verdadeiramente democrático.
(CARVALHO e CARVALHO, 2010, p. 245).

Em suma, há ainda um acalorado desconforto na aceitação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, ainda que positivada pela Constituição Federal de 1988, pela Lei nº 9.605/1998 e sustentada judicialmente pelos tribunais superiores, porquanto a doutrina penal mais ortodoxa aos preceitos subjetivos da culpabilidade inadmite a reinterpretção do significado do direito penal ou a forçosa adaptação do seu tradicional conteúdo às eventuais novas exigências de imputação de danos ou de riscos de dano gerados num contexto empresarial.

Essa mesma doutrina sustenta que o argumento de que o dito “Direito Penal clássico” é insuficiente para prevenir ou reprimir eficazmente as novas formas de criminalidade é falacioso e desonesto. Com efeito, usa-se a premissa de que a tutela do bem jurídico penal, ainda que fundamental, não pode ser realizada ao arrepio das garantias que autorizam a intervenção penal legítima.

Luiz Regis Prado, ao comentar o art. 3º da Lei de Crimes Ambientais, dispositivo que formaliza a responsabilização penal da pessoa jurídica no ordenamento brasileiro, declara que

Trata-se de uma norma genérica que prevê modalidade especial de delito omissivo próprio, sem o correspondente tipo legal. Ademais, não se estabelece nenhum dever de agir. É o disposto, simplesmente, inaplicável.
Por outra parte, a grande novidade de caráter geral dessa lei vem a ser o agasalho no art. 3.º da responsabilidade penal da pessoa jurídica, quebrando-se, assim, o clássico axioma do *societas delinquere non potest*.
Não obstante, em rigor, diante da configuração do ordenamento jurídico brasileiro – em especial do subsistema penal – e dos princípios constitucionais penais (v.g., princípios da personalidade das penas, da culpabilidade, da intervenção mínima) que o regem e que são reafirmados pela vigência daquele, fica extremamente difícil não admitir a inconstitucionalidade desse artigo, exemplo claro de responsabilidade penal por fato de outro ou puramente objetiva.
(PRADO, 2019, p. 190)

Para o autor, portanto, o dispositivo que reconhece a responsabilização penal da pessoa jurídica contido na Lei nº 9.605/1998 é materialmente inconstitucional.

Luís Greco (2018) também afirma que a responsabilização penal da pessoa jurídica contida na Lei nº 9.605/1998 é inconstitucional, a despeito de reconhecer que

por ocasião do RE 548.181 o STF firmou entendimento contrário. Segundo o que o doutrinador sustenta, tal acórdão do STF confunde “um problema de direito material (pode-se punir a pessoa jurídica?), ao qual o presente é exclusivamente dedicado, com uma questão processual (pode-se processar a pessoa jurídica com independência da pessoa física?)” (GRECO, 2018, p. 75).

É importante asseverar que as críticas quanto à inconstitucionalidade de referido dispositivo não se referem a um plano superficial de análise de constitucionalidade formal, mediante a qual se verificam apenas vigência e eventual eficácia, mas sim perscruta uma análise mais profunda – a de uma constitucionalidade material, em um plano de discussão pré-positiva, plano em que se admite a possibilidade da existência de uma norma positivada na Constituição cujo conteúdo contrarie alguma outra norma de maior cogência normativa, como, neste caso, direitos de vulto fundamental.

Assim, não vejo como escapar à conclusão de que a responsabilidade penal da pessoa jurídica prevista nessa lei [nº 9.605/1998] é inconstitucional. Estou consciente de que será objetado que o Supremo Tribunal Federal confirmou a constitucionalidade da punição das pessoas jurídicas segundo a Lei 9.605/1998. O Tribunal, contudo, não se controverteu com os argumentos aqui formulados⁴³.
(GRECO, 2018, p. 75)

As recorrentes críticas doutrinárias aos institutos jurídicos que sustentam a responsabilização penal da pessoa jurídica no Brasil pesam sobre a obscuridade de redação do constituinte, a falta de tecnicidade penal do legislador ordinário e a inabilidade do STF de separar os tópicos da discussão com propriedade.

Chega-se aqui, à guisa de conclusão parcial, que o problema da possibilidade ou não da responsabilização penal da pessoa jurídica passa longe de estar pacificado no plano da dogmática penal, no plano da teoria e da filosofia do direito penal – a despeito de ter sido promulgada resposta legislativa no Brasil –, ainda hodiernamente causando grandes discussões na doutrina penal pátria. Nada mais adequado, portanto, que se busque apresentar um novo olhar à diversidade de entendimentos,

⁴³ Neste excerto, o autor se refere ao argumento de que a redação do art. 225, §3º, da CF é confuso quanto à responsabilidade penal da pessoa jurídica, conforme já explicado alhures.

visto que assim requer a práxis científica – e é justamente o que aqui busca fazer o pesquisador.

2.4 A ADESÃO CRESCENTE DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS

Chega-se a a um ponto do capítulo inaugural da obra em que se reconhece que a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica constitui, mesmo hoje, uma temática bastante controvertida e que muito desperta os olhares dos doutrinadores penais no mundo todo. O Brasil, como já foi narrado alhures, não comporta exceção a essa premissa, uma vez que, mesmo com a constituição, a legislação ordinária e a jurisprudência tratando o tema de maneira concordante entre si, na doutrina penal brasileira ainda há desentendimentos dos mais diversos.

A aceitação da possibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito ativo de crime ambiental não é unânime. Não se trata de um dispositivo uníssono, nem mesmo majoritário dentre os doutrinadores penais brasileiros, que recorrentemente entendem que a jurisprudência e a legislação contrariam materialmente a constituição em decorrência de atentarem contra princípios constitucionais, sobretudo o princípio da culpabilidade.

Em suma, preocupação com a possibilidade de punição de uma coletividade ainda é bastante atual, mas registre-se que definitivamente não é nova. Em verdade, se a proposta desta tese fosse traçar um caminho da responsabilização penal da pessoa jurídica através da história, seria fácil encontrar em institutos rudimentares, porém correlatos, patentes similitudes com o estudo aqui desenvolvido.

A despeito disso, com certa frequência, difunde-se a noção de que a responsabilização penal da pessoa jurídica é uma ideia nova, uma mera tendência popular e expansionista do direito penal. Ocorre que essa é uma disseminação falsa de informação, incapaz de persistir a uma fugaz pesquisa.

O desenvolvimento plúrimo do direito gera tanta diversidade jurídica e mandamental quanto se alastram as culturas e se estendem os territórios, e, como tal, a responsabilidade penal de pessoas jurídicas se desenvolveu de formas diferentes e com institutos diferentes nos Estados ao redor do mundo. Torna-se profícuo, a partir deste ponto, lançar um exame sobre o que aparenta ser uma tendência mundial pela escolha dos Estados no sentido de responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica.

Embora isso, por si só, não seja um dado decisivo no âmbito puramente dogmático, é de alguma forma relevante para informar ao leitor que existe uma transformação em processo no direito penal ao redor do mundo.

Neste ponto do estudo, portanto, o pesquisador exporá brevemente como há uma crescente adesão no mundo pela adoção da responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos ordenamentos nacionais. De antemão, com a devida escusa, o pesquisador já declara que não tem o objetivo de trazer um detalhado e exauriente relatório sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica, mas apenas, novamente, propõe-se a demonstrar com brevidade como esse instituto é tratado em outros países.

Ao se referir à responsabilização penal da pessoa jurídica, logo uma remissão aos países de tradição jurídica *common law* é estratégica. Isso se deve ao fato de que a punição de entes coletivos nesses países é uma prática jurídica antiga.

Pode-se afirmar que no direito inglês a responsabilização da pessoa jurídica é datada de muitos séculos, sendo sua criação indistinguível com a própria criação das corporações, na medida em que suas atividades passaram a criar transtornos aos Estados, por fugirem-lhes o controle. No início, entretanto, a doutrina inglesa, influenciada pela teoria da ficção, recusava a concepção da responsabilidade criminal das pessoas coletivas. Daí o entendimento firmado, do início do século XVIII, na Inglaterra, que a corporação não era responsável, mas seus membros, sim. Essa doutrina britânica se limitava a atribuir responsabilidade por danos, recorrente nos chamados *strict liability*, institutos que prescindiam de elemento subjetivo (*mens rea*), e justamente por esse mesmo motivo havia ilícitos que não podiam ser reconhecidos como de autoria das pessoas jurídicas (BUSATO, 2018, p. 15-16).

A Revolução Industrial, contudo, foi um elemento preponderante para a modificação desse entendimento, vez que começou a crescer o número de violação a direitos alheios praticados por grandes empresas. A aplicação que, de início se restringia aos casos em que a culpabilidade não era exigida – tutelados assim pelo direito penal administrativo – passou a se estender também à prática de infrações criminais propriamente ditas. Ao longo de dois séculos, então, o entendimento jurisprudencial foi se tornando mais solidificado e complexo até que a responsabilidade penal da pessoa jurídica passou a consolidar a chamada teoria da

identificação, mediante a qual a pessoa natural personifica o ente coletivo⁴⁴. Essa teoria acaba criando um efeito limitador da responsabilidade penal, pois exige sempre que se descubra uma pessoa física específica que possa ser responsabilizada pelo controle da empresa naquela circunstância (SHECAIRA, 2011, p. 28-29).

Tem-se no Direito britânico, portanto, um modelo de antigo e sedimentado entendimento pela possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica.

Também nos Estados Unidos, como o restante dos países de tradição anglo-saxã (Escócia, Austrália, Canadá etc.), também vigora a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

No caso particular dos Estados Unidos, o desenvolvimento jurídico do instituto cresceu em complexidade ao ponto de dar azo a um modelo próprio de incriminação de corporações, que passou a servir de referência para vários outros países (DÍEZ, 2010), porque o princípio da responsabilidade criminal das corporações alcançou uma amplitude bem maior do que na Inglaterra⁴⁵.

O conceito de delito corporativo no país é reconhecido há mais de um século, em exórdio com a utilização no campo penal do *vicarious corporate liability* civilista⁴⁶. A nível federal, contudo, a base da *corporate liability* foi modificada para considerar o fato gerador da responsabilidade corporativa não mais como decorrente do elemento psicológico das pessoas físicas, mas como fundamento na própria empresa, como organização, pressupondo uma *organizational negligence* decorrente da falha da sociedade em prevenir o comportamento criminoso de quem trabalha em seu meio interno⁴⁷ (SHECAIRA, 2011, p. 33). Esse modelo de imputação a nível federal de pessoas jurídicas estadunidense, ainda que esbarre em eventuais dificuldades, tem

⁴⁴ Essa teoria exige que haja ao menos uma pessoa natural com poder de comando societário na prática da ação delituosa realizada pela empresa.

⁴⁵ Destaque-se, aqui, que em virtude do sistema federado dos Estados Unidos, nem todos os Estados adotam o mesmo entendimento que a maioria do país, como destacado por Shecaira (2011, p. 30) o caso de Indiana.

⁴⁶ Que preceitua o comportamento penal e elemento volitivo e cognitivo das pessoas naturais, que representam o ente coletivo, que são transferidos automaticamente servindo de base para a imputação da corporação (SHECAIRA, 2011).

⁴⁷ Realça-se esse entendimento como um interessante instituto, especialmente se cruzado com noções da dogmática penal predominante no Brasil e em alguns outros países, como a relevância penal pela omissão. Seria um campo fértil para a produção de novas discussões e pesquisas, levando a atribuição de cruzar a *organizational negligence* com a responsabilidade penal por omissão dos garantidores, tradicionalmente admitida somente em casos de pessoas físicas.

experimentado certo grau de efetividade e capacidade reconhecidas de se lidar com as práticas criminais das corporações, segundo Busato (2018, p. 22).

É, de fato, inegável a amplitude da tradição de incriminação corporativa no modelo estadunidense, como tendência à própria tradição *Common Law*. Asseverese que, muito embora a concepção estadunidense porventura capitaneie a noção da viabilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, não é nesse modelo que se estriba o presente trabalho para o robustecimento de tal possibilidade.

O direito penal português também se encontra apaniguado por uma compreensão constitucional de culpabilidade. A redação atual do Código Penal português já prevê expressamente a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica⁴⁸.

Essa modificação de entendimento foi formalizada em 2007, por ocasião da Lei n° 59/2007, de 04 de setembro de 2007. Até então, vigorava a redação da Lei n° 16/2007, de 17/04, que reproduzia o texto original do Decreto Lei n° 48/1995, de 15 de março de 1995⁴⁹.

⁴⁸ Artigo 11.º

Responsabilidade das pessoas singulares e colectivas

1 - Salvo o disposto no número seguinte e nos casos especialmente previstos na lei, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal.

2 - As pessoas coletivas e entidades equiparadas, com exceção do Estado, de pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de poder público e de organizações de direito internacional público, são responsáveis pelos crimes previstos nos artigos 144.º-B, 152.º-A, 152.º-B, 159.º e 160.º, nos artigos 163.º a 166.º sendo a vítima menor, e nos artigos 168.º, 169.º, 171.º a 176.º, 217.º a 222.º, 240.º, 256.º, 258.º, 262.º a 283.º, 285.º, 299.º, 335.º, 348.º, 353.º, 363.º, 367.º, 368.º-A e 372.º a 376.º, quando cometidos:

a) Em seu nome e no interesse colectivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança; ou
b) Por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem.

3 - (Revogado.)

4 - Entende-se que ocupam uma posição de liderança os órgãos e representantes da pessoa colectiva e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua actividade.

5 - Para efeitos de responsabilidade criminal consideram-se entidades equiparadas a pessoas colectivas as sociedades civis e as associações de facto.

6 - A responsabilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas é excluída quando o agente tiver actuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito.

7 - A responsabilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas não exclui a responsabilidade individual dos respectivos agentes nem depende da responsabilização destes.

(PORTUGAL, 2019).

⁴⁹ Artigo 11.º

Carácter pessoal da responsabilidade

Salvo disposição em contrário, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal. (PORTUGAL, 1995).

Essa mudança de compreensão é sobremaneira importante, máxime porque infere alguma tendência no direito penal continental europeu de ampliação da noção clássica de culpabilidade, o que este pesquisador entende que seja mais acertado e profícuo.

Não se pretende valer aqui da falácia *argumentum ad populum* para sustentar que o aumento da adesão pelo entendimento da possibilidade de incriminação de pessoas coletivas só possa significar que se trata do modelo mais adequado ou mais apropriado. Apenas não se pode desprezar tal dado, pois integra a tarefa do pesquisador a análise de tais mudanças, e decerto pode servir a provar alguma premissa que, somada a outros argumentos lógicos e válidos, corroborem retoricamente ao convencimento do leitor.

O entendimento atual da doutrina francesa, por sua vez, talvez seja o modelo mais interessante para esta obra, especialmente porque a possibilidade de incriminação de pessoas coletivas é bastante ampla, e isso decerto propicia espaço para a defesa do pensamento aqui balizado.

Tracy Reinaldet (2018) sintetiza o posicionamento do hexágono⁵⁰ quanto à possibilidade dos entes coletivos cometerem crimes:

(...) Na França, a corporação pode ser criminalmente responsabilizada por toda e qualquer infração descrita no Código penal. Dessa forma, diferentemente da Alemanha, onde essa modalidade de responsabilidade penal não existe, e distintivamente do Brasil, onde ela é possível apenas para os crimes ambientais, no Hexágono a responsabilidade penal da empresa é ampla e irrestrita, sendo bem aceita tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

Assim, se, de um lado, Brasil e Alemanha são arredios ao tema, de outro lado, a França é simpatizante da responsabilidade penal da pessoa jurídica, tendo sido um dos primeiros países europeus a consagrar definitivamente a empresa como ator penal (REINALDET, 2018, p. 116).

Registre-se, assim, que a responsabilidade penal das corporações na França não apenas é permitida, como ampliada, e compreende a noção de que a empresa pode praticar qualquer ilícito penal – e não apenas os crimes ambientais.

Neste sentido, é interessante revelar o que diz o Código Penal francês, especialmente o que há em seu art. 121-2:

⁵⁰ Referência comumente feita ao formato dos limites territoriais do mapa francês, que esboçam um aparente polígono de seis lados.

Artigo 121-2

Alterado pela Lei n ° 2004-204, de 9 de março de 2004 - art. 54 JORF de 10 de março de 2004 em vigor em 31 de dezembro de 2005

As pessoas jurídicas, excluindo o Estado, são criminalmente responsáveis, de acordo com as distinções dos artigos 121-4 a 121-7, pelos crimes cometidos em seu nome, por seus órgãos ou representantes.

No entanto, as autoridades locais e seus grupos são apenas criminalmente responsáveis por crimes cometidos no exercício de atividades suscetíveis de serem objeto de acordos de delegação de serviço público.

A responsabilidade criminal das pessoas coletivas não exclui a das pessoas físicas perpetradoras ou cúmplices dos mesmos atos, sob reserva do disposto no quarto parágrafo do artigo 121-3⁵¹.

(FRANÇA, 2019).

Assim, é interessante deslindar, o Estado é penalmente irresponsável na França, como regra geral. Justamente por esse motivo, o artigo previamente colacionado declara expressamente que esse tipo de pessoas jurídicas não pode ser criminalmente condenado em hipótese alguma. Entretanto, tal imunidade criminal não alcança as Coletividades territoriais, que gozam apenas de semi-imunidade penal. No caso destes entes específicos, há responsabilização penal somente quando o ato ilícito for perpetrado no bojo de uma atividade que possa ser delegada a outro ente moral. Feitas essas ressalvas, todas as demais pessoas jurídicas de direito público e direito privado estão submetidas a um regime comum de responsabilidade penal, sendo plenamente imputáveis (REINALDET, 2018, p. 117-118).

De qualquer forma, é importante não esquecer, como já desposado pela redação do instituto penal francês colacionado previamente, que o critério indispensável para a imputação penal da pessoa jurídica jaz na configuração de que o fato praticado possuía finalidade de satisfazer o interesse social da empresa ou interesse de trazer proveito econômico de alguma natureza ao ente coletivo.

⁵¹ Tradução livre feita pelo autor. Segue a citação original:

Article 121-2

Modifié par Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 - art. 54 JORF 10 mars 2004 en vigueur le 31 décembre 2005

Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public.

La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3. (FRANÇA, 2019).

Neste sentido, Bacigalupo expressa:

Por último, para que o crime seja imputado à pessoa colectiva, é necessário que a ação tenha sido praticada por um órgão ou representante legal em benefício da pessoa colectiva ("pour leur compte"). Ou seja, é necessária a atuação de uma pessoa física. É necessário um fato de conexão e, além disso, um benefício para a pessoa jurídica deve ser dado como um elemento objetivo e subjetivo.

Em suma, a imputação de um crime a uma pessoa coletiva está, de acordo com o Nouveau Code Pénal, sujeita aos seguintes critérios:

- a) sujeitos: pessoas jurídicas de direito público e privado;
- b) ação: de um órgão ou representante legal da pessoa jurídica;
- c) que seja realizada com o objetivo de obter um benefício para ela e que tal benefício possa ser concedido.

Por fim, cabe mencionar que a existência de responsabilidade criminal da pessoa coletiva não exclui de forma alguma a responsabilidade criminal incorrida pela pessoa física que agiu (BACIGALUPO, 1998, p. 329).⁵².

Com efeito, ainda que seja ampla a possibilidade da pessoa jurídica figurar como ator penal na França, os limites teóricos estabelecidos apresentam-se como um meio de restringir a imputação a casos mais específicos e com maior conveniência probatória. O modelo francês atual, portanto, é bastante permissivo no que se refere à possibilidade de responsabilização penal das entidades coletivas.

Nos diversos países da América Latina, por sua vez, têm-se cada vez mais aberto espaço para a incriminação de pessoas jurídicas, como será exposto neste tópico. Durante muito tempo, a regra na América Latina foi a incriminação exclusiva da pessoa natural, sendo exceções México e Cuba. Contudo, várias recentes alterações nos ordenamentos latinos transformaram essa realidade, aumentando bastante em vulto a influência do pensamento a favor da incriminação de empresas.

⁵² Tradução livre feita pelo autor. Segue a citação original:

Para que sea posible imputar el delito a la persona jurídica es necesario, por último, que la acción haya sido llevada a cabo por un órgano o representante legal en beneficio de la persona jurídica ("pour leur compte"). Es decir, que se requiere, pues, la actuación de una persona física. Es necesario un hecho de conexión y, además, se debe dar como elemento objetivo y subjetivo un beneficio para la persona jurídica.

En resumen, la imputación de un delito a una persona jurídica se encuentra, de acuerdo al Nouveau Code Pénal, sometido a los siguientes criterios:

- a) sujetos: personas jurídicas de Derecho privado y público;
- b) acción: de un órgano o representante legal de la persona jurídica;
- c) que se realice con el propósito de obtener un beneficio para la misma y que dicho beneficio se pudiese dar.

Por último, mencionar que la existencia de responsabilidad penal de la persona jurídica no excluye en absoluto la responsabilidad penal en la que haya incurrido la persona física que actuó (BACIGALUPO, 1998, P. 329)

Cuba já havia estabelecido a periculosidade e não a culpabilidade como pressuposto da pena desde seu Código de Defesa Social de 1936, e por conta disso já considerava que as pessoas jurídicas podiam ser criminalmente responsabilizadas nos casos de infrações cometidas dentro da própria esfera de ação ou por acordo de seus associados, sem, contudo, prejuízo da responsabilidade individual em que os autores dos fatos puníveis tiverem se imiscuído (SHECAIRA, 2011, p. 65).

No Equador, o Código Orgânico Integral Penal passou a considerar criminalmente responsáveis as pessoas jurídicas, conforme se extrai de seu artigo 49:

CAPÍTULO CINCO

RESPONSABILIDADE CRIMINAL DA PESSOA JURÍDICA

Artigo 49.- Responsabilidade das pessoas coletivas.- Nos casos previstos neste Código, as pessoas colectivas de direito privado, nacionais ou estrangeiras, são criminalmente responsáveis pelos crimes cometidos em benefício próprio ou dos seus associados, por acção ou omissão de quem exercer sua propriedade ou controle, seus órgãos de governo ou de administração, procuradores ou procuradores, mandatos ou procurações, representantes legais ou convencionais, agentes, operadores ou operadores, fatores, delegados ou delegados, terceiros que contratualmente ou não, interferem na atividade de dirigentes, altos executivos ou que exerçam atividades de administração, direção e fiscalização e, em geral, por quem atue sob as ordens ou instruções das referidas pessoas físicas.

A responsabilidade penal da pessoa coletiva é independente da responsabilidade penal das pessoas singulares que intervêm com as suas ações ou omissões na prática do crime.

Não há lugar para apurar a responsabilidade criminal da pessoa jurídica, quando o crime é cometido por qualquer das pessoas físicas indicadas no primeiro parágrafo, em benefício de terceiro externo à pessoa jurídica (EQUADOR, 2014, p. 14).⁵³

⁵³ Tradução livre feita pelo autor. Segue a citação original:

CAPÍTULO QUINTO

RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

Artículo 49.- Responsabilidad de las personas jurídicas.- En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas.

La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones em la comisión del delito.

No hay lugar a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica (EQUADOR, 2014, p. 14).

Se antes havia resistência por parte desse país no reconhecimento da possibilidade de responsabilização dos entes morais, passou seu ordenamento, assim, a integrá-lo recentemente. No caso desse específico ordenamento, a responsabilidade penal das empresas independe das ações e omissões de pessoas naturais que concorram para a prática do fato, adotando assim o modelo de autorresponsabilidade penal (EQUADOR, 2014).

O Chile, por ocasião da Lei n° 20.393/2009, por sua vez, também passou a regulamentar a possibilidade de prática de crimes por corporações, especialmente pelo disposto em seu art. 3°. No modelo chileno, considera-se possível a prática criminosa por parte de corporações sempre que o fato praticado verter proveito à própria pessoa jurídica, ou em nome de seus interesses, especificamente devendo ser cometidos pelos seus proprietários, controladores, responsáveis e principais executivos:

1.- Da atribuição da responsabilidade penal das pessoas coletivas

Artigo 3.- Atribuição de responsabilidade criminal.

As pessoas jurídicas serão responsáveis pelos crimes indicados no artigo 1° que sejam cometidos direta e imediatamente, no seu interesse ou em seu benefício, pelos seus titulares, controladores, dirigentes, principais executivos, representantes ou que exerçam atividades de administração e fiscalização, sempre que a prática do crime decorre da violação, por parte deste, dos deveres de direção e fiscalização.

Nos mesmos pressupostos do número anterior, as pessoas coletivas também são responsáveis pelos crimes cometidos por pessoas singulares que se encontrem sob a direção ou supervisão directa de qualquer dos sujeitos referidos no número anterior.

As funções de direção e fiscalização consideram-se cumpridas quando, antes da prática do crime, a pessoa jurídica tenha adotado e implementado modelos de organização, administração e fiscalização para a prevenção de crimes como o cometido, de acordo com o disposto no artigo Próximo.

As pessoas colectivas não serão responsáveis nos casos em que as pessoas singulares indicadas nos números anteriores tenham cometido o crime exclusivamente em benefício próprio ou a favor de terceiros. (CHILE, 2009).⁵⁴

⁵⁴ Tradução livre feita pelo autor. Segue a citação original:

1.- De la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas

Artículo 3°.- Atribución de responsabilidad penal.

Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.

Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior.

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización,

A possibilidade de empresas atuarem como atores de crimes, no Chile, é prevista por esse diploma legal especificamente nos casos de lavagem de dinheiro, financiamento do terrorismo e crimes de suborno. Trata-se de outro país que tradicionalmente não adotava a responsabilidade penal da pessoa jurídica mas passou a admiti-la em seu ordenamento (CHILE, 2009).

Na Argentina, recentemente, no ano de 2017, foi introduzida a responsabilidade penal da pessoa jurídica por força da Lei n° 27.401/2017, que, por força de seu art. 2º, em apertada síntese, reconhece a possibilidade de incriminação de entes morais por delitos cometidos contra a administração pública e suborno e tráfico de influência transnacional:

Art. 2 - Responsabilidade das pessoas jurídicas. As pessoas coletivas são responsáveis pelos crimes previstos no artigo anterior que tenham sido praticados, directa ou indirectamente, com a sua intervenção ou em seu nome, interesse ou benefício.

São também responsáveis se quem tiver agido em benefício ou interesse da pessoa coletiva for terceiro sem poderes para agir em seu nome, desde que a pessoa coletiva tenha ratificado a gestão, ainda que tacitamente.

A pessoa jurídica só estará isenta de responsabilidade se a pessoa humana que cometeu o crime tiver agido em seu benefício exclusivo e sem gerar qualquer benefício para essa pessoa (ARGENTINA, 2017).⁵⁵

Prevê-se, ainda, uma interessante hipótese de responsabilidade sucessiva, a ser observada nos casos de transformação, fusão, absorção ou outras modificações corporativas, situações em que a responsabilização penal seria transmitida à nova pessoa jurídica:

administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente em ventaja propia o a favor de un tercero. (CHILE, 2009).

⁵⁵ Tradução livre feita pelo autor. Segue a redação original:

Art. 2º- Responsabilidad de las personas jurídicas. Las personas jurídicas son responsables por los delitos previstos en el artículo precedente que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio.

También son responsables si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita.

La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella (ARGENTINA, 2017).

Art. 3º - Responsabilidade sucessiva. Nos casos de transformação, fusão, incorporação, cisão ou qualquer outra modificação societária, a responsabilidade da pessoa jurídica é transferida para a pessoa jurídica resultante ou incorporadora.

A responsabilidade penal da pessoa coletiva subsiste quando, de forma velada ou meramente aparente, esta prossegue a sua atividade económica e é mantida a identidade substancial dos seus clientes, fornecedores e colaboradores, ou da parte mais relevante de todos eles (ARGENTINA, 2017).⁵⁶

Conclui-se, assim, que também a Argentina, país que tradicionalmente previa a responsabilização penal exclusiva da pessoa natural, passou a incluir em seu ordenamento a possibilidade de empresas serem atores penais.

No Peru, a responsabilidade penal da pessoa jurídica não é admitida, mas recentemente passou-se a regular sua responsabilização administrativa de modo mais severo, mais especificamente em 2016. A lei nº 30.424/2016, assim, regulamentou de modo mais detalhado a possibilidade de responsabilização administrativa das pessoas jurídicas por crimes de corrupção ativa transnacional (PERU, 2016a). A Exposição de motivos dessa mesma lei relevou a modificação legislativa a título de marco no âmbito do direito penal empresarial peruano:

Esta norma constitui-se como um instrumento de política criminal de indiscutível relevância no combate à corrupção no campo da função pública e no desenvolvimento da atividade empresarial pública ou privada, uma vez que, a partir de sua emissão, o Peru deixou para trás o antigo axioma “societas delinquere non potest” que implicava uma abordagem quase sem discussão na doutrina e jurisprudência nacional, de que as pessoas jurídicas não tinham capacidade para serem punidas pela prática de um crime, marcando um antes e um depois no campo do direito Criminoso empresarial peruano (PERU, 2016b).⁵⁷

⁵⁶ Tradução livre feita pelo autor. Segue a redação original:

Art. 3º- Responsabilidad sucesiva. En los casos de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria, la responsabilidad de la persona jurídica es transmitida a la persona jurídica resultante o absorbente.

Subsiste la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando, de manera encubierta o meramente aparente, continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos (ARGENTINA, 2017).

⁵⁷ Tradução livre feita pelo autor. Segue a redação original:

Esta norma se constituye como una herramienta de política criminal con una relevancia indiscutible en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la función pública y el desarrollo de la actividad empresarial pública o privada, dado que a partir de su emisión el Perú dejó atrás el viejo axioma “societas delinquere non potest” que implicaba un planteamiento casi sin discusión en la doctrina y la jurisprudencia nacional, que las personas jurídicas no tenían capacidad para ser sancionadas por la comisión de un delito, marcando un antes y después en el ámbito del derecho penal empresarial peruano (PERU, 2016b).

A Alemanha, entretanto, hoje é o maior exemplo de resistência ao reconhecimento da possibilidade de incriminação de corporações. Segundo o pensamento dominante no direito alemão, o princípio da culpabilidade constitui intransponível limitação à possibilidade de punição dos entes morais. O reconhecimento de tal limitação, entretanto, não impede a ampla aceitação existente no país quanto à possibilidade de responsabilização no âmbito administrativo (BACIGALUPO, 1998, p. 337).

É interessante asseverar, contudo, que o direito alemão admitia a possibilidade de incriminação de pessoas coletivas até o século XVIII, o que é descrito na doutrina como natural decorrência do desaparecimento da necessidade de aplicar penas às coletividades. A concepção do injusto carregada pelo Direito Penal alemão é centrada no comportamento humano de uma pessoa natural. Assim sendo, segundo esse entendimento, as pessoas coletivas só podem atuar mediante seus órgãos, e por esse motivo elas próprias também não podem ser castigadas. Cria-se, para o fim de imposição de sanções às pessoas jurídicas, o chamado direito penal administrativo – também chamado de direito sancionador – ou contravenção à ordem. As infrações por ela tuteladas são de menor gravidade, prevendo como sanção uma multa contravencional (*Geldbusse*), que não se confunde com a multa penal (*Geldstrafe*), pois é recorrentemente também aplicada para infrações de trânsito e infrações econômicas (SHECAIRA, 2011, p. 48-49).

Várias das limitações tradicionalmente impostas à possibilidade de incriminação de pessoas jurídicas decorrem da doutrina alemã, e a elas novamente a discussão retornará mais adiante.

Pode-se concluir, a este ponto, que vários países do mundo têm trilhado um caminho rumo à responsabilização penal das pessoas jurídicas, refletindo uma tendência crescente no meio penal, forçando a ortodoxia penal a recorrentemente confrontar sobretudo aparentes incompatibilidades com as noções vetustas de culpabilidade, além de outros aspectos da dogmática penal, e também assumir relevantes aspectos de política criminal.

Há de se reconhecer que alguns países do mundo permanecem reticentes quanto à possibilidade de punição em sentido estrito dos entes coletivos⁵⁸, mas é

⁵⁸ Aqui citam-se especialmente a Alemanha, a Itália e a Bélgica (BRODT e MENECHIN, 2015).

importante verificar a quantidade de países que já admitiam a possibilidade de responsabilizar penalmente as empresas – e especialmente aqueles países que outrora inadmitiam e passaram a incorporá-la em seus ordenamentos.

Muito embora não possua o autor a intenção de utilizar a falácia do *argumentum ad populum*, em uma vã tentativa de convencer o leitor de que a responsabilidade penal da pessoa jurídica é juridicamente sustentável e possui irrefutáveis fundamentos, a constatação dessa crescente adesão mundial é um dado relevante que, aliado a outros argumentos que serão demonstrados ao longo desta obra, pode servir de suporte teórico para a paulatina abertura a uma maleabilização dos óbices que reiteradamente são evocados como empecilho insuperável à penalização dos entes coletivos.

2.5. O DANO AMBIENTAL SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO ECOLÓGICO

A despeito do foco central da presente obra versar sobre a parte penal do dano ambiental, é importante também tecer algumas considerações acerca da visualização desse instituto sob a ótica do direito ecológico e da ecologia política. Nestes campos, o enfoque principal deixa de ser a dogmática e a tecnicidade dos tipos penais, priorizando aspectos sociológicos e filosóficos centrados no meio ambiente e secundarizando a teoria do delito.

Nas palavras de Muniz, pode-se definir a ecologia política como

(...) um campo de discussões teóricas e políticas que estuda os conflitos ecológicos distributivos, ou conflitos socioambientais. Este campo nasceu a partir dos estudos de caso locais pela geografia e antropologia, porém ultrapassa os problemas locais e tem se estendido a níveis nacionais e internacional. Esse campo teórico se fortalece principalmente a partir da década de 1980, em consequência da crescente articulação entre movimentos ambientalistas e sociais no enfrentamento da “crise ambiental” (MUNIZ, 2009, p. 185).

Segundo a autora, portanto, a ecologia política teria como finalidade a ampliação das críticas dos fundamentos filosóficos da economia neoclássica por meio do questionamento de conflitos distributivos e a impossibilidade de mensuração de valores ambientais, transcendendo o contexto meramente econômico e incorporando questões ecológicas e dinâmicas de poder típicas das sociedades modernas.

A compreensão do contexto de ecologia política é crucial para o entendimento da problemática exposta neste estudo, vez que a concepção de que a lesão ao meio ambiente - uma conduta "sem vítima" direta - constituiria crime e que deve ser punido com rigor e devem ser buscadas formas eficientes de evitar lesões futuras e reverter as consequências das lesões pretéritas é a essência do que será discutido ao longo de toda a obra.

A ecologia política, assim, abre as portas para uma discussão aprofundada das questões ambientais especialmente utilizando de instrumentos conceituais como a geopolítica, a ideia de comércio justo, a democracia participativa, entre outros.

A geopolítica, por sua vez, consiste na convergência entre várias abordagens adotadas por estados como forma de administrar a totalidade de seu território, interligando a geografia com a história. Trata-se de um ramo do conhecimento inegavelmente multidisciplinar, não podendo ser conceituado como uma disciplina única, mas pertencente à Teoria Política, à Geografia e às Ciências Sociais.

Já o conceito de comércio justo compreende um movimento social global que busca consolidação em especial nos países em desenvolvimento. Surgido como uma alternativa ao comércio internacional tradicional, construído especialmente sobre a exclusão de países do sul, tem como pressuposto a tentativa de estabelecimento de preços justos e padrões sociais e ambientais, promovendo a ética de produtores e comerciantes no contexto transnacional.

Parte crucial do objeto da ecologia política compreende a percepção de que, embora os problemas ambientais afetem todas as pessoas do mundo em certo nível, normalmente os pobres são geralmente os mais prejudicados. Tem como objetivo também lançar as bases para que as decisões sobre a natureza levem em conta o contexto político, a pressão econômica e regras da sociedade.

A ecologia política é um conceito indispensável para possibilitar a percepção de que grande parte das riquezas detidas pelos setores dominantes do globo depende especialmente da apropriação do meio ambiente. É parte da ecologia política, então, compreender que a desigualdade social afeta diretamente o meio ambiente. E isso captura a essência do que se costuma referir como racismo ambiental.

Conceituando racismo ambiental, assim aduz Herculano (2008, p. 16):

O conceito diz respeito às injustiças sociais e ambientais que recaem de forma desproporcional sobre etnias vulnerabilizadas. O racismo ambiental não se configura apenas por meio de ações que tenham uma intenção racista, mas igualmente por meio de ações que tenham impacto racial, não obstante a intenção que lhes tenha dado origem. Diz respeito a um tipo de desigualdade e de injustiça ambiental muito específico: o que recai sobre suas etnias, bem como sobre todo grupo de populações ditas tradicionais – ribeirinhos, extrativistas, geraizeiros, pescadores, pantaneiros, caiçaras, vazanteiros, ciganos, pomeranos, comunidades de terreiro, faxinais, quilombolas etc. – que têm se defrontado com a ‘chegada do estranho’, isto é, de grandes empreendimentos desenvolvimentistas – barragens, projetos de monocultura, carcinicultura, maricultura, hidrovias e rodovias – que os expõem de seus territórios e desorganizam suas culturas, seja empurrando-os para as favelas das periferias urbanas, seja forçando-os a conviver com um cotidiano de envenenamento e degradação de seus ambientes de vida. Se tais populações não-urbanas enfrentam tal chegada do estranho, outras, nas cidades, habitam as zonas de sacrifício, próximas às indústrias poluentes e aos sítios de despejos químicos que, por serem sintéticos, não são metabolizados pela natureza e portanto se acumulam.

A ideia de racismo ambiental, portanto, está intrinsecamente relacionada à própria ideia de “injustiça ambiental”, espécie de mecanismo por meio de que sociedades discriminatórias concentram com maior intensidade a danosidade ambiental de seu dito “desenvolvimento” a grupos sociais de trabalhadores vulneráveis, grupos raciais discriminados, populações de baixa renda, ribeirinhos, populações marginalizadas e comunidades indígenas.

Todas essas relações e interações cooperam para o alcance de uma expressão de verdadeira justiça ambiental, que se opõe ao racismo ambiental. Conceito inegavelmente relacionado ao racismo ambiental, a **Justiça Ambiental** seria justamente a construção de valores capaz de evitar os problemas relacionados à ecologia política. Nas palavras de Herculano (2008, p. 2),

Por ‘Justiça Ambiental’ entenda-se o conjunto de princípios que asseguram que nenhum grupo de pessoas, sejam grupos étnicos, raciais ou de classe, suporte uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas de operações econômicas, de políticas e programas federais, estaduais e locais, bem como resultantes da ausência ou omissão de tais políticas.

(...)

O conceito de Justiça Ambiental vem da experiência inicial dos movimentos sociais dos Estados Unidos e do clamor dos seus cidadãos pobres e etnias socialmente discriminadas e vulnerabilizadas, quanto à sua maior exposição a riscos ambientais por habitarem nas vizinhanças de depósitos de lixo químicos e radioativos ou de indústrias com efluentes poluentes.

A discussão sobre Justiça Ambiental, portanto, incorporaria uma jornada pelo tratamento equânime e desenvolvimento coletivo de todas as comunidades, independentemente de sua procedência cultural, étnica, nacional, social etc.

A natureza e o meio ambiente são elementos profundos, ricos e complexos. Devido às interações e conexões existentes entre as formas de vida, o ambiente, os sistemas de comunidades, o planeta terra forma uma grande teia da vida. Isso implica dizer que a ecologia tem conexão com o pensamento complexo, e não ao pensamento reducionista linear cartesiano. Pensar em questões de justiça ou mesmo questões jurídicas para tutelar o meio ambiente requer o reconhecimento de que é necessário pensar no dano ambiental e nos conflitos socioambientais como também complexos, assim como os próprios recursos naturais e os elementos bióticos existentes na biosfera.

Sob essa perspectiva, discutir punições voltadas aos atos lesivos ao meio ambiente em larga escala conduzirá ao pensamento complexo, à noção de interação e conexão de sistemas, especialmente quando se percebe a existência de vários ordenamentos jurídicos quando danos ambientais envolvem múltiplas nações, notadamente nos casos de dano ambiental transnacional.

Nesse sentido, assim se pronunciam Leite e Belchior (2014, p. 8):

A questão é que a Ecologia está intimamente ligada à noção de complexidade, pois aquela estuda a interligação entre os seres vivos, todos os organismos individuais e coletivos. Há um encadeamento, um único espécime tem seu teor complexo como um organismo vivo e, quando posto em natureza, pertence a um ecossistema de cadeias alimentares e é crucial para a manutenção do meio ambiente.

(...)

Diante dessa perspectiva, surge a Nova Ecologia que é influenciada por dois fenômenos complexos: a complexidade de um ecossistema, que analisa a interação entre as espécies computando os fatores internos e externos e a complexidade humana, que compreende a percepção da influência da ação humana no ecossistema natural.

Mais adiante, os autores continuam: “O pensamento complexo mostra-se como alternativa para analisar a justiça jurídica ecológica, ao abordar as interações sistêmicas entre os seres humanos e o mundo natural” (LEITE E BELCHIOR, 2014, p. 12).

O meio ambiente, complexo como é, engloba também a própria figura humana e as interações das civilizações humanas com o seu entorno, como uma grande rede de conexões. A existência dos diversos ordenamentos jurídicos nacionais e as suas correlações no âmbito internacional, analogamente, também formam redes de interações culturais, jurídicas e sociais complexas.

A insuficiência existente na gestão do dano ambiental em larga escala, especialmente quanto à punição eficaz dos crimes ambientais com efeito transnacional pode ser suprida partindo do pressuposto que a complexidade existente em diversos ordenamentos jurídicos nacionais não precisa ser enxergada como a ausência de um unificador ordenamento ou código que tipifique as condutas lesivas ao meio ambiente, mas sim, considerando a vontade política das nações, um conjunto, uma teia de normas que podem servir de subsídio para a orientação de uma punição eficiente, justa e que, efetivamente, ajude a mitigar a prática reiterada de dano ambiental e constitua desestímulo às aspirações das grandes empresas que despidoradamente devastam os ecossistemas e muitas vezes permanecem impunes. Esta é uma tônica dominante no discurso da ecologia política quanto ao dano ambiental.

Ulrich Beck (2002) já dizia que hoje se vivencia a Sociedade de Risco, que tem como grandes características o constante surgimento e agravamento de riscos inerentes a um novo modo de vida. Essa nova era da modernidade decorre do sucesso da Sociedade Industrial e gera inúmeras dificuldades para a ciência jurídica, em especial porque a tecnicidade normativa e as definições ultrapassadas se mostram incapazes de controlar novos riscos (MELO et al., 2018).

A exploração desenfreada dos recursos naturais e humanos é a base do progresso tecnológico e comercial, mas ameaça a viabilidade da vida no planeta. A constatação corresponde a uma desagradável realidade: a degradação ambiental no planeta já chegou a níveis de risco substancial, em que mesmo a aposta otimista não garante a continuidade da vida a médio e longo prazo. Os fatores nocivos para a saúde humana são numerosos e bastante sérios: mudanças climáticas, acidificação dos oceanos, degradação dos solos, escassez de água, super-exploração da pesca e a perda de biodiversidade, acúmulo de lixo tóxico inclusive resíduos nucleares, redução das florestas, poluição dos rios, as secas mais longas em diversos pontos do globo.

A crise ambiental que hoje é experimentada pela humanidade é originária especialmente do modelo de civilização que decidimos adotar, modelo este eminentemente depredador e consumista, que caso fosse universalizado demandaria muitos planetas como o nosso para que fosse sustentável. Essa degradação ambiental é um sintoma de uma crise civilizatória tomada pelo paradigma de predomínio do desenvolvimento da razão tecnológica sobre a organização da natureza. Uma crise que nos força a pensar nas fronteiras para o crescimento econômico, desequilíbrios ecológicos, desigualdade social e pobreza. Uma palavra adequada para designar esse panorama seria "insustentabilidade". Essa mesma insustentabilidade nos conduz a uma sociedade de risco, uma das grandes contradições da sociedade capitalista moderna, já que esses riscos decorrem quase exclusivamente da própria intervenção humana no planeta (OLIVEIRA FILHO, 2010, p. 134).

A existência do dano ambiental é ponto de central relevância no estudo do Direito Ecológico, vez que é um elemento que ameaça sobremaneira a continuidade da vida no planeta. Leite e Ayala definem o dano ambiental como

(...) uma expressão ambivalente, que designa, certas vezes, alterações nocivas ao meio ambiente; e (...) ainda os efeitos que tal alteração provoca na saúde das pessoas e em seus interesses. Dano ambiental significa, em uma primeira acepção, uma alteração indesejável ao conjunto de elementos chamados meio ambiente, por exemplo, a poluição atmosférica; seria, assim, a lesão ao direito fundamental que todos têm de gozar e aproveitar do meio ambiente apropriado. Contudo, em sua segunda conceituação, dano ambiental engloba os efeitos que essa modificação gera na saúde das pessoas e em seus interesses (LEITE E AYALA, 2020, p. 73).

Pode-se, então, doravante, referir-se ao dano ambiental como todo dano causador de lesão ao meio ambiente. Essa noção de dano alcança uma grande amplitude na doutrina, gerando cada vez mais significações. Ressalte-se que o dano ambiental afeta diretamente o bem ambiental, sendo este considerado tanto em seu aspecto de microbem quanto de macrobem. Em relação a esses institutos, reforça-se que foram referidos em julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp 1.711.009/MG), que se passa a citar:

1. O procedimento de remessa da questão incidente para a deliberação da Corte Especial está amparado nos ditames expressos do RISTJ (art. 11, inciso XI, combinado com o art. 16, inciso IV), não havendo falar em inadequação procedimental, tampouco em supressão ou subversão de ritos.
2. A competência interna das Seções desta Corte Superior para a análise da questão afeta aos efeitos reparatórios e minimizadores de danos decorrentes

do acidente/dano ambiental é aferida pela análise da natureza da relação jurídica litigiosa e dos conceitos de macrobem e microbem, pois as reparações de dano ao macrobem terão sempre uma preponderância de direito público enquanto aquelas atinentes ao dano microbem ambiental serão eminentemente de direito privado.

2.1 A atribuição da Segunda Seção fica limitada às demandas nas quais o pleito reparatório esteja vinculado ao microbem ambiental, ou seja, à salvaguarda dos direitos individualmente considerados (de natureza eminentemente privada), sem a responsabilização do Estado ou nos quais a restauração do meio ambiente de forma global não seja o ponto principal da pretensão.

2.2 De sua vez, nas hipóteses em que se visualizar a pretensão de restauração/recomposição do meio ambiente em geral (macrobem), nele incluindo todos ou a maior parte dos bens em si, onde não só a reparação individual ou em menor proporção seja o foco, a natureza publicista da demanda fará preponderar a competência da Primeira Seção desta Corte Superior para o trato da questão, nos termos da previsão constante do art. 9º, § 1º, inciso XIV do RISTJ, haja vista que a análise da matéria controvertida perpassa o enfrentamento do direito público em geral (direito difuso).

2.3 A presente contenda, oriunda de cautelar preparatória de ação civil pública (cuja natureza é de tutela de urgência, requerida em caráter antecedente), manejada pelo Município de Tumiritinga, na qual pretende mitigar as consequências advindas do evento danoso ambiental no que se refere à regularização do fornecimento de água potável à população em geral, serviço público esse de caráter essencial e no qual não está em foco a questão acerca de eventual indenização das pessoas eventualmente atingidas pelo acidente, atrai a norma inserta no art. 9º, § 1º, inciso XIV, do RISTJ e conseqüentemente a competência das Turmas integrantes da Primeira Seção desta Corte Superior.

3. Questão de Ordem acolhida para declarar competente para o julgamento do presente feito uma das Turmas componentes da Primeira Seção, determinando-se a sua redistribuição (BRASIL, 2017).

Dessa forma, Macrobem ambiental é definido como o conjunto de interações dos aspectos ambientais, compreendendo a sua máxima complexidade e máxima extensão, mediante a qual todas as formas de vida interagem entre si com todas as suas manifestações e criações. Já o Microbem ambiental designa elementos ambientais isolados, muito embora constituam parte de todo o macrobem ambiental. São microbens em si considerados, assim, a atmosfera, o ar, o solo, a fauna, a flora, e até mesmo objetos mais delimitados e identificados, tais como um rio, um sítio arqueológico, um rio, a água etc. Esses termos são importantes devido à sua recorrente utilização na doutrina ambiental e ecológica.

Leite e Ayala (2020), entretanto, alertam para paradoxos da juridicidade do dano ambiental. Enquanto no dano tradicional ocorre uma lesão à pessoa ou a seus bens, no dano ambiental ocorre uma lesão pura ou reflexa. Há pessoalidade no dano tradicional, enquanto no dano ambiental há impessoalidade e difusão. Enquanto o nexo de causalidade é bem definido no dano tradicional, no dano ambiental o nexo de causalidade pode ser indefinido (LEITE E AYALA, 2020, p. 79).

É importante mencionar também que o legislador brasileiro chegou a elencar as características do dano ambiental, especificamente na Lei 6.938/1981, pois explicou o que era meio ambiente e obrigou o poluidor a reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros:

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

(...)

Art. 14. *Omissis*.

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente (BRASIL, 1981).

Também há menção da “degradação da qualidade ambiental”, o que se aproximaria do dano ambiental, embora exija-se algum esforço do intérprete para compreender a identidade entre os dois institutos.

Leite e Ayala apontam o prevailecimento recente de uma nova hermenêutica no Superior Tribunal de Justiça quanto ao dano ambiental, em especial quanto à imposição do instituto do dano moral ambiental, pois teria trazido a perspectiva da possibilidade de se efetivar o princípio da reparação integral dos danos ambientais (LEITE E AYALA, 2020).

Enaltecem-se, assim, os seguintes acórdãos do STJ: (1) o REsp 1.367.923-RJ, publicado em 06.09.2013; (2) o REsp 1.198.727-MG, publicado em 09.05.2013; (3) o REsp 1.145.083-MG, publicado em 04.09.2012; e (4) o REsp 1.180.078-MG, publicado em 28.02.2012. Trata-se de jurisprudência pós-moderna que contribui para a efetividade da juridicidade do dano moral ambiental (...). (LEITE E AYALA, 2020, p. 352).

Como o enfoque do Direito Ecológico é muito mais voltado para a salvaguarda do meio ambiente, a abordagem do dano ambiental acaba muito mais centrada na efetiva reparação das lesões do que efetivamente na punição do infrator, embora não ignore este fator. A ótica da doutrina ambiental contemporânea, então, acredita que um sistema de ressarcimento mais adequado seja um instrumento legislativo indispensável, que viria ampliar o sistema de proteção, além de inibir e prevenir a

ocorrência do dano, assim como a ameaça penal serviria de desestímulo à prática de crimes ambientais (LEITE E AYALA, 2020).

O Direito Ecológico, então, é um rico campo teórico que permite lançar olhares bem mais aprofundados e de ângulos completamente diferentes ao dano ambiental, porém, mais do que isso, propõe um enfoque na garantia de integridade dos processos ecológicos indispensáveis a todas as formas de vida.

Assumindo que a era atual se trate do chamado Antropoceno (MELO E LEITE, 2018), o modelo mais adequado ao fortalecimento da identidade ecológica não está centrado especificamente no dano ambiental, mas na migração rumo a um Estado de Direito para a Natureza. Nesse aspecto, a reparação dos danos deve não apenas se valer de uma função compensatória, mas também uma função preventiva ou precaucional (LEITE E AYALA, 2020).

Esse debate é riquíssimo e bastante fértil a discussões de grande importância para o meio acadêmico. Cabe à geração recente de juristas e às próximas gerações carregar o debate a mais além, tornando ainda mais intensa a tutela efetiva de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

3 INCOMPATIBILIDADES DA INCRIMINAÇÃO DOS ENTES COLETIVOS COM A DOGMÁTICA PENAL

3.1. A INCONGRUÊNCIA DA PESSOA JURÍDICA COM CONDUTA PENAL; 3.1.1 Teorias sobre a pessoa jurídica; 3.1.2 O elemento subjetivo da pessoa jurídica; 3.1.3 A dificuldade na identificação do infrator; 3.1.4 Condutas omissivas da pessoa jurídica; 3.1.5 O problema quanto à natureza da pessoa jurídica; 3.2 A INCOMPATIBILIDADE DA CULPABILIDADE COM A PESSOA JURÍDICA; 3.2.1 Ausência de caráter psicológico; 3.2.2 O problema da individualização da pena; 3.2.3 Teorias sobre a culpabilidade; 3.3 OS PROBLEMAS DA PENA IMPOSTA AO ENTE MORAL; 3.3.1 O problema da pena à pessoa jurídica: impossibilidade de encarcerar; 3.3.2 Teoria Geral da Pena é compatível com a pessoa jurídica? 3.3.3 Os riscos da ineficácia da pena diante da possibilidade de dissolução fraudulenta da pessoa jurídica

Muito embora defenda-se nesta pesquisa que há uma tendência mundial à incriminação das pessoas jurídicas em curso – e o capítulo anterior se ocupou de apontar isso –, muitos ordenamentos permanecem resistentes a essa medida. Mas não sordidamente.

A compreensão de um ente moral como capaz de praticar um crime, dentro da dogmática penal clássica, cria uma série de inconsistências e entraves, todos bastante evidenciados na doutrina de muitos países. Muito embora essas discussões já datem de décadas, são ainda atuais, máxime se considerando a tendência à criminalização de empresas, como já esposado previamente.

Este capítulo destina-se, assim, às discussões doutrinárias mais relevantes quanto à compreensão da prática de crime por entes morais, tendo-se como seu objetivo específico perquirir quais são os maiores empecilhos apontados pela doutrina quanto à inclusão das pessoas coletivas como agentes criminosos. Será, portanto, a seguir, feita exposição no intuito de projetar a dimensão dos problemas em que esbarra a responsabilização penal da pessoa jurídica dentro da seara da dogmática.

3.1 A INCONGRUÊNCIA COM A FIGURA DE SUJEITO ATIVO

Grande parte dos argumentos utilizados para a desqualificação do ente coletivo como apto à prática de delitos seria pela ausência de pressupostos inerentemente individuais compreendidos como indispensáveis à imputação penal.

Neste tópico, inicialmente, serão discutidas brevemente as teorias clássicas sobre a pessoa jurídica, apontando-se que vários dos pressupostos teóricos de ambas

constituem a base para a compatibilização ou incompatibilização da punição de entes coletivos nos ordenamentos.

Em seguida, serão apontadas as principais dificuldades na identificação do infrator, abordando-se as questões de autorresponsabilidade e hétero-responsabilidade penais e como isso pode criar entraves teóricos para a concepção da pessoa jurídica como capaz de delinquir.

Logo em seguida, serão feitas considerações acerca do elemento volitivo da pessoa jurídica, onde serão lançados questionamentos quanto à capacidade de agir das pessoas morais.

Segue-se, ainda, uma rápida análise sobre a problemática das condutas comissivas e omissivas da pessoa jurídica, apontando-se como um problema de grande relevância a delimitação das condutas criminosas societárias.

3.1.1 Teorias sobre a pessoa jurídica

O que se apresenta talvez como problema mais elementar quanto à possibilidade de prática de crimes pela pessoa coletiva diz respeito à forma como ela é enxergada no âmbito jurídico.

Duas grandes teorias servem como base para que se consiga ou não pressupor a pessoa jurídica como agente criminoso: a *teoria da ficção* e a *teoria da realidade*.

A teoria da ficção, cuja criação é atribuída a Savigny, pressupõe que as pessoas jurídicas têm existência ficta, irreal, de pura abstração, em decorrência de um privilégio lícito da autoridade soberana. Nesse sentido, seria incapaz de delinquir, uma vez que careceriam de vontade e de ação (PRADO, 2010, p. 126).

O germe da teoria da ficção é irrogado ao direito canônico, pois, dentro do ideário jurídico medieval, os canonistas viam com mais facilidade uma separação conceitual existente entre as pessoas naturais e a concepção do corpo de uma Igreja separado, conforme Paolo Grossi (2014):

O mundo jurídico romano conheceu e aplicou vários tipos de pessoas jurídicas, mas graças à sua costumeira abordagem empírica não elaborou uma teoria a respeito.

A dificuldade consiste na separação entre pessoas físicas, que formam o colegiado, e pessoa jurídica, que é constituída daquelas pessoas que consistem no imprescindível substrato humano; a dificuldade é poder-se

chegar a um grau tão intenso na capacidade de abstração e de elaboração a ponto de realizar uma separação conceitual.

Os canonistas têm mais facilidade nisso: chegam ao resultado não obtido pelos civilistas porque têm uma flecha a mais no arco, qual seja, a familiaridade com noções tipicamente teológicas. Desde a grande reflexão de São Paulo, desde os primeiros Padres, o grande problema da teologia cristã é a construção de uma Igreja perfeitamente separada, conceitualmente distinta dos fiéis que a compõem, pois estes são, e não podem deixar de ser, pecadores, ao passo que a Igreja é inevitavelmente uma estrutura puríssima, imaculada do fardo dos pecados que pertencem a cada um de seus membros. A separação representa uma necessidade teológica exasperada, vital; e tem de ser bastante nítida.

É a partir dessa exigência que se estimula, a partir de São Paulo, a elaboração da teoria do *corpus mysticum*: paralelamente aos corpos físicos dos fiéis que compõem a Igreja, existe também, no plano misterioso, metafísico, o corpo da Igreja, corpo imaculado porque completamente cindido e insuscetível de influências mundanas.

É essa a flecha a mais no arco dos canonistas: a familiaridade - que o civilista não poderia ter - com esse patrimônio cultural tão peculiar. E o canonista irá utilizá-lo plenamente: movido pela necessidade de uma enorme organização feita de bispados, paróquias, abadias, congregações, fábricas, irmandades e pela exigência de separar a vida de todas essas estruturas dos sujeitos titulares pro tempore (bispos, párocos, abades e assim por diante), o canonista adotará os resultados da teologia cristã e utilizará, no terreno do direito, sua conquista conceitual mais visível, a doutrina do *corpus mysticum*, aplicando-a à Igreja universal e às várias estruturas componentes. Associações (ou seja, conjunto de homens) e fundações (ou seja, conjunto de bens) têm um corpo moral que idealmente se situa ao lado dos corpos físicos constituídos de pessoas e coisas. (GROSSI, 2014, p. 269-272)

Apesar da facilidade de visualização de um ente coletivo como formador de um *corpus* diverso das pessoas naturais, os canonistas não pressupunham a pessoa jurídica como capaz de ação ou mesmo capacidade delitiva. De fato, se fosse admissível que a ação delitiva de um dirigente de um corpo de fiéis era realizada por indicação dos membros ou a pedido expresso dos mesmos, admitir-se-ia a responsabilidade da Igreja, institucionalmente considerada. Essa construção doutrinária foi realizada de forma a evitar que o castigo às cidades ou corporações que se revelavam contra o Papa ou o Imperador recaísse sobre cada um de seus membros, fossem culpáveis ou não (BACIGALUPO, 1998, p. 48-49).

Como se percebe, o direito canônico contribuiu de maneira cabal para a concepção da teoria da ficção desenvolvida por Savigny, mormente pela natural facilidade dos canonistas de enxergarem corpos distintos entre os fiéis e a congregação, e ainda quanto à constatação de que o fato de corporação e homens comporem individualmente pessoas distintas não era suficiente para tornar culpáveis as pessoas jurídicas.

A ideia de Savigny era de que só o homem é capaz de ser sujeito de direitos, mas que o ordenamento jurídico, por sua vez, modificou esse princípio para retirar

essa capacidade de alguns humanos (como no caso dos escravos) e para dotar de capacidade jurídica os entes fictícios, que seriam por sua própria natureza incorpórea incapazes de vontade e necessariamente representados por pessoas – em uma relação análoga à do incapaz e seu representante. A pessoa jurídica é, dessa forma, uma criação artificial da lei para exercer sobretudo direitos patrimoniais. Atribuem-se direitos a ela, mas isso não a torna reais. Continuam sendo meramente criação da mente humana, que somente supõe que elas sejam capazes de vontade e de ação, dessa forma construindo uma mera ficção jurídica (SHECAIRA, 2011, p. 88-89).

Dentro da ótica da teoria da ficção, o homem natural é o único considerável como livre, inteligente e sensível. A pessoa jurídica, ao contrário, é despojada dessas características, sendo tão somente um ser abstrato. A realidade da existência do ente coletivo jaz justamente nas decisões de algum número de representantes, que, em decorrência de uma ficção, são consideradas como suas próprias. Uma representação semelhante, que exclui juridicamente a vontade propriamente dita, pode gerar efeitos em matéria civil, mas nunca em relação à ordem penal. Qualquer delito que quer-se sejam imputados à pessoa jurídica é, na verdade, praticado por seus membros ou diretores, i. e., por pessoas naturais, e pouco importa que o interesse da corporação tenha servido de motivo ou finalidade para o delito (PRADO, 2019, p. 127-128).

A teoria da ficção, contudo, não é a única teoria existente quanto à conceituação dos atributos dos entes coletivos dentro do mundo jurídico. Em verdade, parte substancial da doutrina tece grandes críticas a ela, como será demonstrado.

A teoria da realidade, também chamada de teoria da personalidade real ou orgânica, é a vertente que configura a maior resistência intelectual à concepção ilusória da pessoa jurídica decorrente da teoria da ficção. Ela teve como precursor mais ilustre Otto Gierke, e se baseia em pressupostos completamente distintos. Para a teoria da realidade, a pessoa moral não é um mero ser artificial, criado pelo Estado (por meio do Direito), e sim uma entidade real, concreta e ativa, independentemente dos indivíduos que a compõem. Nesse sentido, atua como o próprio indivíduo, por mais que somente mediante procedimentos diversos, e pode, em decorrência disso, atuar mal, delinquir e, naturalmente, ser punida (PRADO, 2010, p. 126).

Portanto, a grande máxima da teoria da realidade, decorrente dos sequazes de Gierke, bem como de Zitelman, é que as pessoas jurídicas são pessoas reais, dotadas de uma vontade real coletiva, e devendo, assim, ser equiparáveis como seres sociais que são às próprias pessoas físicas. Com exceção de determinadas relações

que por sua natureza são incongruentes com tais pessoas, a sua capacidade é em tudo equivalente à do homem. Tem capacidade de vontade, o que faz por meio de seus órgãos, tanto quanto o ser humano é capaz de comandar com sua mente e impõe sua vontade aos seus membros para executar suas ações (SHECAIRA, 2011, p. 90).

Se se pode pressupor que a pessoa jurídica é um ente coletivo dotado de vontade real, capaz de exercitar condutas em diversos sentidos, nada impede, pelo menos a primeira análise, que ela se dirija a finalidades proibidas mesmo pela lei penal (PRADO, 2010, p. 127).

Prepondera na doutrina hodierna o entendimento de que as pessoas jurídicas não são mera ficção, e sim que possuem sua própria realidade, muito embora seja inquestionavelmente diversa da natureza física ou natural (PRADO, 2019).

Nas palavras de Sérgio Shecaira (2011),

É inescandível que a pessoa jurídica não é uma ficção, mas um verdadeiro ente social que surge da realidade concreta e que não pode ser desconhecido pela realidade jurídica. O Estado, pois, defere a certos entes uma forma, uma investidura e um atributo, tornando juridicamente real a existência desses seres pessoais. Não é por outra razão que a maior parte da doutrina nacional reconhece que as pessoas morais têm o mesmo subjetivismo outorgado às pessoas físicas (op. cit., p. 90).

Novamente, não se apela ao mero *argumentum ad populum* ao mencionar que a concepção da vontade real contida na teoria da realidade domina majoritariamente a doutrina dos autores contemporâneos a este trabalho, mas declará-lo é um dado importante e que deve ser visto, ao menos, como uma variável afeita à problemática apresentada.

Da parte do pesquisador, concebe-se a teoria da realidade como a mais adequada. Ao admitir que a pessoa jurídica pode ser dotada de vontade para figurar como parte em contratos – exprimindo assim sua “livre vontade” –, além do óbvio alcance físico gerado pelos seus membros apêndices – os funcionários que nela trabalham –, a pessoa jurídica pode ser enxergada como tão concreta quanto qualquer indivíduo natural.

É evidente que o dilema quanto à possibilidade de pessoas jurídicas delinquirem não se resume à teoria atinente à sua natureza jurídica. Em verdade, como já informado no início deste tópico, é talvez a mais basilar.

Os próximos argumentos contrários à incompatibilidade da pessoa jurídica como sujeito ativo de crime seguem adiante.

3.1.2 O elemento subjetivo da pessoa jurídica

A concepção da pessoa jurídica como uma ficção, em vez de uma pessoa dotada de características próprias dos entes naturais, não se exaure na mera análise das distintas teorias quanto à sua natureza jurídica.

Se se pretende admitir que a pessoa jurídica é capaz de um agir próprio, é indispensável que se analisem critérios para a concepção de ação por parte dos entes morais. Um atributo indispensável à ação própria é a *vontade*. Nesse sentido, urge neste ponto do trabalho a necessidade de ponderação quanto aos possíveis elementos subjetivos de uma conduta por parte da pessoa jurídica.

Tem este subtópico, portanto, o objetivo de discutir a concepção de vontade da pessoa jurídica, de acordo com os diferentes posicionamentos doutrinários, bem como a correlata impressão sobre o assentimento e a culpa das pessoas jurídicas.

A inaugural tentativa de organização e sistematização analítica do crime, que data do início do século XX, é normalmente atribuída ao sistema causal-naturalista de Franz Von Liszt e Ernst Von Beling⁵⁹. Tal sistema visualizava o delito de maneira bidimensional. Havia, de um lado, a dimensão objetiva, que se tratava apenas de um fato externo avalorado e livre de qualquer consideração psíquica; e uma dimensão subjetiva, reservada para o momento de análise da culpabilidade. No âmbito de sua análise típica, inexistia qualquer formulação de juízo de valor sobre a ação – cuja análise se reservava à antijuridicidade –, assim como qualquer questionamento acerca da relação psíquica entre autor do fato e resultado – análise, por sua vez, reservada à culpabilidade (VIANA, 2017, p. 46-47).

Entretanto, tal concepção analítica de delito foi, nas décadas que se seguiram, destituída de seu posto de dogma para dar lugar à teoria final da ação⁶⁰ de Hans Welzel.

A doutrina da ação de Welzel foi uma grande inovação sistemática e dogmática, tendo dominado a discussão jurídico-penal durante décadas para além das fronteiras da Alemanha. O seu pensamento era de que a espinha dorsal do tipo

⁵⁹ Daí a tradicional denominação como *sistema causal-naturalista de Liszt-Beling*.

⁶⁰ Tradicionalmente chamada apenas de *finalismo*.

penal não poderia ser a simples causalidade, “mas sim o comando do curso causal orientado conscientemente pelo homem”, tendo presenteado a ciência penal com grande novidade (ROXIN, 2014, p. 123).

O modelo de Welzel teve como grande mérito a retirada do dolo da culpabilidade para inseri-lo como elemento do tipo, considerando que deveria integrar a noção de ação. Em suma, Welzel argumentava que a base para qualquer valoração penal não se situava no mero desdobramento (objetivo) do acontecimento causal, mas no elo psíquico (que originalmente denominou intencionalidade) entre o indivíduo e o resultado. A chave para a compreensão da ação seria, desta feita, a finalidade (VIANA, 2017, p. 50-51). O finalismo em sua concepção mais atual beira a unanimidade de aceitação no Brasil (VIANA, op. cit., p. 54).

Em qualquer caso, uma das maiores dificuldades da compreensão da pessoa jurídica como capaz de ação é a pressuposição de que sua conduta é orientada por uma vontade, nos termos tradicionalmente aceitos na dogmática penal.

Ressalta-se que a pessoa coletiva não possui, em sentido psicológico, consciência ou vontade semelhante à pessoa física, sendo, assim, incapaz de autodeterminação. Tais capacidades só podem ser atribuídas ao ente moral se tomadas por empréstimos aos homens. Isso significaria, a uma primeira análise, que somente o indivíduo humano pode ser qualificado como autor ou partícipe de um crime, postulado de onde decorre a máxima *nullum crimen sine actione* (PRADO, 2019, p. 129).

Essa é apontada pela doutrina como a principal objeção a ser respondida, afinal, não se concebe responsabilidade sem culpa, e esta pressupõe uma vontade intrínseca que só é encontrada na pessoa física, e não na pessoa jurídica (SHECAIRA, 2011, p. 116).

Luiz Regis Prado (2019) aponta que, muito embora as pessoas jurídicas possam realizar contratos, não se demonstra como convincente que possam por si próprias realizar uma ação ou omissão típica. Seria indispensável, nesse sentido, fazer uma distinção entre sujeito de ação e sujeito de imputação, que não coincidem no caso das pessoas coletivas, já que estas só podem atuar por intermédio de seus órgãos e representantes, i. e., necessariamente pessoas físicas. Em outras palavras, não se trata de uma autoria própria da pessoa jurídica (op. cit., p. 129-130).

Ainda nesse sentido, René Ariel Dotti (2010) assinala que há imensa dificuldade em distinguir dolo direto, dolo eventual, culpa consciente, erro de tipo e

vários outros institutos penais sem que seja possível abstrair precisamente o elemento *vontade* na conduta específica, e que é impossível recortar essas flutuações do pensamento e da representação que convergiriam na direção da conduta sem a identificação do universo interior do sujeito ativo do crime (op. cit., p. 174-175).

Entretanto, propondo-se a responder tais perguntas, Sérgio Shecaira (2011) comenta que o comportamento criminoso é a base da violação mais grave das regras sociais de conduta e que se trata de uma ameaça para a convivência social, e daí se legitimam reações de defesa através das penas. Se a culpabilidade individual encontra representação das coisas do mundo e da vida, não pode ser somente o homem suscetível de culpa, pois o mesmo pode ser inferido das pessoas jurídicas (op. cit., p. 97).

Nesse sentido, ainda complementa referido autor:

Além disso, como justificar, no que concerne à própria essência da reprovação, que se possa punir administrativamente, ou mesmo civilmente, uma pessoa jurídica por um ilícito civil ou administrativo? Não estaríamos reprovando alguém que, também aqui, não tem consciência nem vontade? Não seria uma burla de etiquetas permitir a reprovação administrativa e civil por um crime ecológico (por exemplo), mas não uma reprovação penal? E mais, essa reprovação no plano civil – por algo que no fundo é a mesma culpa – não limitaria a possibilidade de defesa da própria empresa, que não teria os instrumentos normalmente assegurados pelas normas processuais para exercício de seus direitos (devido processo legal, ampla defesa, contraditório etc.)? (SHECAIRA, 2011, p. 97).

A noção de que a vontade da pessoa jurídica seria resultante de um imiscuído abstrato da equação de todas as vontades humanas isoladamente consideradas não parece fazer sentido, tanto quanto não faz sentido entender que, no âmbito cível, por exemplo, a pessoa coletiva é o produto da vontade indistinta de todos os funcionários que a compõem.

É necessário perceber a magnitude da complexidade volitiva quanto a que supõe que eventual vontade da pessoa jurídica seria formada por absolutamente todas as vontades das pessoas naturais que a integram, sem que nenhuma delas fosse olvidada ou calada, como se todas fossem igualmente ouvidas e necessárias para a apuração da intenção resultante da prática dos atos corporativos. Não é isso que aqui é proposto.

Não se pode dar a mesma importância na construção valorativa do elemento subjetivo da pessoa jurídica a cada um dos membros que compõem a empresa. Isto porquanto muitos deles não possuem poder de decisão ou mesmo de ação, e cujas

vontades serão sobremaneira indiferentes na realização de atos jurídicos tomados a cabo pela pessoa moral.

Para melhor compreensão de como a complexidade de vontades resultantes das condutas individuais de todas as pessoas naturais que integram uma pessoa jurídica, é salutar registrar o feliz postulado proposto pela doutrina espanhola (DÍEZ, 2010), ao se referir à organização empresarial como sistema autopoietico, fazendo menção à teoria dos sistemas sociais autopoieticos, do sociólogo Niklas Luhmann, o que constitui as bases do chamado “sistema construtivista”:

A afirmação de que a empresa é um sistema que se reproduz, ou seja, autopoietico, pode ser encontrada - embora expressa de outras formas - em várias contribuições da teoria da organização. No entanto, à semelhança do que acontece com as descrições da sociedade, tradicionalmente se considera, e ainda hoje se sustenta, que as organizações são compostas por indivíduos; isto é, os homens são as unidades básicas do sistema. Do ponto de vista aqui adotado, deve-se afirmar que a organização, como qualquer sistema social, é formada por comunicações. Agora, é um tipo específico de comunicação: é um sistema feito de decisões ou, mais exatamente, pela comunicação de decisões. A empresa é, portanto, um sistema organizacional que se reproduz por meio de decisões que servem de conexão a decisões posteriores da própria empresa e que são orientadas com base em decisões anteriores da empresa. Cada decisão sente um fim que deve ser interpretado como um começo. Em última instância, a decisão configura-se como o modo específico de funcionamento das organizações e possibilita a autopoiese organizacional (DÍEZ, 2010, p. 125-126).⁶¹

Sustenta-se, desta forma, que o elemento subjetivo da pessoa jurídica resulta do sistemático produto das vontades orientadas a um fim similar, sendo perdidos no meio da maré de consciências aqueles interesses que forem minoritariamente diversos do que aqueles que adquirem maior vulto e capacidade de ação. Tal recorte

⁶¹ Tradução livre feita pelo autor. Segue a redação original:

La afirmación de que la empresa es un sistema que se reproduce a si mismo, es decir, autopoietico, puede encontrarse - si bien expresada de otras maneras - en diversas aportaciones de la teoría de la organización. Sin embargo, de manera similar a lo que ocurre con las descripciones de la sociedad, tradicionalmente se ha considerado, e incluso hoy sigue manteniéndose, que las organizaciones están compuestas por individuos; esto es, que son los hombres las unidades básicas del sistema. Desde la perspectiva aquí adoptada debe afirmarse que la organización, como todo sistema social, está compuesto por comunicaciones. Ahora bien, se trata de un tipo específico de comunicación: es un sistema compuesto por decisiones o, más exactamente, por la comunicación de decisiones. La empresa es, por lo tanto, un sistema organizativo que se reproduce mediante decisiones que sirven de conexión a decisiones posteriores de la propia empresa y que se orientan con base en decisiones anteriores de la empresa. Cada decisión sienta un final que debe poder interpretarse como un comienzo. La decisión se configura, en definitiva, como el modo de operación específico de las organizaciones y posibilita la autopoiesis organizativa (DÍEZ, 2010, p. 125-126).

resulta do funcionalismo de corte sistêmico, e se trata de uma teoria para acomodar o problema da responsabilidade penal de pessoas jurídicas na Espanha.

Há na doutrina, contudo, críticas a esse modelo, especialmente por considerar que faz graves concessões político-criminais com as quais é difícil concordar, além de remeter a fórmulas de heterorresponsabilidade disfarçadas de autorresponsabilidade sob a pecha de “defeito na organização” (DAVID e BUSATO, 2017, p. 221).

Também outros modelos foram criados, a exemplo de uma teoria do delito a partir da filosofia da linguagem (BUSATO, 2011), a partir do qual se defende uma concepção significativa de ação, modificam-se as bases demarcadoras dos elementos da teoria do delito, sistematizando o crime em a) pretensão de relevância (tipo de ação); b) pretensão de ilicitude; c) pretensão de reprovabilidade (culpabilidade); e, d) pretensão de punibilidade. O recorte teórico de tal sistema é a Filosofia da Linguagem de Wittgenstein (1986), notadamente quanto à ideia de jogos de linguagem como a fórmula de identificação da ação como expressão de sentido, assim como a concepção de ação comunicativa de Jürgen Habermas (DAVID e BUSATO, 2017, p. 222-223).

De qualquer forma, intenta-se dizer que a vontade da pessoa jurídica é aquela resultante da complexidade de vontades e consciências de todos aqueles que de alguma forma possuem poder de decisão, coordenação e comando, bem como daqueles que de alguma forma possuem capacidade fática de praticar os atos estipulados como de vontade própria da empresa.

Essa vontade deve ser vista como diversa daquela vontade no sentido próprio como se atribui ao ser humano, resultante da condição de ser natural, mas sim existente em um plano sociológico, uma vez que a própria existência da empresa decorre de sua formação originada no seio da mesma sociedade que a legitima e lhe dota de diversas capacidades jurídicas. Deve-se pressupor que somente nesse contexto a empresa possui uma vontade. Trata-se de uma vontade pragmática, que invariavelmente desloca o problema da vontade individual para um plano metafísico (SHECAIRA, 2011, p. 98).

Ainda que não se reconheça a existência de vontade por parte da pessoa jurídica passível de reconhecimento por meio do dolo e da culpa, registre-se apenas a título de argumentação, existem casos de responsabilidade objetiva, no direito penal, inclusive da pessoa física, como ocorre no contexto da embriaguez voluntária,

mas não preordenada⁶², na ótica de Guilherme Nucci (2014, p. 482)⁶³ ou no caso da rixa qualificada pelo resultado morte ou lesão grave⁶⁴. Não se busca com este argumento, assevere-se, justificar um erro com outro. Apenas se pondera que há outros institutos no ordenamento brasileiro que conceitualmente admitem claramente uma responsabilização penal objetiva e são menos polêmicos do que a incriminação dos entes morais que, segundo a ótica do pesquisador, é muito mais ínsita a uma vontade real e humana do que os dispositivos apontados.

A divagação excessiva dentro dos pormenores dogmáticos e filosóficos que orbitam a compatibilidade precisa e milimétrica da incriminação de pessoas jurídicas não muda o inegável fato de que existem determinados tipos penais que só podem ser praticados por intermédio das pessoas jurídicas. É axiomático que a pessoa jurídica só é capaz de agir por intermédio das pessoas físicas, porém a aglomeração dessas mesmas pessoas resulta em um ente distinto que tem um alcance muito maior e muito mais expressivo do que as pessoas naturais em diversos aspectos, de forma que não se confundem suas atitudes com as dos próprios indivíduos que a compõem, tanto quanto não se confunde a intenção institucional com as próprias vontades dos membros daquela empresa.

Tem-se, com esteio em tais premissas, que a ação da pessoa jurídica se apoia na natureza qualitativamente distinta da humana, e que seu conceito de vontade se materializa na “ação institucional”. A doutrina francesa, devido à sua própria facilidade de compreensão da pessoa jurídica, entende que o ente coletivo é perfeitamente

⁶² Situação segundo a qual impera a máxima *Actio libera in causa* e imputam-se ao agente, na prática tolhido da possibilidade de exprimir sua vontade, todos os resultados lesivos e típicos praticados por ele durante o estado de insanidade, porquanto tinha ação livre na causa no momento da sua embriaguez.

⁶³ Neste ponto, uma importante ressalva deve ser feita. A ideia de Guilherme Nucci quanto a responsabilidade objetiva presente nos crimes de rixa e embriaguez voluntária não é comungada pelo pesquisador, uma vez que tal entendimento pode ser perigoso por autorizar teoricamente dentro da legislação hipóteses de responsabilidade objetiva legalmente legitimadas. É importante lembrar o entendimento da *actio libera in causa*, segundo o qual aquele que voluntariamente se coloca em condição de inimizabilidade (no caso da embriaguez voluntária) deve arcar com eventuais consequências penais de seus atos, uma vez que possuía ação livre na causa (portanto, responsabilidade subjetiva) quando decidiu ou permitiu se embriagar.

⁶⁴ Nesse caso, incide a qualificadora a todos os membros envolvidos na rixa, ainda que não tenham diretamente causado o resultado em si considerado, independentemente da vontade ou mesmo inobservância de um dever objetivo de cuidado direto quanto àquele resultado lesivo:

Art. 137 - Participar de rixa, salvo para separar os contendores:

Pena - detenção, de quinze dias a dois meses, ou multa.

Parágrafo único - Se ocorre morte ou lesão corporal de natureza grave, aplica-se, pelo fato da participação na rixa, a pena de detenção, de seis meses a dois anos.

capaz de vontade, uma vez que nasce e vive do “encontro das vontades individuais dos seus membros”. A própria doutrina alemã já começa a admitir essa ideia⁶⁵, quando reconhece que às corporações se aplicam plenamente parâmetros morais, vez que nas associações de pessoas também se reconhece a honra das empresas e associações. Dessa mesma forma, a reprovação de culpabilidade das pessoas coletivas se baseiam em parâmetros morais, medida em que seria possível comprovar paralelos de culpabilidade com pessoas naturais (SHECAIRA, 2011, p. 98-99).

Se com base nesses preceitos epistemológicos se sustenta a existência de uma vontade direta, também dessa forma pode se supor uma vontade indireta, decorrente de indiferença e assentimento, as bases para a concepção do dolo eventual. Este seria fundado, portanto, na complexa conduta empresarial a partir da qual se configure evidente descaso pela realização do dano tutelado por um tipo penal.

Quanto à culpa, essa seria igualmente configurada quando se verificasse eventual imprudência, negligência ou mesmo imperícia por parte da empresa quanto ao objeto descrito na norma penal.

Novamente, o que se defende não é que o elemento volitivo da empresa esteja vinculado à evidente comprovação das vontades individuais das pessoas naturais que compõem o ente coletivo. A ideia é que se visualizem vontades distintas, a da pessoa jurídica e a de seus membros.

Isso necessariamente se relaciona com outro ponto crucial do estudo, que é se a conduta das pessoas jurídicas pode ser confundida com a conduta daqueles que a orientam.

3.1.3 A dificuldade na identificação do infrator

Ainda que se assuma, sob a ótica da teoria da realidade, que a pessoa jurídica é ente diverso da pessoa física e que, sim, é dotada de vontade e de capacidade real, em vez de apenas fictícia, é necessário realizar a reflexão sobre se sua ação pode ser considerada autônoma em relação à ação dos membros da empresa.

⁶⁵ Aqui se faz menção a Klaus Tiedemann, em suas Lições de Direito Penal Econômico, e a Hans Joachim Hirsch, em A Questão da Responsabilidade Penal das Associações de Pessoas.

A definição desse aspecto é sobremaneira importante porquanto define quão envolvidas estão as pessoas físicas em um ato que se pressuponha praticado por uma empresa.

As duas formas distintas de ver a conduta da pessoa jurídica partem do grau de acessoriedade que se atribui da ação da pessoa jurídica às vontades de seus membros.

A primeira delas, denominada modelo de responsabilidade por atribuição, também referida como heterorresponsabilidade pressupõe que a prática de um fato delitivo completo de uma pessoa jurídica depende da prática criminosa por uma das pessoas físicas que a integram. Segundo tal modelo, a responsabilidade por esse fato delitivo se transfere à pessoa jurídica, na medida em que se considera que os atos de tais órgãos, em virtude da relação funcional existente entre estes e aquela, são também fatos praticados pela própria empresa (SÁNCHEZ, 2001, p. 70).

O modelo concorrente, chamado de autorresponsabilidade, de responsabilidade originária da pessoa jurídica ou de responsabilidade por fato próprio, busca obscurecer tal imputação, abertamente defendida pelo modelo anterior, mediante a adução de que a pessoa jurídica responde por um ilícito próprio, que costumeiramente é descrito como um defeito de organização (GRECO, 2018, p. 70).

O modelo de autorresponsabilidade não exige que a responsabilidade das pessoas físicas seja transferida para a pessoa jurídica, uma vez que pressupõe uma responsabilidade de estrutura “anônima”, independentemente da identificação dos infratores. Sua gênese, atribuída ao modelo anglo-saxão, deve-se à chamada teoria da identificação, criada como maneira de contornar os casos em que não se identificava pessoa física alguma como autora do fato em questão (SÁNCHEZ, 2001, p. 74).

Igual preocupação é bastante conexa com casos relacionados aos crimes ambientais em que se verifica a presença de pessoas jurídicas de grande porte, cujas repercussões em muitas vezes ultrapassam as repercussões praticadas individualmente por pessoas físicas e que, não raras vezes, em virtude da complexidade de uma organização empresarial, é tarefa impossível identificar as pessoas naturais por trás da infração.

Como crítica a tal posicionamento, Silva Sánchez assevera que

A meu ver, a discussão europeia continental em torno da chamada "culpa por defeito organizacional" e da responsabilidade pela "atitude criminosa do grupo", que se propõem como títulos de atribuição de responsabilidade pelo facto da pessoa coletiva, é correspondente à mudança na esfera anglo-saxônica. E é verdade que, desta forma, é possível tentar resolver melhor os casos em que a pessoa ou pessoas singulares agindo não puderam ser identificadas ou agiram de forma inocente (com a qual não podem transferir uma responsabilidade que não surgiu). Mas esse modelo também tem problemas. Por um lado, onde se localize o referido fato da pessoa colectiva (nem a atitude criminosa do grupo nem o defeito de organização são - em sentido estrito - "fatos"). Com efeito, embora a questão do fato não coloque problemas em um modelo de responsabilidade transferida (é o fato de um órgão ou outro membro da pessoa coletiva), ela os coloca no modelo de responsabilidade pelo fato da pessoa coletiva, em que não é fácil destacar os elementos de tal fato. O facto deve necessariamente ser definido em torno da violação de deveres de organização geral da actividade empresarial, na medida em que este tem sido um factor determinante na produção do resultado criminal devido à actuação de pessoa singular identificada ou não. Mas não é claro que se possa dizer que tal violação seja um fato da própria pessoa jurídica. Antes, dir-se-ia, será um facto dos órgãos encarregados de acompanhar ou coordenar o desenvolvimento das actividades da empresa (op. Cit. 2001, p. 75).⁶⁶

A dificuldade de singularizar os elementos do fato é um dos grandes desafios, portanto, à legitimação do modelo de autorresponsabilidade. Nesse sentido, Luís Greco (2018) aduz que à pessoa jurídica faltam mente e corpo, e que é incapaz de organizar a si mesma, sendo dependente de decisões e atos de pessoas físicas para se organizar. Assim sendo, também estaria por trás do verniz da responsabilidade originária a própria responsabilidade derivada (op. cit., p. 70). Em outras palavras, para parte substancial da doutrina, o modelo de autorresponsabilidade da pessoa jurídica seria o próprio sistema de heterorresponsabilidade disfarçado.

⁶⁶ Tradução livre feita pelo autor. Segue a redação original:

A mi juicio, la discusión continental europea en torno a la denominada "culpabilidad por defecto de organización" y a la responsabilidad por la "actitud criminal de grupo", que se proponen como títulos de atribución de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica, se corresponde con el cambio operado en el ámbito anglosajón. Y es cierto que, por esta vía, cabe intentar resolver mejor los casos em que la persona o personas individuales obrantes no han podido ser identificadas o bien han obrado de modo no culpable (con lo que no pueden transferir una responsabilidad que no ha surgido). Pero también este modelo presenta problemas. Por un lado, el de dónde cabe localizar el referido hecho propio de la persona jurídica (ni la actitud criminal de grupo ni el defecto de organización son —en sentido estricto— "hechos"). En efecto, mientras que la cuestión del hecho no plantea problemas en un modelo de responsabilidad transferida (es el hecho de un órgano o de otro miembro de la persona jurídica), sí los plantea en el modelo de responsabilidad por hecho propio de la persona jurídica, en el que no resulta fácil singularizar los elementos de tal hecho. Necesariamente, el hecho debería delimitarse en torno a la vulneración de deberes de organización general de la actividad empresarial, en la medida en que ésta haya sido determinante de la producción del resultado delictivo por la actuación de alguna persona física identificada o no. Pero no está claro que pueda hablarse de que tal vulneración es un hecho de la propia persona jurídica. Más bien, podría decirse, será un hecho de los órganos encargados de la vigilancia o coordinación del desarrollo de las actividades de la empresa (op. cit. 2001, p. 75).

Os modelos alhures apresentados, tanto o modelo construtivista construído no bojo do direito penal espanhol quanto a teoria significativa da ação, entretanto, podem servir em algum grau de resposta a essa mesma crítica feita pela doutrina.

Com base naquele entendimento, o ser humano é um sistema psíquico que se reproduz com base na consciência; por sua vez, a organização empresarial é um sistema social organizativo que se reproduz sobre a base de decisões, e o Direito é um sistema social funcional cuja reprodução tem lugar por meio de comunicações jurídicas (DÍEZ, 2010, p. 15-16).

Com efeito, Díez (2010) afirma que a teoria da comunicação, a teoria da organização e a sociologia da organização parecem ter dado demonstrações importantes nas últimas décadas de que existem indícios suficientes de que a comunicação goza precisamente da mesma autorreferencialidade que a consciência, que constitui a premissa fundamental da teoria dos sistemas sociais autopoieticos (op. cit., p. 162-163).

Estribada nesse entendimento, a dificuldade de identificação das pessoas físicas que determinaram a infração penal por parte da empresa corrobora a possibilidade de detecção da ação autônoma do ente coletivo, diverso da conduta individualizada.

Exsurge do seio dessa afirmação a noção de que tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica podem, autonomamente ou em concurso de pessoas, praticar crimes – no ordenamento brasileiro, por sua vez, necessariamente contra o meio ambiente.

Esse esquema com duas vias de imputação em face de um único ato delitivo protagonizado por um ente coletivo é denominado sistema de “dupla imputação”, porquanto visualiza a pessoa jurídica como unidade independente da pessoa humana (SHECAIRA, 2011, p. 98).

Também problemas processuais penais decorrem dessa dificuldade de delimitação das condutas da empresa e das pessoas físicas. Em primeiro lugar, a dificuldade de delimitação da exata conduta da pessoa jurídica e da pessoa física na denúncia por crime – uma vez que a ausência de detalhamento das condutas é uma

circunstância, no ordenamento brasileiro, capaz de gerar inépcia da denúncia⁶⁷, o que invariavelmente resultaria em sua rejeição⁶⁸.

Outro problema processual que pode ser verificado diz respeito a procedimentos da instrução criminal, como o interrogatório. Como se operaria o interrogatório e a confissão da empresa, autonomamente considerados, uma vez que se propõe que sua vontade e ação seriam independentes das pessoas físicas?

Gloeckner (2018) mostra como o ordenamento francês tratou o tema:

O código de processo penal francês sinaliza com a medida de, em caso de conexão de crimes cometidos pela pessoa física do representante legal da empresa e da própria pessoa jurídica representada. No caso da legislação francesa, a solução encontrada foi a de nomear-se um curador judicial para a pessoa jurídica, a fim de evitar a colidência de interesses. Trata-se de uma providência em parte acertada, mas que não resolve todos os problemas desta questão derivados. A solução francesa resolve pontualmente o problema, sendo não mais do que tímida. Isso porque em se admitindo o curador, o ato de interrogatório da pessoa jurídica perde qualquer finalidade (op. cit., p. 158-159).

Tantos lúcidos questionamentos, reconhece-se, geram uma série de entraves para a concepção da pessoa jurídica como agente de crimes, pelo menos quando confrontados com noções ortodoxas de direito penal e processo penal.

Para a elucidação preliminar de todos esses desafios, esteia-se no posicionamento doutrinário⁶⁹ vestibular de que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas depende da prática de ato ilícito no interesse da pessoa coletiva e não se pode situar fora da esfera da atividade da empresa. Ademais, deve-se ver a infração executada pela pessoa física como praticada por alguém estreitamente ligada à pessoa moral, sempre contando com o auxílio de seu poderio, que resulta da reunião das forças econômicas orbitantes em torno da empresa. Daí eleva-se a relevância do

⁶⁷ De acordo com o Código de Processo Penal brasileiro:

Art. 41. A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

⁶⁸ Neste sentido, assim diz o Código de Processo Penal brasileiro:

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta;

⁶⁹ E, no Brasil e em alguns países do mundo, também legislativo, ao que se cita o art. 3º da Lei nº 9.605/1998:

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.

sistema de dupla imputação, que permite a persecução penal contra a pessoa jurídica paralelamente contra a pessoa individual (SHECAIRA, 2011, p. 166).

A partir desse entendimento, pode-se questionar se a pessoa jurídica pode agir isoladamente ou somente em concurso com pessoas físicas singulares.

Sérgio Shecaira (2011) declara, nesse prisma, o que segue:

O fato punível pode ser obra de um só ou de vários agentes. Evidente que só haverá concurso de pessoas quando houver pluralidade de agentes concorrendo para a consecução do delito. A teoria predominante a justificar a ação das pessoas nessa esfera é a do “domínio do fato”. Segundo esse critério é autor aquele que domina finalmente a realização do fato delituoso; que tem capacidade para interferir sobre o “se” e o “como” do delito; que tem poder de condução da ação para a realização conformadora do tipo.

(...)

A empresa – por si mesma – não comete atos delituosos. Ela o faz através de alguém, objetivamente uma pessoa natural. Sempre através do homem é que o ato delituoso é praticado. Se se considerar que só haverá a persecução penal contra a pessoa jurídica, se o ato for praticado em benefício da empresa por pessoa natural estreitamente ligada a pessoa jurídica, e com a ajuda do poderio desta última, não se deixará de verificar a existência de um concurso de pessoas.

Sem desconsideração de situações mais complexas, o que em alguns casos é possível ocorrer, teremos sempre, no mínimo, a existência de dois autores: haverá, portanto, coautoria necessária. Para haver punição de uma empresa, obrigatoriamente devemos considerá-la como autora mediata. Ela sempre agirá através de alguém, seu coautor imediato.

(...)

Não há falar em “participação de menor importância” por parte da empresa (art. 29, § 1o, do CP). Por definição, para que haja persecução penal contra pessoa jurídica, esta há de ter um envolvimento determinante e preponderante. Só dessa forma (e, ainda assim, dependendo de outros critérios a serem preenchidos) é que se justifica a necessidade de sua punição. No que tange à aplicação do parágrafo subsequente ao mencionado art. 29, entendemos, ainda pela mesma razão, que só a pessoa natural pode querer “participar de crime menos grave”. É que a empresa sempre terá, voltamos a afirmar, o comando material e funcional da prática delituosa. O “domínio do fato” é um verdadeiro requisito para admitir-se a punição da empresa e, portanto, o alcance do resultado estará sempre no âmbito de seu controle.

(SHECAIRA, 2011, p. 166-169)

Com esteio nessas premissas, pode-se sintetizar que a vontade da pessoa jurídica, embora vista como distinta da vontade das pessoas físicas que a compõem, não germinam uma ação empresarial criminosa própria e autônoma, sendo necessariamente dependente de um concurso de pessoas com pessoas naturais.

É de se registrar, contudo, decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro, que, em âmbito nacional, reconheceram a possibilidade de imputação exclusiva da pessoa jurídica quando da dificuldade de identificação das pessoas físicas que com

ela tenham concorrido para a prática de crime ambiental⁷⁰, criando assim precedentes no país para a admissão de prática de crime exclusiva pela empresa.

A essa discussão, acrescente-se o lúcido entendimento proferido por Heloísa Estellita (2017), que alega que referido julgado viola o princípio da reserva legal por delimitar por meio jurisprudencial limites de uma conduta própria da pessoa jurídica. A convocação doutrinária e jurisprudencial a fim de elaborar os pressupostos de uma responsabilidade penal da pessoa jurídica completamente desvinculada dos conceitos de ação e culpabilidade esbarraria nos óbices constitucionais existentes na reserva legal e exigência de culpabilidade como pressupostos penais. Esses óbices são pretensamente desqualificados pelo acórdão, que atribui-lhes a alcunha de exemplos de um direito penal “clássico”, sem enfrentar como a proposta “pós-clássica” seria compatível com os dispositivos legais e constitucionais que formam a base da responsabilidade penal no direito positivo brasileiro (op. cit., p. 67-68).

O posicionamento de Estellita parece ser o mais lúcido diante do caso, não por declaradamente ser inequívoco – mérito este de que se furta o pesquisador nesta oportunidade –, mas porque, de fato, a ampliação da responsabilização penal da pessoa jurídica feita por ocasião de julgamento de Recurso Extraordinário ou de qualquer outro mecanismo jurisprudencial tolhe o legítimo poder legislativo de fazê-lo por força do princípio da reserva legal já mencionado.

Muito mais teria a ser dito a respeito, porém não é esta a conjuntura adequada para tanto.

3.1.4 Condutas omissivas da pessoa jurídica

Também outra grande dificuldade relacionada à concepção de comportamento societário criminoso diz respeito à possibilidade de que se pratique, no âmbito da pessoa jurídica, conduta omissiva.

De fato, dentro do ordenamento brasileiro, a conduta pode ser dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva⁷¹. A constatação da necessidade de concurso de

⁷⁰ Aqui faz-se menção ao Recurso Extraordinário (RE) 548.181, de relatoria da ministra Rosa Weber, cujo voto foi no sentido de que “a dificuldade de identificar o responsável leva à impossibilidade de imposição de sanção por delitos ambientais. Não é necessária a demonstração de coautoria da pessoa física” (STF, 2013).

⁷¹ Neste sentido, assim versa o Código Penal:

agentes com pessoas físicas quando da prática de crime por parte de um ente moral⁷² traz ainda dúvidas se seria possível a sua inclusão no polo ativo das práticas criminosas por omissão ou se somente por meio de ação.

Shecaira (2011, p. 179) indica claramente a possibilidade de que as pessoas jurídicas delinquam, por meio de sua ação institucional, ao atingir um resultado delitivo omissivo ou comissivamente, dolosa ou culposamente – asseverando, novamente, que dolo e culpa devem ser entendidos no âmbito de uma ação de natureza social. Apesar disso, não exemplifica situações em que a pessoa jurídica omissivamente praticaria um delito, induzindo o entendimento de que não há qualquer distinção para quando ocorre omissão por parte de pessoas naturais.

Não é, contudo, tão simples enxergar conduta omissiva por parte de entes morais. Em primeiro lugar, há de se lembrar a distinção entre as figuras dos crimes omissivos próprios⁷³ e impróprios⁷⁴.

No âmbito da legislação brasileira – em que se admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica somente por meio de crimes ambientais, há de se demonstrar a existência de crimes omissivos próprios que, por sua própria vigência e pela redação já descrita alhures, que reconhece a possibilidade de incriminação da pessoa jurídica por delito contra o ambiente.

É o caso do art. 54, §3º, da Lei nº 9.605/1998, por exemplo:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:
Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

(...) Art. 18 - Diz-se o crime:

Crime doloso

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

⁷² Muito embora se tenha asseverado o já consolidado entendimento do STF quanto à possibilidade de atuação independentemente de participação ou coautoria de pessoa física.

⁷³ Previstos positivamente no tipo penal já como uma conduta consistente em uma abstenção de comportamento.

⁷⁴ Casos de omissão penalmente relevante. Crimes possíveis de praticar somente pelos “garantidores” ou “garantes”, decorrentes da descrição do art. 13, §2º e alíneas do CP:

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

§ 1º Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

§ 2º Se o crime:

I - tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana;

II - causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população;

III - causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade;

IV - dificultar ou impedir o uso público das praias;

V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

(BRASIL, 1998)

O crime de poluição, descrito acima, possui em seu parágrafo terceiro uma clara modalidade omissiva própria, quando expressamente prevê sanção ao agente que deixar de adotar medidas de precaução exigidas pela autoridade competente em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

Nesse caso, não é difícil imaginar o encaixe de uma pessoa jurídica nessa descrição, quando, nos mesmos termos, tiver a empresa sido notificada por uma autoridade a tomar as devidas providências para evitar dano ambiental grave ou irreversível e deixar de fazê-lo. Interessante realçar que, como é ínsito aos crimes omissivos próprios, referido tipo penal não prevê como elementar do tipo a necessidade de ocorrência do dano ambiental grave ou irreversível ao qual se refere.

No caso de crime omissivo impróprio, a lei impõe a necessidade de que a pessoa jurídica esteja fundada na qualidade de “garantidora”, i. e., que se encaixe em alguma das situações descritas nas alíneas do parágrafo segundo do art. 13 do Código Penal.

Para ilustrar uma dessas situações, é possível imaginar uma empresa mineradora que, durante anos, extrai minério de ferro em determinada área, despejando rejeitos de mineração em uma barragem e, que, por negligência corporativa na manutenção da barragem acaba permitindo que a estrutura daquela mesma barragem fique fragilizada o bastante para romper e causar degradação ambiental em massa. Pode-se afirmar, neste caso, que a omissão corporativa é penalmente relevante, uma vez que, com seu comportamento anterior, a empresa

criou o risco da ocorrência do resultado lesivo proibido pela norma⁷⁵. Evidentemente, todas as pessoas físicas também relacionadas ao fato deverão ser imputadas como penalmente responsáveis.

Conclui-se que a pessoa jurídica, caso se assuma como válida sua capacidade de conduta, dolo, culpa etc, é também capaz de conduta omissiva em suas modalidades própria e imprópria.

3.1.5 O problema quanto à natureza da pessoa jurídica

Um último problema atinente à conduta penal da pessoa jurídica concerne a distinção entre a pessoa jurídica de direito público e a de direito privado.

Tal problema pode ser evidenciado, como exposto alhures, no modelo francês de responsabilização penal da pessoa jurídica, que em regra não admite a incriminação do Estado, admitindo, entretanto, a imputabilidade das Coletividades territoriais. Segundo aquele modelo, o campo de aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica na França, especificamente quanto aos entes morais penalmente responsáveis, é estruturado em três níveis: no primeiro, há o Estado, considerado penalmente irresponsável e jamais poderá figurar no polo ativo da prática criminosa; num segundo nível, encontram-se as Coletividades territoriais, que são parcialmente responsáveis, passíveis de penalização apenas por infrações ocorridas no bojo de atividade delegável por outro ente moral; por fim, no terceiro e último nível, encontram-se as demais pessoas jurídicas de direito público e direito privado, plenamente responsáveis e passíveis de condenação por toda e qualquer infração praticada por seus órgãos ou representantes (REINALDET, 2018, p. 118-119).

Tal problema, embora existente em outros ordenamentos, não é partilhado pelo direito brasileiro. Não há motivo legal ou doutrinário para fazer distinção entre a pessoa jurídica de direito público e direito privado, em especial porquanto com certa frequência ela própria também se envolve em delitos ambientais (GOMES, 2008).

⁷⁵ Nos termos do Código Penal:

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

(...)

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Inicialmente, registre-se, a Lei n° 9.605/1998 não faz, em seus artigos, qualquer distinção ou ressalva quanto à responsabilização penal das pessoas jurídicas de direito público⁷⁶, prevendo amplamente, em seu texto, a incriminação das pessoas jurídicas, além de prever expressamente uma circunstância agravante quando o fato é facilitado por funcionário público no exercício de suas funções⁷⁷.

Entretanto, verifica-se uma incongruência quanto à imposição das penas previstas na mesma Lei de Crimes Ambientais às pessoas jurídicas de direito público, vez que parecem ser, de início, incompatíveis com estes entes coletivos⁷⁸.

Parece absurdo imaginar a imposição da suspensão parcial ou total de atividades, ou interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade sendo direcionada contra uma pessoa jurídica de direito público, uma vez que esta presta serviço de natureza pública, frequentemente se tratando de serviço essencial. A imposição de sanções de tais naturezas poderia gerar uma deficiência na prestação daquele serviço ainda maior do que aquela que se verificou processualmente para tornar válida a condenação.

De maneira similar, a punição por meio da proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações não parece funcionar adequadamente quando imposta ao próprio Poder Público.

Por fim, a prestação de serviços à comunidade, por sua vez, quando imposta a uma pessoa jurídica de direito público, aparenta conceitualmente suportar uma redundância, vez que a pessoa jurídica de direito público normalmente já presta algum

⁷⁶ 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.

⁷⁷ Art. 15. São circunstâncias que agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

(...)

II - ter o agente cometido a infração:

(...)

r) facilitada por funcionário público no exercício de suas funções.

⁷⁸ Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são:

I - multa;

II - restritivas de direitos;

III - prestação de serviços à comunidade.

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.

serviço de relevância coletiva, muito embora os serviços prestados como punição à pessoa jurídica contida na Lei sejam especificamente voltadas para contribuições de caráter ambiental⁷⁹.

Guilherme de Souza Nucci (2014), entretanto, comunga da ideia de que as pessoas jurídicas de direito público devem e podem ser punidas. Primeiro porque não há expressa previsão para a exclusão legal, o que já foi elucidado. Segundo, porque a condenação criminal possui também um lado moral além da meta punitiva, o que pode implicar ao gestor público responsável pelo ente público em questão um fato desabonador de conhecimento geral, ainda que a própria pessoa natural não esteja penalmente implicada. Terceiro, porque a condenação a uma prestação de serviços específicos à comunidade teria efeito positivo, visto que o ente público nem sempre cumpre suas finalidades. Isso geraria apenas uma redundância aparente, e não real (op. cit., p. 484).

Há quem defenda, por sua vez, que a Lei de Crimes Ambientais teria proibido expressamente a possibilidade de implicação penal de pessoas jurídicas de direito público, especificamente em seu art. 3º, porquanto prevê a necessidade de que a infração seja cometida “no interesse ou benefício de sua entidade”, elemento incompatível com aqueles entes⁸⁰.

Apontam-se, assim, as principais discussões quanto à incompatibilidade da pessoa jurídica com a conduta propriamente considerada. Os pontos apresentados neste tópico eram especificamente voltados para os elementos da conduta. Frise-se novamente que não se tinha o escopo de exaurir tais discussões, vez que não há

⁷⁹ 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.

⁸⁰ Neste sentido, cf. a jurisprudência do TJMG:

“4. Não é possível responsabilizar as pessoas jurídicas de direito público, em virtude de ausência de um dos requisitos legais exigidos pelo artigo 3º, da Lei 9.605/98, uma vez que o cometimento de um delito jamais poderá beneficiar tais entes, bem como as penas a eles impostas ou seriam inócuas ou, então, se executadas, prejudicariam diretamente a própria comunidade beneficiária do serviço público. 5. As pessoas jurídicas de direito público não podem ser punidas penalmente porque só podem perseguir fins que se conciliem com o interesse público, assim o cometimento de delitos ambientais por tais entes configuraria desvio de finalidade, impondo que, neste caso, apenas o agente público, executor material do fato criminoso, responda criminalmente.” (Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG - Habeas Corpus : HC 10000121242960000 MG; 6.^a C. Crim., rel. Rubens Gabriel Soares, 22.05.2012)

espaço hábil para fazê-lo nesta oportunidade, e também porque esse não seria o objeto específico do presente estudo.

3.2 A INCOMPATIBILIDADE DA CULPABILIDADE COM A PESSOA JURÍDICA

Um dos maiores problemas quanto à imputação penal das pessoas jurídicas diz respeito à sua ausência de culpabilidade no sentido tradicionalmente aceito pela dogmática.

Este tópico, portanto, será destinado a apresentar as maiores discussões quanto à existência de culpabilidade por parte das pessoas coletivas, tendo como objetivo específico a demonstração dos entendimentos doutrinários mais relevantes, da concepção atual que se faz da culpabilidade com as consequentes teorias, e também quanto à compatibilização da punição à pessoa jurídica com a culpabilidade no sentido de individualização da pena.

Incorrendo no risco de parecer redundante, o pesquisador insiste na escusa pela demonstração dos problemas com brevidade, uma vez que o objetivo do presente tópico é mais informar quanto aos dissensos existentes do que efetivamente propor soluções para os problemas relatados.

Feita tal ressalva, passa-se a demonstrar as principais discussões acerca da culpabilidade e sua incompatibilidade com a pessoa jurídica apontada pela doutrina.

O fenômeno da culpabilidade é oriundo de um contexto de historicidade, silogismo este que não pode ser ignorado na presente discussão. O respeito a esse princípio precisa estar presente em um direito penal garantista, uma vez que é por meio dele que se evita, v.g., anátemas penais como a incriminação de animais ou de inimputáveis.

Há de se registrar, quanto à concepção constitucional de culpabilidade, o posicionamento de Luís Greco (2018):

Há relativo consenso a respeito da natureza constitucional do princípio da culpabilidade no Brasil. Ainda que nem sempre se utilize a nomenclatura “princípio da culpabilidade”, que se populariza no Brasil principalmente nas últimas décadas, em que a influência francesa e italiana vem cedendo espaço de forma quase completa à alemã e espanhola, a ideia de que a pena tem por objeto um erro do próprio apenado é, também aqui, incontestável. Creio que esse princípio pode ser derivado de uma leitura conjunta do art. 1º, III, (“dignidade da pessoa humana”) e do art. 5º XLV (“nenhuma pena passará da pessoa do condenado...”), XLVI (“individualização da pena”) e LVII (proibição de penas cruéis), da CF. Suprimir uma dimensão essencial, não

contingente, da personalidade jurídica de alguém em razão de erro que cometeu um terceiro é tratar a personalidade do primeiro como objeto de conveniência pública, isto é, como coisa, o que é uma violação da dignidade dessa pessoa. Os dois outros dispositivos demonstram a íntima conexão da pena com a pessoa do indivíduo a ser punido, uma conexão que tem de ser estendida até o cometimento do fato contra o qual a pena reage: de nada valeria, afinal, que a pena não pudesse passar da pessoa do condenado, se fosse possível condenar pessoa diversa da que cometeu o erro contra o qual se reage, e não haveria sentido em individualizar uma pena se não se pressupusesse que o destinatário da pena é quem cometeu o fato pelo qual ele está para ser punido (GRECO, 2018, p. 73).

Dessa forma, compreende-se que o princípio da culpabilidade pode ser encontrado no ordenamento brasileiro em diversos dispositivos constitucionais, especialmente como derivado da dignidade da pessoa humana e como individualização da pena.

Afirmar que a culpabilidade é um mecanismo de defesa histórico surgido no bojo do direito penal é reconhecer que o direito público cresceu em importância através da história por intermédio da intervenção estatal na regulação coativa dos comportamentos dos indivíduos e dos grupos infraestatais. Entretanto, partindo-se da ideia de que o todo vem antes das partes, impõe-se reconhecer a importância do conceito do todo em face dos membros singulares componentes da totalidade. Tal aforismo de apresentar uma culpa individual com sua inevitável conexão com uma culpa coletiva está dentro de um contexto dicotômico, recorrentemente relacionado ao público e ao privado, de maneira que a responsabilidade individual pode ser definida de forma diversa da forma como é definida a responsabilidade coletiva. É que ambas as classes, embora tenham originariamente condicionamento em comum, atingem hodiernamente diversidades que as consagram enquanto individualidades (SHECAIRA, 2011, p. 83-84).

De fato, assevere-se inicialmente que muitas são as incompatibilidades do conceito consolidado de culpabilidade com a pessoa jurídica como agente criminoso. A culpabilidade sustenta o pilar da responsabilização individual, e por isso é impossível visualizar a punição de um ente coletivo sem que se fragilize toda a estrutura da imposição de uma pena a uma pessoa natural, sem que isso atinja terceiros não relacionados.

O que pode ser imiscuído em tal debate, entretanto, é se é admissível para o direito penal a inclusão de critérios distintos de imposição de uma pena a uma pessoa cuja natureza é distinta da própria pessoa natural. Ora, se reconhecidamente pessoa

natural ela não é, não é de todo absurdo que critérios diferentes sejam só a ela impostos quando da concepção pré-positiva de que uma pena a ela é necessária.

3.2.1 Ausência de caráter psicológico

O primeiro aspecto que se destaca quanto à incompatibilidade da pessoa jurídica como sujeito culpável diz respeito à sua evidente ausência de capacidade psicológica.

Boa parte das críticas feitas à culpabilidade da pessoa jurídica diz respeito ao fato de que somente o homem possui a consciência e a consecutiva faculdade de querer, exigidas pela responsabilidade moral em que fundamentalmente se assenta o Direito Penal. Esteado nesse entendimento, a culpabilidade necessariamente pressupõe a presença de uma faculdade psíquica inerente à pessoa natural, inexistente na pessoa jurídica, mero ente fictício que depende das capacidades psíquicas individualmente consideradas dos seus dirigentes, gerentes etc (MOREIRA, 2010, p. 325).

Há necessidade de que o infrator possua condições pessoais bastante específicas que o tornem capaz de compreender a ilicitude de seu comportamento e de determinar-se de acordo com tal entendimento, incidindo-se, assim, sobre o indivíduo, o necessário juízo de reprovação (LOPES, 2010, p. 348).

Aponta ainda a doutrina de Zaffaroni e Pierangeli (2015) que é inconcebível uma vontade em sentido psicológico no ato de uma pessoa jurídica, e isso exclui necessariamente a possibilidade de admitir qualquer existência de conduta humana.

A pena pressupõe a necessidade de culpabilidade, e, como tal, requer a existência de uma pessoa física, intrinsecamente capaz de racionalidade e dotada de psique própria, para que se pratique crime (DOTTI, 2010).

Luiz Luisi (2010), afirma que

Abstraindo os outros aspectos da culpabilidade, não é possível sustentar que a pessoa jurídica tenha consciência. Aliás, não são poucos os adeptos da responsabilidade da pessoa jurídica que afirmam não se poder vislumbrar nela a consciência. Sustenta-se, no entanto, um novo tipo de culpabilidade,

embasada na consciência social. É o que preconiza Klaus Tiedemann⁸¹. Este penalista alemão vem pregando a necessidade de se criar este tipo de consciência através da lei. É de se colacionar o que escreve a respeito o jurista referido: 'reconhecer, em Direito Penal, a culpabilidade (social) da empresa é levar em conta as consequências da realidade social de uma parte, e das obrigações correspondentes aos direitos da empresa de outra parte. Introduzir por via legislativa tal conceito de culpabilidade coletiva ou de agrupação ao lado da culpabilidade individual tradicional não é impossível segundo um ponto de vista ideológico'.

(LUIZI, 2010, p. 39)

Não se ignora, portanto, que a culpabilidade, hodiernamente considerada, serve de elemento para a vinculação do autor ao fato, o que é reconhecido pela doutrina como imputação subjetiva. A desaprovação pela prática de um fato delituoso resulta de um contexto evidentemente individual, e por conta disso depende de sua personalidade, suas particularidades, relações afetivas, espirituais, psicológicas e fundamentalmente éticas – embora não morais. A culpabilidade sugere, assim, uma estrita especificidade, visto que se trata de um critério valorativo que depende de sua apreciação unicamente como inerente ao ser humano, naturalmente o seu objeto de exame. Nesse sentido, é notório que a análise da culpa humana através de um conceito geral e amplo de culpabilidade, se confrontado com um sujeito imaginário, hipotético, que serve como referência a todos os possíveis autores de delito é um evidente retrocesso (SHECAIRA, 2011, p. 79).

A incompatibilidade recai, assevere-se, não sobre a ideia de culpabilidade em si, mas na equivocada tentativa de buscar identificação conceitual entre a pessoa natural e o ente moral.

A culpabilidade dos entes coletivos se reveste de um caráter distinto daquele erguido pela responsabilização individual. Trata-se de um caráter eminentemente social, que ocupa um lugar paralelo àquele ocupado pelo sistema de culpabilidade construído para a pessoa natural (CRUZ, 2008, p. 237).

Os reparos feitos a tal conceito de culpabilidade decorrem de uma falha lógica, segundo aponta Shecaira (2011). A culpabilidade originalmente pretende ser um juízo individualizador, enquanto a antijuridicidade determina qual é a ação abstratamente vinculada ao indivíduo que a pratica, de maneira que ele seja compreendido abstratamente em contraste com a ordem jurídica, de maneira impessoal. A culpa, de

⁸¹ A citação feita nesse excerto pertence à obra *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y empresas en derecho comparado*, de Klaus Tiedemann (1995).

forma contrária, é uma conexão pessoal da ação com o agente, e, por conta disso, falar de uma culpabilidade geral ou social é um contrassenso. Deve ficar claro que o tipo penal descreve fatos delituosos, e não perfis psicológicos de seus autores (op. cit., 2011, p. 79-80).

Imponha-se, assim, que há entendimentos de que a ausência de elemento psicológico em uma pessoa jurídica não deve ser visto como entrave à compreensão de que a pessoa jurídica é culpável, especialmente quando se explicita que a formulação da culpabilidade do ente moral deve ser diferente daquela feita à pessoa física.

3.2.2 O problema da individualização da pena

Um ponto bastante criticado na imputação de crimes à pessoa jurídica diz respeito à sugestão de que qualquer punição a elas direcionada invariavelmente atingirá pessoas físicas, e, assim, ocorreria uma flagrante transferência de punições.

De forma a apresentar melhor a problemática proposta neste ponto do trabalho, cumpre lembrar que a Constituição Federal proíbe que um fato criminoso praticado por um indivíduo sirva de fundamento para a punição de terceiros⁸².

A maior parte dos argumentos partem do pressuposto de que a aplicação de uma sanção individualizada à pessoa jurídica, mas sempre tomando como referência a atuação de seu dirigente não preserva o princípio da individualização da pena (BREDA, 2010, p. 284).

Luís Greco (2018) relembra que o direito civil imputa ao representado atos do representante, bem como ocorre também no direito administrativo e no direito internacional, mas que o mesmo não pode ser admitido no Direito Penal. Tudo isso

⁸² Neste sentido, o art. 5º da Constituição Federal e os seguintes incisos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

(...)

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes...

decorre da própria consequência jurídica à qual a imputação é necessariamente vinculada, ou seja, a *pena* (op. cit., p. 70-71).

Verdadeira ingerência estatal sobre direitos fundamentais, a pena é um instituto com força constitucional em que se reconhece a possibilidade de tolher alguns dos mais basilares direitos humanos, dentre eles a liberdade.

Partindo desse axioma, é impensável que se transfira uma pena a uma terceira pessoa por um fato praticado por determinado agente criminoso. Isso tanto pode ser inferido no fato de que 1) a pessoa jurídica sofrerá a punição em virtude de uma conduta criminosa; e 2) pessoas físicas não relacionadas à prática criminosa do dirigente da pessoa jurídica, tais como sócios minoritários (que votaram de modo contrário à decisão) ou acionistas, por sua vez, poderão ser indiretamente afetados por meio da punição à própria pessoa jurídica, v.g. pela imposição de sanções de caráter pecuniário.

Nesse sentido, existem respostas que buscam sanar os problemas apontados por tais questionamentos. Guilherme Nucci (2014), por exemplo, explica que

No tocante às penas serem personalíssimas, o que não se nega, é preciso destacar que a sanção incidirá sobre a pessoa jurídica, e não sobre o sócio. Se este poderá ser, indiretamente, prejudicado pela punição é outro ponto, aliás, fatal de ocorrer em qualquer tipo de crime. Se um profissional liberal for condenado, por exemplo, por homicídio, e levado à prisão, pode sua família sofrer as consequências, ficando privada do seu sustento habitual, embora não tenha participado da prática da infração penal. Cremos estar a razão com aqueles que sustentam a viabilidade de a pessoa jurídica responder por crime no Brasil, após a edição da Lei 9.605/98, que cuida dos crimes contra o meio ambiente, por todos os argumentos supracitados (NUCCI, 2014, p. 482)

Ou seja, quanto à primeira problemática, decorrente de que a pessoa jurídica seria punida por ato de terceiro, refaçam-se as considerações realizadas alhures quanto à ação própria da pessoa jurídica, denominada pela doutrina como “ação delituosa institucional”, que não substitui a conduta pessoal das pessoas naturais que a determinaram. Assim sendo, a imposição de pena à pessoa jurídica deve ser enxergada como decorrente de fato próprio por ela praticado.

Quanto ao segundo problema, a alegação de que sócios inocentes serão atingidos pela punição direcionada à empresa, é de se registrar que o mesmo ocorre em casos de punição a pessoas físicas, tratando-se de um efeito indireto da pena.

Neste sentido, assim preleciona Shecaira (2011):

Pode-se analisar estes argumentos iniciando pelo princípio da personalidade das penas. Na legislação penal brasileira há três distintas formas de punição. A Parte Geral do Código Penal prevê penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa. Nenhuma delas deixa de, ao menos indiretamente, atingir terceiros. Quando há uma privação da liberdade de um chefe de família, sua mulher e filhos se veem privados daquele que mais contribui no sustento do lar. A própria legislação previdenciária prevê o instituto do auxílio-reclusão para a família do preso. Isso nada mais é do que o reconhecimento cabal – e legal – de que a pena de recolhimento ao cárcere atinge não só o recluso mas também, indiretamente, seus dependentes. Ademais, ao se estabelecer que uma parte do rendimento que o preso obtém trabalhando no presídio será destinada a seus familiares (cf. art. 29, § 1º, b, da Lei de Execução Penal), está a norma, mais uma vez, constatando que a família ficou privada de pessoa que contribuía para o sustento da casa.

Idêntico inconveniente ocorreria se a pena fosse de interdição de direitos (proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública, mandato eletivo, profissão, atividade ou ofício, conforme o art. 47, I e II, do Código Penal, ou mesmo de suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo, segundo o art. 47, III, do Código Penal). Não resta a menor dúvida de que um motorista profissional, condenado a esta última punição, teria muita dificuldade para o sustento da família, a qual acabaria por ser indiretamente atingida.

O mesmo argumento é válido para a multa. As penas pecuniárias recaem sobre o patrimônio de um casal, ainda que só o marido tenha sido condenado, e não sua esposa (op. cit., p. 92-93).

Os argumentos invocados quanto à punição de terceiros e a violações ao princípio da individualização da pena, desta forma, encontram resistência na doutrina brasileira, não se tratando de voz uníssona.

Ao ver do pesquisador, de fato, a pena imposta tanto à pessoa física quanto à pessoa jurídica cria efeitos colaterais que podem ser experimentados por terceiros. Isso não significa dizer que se trate da imposição da própria pena a terceiros.

A incompatibilidade apontada como o primeiro problema, por sua vez, de que somente por ato de pessoas físicas pode a pessoa jurídica receber punição, é, de fato, mais complexo. Entretanto, a dificuldade de sua concepção diz respeito à noção de que a empresa é capaz de ação própria, o que foi discutido em momentos prévios do trabalho. Uma vez que se conceba que a pessoa jurídica é capaz de ação – porém não no sentido inerentemente humano, e sim em uma dimensão social –, pode-se aceitar que a pessoa jurídica será punida por fato próprio.

3.2.3 Teorias sobre a culpabilidade

No ponto de encerramento da discussão quanto à compatibilidade ou não da pessoa jurídica com a noção de culpabilidade, é interessante mostrar algumas das diferentes concepções desse instituto.

Essa demonstração se faz importante para que se admita com mais facilidade que não há um conceito unívoco de culpabilidade, absolutamente incompatível com a figura da pessoa jurídica.

Como primeira concepção de culpabilidade, apresenta-se a chamada teoria psicológica da culpabilidade. Originada no século XIX, em decorrência da lógica do positivismo causal naturalista, pressupunha que o dolo era um conceito puramente psicológico. Teve essa teoria o mérito de enfrentar a vetusta concepção da responsabilidade objetiva. Contudo, tal concepção acabou por ser superada, uma vez que era incapaz de dar respostas objetivas a uma série de inconsistências dogmáticas, a exemplo da culpa inconsciente – onde não há relação psicológica entre o agente e o fato (SHECAIRA, 2011, p. 69).

A visão da culpabilidade em sua concepção psicológica, em suma, pressupõe o dolo como elemento psicológico de ligação entre a ação do indivíduo e o resultado por ele alcançado.

A segunda concepção de culpabilidade é trazida pela chamada teoria normativa, cujas bases são atribuídas a Reinhart Frank, professor da Universidade de Munique, no início do século XX. Os méritos de sua teoria são a superação do positivismo naturalista, que até então vigorava, por meio da imposição de posturas neokantianas. Segundo seu postulado, dolo e culpa, que podiam ser considerados a própria culpabilidade, recebem também como elemento o juízo de censura que se faz ao autor do fato criminoso. Edmund Mezger, por sua vez, foi o responsável pelo aprofundamento de conceitos até se chegar à noção de culpabilidade como o juízo de reprovação social ao autor do fato pelo cometimento do ilícito. A culpabilidade como juízo de valor sobre a situação fática específica não estaria mais na cabeça do agente do crime, e sim na do juiz (SHECAIRA, 2011, p. 70).

Por meio da teoria normativa de culpabilidade, portanto, a concepção de culpa como elo psicológico entre ação e resultado dá lugar a uma noção social de culpabilidade, valorando-se a culpabilidade como pressuposto de reprovação coletiva, a ser julgado no caso concreto pelo juiz.

As principais críticas apontadas pela doutrina, conforme salienta Shecaira (2011), decorrem do cometimento de crimes por delinquentes habituais, aqueles criados e educados em ambientes sociais agressivos, pois, para ele, a delinquência seria o normal, o certo. Não chegou esse indivíduo a desenvolver espiritualmente uma

consciência ética e tampouco teve oportunidade para tanto, de forma que não se pode exigir dele uma consciência atual de ilicitude (op. cit., p. 70-71).

Somente com a teoria finalista proposta por Hans Welzel a teoria normativa da culpabilidade foi efetivamente superada.

Com efeito, a principal contribuição de Welzel foi a transferência da intenção, que até então era enxergada dentro da culpabilidade, para a conduta, ao afirmar que toda conduta seria direcionada a uma finalidade. Inclusive partiu do próprio Welzel o reconhecimento de que a finalidade constitui estrutura objetiva do ser, contabilizada como verdade eterna da esfera lógico-objetiva e como resultado do direito natural. Seu postulado abdicou do significado social do tipo penal e declarou que a finalidade seria uma definição ontológica, assim como a causalidade, e igualmente livre de valores (WELZEL, 2004).

A lucidez de Welzel foi sobremaneira importante para diferir, por exemplo, quando uma mesma situação fática pode ser utilizada para representar vários ilícitos penais distintos. Exemplifica-se, aqui, um indivíduo que dispara uma arma de fogo cujo projétil passa próximo a outra pessoa. Tal processo externo pode configurar uma tentativa de homicídio, tentativa de lesão corporal ou mesmo disparo em lugar não autorizado, a depender somente de qual tenha sido seu dolo. Em decorrência disso, concluiu Welzel que o dolo necessariamente seria incluído como elemento do tipo (SHECAIRA, 2011, p. 71).

Outra concepção de ação, posterior às fases causalista e finalista, foi desenvolvida e apresentou uma ótica interessante e bastante diferente sobre a conduta.

Trata-se da teoria da adequação social, proposta por Hans Heinrich Jescheck. Sua grande contribuição definiu a ação como um fenômeno necessariamente social, ultrapassando a mera noção ontológica e finalística da ação e passando a analisar a relevância social das condutas. Segundo essa concepção, a culpabilidade passaria a ser relacionada a um juízo de relevância social, depositado na conduta sobre a qual se possa firmar um juízo de valor (SHECAIRA, 2011, p. 73).

Exsurge, assim, a relevância social como fator indispensável para a discussão de qualquer questão penal, pois uma conduta considerada socialmente adequada pode ocasionar a irrelevância penal.

Outras teorias de maneira similar trouxeram óticas diferentes sobre a culpabilidade. Contudo, tendo em mente a limitação própria do presente objeto de estudo, faz-se a escusa de aprofundar o tema em outras oportunidades.

3.3 OS PROBLEMAS DA PENA IMPOSTA AO ENTE MORAL

Um dos maiores problemas a se discutir no presente capítulo diz respeito às várias incompatibilidades apontadas pela doutrina especializada quanto à imposição de pena às pessoas jurídicas.

É inegável que não se pode “prender as pessoas jurídicas”, pois não possuem corpo em seu aspecto estrito e humano. Contudo, isso não significa que não possa ser imposta uma pena ao ente moral. A maneira de imposição de penas às corporações é através de limitações de outros direitos de que são titulares, especialmente o patrimônio. Em outras palavras, direta ou indiretamente, qualquer sanção imposta a elas só pode afetar o seu “bolso”. Isso não significa que a sanção imposta não seja uma pena.

Todas essas questões precisam de um estudo mais esmiuçado e de reflexões mais profundas. Assim sendo, é indispensável que se destine um campo adequadamente amplo para discutir essas noções que bastante se relacionam com a problemática ora debatida, o que passa a fazer adiante.

3.3.1 O problema da pena à pessoa jurídica: impossibilidade de encarcerar

Um dos grandes problemas da incriminação de entes morais costuma ser apontado como a impossibilidade de impor penas privativas de liberdade, i.e., prender, encarcerar, a pessoa jurídica.

Algumas das críticas existentes na doutrina estipulam que, se não vai aplicar prisão, não há por que utilizar o Direito Penal (BUSATO, 2018, p. 55); as penas destinadas ao ente moral não podem ser privativas de liberdade, que, na essência, constituem a característica central do Direito Penal (NUCCI, 2014, p. 481); são inaplicáveis às pessoas jurídicas as penas privativas de liberdade, consequência tal que, ainda hoje, constitui-se como a principal medida institucional utilizada contra as pessoas físicas (SHECAIRA, 2011, p. 92).

A primeira grande contradição de tal crítica decorre do fato de ela derivar predominantemente de um setor da ciência penal que defende sobremaneira o afastamento do emprego da pena de prisão pelo Direito penal em face de sua evidente falência (BUSATO, 2018, p. 55).

Tarefa central atribuída ao direito penal dentro de um Estado Democrático de Direito constitui a constante revisão da função punitiva, mormente por meio da criação de critérios restritivos da necessidade ou não de punir. Tal missão deve ser assumida com seriedade a fim de que se evitem distorções autoritárias, capazes de ferir a dignidade humana, e justamente por conta disso deve-se ter em conta a desnecessidade da pena privativa de liberdade. Enxergue-se a prisão como a expressão máxima e extrema de controle social, e portanto deve ser reservada apenas para os casos de crimes mais graves (SHECAIRA, 2011, p. 94).

Assim, as penas privativas de liberdade não devem ser vistas – assim como não o são – como a meta principal a ser alcançada pelo direito penal, inclusive para a pessoa física. Por esse motivo defende-se cada vez mais a aplicação de penas alternativas, sejam restritivas de direitos, pecuniárias e outras, a fim de se evitar os males do encarceramento (NUCCI, 2014, p. 482).

A visualização do banimento da prisão como extinção do Direito Penal, inclusive, seria no mínimo polêmica.

Paulo César Busato (2018) afirma o seguinte: “Caso o fim da pena de prisão represente o fim do Direito penal, não cabe discussão. A postura abolicionista, no entanto, sabidamente tem um caráter utópico que, por hoje, é absolutamente irrealista e inaceitável” (op. cit., p. 56).

Com efeito, a supressão do direito penal não constitui opção promissora para a sociedade, especialmente quando se busca efetivar os direitos humanos das pessoas inerentes à vida em um Estado Democrático.

Especialmente no plano de direito econômico ou ambiental, searas em que recorrentemente se vê a implementação da responsabilidade coletiva nos ordenamentos jurídicos, a pena privativa de liberdade será, na maioria das vezes, desnecessária e até mesmo descabida, vez que os crimes dessa estirpe costumam ser praticados por pessoas de intensa medida de socialização, com boas qualificações profissionais e amplo destaque e prestígio (SHECAIRA, 2011, p. 94).

Não se pode, destarte, referir-se a doutrina penal ao cárcere como pena principal e característica dos sistemas penais modernos, vez que isso comprovaria o

fracasso histórico de tal instituição diante das suas principais funções declaradas, qual seja, a de conter e combater a criminalidade, ressocializar o condenado e defender interesses dos indivíduos e da comunidade (BARATTA, 2003, p. 5).

Da mesma forma, portanto, que a pena prisional tem o escopo de atingir o criminoso pessoa física somente em *ultima ratio*, registre-se que também o devem ser para a pessoa jurídica reações penais a ela adequadas e similarmente gravosas considerando-se sua natureza, tais como a dissolução, a perda de bens e proveitos ilicitamente obtidos, fechamento de empresa, publicação da sentença às custas da condenada etc (SHECAIRA, 2011, p. 114).

Dessa forma, a verificação da impossibilidade de imposição da pena de prisão às pessoas jurídicas não deve ser utilizada como lamento à sua incompatibilidade de ser passível de punição; pelo contrário, visto que se trata de sanção absolutamente excepcional e que tanto se busca evitar, o fato de não poder sê-la imposta aos entes morais deve ser sim compatível com quaisquer outras punições que, em absoluto, serão mais recomendáveis sem risco de ingerência estatal exagerada.

Intervenções demasiado rigorosas como *retribuição* a um fato praticado por pessoas jurídicas também devem ser enxergadas a partir de um viés pré-positivo, vez que certamente se destinam à obtenção de alguma eficácia na prevenção de um ato considerado ilícito.

Se se assume tal imposição como inserida no campo penal, isso equivale a premissas compreendidas dentro da teoria geral da pena. Vale, portanto, a partir deste ponto, a verificação da compatibilidade da Teoria Geral da Pena com a imposição de sanção à pessoa jurídica, conforme discutida pela doutrina.

3.3.2 A Teoria Geral da Pena é compatível com a pessoa jurídica?

Uma questão bastante relevante quanto à problemática que nesta obra se propõe responder diz respeito à imposição de penas – uma vez que naturalmente relacionadas ao direito penal – às pessoas jurídicas.

A imposição de uma pena, contudo, deve ser vista como uma reação, e buscando realizar um objetivo diante da sociedade. A noção sobre tais conceitos é sustentada pela teoria geral da pena, pelo que se passa a analisar doravante sua compatibilidade com a punição das pessoas jurídicas.

Para verificação da compatibilidade das sanções penais impostas às pessoas jurídicas com as teorias da pena vigentes em nosso ordenamento, é necessário que se constatem em suas sanções as funções retributiva, preventiva geral – em seu aspecto positivo (normalização da convivência social) e negativo (intimidação) –, e preventiva especial – também em seu aspecto positivo (ressocialização) e negativo (neutralização).

Com efeito, frequentemente se menciona como necessária e possível a incriminação das pessoas coletivas, e inclusive muitas obras apontam, de maneira superficial, finalidades de prevenção geral da pena; poucos autores apontam uma possibilidade de prevenção especial da pena; e uma profunda escassez de obras se verifica quanto a uma função de retribuição (SCANDELARI, 2018, p. 91).

A admissibilidade de responsabilização criminal de empresas depende, dentre outros fatores, do convencimento de que a imposição de sanções de natureza penal seria capaz de atingir algum nível de eficácia.

O que aqui se busca é dar uma noção de maior efetividade, dentro da dogmática penal, à imposição de penas às pessoas jurídicas abstratamente consideradas. Parte esse anseio, também, do fato que a possibilidade de compatibilizar o conceito de pena com as organizações empresariais tem constituído um dos maiores desafios à admissão da imposição de sanções criminais às corporações.

Ponto normalmente aceito tanto por aqueles que admitem como possível aplicar às pessoas jurídicas penas criminais, considerando conciliável com a culpabilidade, quanto aqueles que defendem a sanção por meio de medidas de segurança, baseada na periculosidade, ou mesmo por outras consequências administrativas ou patrimoniais é que a finalidade da punição seria necessariamente preventiva (SCANDELARI, 2018, p. 95).

Nesse sentido, assim afirma Díez (2010):

A opção de basear a penalidade empresarial em uma inclinação positiva de prevenção geral não é nova. Vários são os autores que, de uma forma ou de outra, recorreram a diversas variantes dessa teoria da punição para fundamentar suas posições sobre o assunto. O que talvez o modelo

construtivista contribua neste sentido é uma "atualização" desta opção, a partir dos avanços vividos pelas ciências da comunicação (op. cit., p. 157).⁸³

Entretanto, afinal, para quem a prevenção geraria efeitos? Tal finalidade encontraria igual eficácia para a pessoa física e para a pessoa jurídica? Scandelari (2018) explica que quando ocorre a imposição de penas tanto a pessoas físicas quanto a pessoa jurídica simultaneamente não haveria dificuldade aparente, pois as finalidades da pena aplicada ao agente humano seriam as usuais e, por aproveitamento de conveniência, seriam mantidas formalmente legítimas por reflexo, pois produziriam na sociedade o reforço de confiança nas leis do Estado e a intimidação (como prevenção geral) e a neutralização pelo tempo da pena e a ressocialização do apenado (como prevenção especial). Mas que o mesmo não ocorre quando a pessoa jurídica for punida isoladamente, vez que as pessoas normalmente não se identificam com as empresas, não enxergam nessas pessoas fictícias seu semelhante e por isso tendem a não imaginar aquela sanção como algo bom ou ruim diretamente para si mesmas; e também porque as pessoas jurídicas recebem sanções diferentes daquelas assimiladas pela sociedades como consequências de crimes, especialmente a ausência de imposição carcerária (op. cit., 2018, p. 96).

Shecaira (2011), como contraponto, afirma ser possível enxergar a finalidade preventiva (especial) da pena quando imposta à pessoa jurídica, mesmo em se tratando de penas de caráter financeiro, explicando que o autor do delito deva perder não apenas o produto do crime, mas também o dobro ou o triplo do lucro colimado com o ilícito praticado. Aponta ainda como exemplo de medida sancionatória criminal que se impõe com força de prevenção geral positiva a prestação de serviços à comunidade (op. cit., p. 115-116).

A finalidade retributiva da pena, por sua vez, também constitui desafio. Scandelari (2018) constata que a pessoa jurídica é incapaz de ser encarcerada por sua própria natureza; de maneira similar, não apresenta dor ou a angústia típicas do arrependimento. Qualquer sentimento de humilhação ou reprovação que recaia sobre

⁸³ Tradução livre feita pelo autor. Segue a redação original:

La opción de fundamentar la pena empresarial en una vertiente de la prevención general positiva no es una novedad. Son varios los autores que, de una u otra forma, han acudido a diversas variantes de esta teoría de la pena para fundamentar sus posiciones en esta materia. Lo que quizás aporta el modelo constructivista en este sentido es una "actualización" de esta opción, apoyándose en los avances experimentados por las ciencias de la comunicación (op. cit., p. 157)

a pessoa jurídica necessariamente será imposto por uma projeção que as pessoas naturalmente lançam de algum elemento de ténue humanidade à empresa. Ainda assim, quem o sente são as pessoas (op. cit., p. 98).

Sérgio Salomão Shecaira (2011) defende que o retributivismo não seja visto como fim em si mesmo. Que, na verdade, a pena não deve ser justificada no sentido retributivo hegeliano – pena como negação da negação de um direito – ou como um fundamento metafísico – pena como um fim em si mesma. Ele partilha da ideia que a pena se justifica como retribuição somente no sentido jurídico, necessariamente consignada por objetivos preventivos (op. cit., p. 113).

A concepção de ressocialização é ainda mais inconciliável com as empresas. Elas não podem ser ressocializadas pois nunca foram socializadas (SCANDELARI, 2018, p. 99), assim como pelo fato de seus membros serem normalmente pessoas de prestígio, altamente socializadas.

Há de se igualmente destacar as dificuldades de se fazer uma necessária dosimetria da pena nos termos do art. 59 do Código Penal⁸⁴, vez que há incompatibilidade de alguns dos elementos estipulados pelo legislador como inerentes à mensuração da reprovabilidade da conduta (DOTTI, 2010, p. 180).

Nesse sentido, inclusive, dificilmente seria recomendável a utilização das circunstâncias indicadas no art. 59 do Código Penal para mensurar a pena-base aplicada à pessoa jurídica, vez que foi orientada à imposição de penas privativas de liberdade e especificamente às pessoas naturais. O ideal seria que o legislador se ocupasse de destinar normas específicas para a dosimetria da pena e mesmo para os tipos penais praticáveis pelas empresas, em vez de apenas emprestar-lhes genericamente normas que foram em sua origem projetadas para servir às pessoas físicas (SCANDELARI, 2018, p. 105).

Assim, conclui-se que há quem entenda como perfeitamente aplicável a teoria geral da pena às sanções de carácter penal impostas às pessoas jurídicas, assim como há quem critique veementemente tal alegação.

Todos os problemas ora apontados apenas geram maiores entraves teóricos ao reconhecimento de que as pessoas jurídicas são capazes de delinquir e que podem

⁸⁴ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime...

ser punidas. Muito mais poderia ser dito a respeito, contudo, as limitações naturais à extensão da pesquisa requerem que seja realizado em outra oportunidade.

3.3.3 Os riscos da ineficácia da pena diante da possibilidade de dissolução fraudulenta da pessoa jurídica

Por fim, outro problema que pode ser percebido quando da análise da imposição das penas às pessoas jurídicas diz respeito à possibilidade de que sejam dissolvidas formalmente a fim de se dificultar a aplicação de uma sanção de natureza criminal.

Tal possibilidade inclusive dificultaria o alcance efetivo do Estado sobre o ente delitivo, vez que a pessoa jurídica infratora deixaria de existir e não mais seria, a princípio, passível de punição.

Qual deveria ser a consequência de tal fato? Seria o caso de aplicação do art. 107, I, do Código Penal⁸⁵, que prevê a extinção da punibilidade pela morte do agente? A uma primeira análise, aparenta ser um caso possível de aplicação da analogia, vez que esta é admitida em favor do réu. Contudo, deve isso acontecer caso essa pessoa jurídica seja liquidada pelos seus proprietários unicamente a fim de que não se enfrente um degradante processo criminal? E mais, deve ser possível tal situação simplesmente a título de burla, ou seja, a dissolução da pessoa jurídica para a criação de uma nova empresa sob nova razão social?

Não se pode ignorar a real possibilidade de uma pessoa jurídica ser genuinamente liquidada em decorrência do envolvimento com ilícitos penais, afinal as repercussões daí decorrentes podem afetar a reputação daquela pessoa jurídica de maneira tal que seus rendimentos diminuam significativamente – além de eventuais sanções que possam ser impostas a ela e que também lhe diminuirão a capacidade econômica. Nessas circunstâncias, a princípio, seria compreensível e admissível a extinção da punibilidade.

Entretanto, caso a dissolução da pessoa jurídica seja operada pelos sócios somente a fim de evitar um processo criminal ou mesmo com o intuito fraudulento de

⁸⁵ Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:
I - pela morte do agente;

fazer a pessoa jurídica “reencarnar” sob nova razão social não persistem as razões jurídicas do entendimento pela extinção da punibilidade.

Reconhecer tal possibilidade geraria a inadmissível margem de burlar o processo penal e institucionalizar a impunidade de pessoas jurídicas – dentro de um contexto em que se aceite a incriminação de entes morais.

Essa fraude processual poderia, inclusive, burlar a finalidade retributiva negativa existente no dispositivo da liquidação forçada da empresa⁸⁶ contido no art. 24 da Lei n° 9.605/1998 – a única que puramente possuiria esse viés quando imposta à pessoa jurídica, segundo Scandelari (2018) –, uma vez que a pessoa jurídica simplesmente ressurgiria na sociedade, sob novo rótulo, restando impune (SCANDELARI, 2018, p. 98-99)

Segundo Nucci (2014), tal situação não pode gerar a extinção da punibilidade, devendo-se manter a ação penal. Para tanto, faz menção ao dispositivo do Código de Processo Penal que determina que se for descoberta a qualificação da parte a qualquer tempo no curso do processo será feita a retificação nos autos sem prejuízo da validade dos atos precedentes⁸⁷. Assim sendo, defende o autor a existência de providência apta no ordenamento brasileiro a elidir tais simulações (op. cit., p. 485).

Vimos, assim, três possibilidades diferentes de extinção da pessoa jurídica no bojo de um processo criminal: uma primeira, como um *efeito indireto* da persecução penal contra a pessoa jurídica, em decorrência da fragilidade econômica gerada pelas repercussões negativas do envolvimento do ilícito; a segunda como a *simulação da falência pelos sócios*, a fim de constituir nova e idêntica pessoa jurídica sob nova razão social; e a terceira, decorrente efetivamente da punição *liquidação forçada*, contida no art. 24 da Lei n° 9.605/1998.

No primeiro caso, a persecução criminal que gera repercussões negativas bastantes para levar a pessoa jurídica ao seu fim, pode até ser beneficiada analogicamente pelo instituto da extinção da punibilidade (NUCCI, 2014). No segundo

⁸⁶ Art. 24. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

⁸⁷ Art. 259. A impossibilidade de identificação do acusado com o seu verdadeiro nome ou outros qualificativos não retardará a ação penal, quando certa a identidade física. A qualquer tempo, no curso do processo, do julgamento ou da execução da sentença, se for descoberta a sua qualificação, far-se-á a retificação, por termo, nos autos, sem prejuízo da validade dos atos precedentes.

caso, a simulação da falência pelos sócios não deve constituir entrave à continuidade do processo criminal contra a nova pessoa jurídica criada, fazendo-se apenas a retificação nos autos (NUCCI, 2014); Não há de se desprezar, entretanto, que nesse caso o patrimônio da pessoa jurídica “ilusoriamente” falida deverá ser utilizado para arcar com compromissos anteriores e a devida reparação dos danos originados por seus atos ilícitos.

Situação similar ocorreria na terceira situação. Caso a liquidação forçada seja imposta a uma pessoa jurídica – o que, assevere-se, é consequência bastante improvável, em face da necessidade imposta pela lei de que a pessoa jurídica tenha sido criada exclusivamente com a finalidade de praticar ilícitos –, o patrimônio daquela empresa deve ser considerado instrumento do crime e será todo vertido em favor do Fundo Penitenciário Nacional, nos termos do art. 24 da Lei nº 9.605/1998, já mencionado.

Se tudo isso for assumido com verdadeiro, pode-se afirmar que existem dentro do ordenamento brasileiro mecanismos bastantes para evitar que a simulação da “morte” da pessoa jurídica seja um meio viável de fraudar o processo penal contra uma pessoa coletiva.

É evidente que tais situações não são facilmente percebidas durante o curso de um processo criminal, e que há a inegável necessidade de vigilância das autoridades no curso do processo.

Isso também deve ser levado em consideração diante de tão polêmicas discussões que visam a compatibilizar a incriminação de pessoas jurídicas com a dogmática contemporânea do direito penal.

4 SANÇÕES EXTRAPENAIIS COMO MEIO DE TUTELA MÁXIMA DO DANO AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOAS JURÍDICAS

4.1. OS PROBLEMAS DAS SANÇÕES CIVIS; 4.2 OS PROBLEMAS DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS PURAS; 4.3 OS PROBLEMAS DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA; 4.4 OS PROBLEMAS DE UM DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Este capítulo tem como objetivo específico a discussão sobre a possibilidade de utilização de sanções exclusivamente extrapenais para tutelar o dano ambiental praticado pelas pessoas jurídicas.

A justificativa para sua apresentação neste estudo parte do fato de que a totalidade da doutrina contrária à responsabilização penal das pessoas jurídicas entende que as sanções existentes fora do âmbito do direito penal são suficientes para a tutela do meio ambiente⁸⁸.

Pelo entendimento de que o assunto trazido neste capítulo é conveniente para a compreensão necessária do tema proposto no trabalho, impõe-se o seu aprofundamento, até mais do que os temas discutidos no capítulo anterior.

Inicialmente, é interessante perceber que os bens jurídicos não são uma exclusividade do direito penal⁸⁹. Inclusive, muito embora a teoria de proteção dos bens jurídicos como função do direito penal seja praticamente dominante no Brasil, cumpre lembrar que sequer é unânime na doutrina⁹⁰.

Não se pretende, nesta breve introdução capitular, redundantemente explicar a necessidade de intervenção penal para a tutela do bem ambiental, visto que isto já foi feito no capítulo vestibular da tese.

Assim sendo, é bastante necessário reconhecer que os bens jurídicos também merecem a tutela por outras searas do direito que não a penal. Isso, inclusive, deve ser o preceito máximo de um direito penal mínimo, afinal, já foi informado no início desta pesquisa que o pensamento do autor harmoniza com a função do direito penal necessariamente como a tutela subsidiária dos bens jurídicos (BARATTA,

⁸⁸ Registre-se, entretanto, que não é de desconhecimento do pesquisador a existência de vertentes doutrinárias que defendem a criação ou aplicação de um “sistema híbrido” para a sanção das pessoas jurídicas. Este capítulo também se orienta a discutir as propostas feitas nesse sentido.

⁸⁹ Relembre-se, como já exposto alhures, que o próprio meio ambiente é visto como bem de proteção jurídica, frequentemente subdividido como “macrobem ambiental” e “microbem ambiental”.

⁹⁰ Neste sentido, vide as críticas feitas por Hirsch, Stratenwerth e Jakobs (ROXIN, 2018, p. 14-15).

2003), devendo como filtro ser utilizado o princípio da subsidiariedade (ROXIN, 2008), normalmente consubstanciado no ordenamento brasileiro como o princípio da fragmentariedade e princípio da intervenção mínima.

É justamente por este motivo que a nomenclatura utilizada para o presente capítulo expressamente se destina a demonstrar a insuficiência ou inadequação das sanções extrapenais como tutela máxima do dano ambiental praticado pelas pessoas jurídicas.

Assim, leia-se que não pretende o autor desmerecer as sanções extrapenais impostas como acessórias ou mesmo preliminares às sanções penais que aqui se defendem como impostas à pessoa jurídica, mas tão somente discutir os motivos pelos quais se sustenta que a sua utilização exclusiva, sem a presença da sanção penal às corporações, não é desejável dentro do ordenamento.

4.1 OS PROBLEMAS DAS SANÇÕES CIVIS

Uma das recorrentes justificativas feitas à desnecessidade de uso da responsabilização penal da pessoa jurídica seria a de que o direito civil poderia ser suficiente para tutelar o dano ambiental, ou mesmo a soma do direito civil com o direito administrativo.

Entretanto, como será discutido ao longo deste tópico, muito embora o direito civil seja um importante e interessante instrumento de tutela do dano ambiental, não pode ser o único mecanismo utilizado para a tutela máxima das violações ambientais graves, nem tampouco se apresenta como suficiente a sua soma com o direito administrativo.

Há de se reconhecer, à guisa de introito, que a sanção civil imposta à pessoa jurídica não encontra os diversos óbices apontados como incompatíveis dentro da dogmática penal, em especial quanto à capacidade de ação das pessoas jurídicas, quanto à responsabilização de um indivíduo por fato de terceiro⁹¹ e também quanto à existência de culpabilidade do ente moral, visto que não há, em primeira análise, a necessidade de que tais elementos sejam estritamente vislumbrados como no direito penal.

⁹¹ Neste sentido, cf. Miguel Bajo Fernandez (1978).

Entretanto, como será demonstrado, a imposição de sanções civis a título de tutela das violações mais graves ao ambiente também encontrará inconsistências com esse específico campo jurídico.

Em primeiro lugar, é mister consignar novamente que as críticas aqui realizadas não se destinam à completa desqualificação das sanções civis no âmbito da reparação ambiental. Longe disso.

Na verdade, este pesquisador reconhece a importância do direito civil para a tutela ambiental, relevância tal traduzida pela própria Constituição Federal⁹² em seu art. 225. A responsabilidade civil pelo dano ambiental já era declarada no ordenamento brasileiro antes mesmo da promulgação da Carta Magna, asseverasse⁹³.

Inclusive, a responsabilidade civil figura como um importante aliado na tutela ecológica, sobretudo quando somada à responsabilização administrativa e penal. A imposição da obrigação de reparar os danos ambientais causados por uma pessoa jurídica é um necessário e interessante componente da responsabilização ambiental como um todo, integrando um sistema plútime de correção e repreensão.

Entretanto, como se espera ter deixado claro, a imposição de reparação civil é importante e interessante quando é um fator adicional imposto pelos danos ambientais. O mesmo não se afirma da possibilidade de que seja o direito civil o único instrumento de repreensão dentro do direito pela degradação da natureza.

Ab initio, cumpre registrar que a maior parte dos motivos que levam à declaração de que o direito civil é inadequado para a tutela máxima do dano ambiental causado pela pessoa jurídica parte da própria negação da tutela ambiental

⁹² Assim diz a Constituição Federal de 1988:

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.

(...)

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 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.

⁹³ Neste sentido, assim versa a Lei nº 6.938/1981:

“Art. 4º A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

(...)

VI à preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida.

exclusivamente realizada pelo direito civil para qualquer tipo de agente violador – seja pessoa física ou jurídica.

Já foi discutido alhures que o direito civil é incapaz de tutelar sozinho a lesão ambiental realizada pela pessoa física, que, isoladamente, possui alcance lesivo múltiplas vezes menor do que o de uma pessoa jurídica. Neste sentido, como primeiro argumento, a mera imposição de sanção civil à pessoa jurídica como forma de tutela máxima do meio ambiente se impõe como insuficiente pelo mesmo motivo que a sanção civil imposta à pessoa física: o seu caráter meramente reparatório não possui as finalidades preventivas gerais tipicamente contidas na pena.

Neste ponto, ainda que se afirme que a pessoa jurídica será sancionada civilmente mas as pessoas físicas infratoras podem ser imputadas criminalmente, pouco ainda há de se falar sobre um caráter preventivo, visto que as pessoas físicas punidas podem ser substituídas por outras pessoas físicas, que podem continuar delinquindo da mesma forma que as anteriores.

Some-se a isso a natural e provável dificuldade de encontrar uma pessoa física responsável pela prática do crime ambiental dentro de um contexto de divisão de tarefas e de uma desorganização corporativa (ESTELLITA, 2017).

Tais problemas, embora também existam em um cenário em que se admita a responsabilização penal das pessoas jurídicas, diminuem as ocasiões de impunidade, vez que a pessoa jurídica estará apta a sofrer uma sanção rigorosa, necessariamente prevista em lei. Como resposta a esse argumento, há quem possa declarar que a sanção civil imposta ao ente coletivo já vale como a sanção rigorosa mencionada. Entretanto, há um limite da sanção civil imposta, que é necessariamente o limite da reparação. Não pode a sanção civil ser imposta desvinculada de qualquer parâmetro, sendo a medida de sua imposição o próprio montante necessário à reparação do dano⁹⁴.

Esse fator é de bastante importância também porque, quando se trata da avaliação de danos ambientais, não existem critérios objetivos para delimitar a extensão dos prejuízos, especialmente quando não houver o envolvimento direto do

⁹⁴ Nos termos do Código Civil brasileiro:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

patrimônio de indivíduos, sendo normalmente exigida perícia para constatar suas repercussões⁹⁵. O risco da ineficácia de tal medida é potencializado quando a constrição de bens e valores é a única sanção a ser imposta, desvinculada das demais normalmente previstas como penas impostas às pessoas jurídicas⁹⁶.

Tal pensamento se apresenta como ainda mais temerário quando se constata a possibilidade de que, ainda que se constate de modo prudente o valor econômico necessário para a reparação dos danos, o montante do patrimônio despojado para pagar a indenização seja inferior aos lucros decorrentes da violação ambiental. Isso não apenas tornaria a imposição de mera sanção civil como ineficaz, como ainda estimularia a reincidência na degradação ambiental, visto que poderá ser verificada vantagem econômica no feito.

Naturalmente, se a sanção civil não fosse necessariamente limitada pelas barreiras atinentes à extensão do dano causado⁹⁷ – e pudesse ultrapassar esse montante a título de prevenção e desestímulo –, o risco da degradação ambiental lucrativa, embora ainda existente, seria menor (CRUZ, 2008).

Neste ponto urge o reconhecimento de que a pena, por não estar limitada à barreira natural da extensão do dano, especialmente por suas funções preventiva e retributiva, pode ser de montante mais elevado e criar um mais eficaz desestímulo (SHECAIRA, 2011).

Em trabalhos anteriores, o pesquisador já discutiu os riscos da aplicação ineficaz do princípio do poluidor-pagador⁹⁸. É indispensável a construção de um sistema de prevenção de riscos ancorado na aplicação de sanções significativas que

⁹⁵ Neste sentido, assim assevera a Lei n° 9.605/1998:

Art. 19. A perícia de constatação do dano ambiental, sempre que possível, fixará o montante do prejuízo causado para efeitos de prestação de fiança e cálculo de multa.

Parágrafo único. A perícia produzida no inquérito civil ou no juízo cível poderá ser aproveitada no processo penal, instaurando-se o contraditório.

(...)

Art. 20. A sentença penal condenatória, sempre que possível, fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente.

⁹⁶ A exemplo das já mencionadas penas de proibição de contratar com o poder público, prestação de serviços à comunidade e fechamento de filias e sucursais.

⁹⁷ Neste, sentido, assim diz o Código Civil:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

⁹⁸ Novamente, cf. o trabalho “implicações econômicas do princípio do poluidor pagador e a criminalização da conduta corporativa lesiva ao meio ambiente”, que foi pelo pesquisador apresentado no CONPEDI de 2016, em Curitiba-PR.

decorrem desse importante princípio ambiental. Para que se prospecte eficácia para tal sistema, é necessário que a prevenção de riscos seja mais efetiva do que a reparação de danos, o que implica que a responsabilidade pela reparação seja onerosa o bastante para não tornar a indenização atraente e sobre ela fazer incidir sanções penais também às condutas degradadoras (CRUZ, 2008, p. 69).

Some-se a esse risco a hipótese, ainda, de ser a indenização fixada em montante muito baixo, que em nada represente desestímulo para uma corporação de grande porte. Esse panorama não reproduz uma realidade distante e intangível, e recentemente experimentado no cenário jurídico brasileiro (PENNA e REZENDE, 2018).

Deve ser ainda considerada a massiva capacidade econômica de certas empresas, que de alguma maneira pode se apresentar como elemento de intimidação às pessoas (partes requerentes quanto a reparação de danos, testemunhas) e instituições que estejam dispostas a atuar contra tais entes em um processo judicial. Muito embora o mesmo poder intimidador esteja presente potencialmente também em um processo penal, as instituições e pessoas competentes para o processamento de crimes de possuem mecanismos mais específicos para lidar com ameaças.

Não se olvide, ainda, o caráter naturalmente disponível do patrimônio⁹⁹, que constitui inexoravelmente o objeto central da sanção cível. Por esse atributo ínsito aos bens patrimoniais, o direito civil é extremamente aberto à possibilidade de realização de conciliações e outras medidas de facilitação ou diminuição das sanções.

No cenário de uma reprimenda unicamente indenizatória, de caráter civil, some-se como elemento de insuficiência ainda a possibilidade de repassar o valor patrimonial usado como sanção ao consumidor na forma de externalidade, v. g., aumentando o preço de seus produtos a fim de que consiga se recuperar mais rápido do dano.

Conclui-se, como primeiro ponto argumentativo, então, que as sanções civis isoladas são insuficientes porquanto não podem ultrapassar os limites naturais impostos pela extensão do dano ambiental, que por sua vez já é dificilmente

⁹⁹ Não se discute aqui a indisponibilidade do bem ambiental, e sim do patrimônio como bem em si considerado, vez que o patrimônio é o principal objeto sobre o qual recaem as obrigações civis.

mensurável, além dos riscos já mencionados de tornar a sanção meramente pecuniária insuficiente ou mesmo atraente para a corporação.

Entretanto, as críticas à utilização exclusiva do direito civil como elemento de reprimenda por danos ambientais não se limitam ao que foi exposto.

É válido demonstrar a crítica feita por Luiz Regis Prado (2019) à categoria de pena prestação pecuniária no âmbito da legislação penal. Segundo o autor, há dúvidas sobre se a reparação dos danos é, de fato, sanção de natureza penal ou uma forma de reparação civil travestida de sanção criminal para facilitar seu cumprimento (op. cit., p. 199). Neste ponto do estudo, então, é interessante lançar uma reflexão sobre esse instituto, muito embora a pena de prestação pecuniária não possa ser imposta à pessoa jurídica¹⁰⁰.

De início, cumpre lembrar que a prestação pecuniária é prevista originalmente como sanção penal de espécie de pena restritiva de direitos no Código Penal¹⁰¹. Ela prevê o pagamento de dinheiro pelo infrator diretamente à vítima de um crime, importância paga que inclusive será deduzida do montante de eventual condenação em ação de reparação civil posterior. Essa modalidade de pena foi também incluída

¹⁰⁰ Como diz a Lei nº 9.605/1998,

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

I - multa;

II - restritivas de direitos;

III - prestação de serviços à comunidade.

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.

¹⁰¹ Assim diz o Código Penal brasileiro:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I - prestação pecuniária;

(...)

Art. 45. *Omissis*

§ 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.

na Lei de Crimes Ambientais¹⁰² com redação similar. Também naquele diploma legal tal pena foi incluída como de espécie restritiva de direitos¹⁰³.

Não seria a prestação pecuniária, de fato, uma sanção civil com o rótulo de pena?

Guilherme de Souza Nucci (2014) explica que a pena de prestação pecuniária se trata de antecipação de eventual indenização civil (op. cit., p. 494). Há aparentemente nesse ponto um caráter de reparação civil travestida de sanção criminal, com o único intuito de facilitar seu cumprimento (PRADO, 2019, p. 200), vez que eventual ação de reparação de danos na esfera civil decorrente de uma lesão que configurou crime terá a natureza de ação civil *ex delicto* e terá de ser sustada até que ocorra o deslinde definitivo na esfera penal.

Em apertada síntese, de fato, a prestação pecuniária aparenta ser uma mera antecipação de indenização cível com a pecha de pena. Isso demonstra que existem, também entre o direito civil e o direito penal, pontos de nebulosa intercessão, que em nada facilita o trabalho da definição ontológica das sanções.

Essa constatação de alguma maneira fragiliza o que se defende neste trabalho doutoral? Afinal, isso não sugeriria a possibilidade de, na mesma medida que sanções civis são introduzidas de maneira disfarçada na legislação penal, também ser possível a imposição de uma pena disfarçada na legislação cível como reprimenda das pessoas jurídicas?

Na ótica do pesquisador, não. Tal medida expressamente violaria uma série de dispositivos atinentes ao direito penal, tais como o princípio da legalidade¹⁰⁴ e da intervenção mínima, infringindo a máxima garantista (FERRAJOLI, 1995) *Nullum*

¹⁰² Assim diz a Lei n° 9.605/1998:

Art. 12. A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima ou à entidade pública ou privada com fim social, de importância, fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual reparação civil a que for condenado o infrator.

¹⁰³ De acordo com a Lei n° 9.605/1998,

Art. 8° As penas restritivas de direito são:

I - prestação de serviços à comunidade;
II - interdição temporária de direitos;
III - suspensão parcial ou total de atividades;
IV - prestação pecuniária;
V - recolhimento domiciliar.

¹⁰⁴ Segundo o qual, nos termos do Código Penal brasileiro,

Art. 1° - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

crimen, nulla poena sine praevia lege poenali, além, evidentemente, de ser uma grave e injustificável burla de etiquetas.

Nas palavras de Luís Greco (2018), “o legislador está livre para chamar de ‘pena’ algo que uma pena não é. O que o legislador não pode, contudo, fazer, é chamar de outro nome algo que é uma pena” (p. 71). Ou seja, é admissível que uma sanção de natureza cível seja cognominada de pena, porém jamais será admissível que uma sanção penal seja inserida em searas diversas do direito penal sob outros prosônimos.

Outrossim, ainda que a “pena” de prestação pecuniária fosse imputada às pessoas jurídicas na Lei nº 9.605/1998 – o que não acontece –, não necessariamente seria a única imposta, e necessariamente teria de respeitar os limites processuais ínsitos ao direito penal contidos na Constituição Federal.

Em outras palavras, a inserção de uma sanção de natureza extrapenal dentro de um processo penal em nada burla direitos, visto que o direito penal pressupõe a área do direito legitimada a realizar a intervenção máxima de direitos (BUSATO, 2018), e, justamente por conta disso é também a área jurídica que permite as maiores garantias (SHECAIRA, 2011). O contrário, por sua vez, não acontece, máxime porque o direito civil, este sim, prevê situações expressamente legais de responsabilidade objetiva¹⁰⁵, presunção de culpa, não lida com a imposição de taxativa tipicidade¹⁰⁶

¹⁰⁵ Aqui seja destacada, por exemplo, a situação de responsabilidade objetiva por risco do empreendimento, contida no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, ou situações de responsabilidade dos fornecedores por fato do produto ou serviço no Código de Defesa do Consumidor. Os trechos são colacionados abaixo. Previsão no Código Civil:

Art. 927. *Omissis*

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

(...)

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação. Previsão no Código de Defesa do Consumidor:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

(...)

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

¹⁰⁶ Por força do princípio da taxatividade, decorrente do princípio da legalidade penal, segundo o qual toda figura típica precisa ser descritiva ao ponto de não gerar dúvidas sobre como praticá-la. Na

para a previsão de sanções, permitindo assim a existência de um tipo amplamente aberto, além de não conferir uma série de prerrogativas ao réu típicas de um processo penal¹⁰⁷.

Assim, finalize-se, reconhecer a possibilidade de impor verdadeiras penas embuçadas na legislação cível não apenas é uma inadequação jurídica, mas principalmente se trata de uma genuína violação de direitos – que possuem dimensão fundamental, conforme será demonstrado no consecutivo capítulo.

Um outro ponto que merece alguma ponderação é o instituto do dano moral ambiental (LEITE, 2000), também invocado por alguns dentre aqueles contrários à incriminação das corporações como um instituto potencialmente aptos a tutelar mesmo em caráter mais grave a degradação ambiental causada pelas pessoas jurídicas.

Segundo a sua proposta, o dano moral ambiental, fundado necessariamente em um caráter coletivo, não se baseia na dor, elemento indispensável à teoria do dano moral individual. Em vez disso, é configurado por uma desvalorização do meio ambiente em caráter imaterial, ao mesmo tempo que também uma desvalorização de outros bens, tais como a saúde ou a qualidade de vida (LEITE, 2000, p. 294).

A existência do dano moral coletivo pressupõe a necessidade de que haja ofensa psicológica a uma coletividade, mormente em grupos determinados, uma ofensa ao sentimento coletivo. É necessário realizar uma adequação no instituto da responsabilidade civil para que se possa acolher o dano moral coletivo, progredindo a capacidade de reparação desde o ressarcimento do dano individual até o montante dos prejuízos universalmente produzidos a qualquer comunidade que seja vítima do dano (CAMPOS e BURLANI, 2008, p. 517).

legislação civil, a tipicidade é absolutamente aberta, sendo utilizado praticamente apenas dois dispositivos legais para a previsão de toda conduta civilmente ilícita, contida no art. 186 e no art. 187 do Código Civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹⁰⁷ Destacam-se aqui a presunção de inocência, o princípio *in dubio pro reo*, a responsabilidade penal individual em face da culpa, entre outros, todos institutos tipicamente penais, inexistentes nos processos civis.

Tal instrumento pode ser um meio adequado para reprimir a conduta de grandes corporações que, de alguma forma, passem a poluir ou causar prejuízos à qualidade do ambiente. Já existem julgados brasileiros relacionados ao tema¹⁰⁸.

A despeito de o instituto encontrar resistência em parte da doutrina,¹⁰⁹ mormente quanto à possibilidade de se pressupor um sentimento ou personalidade coletivos, o que aqui se aponta como maior incongruência em relação a tal instituto não tem relação com tais argumentos. Frise-se que não se propõe o pesquisador a criticar especificamente a existência de tal instituto, primeiro porque tal objetivo em nada se relacionaria com a proposta desta tese; segundo, porque, correndo o risco de ser taxado de repetitivo, a limitação natural do alcance de um trabalho de vulto doutoral se apresenta como claro empecilho para fazê-lo apropriadamente sem que se sacrifiquem outros pontos cruciais para a construção do entendimento que se propõe.

A crítica a que se destina fazer por ocasião deste trabalho diz respeito especificamente à ideia de fantasiar o dano moral coletivo a represália máxima dentro do direito para uma violação ao meio ambiente.

O dano moral ambiental coletivo apresenta-se como medida inidônea para tanto por quatro motivos: primeiro, porque pressupõe a necessidade de uma coletividade direta ou indiretamente atingida pelo dano ambiental; segundo, novamente pelo caráter reparatório de uma sanção civil; terceiro, pela natural dificuldade de se mensurar economicamente um dano moral; quarto e último, porque a destinação dos recursos é orientada às vítimas, e não à reparação dos danos ambientais.

O primeiro motivo, assim, torna o dano moral coletivo inviável como tutela máxima do dano ambiental porque, quando um dano ambiental for praticado em uma área sem que se avizinhe uma comunidade, não haverá titulares para reclamar tal reparação moral.

O segundo motivo para a inviabilidade do dano moral coletivo novamente diz respeito ao caráter reparatório do dano moral. Não existe no âmbito da responsabilidade civil um dispositivo idôneo a legitimar uma sanção civil além dos

¹⁰⁸ Neste sentido, cf. Apelação Cível nº 2001.001.14586, Des. Maria Raimunda T. de Azevedo, julgado em 2002.

¹⁰⁹ Neste sentido, cf. Rui Stoco (2007) e Teori Zavascki (2006).

limites necessários à reparação de um dano, mesmo que se trate de dano moral¹¹⁰. Uma corporação que cause dano moral a outrem pode ser, de fato, condenada a repará-lo, porém não mais do que isso. Não há de se falar na imposição de uma sanção de natureza civil que perpassasse os limites da mera reparação do dano. Qualquer montante que ultrapassasse esse limite passaria a ter um caráter punitivo, de castigo, e já passaria a ser uma sanção penal com rótulo de sanção civil, portanto, inadmissível.

Como terceiro motivo, impõe-se a natural dificuldade de se mensurar um dano moral em termos financeiros. Como se sabe, ao contrário do dano material, que normalmente se apresenta como mais fácil de mensurar – sendo bastante para tanto a percepção do que efetivamente foi perdido e o que razoavelmente se deixou de lucrar –, o dano moral é a angústia, a dor, o revés psicológico experimentado por alguém, o que dificilmente é medido por meio de bens fungíveis. Portanto, a fixação do dano moral é extremamente abstrata, o que aumenta o risco de sua imposição ser ineficiente.

Por fim, o último motivo diz respeito ao fato de a destinação dos recursos ser orientada especificamente às pessoas integrantes da coletividade. Isso, por si só, não é algo ruim. Pelo contrário, a uma primeira análise consegue se perceber uma medida de respeito à dignidade humana e à justiça social. Entretanto, o ambiente, que é efetivamente lesado pela conduta, em nada é reparado pelos recursos orientados ao pagamento do dano moral ambiental coletivo, simplesmente pelo motivo de que o ambiente não é sujeito de direitos no ordenamento brasileiro e, portanto, não é titular do recebimento de uma indenização.

Novamente, o pesquisador não critica o instituto ou afirma ser incompatível com a tutela ambiental. Reconhece, sim, que se trata de um interessantíssimo recurso a acrescentar na complexa tutela ambiental, especialmente quando se tratar de seu âmbito cível, mas que definitivamente não pode tornar o direito civil, isoladamente, o mecanismo mais idôneo à salvaguarda máxima da responsabilização das pessoas jurídicas por dano ambiental. E nem essa é a proposta do instituto.

¹¹⁰ Neste sentido, assim versa o Código Civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

(...)

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Para encerrar a análise sobre a insuficiência das sanções cíveis como forma de reprimenda máxima do dano à natureza, devem ser transferidos a tal seara alguns questionamentos que são apontados como inconciliáveis com o direito penal e que, de alguma forma, também podem ser inconciliáveis com o direito civil.

Tais inquietações dizem respeito especificamente à capacidade de ação da empresa no âmbito civil bem como a existência de vontade do ente moral. Visto que tais elementos são frequentemente apontados como entraves à responsabilização penal da pessoa jurídica, e que também com recorrência a doutrina penal aponta o direito civil como adequado para sancionar as pessoas jurídicas, a investigação da validade de tais institutos dentro do direito civil é medida que se impõe para garantir que tal solução não seja meramente falaciosa, i.e., simplesmente “ouro-de-tolos” jurídico.

Quanto à capacidade de ação da empresa, é de se asseverar que a legislação cível pressupõe a necessidade de existência para a configuração de um ilícito civil no art. 186 do Código Civil, visto que a expressão usada pelo legislador é a de “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência¹¹¹” para a configuração de responsabilidade civil. Registre-se nesse mesmo instituto a existência de vontade, uma vez que é utilizada a expressão “voluntária”, e também de culpa, já que é feita menção a negligência e imprudência.

Pontes de Miranda (2012) afirma que a pessoa jurídica deve responder por todo dano que resulte de ato ilícito que seja por ela praticado, declarando ainda que é necessário que o ato tenha sido praticado em exercício de suas funções (op. cit., p. 467). Consigne-se que tal posicionamento em muito se assemelha com os modelos de responsabilização penal da pessoa jurídica alhures demonstrados.

Haverá quem alegue que, na esfera cível, uma pessoa pode responder por ato de terceiro, como se verifica no art. 932 do Código Civil¹¹², por exemplo. Assim

¹¹¹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹¹² Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;
IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;
V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

sendo, toda e qualquer conduta que configure responsabilidade civil nascerá por uma ação de uma pessoa natural, pela qual pode responder o patrimônio da pessoa jurídica por meio do vínculo da representação. Em todo caso, a responsabilidade civil recai sobre a pessoa jurídica da mesma forma, ainda que em decorrência de fato de terceiro.

Quanto à *vontade* da pessoa jurídica, há também que se dizer que considera que a manifestação de vontade daquele que a representa produzirá efeitos na seara civil, por força do art. 116 do diploma cível¹¹³. Assim sendo, também pode-se afirmar que a vontade direta da pessoa jurídica não é compreendida no direito civil senão por meio da representação.

Diante da exposição de tais premissas, apresenta-se como frágil a equiparação da ação ou omissão da pessoa jurídica no direito civil com a sua concepção no direito penal, bem como a noção de vontade ou de culpa no direito civil se comparada com estas no prisma penal. Ainda assim, contudo, admite-se juridicamente a possibilidade de responsabilização do ente moral em decorrência dos atos praticados por seus representantes.

É bem verdade que o direito civil não atua apenas na reparação de danos, mas também na imposição de obrigações que nem sempre se traduzem em cifras econômicas, como a obrigação de fazer e de não fazer.

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça fundamentou suas decisões com base no princípio hermenêutico *in dubio pro natura*: a inversão do ônus da prova para comprovação do dano ambiental; a reparação integral do dano mediante a cumulatividade de obrigações de fazer, não fazer e pagar; e a possibilidade de dano extrapatrimonial ambiental. Sob esta ótica, vê-se que o princípio, corolário da precaução, é utilizado para que haja uma prevenção dos danos ambientais, e responsabilização e reparação integral quando houve a atividade degradadora, sempre interpretando a norma para atender aos fins sociais a que se destina: a proteção efetiva do meio ambiente. (LEITE et al, 2017, p. 186-187)

De fato, não se pode olvidar esses importantes meios de atuação do direito civil. Neste ponto, dessarte, cumpre ensaiar um exame sobre os institutos civis da obrigação de não fazer, obrigação de fazer e astreintes, todas afeitas à seara civil ambiental.

¹¹³ Art. 116. A manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado.

A obrigação de não fazer é um mecanismo importante no Direito Civil que tem como objetivo a abstenção de algum comportamento por meio de instrumento contratual ou ordem judicial. É um excelente meio de prevenir contra algo indesejado, por exemplo. Na esfera ambiental, pode-se dizer que a obrigação de não fazer pode se apresentar como muito útil, normalmente com base no princípio da prevenção, especialmente se há suspeitas de que determinada conduta por parte de uma sociedade pode gerar danos ambientais.

Entretanto, a imposição de uma obrigação de não fazer a uma pessoa jurídica não se harmoniza com uma reação punitiva máxima. A obrigação de não fazer ambiental guarda similitude com medidas preventivas, acautelatórias, com finalidades não predatórias ao ambiente. Não seria possível, por exemplo, que um juiz, após a verificação de que uma pessoa jurídica causou dano ambiental, impusesse por meio do direito civil uma obrigação de não fazer que impedisse aquela pessoa jurídica de funcionar, vez que a suspensão das atividades de uma empresa é genuína pena prevista na lei nº 9.605/1998¹¹⁴.

No âmbito civil, portanto, as obrigações de não fazer não possuirão vulto punitivo, e isto por dois motivos: i) visto que as obrigações são meros vínculos transitórios que se extinguem com seu efetivo cumprimento; uma vez que a abstenção objetivada seja, de fato, efetivada pelo obrigado, a obrigação desaparecerá, embora possa ser objeto de um novo processo no futuro. E ii) as obrigações de não fazer, embora possuam claro alicerce preventivo, não possuem caráter de reprovação e reprimenda, típicos de uma genuína pena¹¹⁵.

A obrigação de fazer, por sua vez, é um interessante e importante instituto que, por instrumento contratual ou ordem judicial, força um sujeito a realizar algum comportamento positivo. Na seara ambiental, a obrigação de fazer normalmente consiste na recomposição ambiental. Não há dúvidas de que a recomposição, o reflorestamento e a reparação do dano são extremamente importantes e úteis na seara ambiental. Entretanto, podem-se pressupor essas medidas como sanção *ultima ratio* pelo dano ambiental? Não parece arrazoado assumir como verdadeira tal

¹¹⁴ 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.

¹¹⁵ Vez que, novamente, no Brasil adotam-se as teorias retributiva e preventiva da pena.

assertiva. Afinal, não faria sentido que um magistrado impusesse obrigações de fazer que claramente ultrapassassem as ações necessárias para desfazer o que foi praticado a título de violação ambiental. Considerando que a obrigação de fazer não constitui uma pena, em seu estrito sentido técnico-jurídico, seria desarrazoado estipular que uma pessoa jurídica que tenha desmatado dez hectares de mata nativa tenha de reflorestar cem hectares da mesma mata – ou seja, dez vezes mais do que efetivamente vilipendiou. Tal medida não poderia ser tomada por outro ramo do direito que não fosse o direito penal – pois este sim, legalmente possui o condão legislativo de reprovar e prevenir¹¹⁶ o crime.

É, em especial, pela função preventiva da pena (e não pela função meramente retributiva), que o Direito Penal possui a legitimidade de impor uma sanção que seja quantitativamente superior ao próprio mal praticado. Mas isso não possuiria fundamento legislativo no âmbito do Direito Civil.

O juiz até poderia impor astreintes pelo descumprimento da obrigação de fazer originada na decisão judicial, mas mesmo estas não funcionam como uma pena, mas sim como uma mera multa processual, um simples mecanismo de execução indireta, como forma de coagir o devedor ao cumprimento da obrigação, que, por sua vez, possui caráter reparatório na seara ambiental.

Propõe-se, aqui, como parcial conclusão desta discussão, que o direito civil é um importantíssimo recurso para a tutela ambiental, mas que não pode, sozinho, ser o instrumento máximo de resposta estatal ao dano ao meio ambiente. Seus instrumentos são vastos e serão sempre necessários diante de ilícitos ambientais, mas nos casos mais graves é fundamental que haja, cumulativamente, sanção mais enérgica contra o infrator. Só assim, em teoria, aproxima-se mais do cumprimento das funções de retribuição e da prevenção das respostas do Estado à prática de violações ao macrobem e microbem ambientais.

4.2 OS PROBLEMAS DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS PURAS

¹¹⁶ Código Penal, Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

Talvez a mais acolhida medida que se considera como válida para a reprimenda de atos violadores do ambiente por aqueles que não admitem a responsabilidade penal da pessoa jurídica seja a sanção administrativa¹¹⁷.

Com efeito, as sanções administrativas constituem-se de vários elementos bastante interessantes como meio de desestímulo à prática ilícita. Para começar, pode-se afirmar que a tutela administrativa é declaradamente voltada para o caráter preventivo, perfeitamente compatível com o que se espera da tutela do bem ambiental.

Não por outro motivo, o próprio constituinte de 1988 viu como importante a sanção administrativa no caso de atividade lesiva ao meio ambiente¹¹⁸. Em consonância com o texto constitucional, a Lei n° 9.605/1998 também disciplinou as sanções administrativas impostas àqueles que de alguma maneira violarem as normas ambientais¹¹⁹.

Constata-se, por ocasião dos motivos elencados, que a tutela administrativa do meio ambiente se apresenta como um valioso elemento na salvaguarda do bem ambiental e que com razão foi incluído como um mecanismo para coibir a prática de atos lesivos¹²⁰.

O que não se pode, entretanto, é defender também a utilização exclusiva do direito administrativo para a tutela do dano grave praticado ao meio ambiente por pessoas jurídicas, bem como também a combinação entre sanção administrativa e eventuais sanções civis, sem a tutela penal, por vários motivos adiante demonstrados. A grande maioria dos motivos diz respeito a flagrantes violações a relevantes direitos, ideia considerada central segundo a proposta do presente estudo.

Como primeiro argumento para embasar tal premissa, impõe-se a relevância do bem jurídico ambiental. Novamente, a própria noção de dignidade penal na tutela

¹¹⁷ Aqui cita-se o entendimento de Miguel Bajo Fernandez (1978) a título de exemplo.

¹¹⁸ Art. 225. *Omissis*

§ 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.

¹¹⁹ 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.

¹²⁰ Aqui, contudo, não se defende de maneira alguma a concepção de que a Lei n° 9.605/1998 possui técnica legislativa impecável ao disciplinar as sanções administrativas. A propósito, diversas são as atecnias praticadas pelo legislador em referido diploma legal, tais como a utilização de tipos penais para o que poderia sem prejuízo ser tutelado como meras infrações administrativas, a ausência de proteção a importantes objetos materiais ambientais, entre outros (PRADO, 2019).

do meio ambiente – tanto conferida pelo Constituinte de 1988 no art. 225, §3º, como também sustentada pelos argumentos pré-positivos já mencionados previamente –, o meio ambiente requer a utilização de meios mais vigorosos a fim de fazer valer sua proteção.

Como já se afirmou em momento anterior, a concepção de um direito penal mínimo é compatível com a salvaguarda subsidiária dos direitos mais importantes existentes na sociedade (ROXIN, 2018). A ideia de que o meio ambiente é um bem indispensável à equilibrada vida social parece encontrar pouca resistência lógica.

E, ao se considerar sobretudo a gravidade da lesão praticada ao bem ambiental, especialmente por uma pessoa jurídica, impõe-se como, no mínimo, coerente que as maiores violações ao ambiente necessariamente serão praticadas no âmbito das pessoas jurídicas. Ora, se o ilícito praticado por uma empresa é uma das ofensas mais relevantes aos bens jurídicos mais importantes para o desenvolvimento social dos indivíduos, isso por si só já o autentica a pertencer à esfera penal, e o uso do Direito Administrativo como tutela máxima supõe grave abuso devido à insuficiência deste para tutelar tão relevante bem (BUSATO, 2018, p. 58-59).

Apresenta-se, assim, como bastante contraditório utilizar o Direito Penal, instrumento de tutela máxima de bens jurídicos, para reprimir condutas de violação ambiental praticadas por pessoas físicas, mas não fazer o mesmo para reprimir a conduta das pessoas jurídicas, normalmente muito mais lesivas ao meio ambiente do que aquelas, limitando-se nesses casos à sanção administrativa.

Isso faria induzir, inclusive, a ideia de que poder-se-ia estar protegendo mais as pessoas jurídicas, blindando-as contra o instrumento de maior cogência no ordenamento (BUSATO, 2018, p. 59), o que provavelmente não é o que desejam as mentes que negam a necessidade de responsabilização penal da pessoa jurídica.

Em segundo lugar, há de se reconhecer a fragilidade do instrumento costumeiro utilizado como sanção administrativa, a *multa*. A multa também é

instrumento utilizado como sanção de natureza penal no ordenamento brasileiro¹²¹, entretanto, não costuma ser aplicada isoladamente¹²².

A multa disciplinada na Lei de Crimes Ambientais é estipulada dentro de um montante fixo¹²³, o que pode dificultar que configure desestímulo, especialmente contra pessoas jurídicas transnacionais, de grande porte e grande capacidade econômica. Novamente aqui cria-se o risco, já mencionado, da má aplicação do princípio do poluidor-pagador, situação em que o pagamento da sanção administrativa pode ser vantajosa e até mesmo compensatória para o ente moral, máxime quando o lucro auferido em decorrência da prática do ato lesivo for consideravelmente maior do que as despesas decorrentes da sanção.

Já a multa penal, por sua vez, é estipulada em dias-multa¹²⁴, e não exatamente em montante fixo, de maneira a se fazer uma vinculação à capacidade econômica do infrator. Destaque-se, aqui, o entendimento esposado por Sérgio Shecaira (2011), que a sistemática de dias-multa atualmente descrita no código penal não é adequada à realidade brasileira. Sugere, assim, o autor, que haja indexação

¹²¹ Neste sentido, assim versa o Código Penal:

Art. 32 - As penas são:

I - privativas de liberdade;

II - restritivas de direitos;

III - de multa.

¹²² É de conhecimento do pesquisador que as Contravenções Penais, que também pertencem à esfera penal, podem utilizar multas isoladamente como sanção de fatos típicos. Nos termos da Lei de Introdução ao Código Penal,

Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Em sentido similar, assim versa a Lei de Contravenções Penais:

Art. 9º *Omissis*

Parágrafo único. Se a multa é a única pena cominada, a conversão em prisão simples se faz entre os limites de quinze dias e três meses.

A despeito de tais institutos, o pesquisador comunga com a ideia existente na doutrina, a exemplo de Nucci (2014), de que as Contravenções Penais talvez configurem a utilização desmedida do direito penal, verdadeira expressão de intervenção injustificada do direito penal em atos que poderiam ser tutelados por outras áreas, especialmente pela pouca expressividade das lesões constituídas pelos tipos penais que as configuram.

¹²³ Art. 75. O valor da multa de que trata este Capítulo será fixado no regulamento desta Lei e corrigido periodicamente, com base nos índices estabelecidos na legislação pertinente, sendo o mínimo de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e o máximo de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

¹²⁴ Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

§ 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária.

aos próprios rendimentos do autor, inclusive no caso de pessoa jurídica. Segundo seu entendimento, ao qual o pesquisador adere, o dia-multa da pessoa jurídica deve equivaler a 1/365 do faturamento do réu no exercício anterior, devidamente atualizado, ou a 1/30 do faturamento do mês anterior, para empresas recém-criadas (op. cit., p. 115).

Acrescente-se, entretanto, que não é desconhecido pelo pesquisador o fato de que a Lei de Crimes Ambientais prevê outras sanções administrativas além da multa¹²⁵. Acrescente-se aqui que as medidas administrativas de suspensão parcial ou total de atividades, entre outras, mostra-se exagerada, máxime pelo fato de ser idêntica a penas previstas no mesmo diploma à pessoa jurídica¹²⁶, o que induz o pensamento de que pode se tratar de hipótese em que se imponha sanção penal sem o devido processo legal e sem a participação de um juiz, o que é inadmissível em um Estado Democrático de Direito. Atribua-se isso à atecnia legislativa existente em outros dispositivos do mesmo diploma legal (PRADO, 2019).

Como já foi mencionado anteriormente, “o legislador está livre para chamar de ‘pena’ algo que uma pena não é. O que o legislador não pode, contudo, fazer, é chamar de outro nome algo que é uma pena” (GRECO, 2018, p. 71).

A multa é ainda um meio ineficaz para a tutela máxima do meio ambiente devido ao fato de prescrever em prazo relativamente diminuto. Segundo entendimento

¹²⁵ Assim diz a Lei nº 9.605/1998:

Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º:

I - advertência;

II - multa simples;

III - multa diária;

IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;

V - destruição ou inutilização do produto;

VI - suspensão de venda e fabricação do produto;

VII - embargo de obra ou atividade;

VIII - demolição de obra;

IX - suspensão parcial ou total de atividades;

X – (VETADO)

XI - restritiva de direitos.

¹²⁶ 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.

já Sumulado pelo STJ¹²⁷, a prescrição da multa por infração ambiental ocorre em 5 anos. Considerando a complexidade que determinadas lesões ambientais podem alcançar, especialmente quando se tratam de lesões de altíssima gravidade, mesmo a apuração da extensão do dano pode não ter sido finalizada no prazo de cinco anos, o que gera a possibilidade da fixação de multas desvinculadas da real abrangência das lesões ambientais e, novamente, risco grande de ineficácia.

Os crimes, por sua vez, podem prescrever em prazos maiores¹²⁸, evitando também essa mesma fragilidade.

Por esse motivo, a multa, sanção mais comum da seara administrativa pura, corre o risco de apresentar ineficácia como instrumento de ingerência máxima na reprimenda de dano ambiental em larga escala praticado por pessoa jurídica¹²⁹. Tais danos ambientais geram repercussões também de natureza social e, indiretamente, lesões a direitos humanos¹³⁰.

Outro motivo extremamente relevante quando da alegação de que a sanção administrativa pura é insuficiente como medida de reprimenda máxima do dano ambiental diz respeito a uma característica típica dos atos administrativos, a saber, a autoexecutoriedade.

Segundo essa conhecida propriedade dos atos administrativos, a autoridade legal imbuída do poder de polícia em determinado campo de atuação goza da

¹²⁷ Súmula 467 - Prescreve em cinco anos, contados do término do processo administrativo, a pretensão da Administração Pública de promover a execução da multa por infração ambiental. (Súmula 467, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/10/2010, DJe 25/10/2010)

¹²⁸ Com efeito, assim diz o Código Penal brasileiro:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1o do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

¹²⁹ Novamente, neste ponto do estudo é importante ressaltar, a tese não ignora que a análise de eficácia de instrumentos penais e extrapenais seja muito mais afeita ao campo da criminologia crítica. Tendo isso em mente, portanto, não propõe o pesquisador realizar maiores elucubrações criminológicas, uma vez que seria necessário um espaço indisponível por ocasião desta tese doutoral, em especial pelo fato de o assunto não ter relação direta com a problemática proposta.

¹³⁰ É de conhecimento do pesquisador a existência da chamada criminologia verde enquanto variável científica. Esse assunto é importantíssimo e demonstra como há desigualdade na tutela dos crimes praticados entre poderosos e pessoas menos favorecidas, e de onde surgem assuntos correlatos como o racismo ambiental e a injustiça ambiental. Por não ser um assunto central afeito à problemática proposta neste estudo, o pesquisador propõe investigá-lo apropriadamente em outras oportunidades.

autoexecutoriedade de seus atos, o que significa que ele não precisa da força judicial para ser considerado cogente e obrigatório, em decorrência da presunção de veracidade dos atos da Administração.

A ideia de impor como sanção máxima à pessoa jurídica um instituto que prescinde de força judicial pode gerar uma série de violações a garantias de que também gozam as pessoas jurídicas. Imagine-se, à guisa de exemplo, uma medida de “fechamento de filial ou sucursal” como sanção administrativa imposta à pessoa jurídica.

Medida de grande força repressiva, tal obrigação imposta por meio de uma sanção administrativa, sem garantias como a presunção de inocência, o devido processo legal, a concepção de responsabilidade dependente de dolo ou culpa, constitui um instituto temerário a ser assumido pelo ordenamento.

A autoexecutoriedade, dessa forma, configura um relevante motivo pelo qual as sanções administrativas não podem ser extremamente graves, pois de tal forma estar-se-ia furtando o direito penal da competência de impor verdadeiras penas, além de impor castigos excessivos sem a consecutiva concessão das maiores garantias existentes no direito, característica típica do direito penal (SHECAIRA, 2011).

Isso induziria, inclusive, ao efeito colateral de aplicação do Direito administrativo como instrumento de *ultima ratio*, podendo levar à perversa abolição do Direito penal, por meio de um Direito com bem menos garantias para os mesmos fatos onde até então se preserva uma série de garantias fundamentais (BUSATO, 2018, p. 59).

Não seria a pessoa jurídica titular de garantias processuais asseguradas pela Constituição Federal, tais como o devido processo legal, a responsabilidade subjetiva, a inafastabilidade de apreciação do poder judiciário?

A imposição de punições travestidas de sanção civil pode representar graves violações de direitos, comprometendo de modo bizarro o sistema garantista (FERRAJOLI, 1995) pretendido pelo Constituinte, especialmente pela autoexecutoriedade dos atos administrativos.

Assevere-se, ainda, que qualquer sanção administrativa que tenha o escopo de suspender ou dissolver pessoas jurídicas – a exemplo das sanções penais

impostas pela Lei de Crimes Ambientais – só pode ser imposta por meio de decisão judicial transitada em julgado, por força da própria Constituição Federal¹³¹.

Ou seja, mesmo na Constituição Federal há norma destinada à ampla objeção de que se sancione de maneira extremada uma pessoa jurídica sem o necessário processo legal e sua consecutiva sentença judicial. Não se busca, com tal argumento, inferir que não se possa utilizar de sanção de tal gravidade como meio de reprimenda estatal contra ato lesivo praticado por pessoa jurídica. Apenas é válido observar tal empecilho constitucional como um motivo adicional para que não se imponham sanções demasiadamente severas às pessoas jurídicas unicamente pelo direito administrativo puro, vez que isso violaria gravemente os direitos das pessoas jurídicas.

Acerca dos direitos fundamentais de que são titulares as pessoas jurídicas, objeto central a se discutir nesta obra, maiores e mais aprofundadas considerações serão feitas no capítulo final.

Mais um problema que se pode apontar para sustentar a tese de que a utilização das sanções administrativas como reprimenda máxima contra o dano ambiental em larga escala é atinente à falta de tipicidade legal taxativa, que recorrentemente se verifica no meio administrativo.

É fato que o princípio da taxatividade tem o condão de evitar que interpretações libertinas feitas a partir de tipos demasiadamente abertos ou vagos permitam a punição dos indivíduos, servindo assim de verdadeira garantia limitadora do poder sancionador estatal (FERRAJOLI, 1995).

Tal medida se faz imprescindível tendo em vista a gravidade da sanção imposta por meio do direito penal e, também, porque a pena é a única medida legítima à supressão de direitos inatos dos indivíduos da coletividade (GRECO, 2018). Em outras palavras, quanto maior a repressão, maiores devem ser as garantias (BUSATO, 2018).

¹³¹ Neste sentido, cf. o Art. 5º, XIX, da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º *Omissis*

(...)

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

A taxatividade não está presente na figura legal utilizada para tipificação das infrações administrativas ambientais¹³², como se pode perceber na Lei nº 9.605/1998, o que é harmônico com o modelo de sanções administrativas puras, vez que não são estas costumeiramente graves ingerências sobre os direitos de personalidade do indivíduo.

Note-se que a grande gama de infrações administrativas ambientais possíveis contidas dentro da Lei de Crimes Ambientais está descrita em um único artigo, traduzindo claramente o que seria uma tipicidade taxativa, necessária a um direito penal garantista.

De fato, ao descrever a infração administrativa como “toda ação ou omissão que viole regras jurídicas”, cria-se tipicidade de grande amplitude, admissível para sanções de caráter meramente administrativo, mas temerárias caso vinculadas a sanções de caráter penal.

A esse propósito, inclusive, acrescente-se que a expressão “ação e omissão” contidos no art. 70 da Lei de Crimes Ambientais, caso aplicado à pessoa jurídica, novamente esbarra no entrave conceitual da possibilidade ou não de entes morais realizarem conduta comissiva ou omissiva.

Diante dessa constatação, pergunta-se: por que a pessoa jurídica seria capaz de ação ou de omissão no âmbito administrativo a fim de que se lhe seja aplicada sanção administrativa, mas não seria possível que o fosse também no âmbito penal? Também seria justificável no fato de que um indivíduo pode sofrer penalização administrativa por fato praticado por terceiro, assim como aduzido quanto ao âmbito civil? Certamente, a culpabilidade não é um empecilho num cenário cível ou administrativo à transferência de reprimendas, contudo, há de se admitir que são feitas muitas concessões interpretativas quanto à possibilidade de ação e omissão de empresa no âmbito civil e administrativo, porém sustentadas como inadmissíveis no âmbito penal.

Some-se a isso o crescente entendimento, mesmo dentro da doutrina alemã, de que a soma das vontades dos indivíduos que pertencem a uma mesma dimensão moral capaz de traduzir a existência de honra das associações (SHECAIRA, 2011, p.

¹³² 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.

99). Em outras palavras, admite-se a vontade coletiva como elemento de origem da honra das pessoas jurídicas, o que torna possível a ótica de que a mesma vontade coletiva é capaz de gerar uma vontade própria social autorreferente.

Assim sendo, tanto quanto se assume que a pessoa jurídica é capaz de ação ou omissão para que pratique uma infração administrativa ou para gerar danos materiais ou morais a um indivíduo qualquer, também não é absurdo assumir que a empresa é também capaz de ação ou omissão no âmbito penal.

Shecaira (2011), inclusive, aponta também como problemas da possibilidade de utilização do direito administrativo como instrumento de repressão máxima contra o dano ambiental praticado pelas pessoas jurídicas a ausência da publicidade ínsita ao processo criminal e a possibilidade de negociação entre a empresa e as autoridades administrativas (op. cit., p. 110).

Não se pode negar que processos administrativos possuem publicidade restrita, não sendo amplamente divulgados e nem sendo normalmente repassados à guisa de conhecimento público, o que é desinteressante em um processo relacionado a um dano ambiental, que constitui verdadeiro bem de interesse coletivo. Enquanto as condenações judiciais necessariamente são publicadas por meio dos instrumentos oficiais de publicação do judiciário, o mesmo não ocorre com as multas e sanções administrativas em geral.

Quanto à alegação da possibilidade de negociação, com efeito, as multas administrativas impostas por infrações são sabidamente objeto de parcelamento, REFIS e outras formas de negociação admitidas em direito.

Admitir tais possibilidades, *per se*, não é fato desabonador, sobretudo porque as sanções administrativas existem no âmbito de violações regulamentares ou mesmo violações leves ao meio ambiente.

O mesmo não pode ser admitido, contudo, em sede de sanção máxima por dano ambiental, novamente, pelo risco de se admitirem sanções muito frouxas contra aqueles que mais seriamente podem lesar a natureza, ou pelo risco de severas violações de direitos fundamentais, como será demonstrado no capítulo final.

4.3 OS PROBLEMAS DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Uma parte pouco expressiva, porém existente, da doutrina que sustenta a incompatibilidade da responsabilização da pessoa jurídica com o sistema penal, defende a hipótese de imposição de medidas de segurança às corporações.

A medida de segurança é medida existente no direito penal brasileiro, especificamente no art. 96 do Código Penal¹³³. Tal medida pode ser entendida como um meio-termo entre a aquiescência quanto à necessidade político-criminal de introduzir a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, que é defendido por algumas doutrinas como fato indiscutível (CRUZ, 2008, p. 221).

As medidas de segurança são medidas de caráter sancionatório não-penal impostas aos inimputáveis, indivíduos humanos que não são dotados de culpabilidade. Uma vez que parte da apontada incompatibilidade da responsabilização das pessoas jurídicas com o sistema penal têm relação com a suposta ausência de culpabilidade do ente moral, a medida de segurança, como meio costumeiramente orientado contra a conduta do inimputável, poderia ser tecnicamente viável como meio de se alcançar uma sanção quase-penal.

Há uma série de fatores que corroboram com a concepção de que tal proposta é bastante promissora e perfeitamente apta à possibilidade de alocar as medidas de responsabilização das empresas.

Como primeiro argumento, frisa-se que o fundamento para a imposição de uma medida de segurança é a periculosidade, e não a culpabilidade. Isso é disfarçado no caso das crianças e adolescentes e explícito no caso dos doentes mentais (BUSATO, 2018, p. 57).

Como segundo argumento, é importante mencionar que tal proposta não é nova, já tendo sido levantada na Alemanha no início do século XX, por ocasião do Congresso da Associação Internacional de Direito Penal de Bucarest, em 1929 (SHECAIRA, 2011, p. 111).

Essa ideia foi trabalhada no projeto do novo Código penal francês na década de 1930, e por fim utilizada no Julgamento de Nuremberg, oportunidade em que

¹³³ Art. 96. As medidas de segurança são:

I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;

II - sujeição a tratamento ambulatorial.

Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.

algumas pessoas jurídicas foram submetidas a determinadas medidas de segurança (REINALDET, 2018, p. 127).

Mais um argumento que suporte essa proposta é o próprio reconhecimento que a atuação de uma empresa envolvida em ilícito penal é normalmente muito mais perigosa do que o envolvimento de um inimputável (BUSATO, 2018, p. 57), portanto compatível com a noção de periculosidade contida nas medidas de segurança.

Por trás da noção de periculosidade, acrescenta-se, há um julgamento de insegurança, e não de reprovação. Assim, o conceito de periculosidade não teria como objetivo a reprovação do autor de um ato ilícito, mas simplesmente constatar no infrator um estado de risco, que deve ser controlado pelo direito penal. Com efeito, o conceito de periculosidade não requer os elementos naturalmente exigidos quanto à conduta, quais sejam, a consciência e a vontade ou inobservância de um dever objetivo de cuidado, cujos contornos são obscuros na pessoa jurídica, conforme já demonstrado. Para que preencha o requisito da periculosidade, basta que pratique um ato ilícito, oportunidade a partir da qual passará imediatamente a representar uma ameaça para a sociedade, independentemente de uma inteligência lúcida ou uma vontade tecnicamente livre (REINALDET, 2018, p. 127).

Há ainda o sofisticado argumento de que se pode traçar um paralelo entre a medida de segurança aplicada à pessoa jurídica e o instituto do estado de necessidade defensivo, já conhecido pela doutrina mundial e pátria. De modo contrário ao que acontece no estado de necessidade agressivo, em que uma conduta defensiva se direciona contra um terceiro não relacionado com a origem do perigo, o estado de necessidade defensivo legitimaria uma conduta contra o sujeito que ocasionou a periculosidade e, portanto, não mais poderia ser considerado “inocente” para fins jurídico-penais. Acrescenta-se que, no estado de necessidade defensivo, dispensar-se-ia a elucubração acerca da capacidade de consciência, vontade ou culpabilidade da pessoa jurídica, afinal, já se reconheceu a figura do estado de necessidade para casos em que não há sequer ação de pessoa física (LEITE, 2018, p. 87).

A noção de periculosidade, contrária à concepção de culpabilidade, seria então mais compatível com a natureza desencarnada da empresa, segundo parte da doutrina, pois, para ser preenchida, não exigiria a presença de todas as aptidões pessoais que geram entraves teóricos quanto à aceitação da corporação como agente criminoso. Ademais, o reconhecimento da medida de segurança como resposta penal

idônea à pessoa jurídica não implicaria na reprovação da corporação pela prática do ilícito, e simplesmente almejaria o objetivo da cessação do estado de perigo constatado no interior da empresa (REINALDET, 2018, p. 127-128)

A configuração de um ilícito penal necessariamente dissociada da natural reprovação impediria a imposição de uma pena, mas não a intervenção do sistema penal. Afinal, por mais que se queira maquiagem as medidas de segurança como se não pertencessem ao sistema penal, não há como negar seu caráter afeito a matéria efetivamente penal, pois são essencialmente vinculadas e dependentes, em sua própria existência, da ocorrência de um ilícito penal (BUSATO, 2018, p. 57).

De fato, a medida de segurança não visa a reprimir um fato ocorrido no passado, mas evitar um estado perigoso que possa vir a resultar em um ilícito. Caso o perigo decorra de um setor específico de uma empresa, uma interrupção temporária e uma remodelação desse setor figuraria como uma interessante medida de segurança, a princípio, idônea a legitimar uma intervenção estatal (LEITE, 2018, p. 87).

Entretanto, tanto quanto opiniões favoráveis, há também várias críticas à proposta de reprimenda das pessoas jurídicas por meio de medidas de segurança.

Em primeiro lugar, registre-se que a ausência de parâmetros e modelos detalhados põe em dúvida quais seriam os limites entre tais medidas de segurança e penas propriamente ditas.

Em segundo lugar, há de se questionar genuinamente se haveria um efeito prático distinto ou se apenas não se trataria de um pormenor criado a fim de se evitar o real problema, que é a necessidade de reprimir um ato que só poderia ter sido proporcionado por uma empresa – especialmente no caso de um dano ambiental grave. Ou seja, cria-se uma “punição” com outro nome, uma medida de segurança, que resolve o problema da falta de sanção, sem a necessidade de sacrificar uma interpretação estrita das teorias da pena. Entretanto, isso apenas mascararia a real necessidade que aqui se sustenta de se alcançar uma nova concepção de culpabilidade, capaz de abranger o comportamento coletivo.

Aliás, acrescente-se que parte do que se sustentaria como argumento favorável à aplicação das medidas de segurança se funda no objetivo de se gerar o efeito intimidador ínsito ao processo penal – apto a tutelar um bem jurídico mais relevante (SHECAIRA, 2011, p. 111).

Um argumento bastante relevante que aqui se aponta também quanto à possível inaptidão das medidas de segurança é que a ausência do caráter de reprovação pela prática do ato ilícito, que se sustenta por grande parte da doutrina como ponto favorável, na verdade não guarda relação com a realidade. Não se pode simplesmente assumir que o envolvimento de pessoas jurídicas com catástrofes ambientais não gere na sociedade um profundo sentimento de revolta. Isso serve para deixar nítido que existe um manifesto grau de reprovabilidade social contra a pessoa jurídica, ao contrário do que o argumento aqui atacado quer fazer crer.

Acrescente-se que as medidas de internação advogadas por Lombroso, Ferri e Garófalo, vulgarizadas como medidas de segurança por Liszt e Stoss, traziam quatro relevantes premissas que aqui devem ser enumeradas: a) as medidas de segurança possuem caráter necessariamente curativo, ou seja, tipicamente de prevenção especial; b) medidas de segurança são aplicadas por tempo indeterminado, mantendo-se enquanto não for sanada a periculosidade; c) só é aplicável aos inimputáveis; d) só seria justificada em caso de perquirição de objetivos futuros, tais como a cura ou a prevenção (SHECAIRA, 2011, p. 112).

Seguindo esse raciocínio, não se pode falar em caráter curativo às empresas, pois não se tratam de indivíduos doentes. Curiosamente, para que tal premissa fosse admitida, seria necessário admitir um argumento tão forçoso quanto o que se nega em relação à capacidade de ação da pessoa jurídica: a falta de caráter psicológico!

Além de que, para que o juiz possa aplicar a medida de segurança, é indispensável que se avalie a personalidade humana para que se constate o quão perigoso do ponto de vista criminal é o indivíduo a fim de que se mensure o tempo necessário para modificar o seu estado subjetivo por meio de cura físico-psíquica (SHECAIRA, 2011, p. 112).

Shecaira (2011) também explica que respostas penais que não possuem tempo determinado só fazem sentido como medida curativa aplicável às pessoas naturais, pois não há como avaliar a recuperação futura em face de um ilícito passado por uma pessoa jurídica (op. cit., p. 112).

Novamente, registre-se que admitir a pessoa jurídica como inimputável para a ela impor uma medida de segurança, como medida intermediária, seria um paradoxo, primeiro porque seria necessário assumir que há um elemento psicológico (ainda que em desequilíbrio ou doente) na empresa, o que os principais críticos da responsabilização penal da pessoa jurídica combatem persistentemente. Segundo

porque a reprovabilidade social, medida de culpabilidade, que busca se sustentar como inexistente nas empresas, pode ser percebido com nitidez diante da indignação manifestada por parte da população diante de catástrofes ambientais ocorridas no Brasil, por exemplo.

Por fim, Shecaira (2011) aponta o caráter típico da medida de segurança, qual seja, a prevenção especial. Segundo a proposta original da medida de segurança, deve-se impor uma medida curativa ao doente porquanto ele precisa ser tratado, uma medida clara de prevenção especial. Esse caráter curativo especial torna inócuo um dos principais objetivos da resposta estatal ao fato ilícito, que é a prevenção geral (op. cit., p. 112). Assim, não faz sentido pensar na imposição de uma medida de segurança à pessoa jurídica.

Admitir que à pessoa jurídica possa ser imposta medida de caráter curativo seria assumir que ela possui psique apta a uma readaptação social, capacidade de adaptação e de regeneração. Não se pretende aqui afirmar que ela não seja dotada de tais atributos, mas apenas apontar que isso exigiria a aceitação da antipatizada noção quanto à capacidade psicológica da pessoa jurídica, que é retoricamente o que justificaria a imposição de medidas de segurança como forma de reprimenda.

A esse propósito, acrescente-se que a imposição de uma medida de segurança – ato intrinsecamente ligado à necessidade curativa – a uma pessoa jurídica, que é incapaz de regeneração ou cura nos sentidos humanos, nada mais será do que uma pena, em efeitos práticos. E, considerando ainda que tal pena não possui tempo determinado¹³⁴, característica essencial da medida de segurança, vez que perdurará indefinidamente enquanto persistir o motivo que gerou a periculosidade, isso implicaria uma frontal violação à vedação constitucional às penas de caráter perpétuo¹³⁵, garantia fundamental da República e, também, acrescente-se, um direito humano reconhecido por diplomas internacionais. Também aqui, portanto,

¹³⁴ De acordo com o Código Penal,

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, **será por tempo indeterminado**, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

(negrito pelo pesquisador)

¹³⁵ De acordo com o art. 5º, XLVII, b, da Constituição Federal de 1988, “não haverá penas de caráter perpétuo”.

existem potenciais violações graves a institutos fundamentais e essenciais relevantes. A este argumento, contudo, deve ser feita a ressalva decorrente do entendimento consolidado pela Súmula 527 do STJ, segundo a qual “O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado”. Neste sentido, não se trataria de uma sanção penal *ad aeternam*, mas possuiria um tempo limite, ainda que não regulado em lei.

A ideia de imposição das medidas de segurança às corporações também encontra várias resistências em parcela da mesma doutrina que não aceita a responsabilização penal da pessoa jurídica, principalmente sob o argumento de que a culpabilidade não seria o único entrave quanto à imposição de sanção à corporação, mas também e principalmente a incapacidade de conduta autorresponsável.

Luiz Regis Prado (2019), por exemplo, diz que as pessoas jurídicas não devem ser passíveis sequer de aplicação de medidas de segurança de caráter penal, já que para isso seria necessária uma ação ou omissão típica e ilícita (PRADO, 2019, p. 132).

René Ariel Dotti (2010), por sua vez, diz que a medida de segurança é válida somente em relação às pessoas naturais, pois “possuem caráter pessoal em face da natureza das providências adotadas para lutar contra a periculosidade. O paciente internado ou em liberdade (...) é somente o homem, como portador de anomalias biopsicológicas que o distinguem das demais pessoas” (DOTTI, 2010, p. 181).

Diante de todas as opiniões aqui partilhadas, há de se reconhecer que a aplicação de medidas de segurança à pessoa jurídica é tão controversa quanto à própria imposição de penas a elas.

Assentir com uma proposta que exija tanta abstração como a que admite a possibilidade de impor uma medida curativa à empresa ao mesmo tempo em que se recusa a possibilidade de impor uma pena, que, diga-se, sempre foi a noção político-criminal que tanto fomentou tal embate, seria contraditório ou, no mínimo, confuso.

Em medida última, deve-se reconhecer a pena como a máxima resposta estatal aplicável à empresa, vez que a pena é essencialmente o instrumento aplicável como forma de censura de uma conduta em desacordo com a maioria do grupo social (SHECAIRA, 2011, p. 113).

A pena é o instrumento mais idôneo e sincero de repreensão ao dano ambiental em larga escala, possivelmente cumulável com as sanções civis e

administrativos, porquanto coroa um sistema de tutela tríplice do bem jurídico ambiental, que, conforme já defendido precedentemente, é essencial à coletividade.

4.4 OS PROBLEMAS DE UM DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Parte substancial da doutrina propugna a criação de um diferente sistema jurídico, híbrido, entre o direito administrativo e o direito penal, como forma de reprimenda ao dano ambiental praticado por pessoas jurídicas¹³⁶, seguindo o exemplo do modelo alemão¹³⁷.

Tal sistema jurídico é frequentemente denominado direito administrativo sancionador, ou também direito penal administrativo. Tal medida foi tomada no ordenamento jurídico alemão, onde ainda hoje se destina o direito administrativo sancionador à imposição de sanções às pessoas jurídicas.

O que pouco se abstrai das críticas dos doutrinadores nacionais é quais seriam os limites e regras de atuação de tal direito administrativo sancionador no Brasil, muitas vezes mais sendo utilizado como uma âncora retórica, a reafirmar o modelo alemão como o exemplo a ser seguido.

Parte das sugestões que convergem nessa direção emanam da constatação que o Direito Penal cada vez mais parece estar tomando nuances típicas do direito administrativo, por meio da antecipação das sanções, permitindo que pessoas sejam punidas por crimes de perigo – em que de regra não há efetivamente um dano ou lesão a direito de terceiros, conforme já exposto previamente.

Tal fenômeno tem sido explicado por parte da doutrina como “administrativização do direito penal” (SÁNCHEZ, 2001), ou seja, uma migração de parte da competência tipicamente administrativa para o direito penal. Isso geraria inconsistências dentro do sistema penal, visto que este visa a proteger bens concretos considerados em casos igualmente concretos.

¹³⁶ Nesse meio estão incluídos Winfried Hassemer (1999), por meio de sua proposta do Direito de Intervenção.

¹³⁷ O direito administrativo sancionador é o sistema utilizado na Alemanha para, entre outras, tutelar a responsabilidade da pessoa jurídica. Trata-se de sistema bastante interventivo, ao redor do qual se criou uma subserviência de comportamento do cidadão médio que torna as obrigações, via de regra, atendidas pelos setores empresariais (BUSATO, 2018, p. 59-60).

Como resposta a inconsistências técnico-penais geradas pelos anseios hodiernos quanto à punição de empresas, o sistema sancionador se apresenta com a promessa de ser um mecanismo eficaz de fazê-lo sem exigir adaptações da dogmática penal, amparado principalmente pela experiência alemã.

Na Alemanha, o que se buscou foi uma espécie de judicialização do Direito Administrativo, por força do Direito de ordenação social (GUARDIA, 2014). O direito sancionador existente na Alemanha, chamado de *Ordnungswidrigkeitenrecht*, tem autonomia legislativa e bastante maturidade dogmática. Prevê um conjunto de institutos capaz de enrubescer muitos Códigos Penais, contemplando o princípio da legalidade, causas de justificação e de exculpação etc. A sanção imposta é meramente pecuniária, a *Geldbuße*, e pode chegar à cifra de dez milhões de euros. Também no direito administrativo sancionador alemão, prevê-se que a imposição de sanção à pessoa jurídica depende da violação de deveres atinentes à pessoa jurídica ou infrações que sejam cometidas no interesse econômico desta. O sistema de ação adotado se aproxima do modelo de imputação ou de heterorresponsabilidade. A sanção da pessoa jurídica é aplicada por um órgão da administração, e não por um juiz, embora seja possível um recurso, cuja análise é judicializada (LEITE, 2018, p. 78-79).

É, inclusive, bastante comum se ouvir falar que na Alemanha, por força de um direito administrativo sancionador extremamente forte e interventivo, sequer se faz necessária a instauração de um modelo que contemple a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, o que refletiria claramente como um sintoma de que um direito administrativo sancionador prudentemente ajustado poderia resolver o problema de maneira muito mais satisfatória do que uma transferência para o campo da responsabilidade penal (BUSATO, 2018, p. 59).

Entretanto, assevere-se, a despeito de tal informação, é evidente que a maioria dos países europeus, segundo já demonstrado no capítulo inaugural desta obra, já adota a responsabilização penal de corporações, tendência que tem sido seguida por vários países no mundo.

Longe de se valer do *argumentum ad populum*, a constatação de tal realidade serve, pelo menos, como forma de alerta para a doutrina pátria no sentido de que talvez tal modelo seja mais adequado e menos danoso para reprimir danos ambientais do que “contorcionismos jurídicos” como o que pretende criar um novo ramo do direito.

Paulo César Busato (2018) registra que a dureza e obediência cega do sistema alemão ao direito administrativo pode estar culturalmente associado às origens históricas do direito administrativo e sua necessária vinculação ao direito de polícia que, em decorrência da postura fortemente influenciada pela instância penal durante o período da supremacia nacional-socialista, legou um terrível histórico e possivelmente deixou marcas capazes de tornar compreensível a submissão dos indivíduos às imposições estatais, como mera obediência a um histórico de terror (op. cit., p. 60).

No Brasil, por sua vez, impera um longo histórico de leniência com a corrupção, motivo pelo que seria inadequado entregar todo o poder sancionador nas mãos do poder Executivo (BUSATO, 2018, p. 60), o que genuinamente põe à prova a ideia de deixar a tutela máxima do dano ambiental a cargo do Executivo.

Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz (2010), citando o voto do desembargador José Luís Germano da Silva no julgamento de um Mandado de Segurança¹³⁸, declara que especialmente nos países de terceiro mundo, reconhecidamente em que a administração é mais sensível à impropriedade e seus órgãos julgadores são despreparados, “não é eficaz como resposta do sistema subtrair do Direito Penal a regulação, submetendo-se a perseguição ao judiciário, que tem mais autonomia e independência para investigar e punir”. Se a negatividade social dos ilícitos corporativos justifica o emprego do direito penal como *ultima ratio*, não há motivo para omitir sua presença na sistemática de responsabilidade (CRUZ, 2008, p. 225).

Superadas tais noções introdutórias acerca do tema, cumpre explicar o que caracterizaria um direito administrativo sancionador e quais seriam suas possíveis variáveis, para, só então, passar a investigar sua adequação à prática de dano ambiental por pessoas jurídicas.

Cumpre inicialmente mencionar que há diversos modelos de sistema administrativo sancionador sugeridos, de maneira que não se podem traçar com exatidão os contornos de tal sistema como se unívoco fosse.

O que é lugar-comum na projeção de um direito administrativo sancionador é a imposição de sanções específicas, e, em alguns casos, até em certo nível adicional

¹³⁸ MS 2002.04.01.013843-0/PR, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

de rigor, a comportamentos descritos em tipos administrativos. A imposição dessa sanção é normalmente realizada exclusivamente pelo Executivo, mas pode se impor que seja judicializada, a depender do sistema.

No Brasil, um sistema que segue, em certo nível, o modelo de um direito administrativo sancionador é o sistema de infrações de trânsito, regulamentado pelo Código de Trânsito Brasileiro. Há tipos administrativos descrevendo condutas diversas e suas respectivas sanções, de caráter eminentemente administrativo.

Um procedimento nacional novo e digno de nota que parece ainda mais manifestar contornos de um “direito penal administrativo” pode ser percebido na Lei nº 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção. Esta lei guarda íntima relação com o objeto de análise desta tese, uma vez que dispõe sobre a responsabilização de pessoas jurídicas. Por outro lado, dista do mesmo objeto por prever uma responsabilização administrativa e objetiva e por tutelar atos contra a administração pública – enquanto aqui se discute a responsabilidade criminal subjetiva por dano ambiental.

Referido diploma legal prevê a possibilidade de responsabilização objetiva, nos âmbitos administrativo e civil¹³⁹, que por sua vez também não exclui a responsabilidade individual dos dirigentes, administradores ou qualquer pessoa natural que tenha concorrido para o feito¹⁴⁰. A lei prevê sanções administrativas impostas no âmbito administrativo e judicial. Como sanções aplicáveis na esfera administrativa, são elencadas a multa e uma publicação extraordinária da decisão condenatória¹⁴¹.

A mesma lei prevê também a possibilidade de responsabilização judicial pelos mesmos ilícitos, impondo-se reprimendas legais necessariamente por um juiz no bojo de um processo judicial¹⁴². Há de se comentar quanto às sanções impostas pelo

¹³⁹ Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

¹⁴⁰ Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

¹⁴¹ Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

¹⁴² Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação

processo judicial, a saber, a perda de bens, direitos ou valores, suspensão ou interdição parcial das atividades da empresa, dissolução compulsória da empresa e a proibição de contratar com o poder público.

É impossível não perceber a similitude de tais sanções com aquelas sanções impostas pela Lei de Crimes Ambientais como forma de repressão dos fatos típicos. Tal fato leva à necessidade de discussão quanto aos limites entre as sanções do direito penal e do direito administrativo. Afinal, o que separa essas duas searas do direito, já que tão semelhantes sanções são impostas em ambas as instâncias? Some-se a tal questionamento o fato de que se preveem tais sanções na Lei Anticorrupção a título de responsabilização objetiva da pessoa jurídica, ou seja, ignorando as exigências de dolo ou culpa exigidas pela prática de um crime, como naturalmente existem na Lei de Crimes Ambientais.

A imposição de sanções judiciais a violações precipuamente de cunho administrativo também existem em outros institutos brasileiros, a exemplo da Lei de Improbidade Administrativa¹⁴³, Lei nº 8.429/1992. Este diploma legal, por sua vez, prevê a necessidade de uma investigação prévia para a apuração da prática de ato de improbidade, seguida da propositura de uma ação judicial para que, em caso de condenação, o juiz imponha as cabíveis sanções descritas na Lei, que, diga-se, são de cunho eminentemente administrativo¹⁴⁴.

judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

¹⁴³ Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilícitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, constas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

¹⁴⁴ Os incisos do art. 12 da Lei disciplinam as sanções, que podem ser de perda dos bens ou valores acrescidos ilícitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos por tempo determinado, multa, proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, entre outras minúcias.

O que esses diplomas legais possibilitam, além da exemplificação no ordenamento pátrio, de quais seriam algumas características do direito administrativo sancionador, é a clara percepção de que os limites existentes entre o direito penal e o direito administrativo, em especial o sancionador, não parecem consistentes. Não apenas pelo fenômeno apelidado de “administrativização do direito penal” (SÁNCHEZ, 2001), mas por um sintoma aparentemente contrário, algo como uma “punitivização do direito administrativo”.

Considerando que este trabalho não tem como objetivo examinar a constitucionalidade de tais diplomas legais especificamente, declinará o pesquisador de uma análise mais aprofundada dos institutos dessas leis e o necessário confronto delas com as normas constitucionais, e passará a tecer comentários sobre o aparentemente nebuloso limite existente entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, se é que tal limite existe, para que, em seguida, possa-se examinar se o direito administrativo sancionador é ramo idôneo para tutelar como grau máximo o dano ambiental grave praticado pela pessoa jurídica.

É lúcido, neste ponto, fazer o devido questionamento: um processo *judicial*, em que se verifique a presença da autoridade judiciária – e, conseqüentemente, várias garantias processuais fundamentais, tais como o contraditório e a ampla defesa, o devido processo legal, a inafastabilidade da apreciação pelo poder judiciário etc –, em que se imponha uma sanção de caráter administrativo à pessoa jurídica, pode ser meio idôneo como tutela máxima ao dano ambiental?

A resposta preliminar que damos a essa pergunta é que não. O motivo principal sustentado pelo pesquisador quanto à inadequação do direito administrativo sancionador para a tutela máxima do dano ambiental praticado pela pessoa jurídica diz respeito à função do direito administrativo sancionador, que não pode ser confundido com a própria função do direito penal, além das sanções que cada um desses dois ramos do direito pode legitimamente proporcionar.

Para que fique ainda mais claro o que se sustenta como argumento contrário à utilização do direito administrativo sancionador para responsabilizar as corporações por dano ambiental, é necessário fazer uma breve explanação sobre os limites existentes entre aquela seara e o direito penal.

Não são poucos os trabalhos que visam a traçar os limites entre o direito administrativo sancionador e o direito penal em si¹⁴⁵. O que há de comum entre todos eles é a necessidade de centralização do foco da discussão na *função* de cada um desses ramos do direito, ou seja, a partir de um critério *qualitativo* (GUARDIA, 2014).

Os limites específicos de cada ilicitude – seja a penal, seja a administrativa – já foram apontados na existência de um desvalor ético presente nos ilícitos penais, assim como na característica singular de imposição de pena privativa de liberdade na seara criminal. As sanções administrativas, por sua vez, segundo tal critério, seriam fundadas em infrações de mera ordenação, destinadas à proteção das estruturas estatais, sendo, assim, eticamente neutras (GUARDIA, 2014, p. 776).

Com a utilização do critério qualitativo, torna-se possível vislumbrar um limite sancionatório que reserva ao direito administrativo sancionador condutas menos graves e também aquelas baseadas em periculosidade, ainda que não haja lesão efetiva a bens jurídicos. Por meio dele, também, passa a ser destinado ao direito penal o condão de tutelar as condutas que efetivamente lesionam os bens jurídicos mais relevantes e indispensáveis à convivência social.

Contudo, referido critério qualitativo, que buscava a existência de reprovação ética ou moral como exclusiva do direito penal, recebeu críticas pela doutrina, pois mesmo no âmbito penal por vezes há dificuldade de se verificar elevado grau de reprovabilidade, como no caso de contravenções penais. A concordar com isso, registre-se também o fato de que algumas infrações administrativas de conteúdo econômico costumam apresentar caráter insidioso (NIETO, 2008).

Outro ramo da doutrina passou a pautar como critério diferenciador entre o direito administrativo sancionador e o direito penal foi o da gravidade da sanção colimada. Esse critério é denominado quantitativo (GUARDIA, 2014, p. 777). Posicionamentos mistos também foram criados, permitindo distinções quantitativas-qualitativas, e reservando à esfera do direito administrativo sancionador a tutela de bens jurídicos menos relevantes e sanções menos graves (D'ÁVILA, 2009, p. 113).

Por não ser conveniente nesta oportunidade assumir aprofundada opinião sobre tal infundável discussão, que mesmo hoje não encontra conclusão pacífica na

¹⁴⁵ Algumas das obras consultadas pelo pesquisador nesse sentido são a de Alejandro Nieto (2008), Winfried Hassemer (1999), Miguel Bajo e alguns nacionais e mais recentes, a exemplo de Fábio Roberto D'Ávila (2009), Paulo Burnier da Silveira (2014) e Gregório E. R. Selingardi Guardia (2014).

doutrina, bastante dizer que uma posição mista, que mescle os critérios qualitativo e quantitativo se coaduna mais com o pensamento acolhido pelo pesquisador¹⁴⁶.

Como o que aqui se discute é especialmente a prática de dano relevante à natureza por parte das pessoas jurídicas, impõe-se, diante desse cenário, que lhe seja aplicado o direito penal, uma vez que, qualitativamente considerado, o bem jurídico penal ambiental é bastante relevante à vida social, podendo sua prática reiterada gerar consequências insuportáveis, conforme já exposto alhures. E ainda se considerarmos a gravidade alcançável pelas sanções penais à pessoa jurídica, tais como a suspensão parcial ou total das atividades e a proibição de contratar com o poder público, cujas consequências no mínimo podem levar à extinção da empresa, e mesmo a liquidação forçada da corporação – que são sanções previstas, a título de exemplo, na Lei de Crimes Ambientais – há de se assumir que quantitativamente há mais identificação com o campo de atuação do direito penal.

Ou seja, ainda que haja um processo judicial para a verificação do fato, oportunização do contraditório e ampla defesa, a participação de um juiz para a imposição das sanções administrativas, entre outras garantias, a esfera do direito administrativo sancionador não constitui campo idôneo para a tutela máxima do dano ambiental.

Isto porque o bem jurídico ambiental, quando efetivamente e gravemente lesionado por uma empresa, é fato de relevância penal suficiente, além da própria dignidade penal já defendida no capítulo inaugural. E as sanções impostas, que podem assumir grau de elevada restrição a direitos, possuem um rigor acentuado que só podem ser reprimenda penal, devido à sua função primária de prevenção.

Não se pretende desqualificar a utilização de processos judiciais como meio à imposição de sanções administrativas, pois, *a priori*, parece medida que garante ao réu maiores instrumentos de proteção. O que não se pode é assumir tal ramo do direito como idôneo a uma tutela máxima de intervenção, como se a ele se destinasse a função de resguardar subsidiariamente as lesões mais graves aos bens jurídicos mais relevantes à convivência social pacífica, o que precipuamente deve ser função do direito penal (ROXIN, 2018).

¹⁴⁶ Para um aprofundamento mais oportuno, recomenda-se a obra “Direito penal e direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença”, de Fábio Roberto D’Ávila (2009).

Novamente utilizam-se aqui as palavras de Luís Greco (2018, p. 71), ao afirmar que “o legislador está livre para chamar de ‘pena’ algo que uma pena não é. O que o legislador não pode, contudo, fazer, é chamar de outro nome algo que é uma pena”.

Caso o direito administrativo sancionador passe a se valer de sanções de caráter eminentemente penal, o que será isso, senão o próprio direito penal? A utilização de um juiz e de um processo como meio de proteção de garantias são atributos importantes, em especial quando se impõem reprimendas de gravidade mais relevante, mas que sejam reconhecidos os limites dessas reprimendas sob o abjeto risco de se utilizar de outros ramos do direito para impor penas, o que deve ser fulminado por qualquer ordenamento.

É, então, essencial a compreensão do fenômeno “pena” e de suas características como objeto exclusivo de imposição por meio do direito penal. Tal tarefa é medida imperiosa não como forma de idolatria ao direito penal, o que não se pretende, mas como reconhecimento do que se trata de competência deste.

Luís Greco (2018) explica que a pena não deve repousar em critérios puramente quantitativos, ou seja, em sua maior severidade, mas sim em sua especial qualidade, fundada na conjunção de dois elementos. A pena é uma reação, pois se refere a um erro pretérito); e é o único instituto capaz de intervir em direitos que, de forma necessária, são inerentes ao apenado enquanto ser humano (e não enquanto características que indiretamente ou de forma contingente lhe assistem). Tais direitos são justamente a tradição que outrora se chamava de direitos inatos, em contraposição aos direitos adquiridos. Tais direitos, personalíssimos, são dotados de proteção especial, indisponíveis por reserva de bem comum. Pelo mesmo motivo a propriedade, que não é um direito inato, e sim adquirido, pode ser atingido pelo Estado e por considerações de bem comum, ainda que sob a forma de indenização (GRECO, 2018, p. 71)¹⁴⁷.

Por meio de tal argumento, pode-se concluir que há alguma relação entre os direitos inatos e os direitos de personalidade, salvaguardados pela Constituição

¹⁴⁷ Não é fato desconhecido pelo autor que Luís Greco é contrário ao que aqui se defende, tratando-se, portanto, de convicto patrono da responsabilidade das pessoas jurídicas por outros meios que não o penal. Ainda que sua conclusão seja diversa da que se apresenta neste trabalho doutoral e das convicções do pesquisador, os preceitos lógicos utilizados na argumentação de Greco são aquiescidos pelo pesquisador e se considera que servem para provar conclusão diametralmente contrária.

Federal e pelo Código Civil. Em outras palavras, a pena é o único instrumento legitimado pelo estado para, com proporcionalidade, desapropriar direitos de personalidade como forma de reprimenda por um comportamento típico, proibido pela lei penal.

Na mesma linha de pensamento, Luís Greco (2018) afirma que

Se fosse possível dar à pena outro nome, isto é, suprimir um direito inato de alguém que não cometeu o erro contra o qual a pena reage, isso seria o mesmo que desapropriar-lhe esse direito inato, isto é, o mesmo que tratar uma dimensão essencial, e não apenas contingente, de sua personalidade como submetida a uma reserva de bem comum.
(GRECO, 2018, p. 72).

Com efeito, o direito penal é o sistema que possui maior potencial e legitimidade para afetar direitos individuais de várias matizes, como a liberdade (o que se faz por meio da pena de reclusão, detenção ou prisão simples), vida (como no caso das penas de morte no Brasil, autorizadas em guerra declarada) e patrimônio (no caso das penas de multa e perda de bens), tudo com limitação que objetiva o respeito à dignidade humana (AGUIAR, 2007).

No capítulo final, será destinado espaço para demonstrar que, seguindo esse mesmo raciocínio, à pessoa jurídica deve ser destinada também a reprimenda penal como tutela máxima da violação grave de bens juridicamente relevantes, como aqui se sustenta quanto ao bem jurídico penal ambiental, e simplesmente porque isso é a maneira mais idônea de resguardar os direitos fundamentais que lhe são destinados no ordenamento.

Carlos Santiago Nino (1980), ao discorrer sobre a justificativa da pena, declara o seguinte:

Em resultado de propostas de autores como Flew e Hart, atualmente admite-se que os casos de pena tenham as seguintes características: a) a pena envolve a privação de direitos normalmente reconhecidos ou outras medidas consideradas desagradáveis; b) é consequência de um crime; c) seja aplicada contra o autor do crime; d) Seja aplicado por órgão do mesmo sistema que tenha cometido crime o acto em causa. (NINO, 1980, p. 199).¹⁴⁸

¹⁴⁸ Tradução livre feita pelo autor. Segue a redação original:

Como resultado de propuestas de autores como Flew y Hart, se acepta corrientemente que los casos de pena presentan las características siguientes: a) la pena implica lá privación de derechos normalmente reconocidos u otras medidas consideradas no placenteras; b) es consecuencia de un

Realce-se: o direito penal é o campo do direito legitimado pela Constituição Federal como o mais interventivo, e justamente por isso é aquele que recebe as maiores garantias. Esquivar-se do direito penal com o objetivo de impor uma pena, ainda que com outro rótulo, é desviar-se das garantias constitucionais máximas e suprimir direitos fundamentais que, na via ordinária, só podem ser relativizados legitimamente por força de uma sanção criminal.

À guisa de reforço, é oportuno lembrar que existem princípios constitucionais garantidos exclusivamente ao âmbito penal, como a presunção de inocência¹⁴⁹, a legalidade¹⁵⁰ e a irretroatividade da lei penal mais grave¹⁵¹. Nenhuma dessas garantias é dada a um direito administrativo sancionador.

Mas, seguindo essa linha argumentativa, e se tais garantias fossem dadas ao réu no âmbito de um processo judicial integrante de um direito administrativo sancionador? Passaria a ser admissível?

Ao que se responde com outra pergunta: se o direito administrativo sancionador passasse a tutelar as mesmas lesões aos mesmos bens jurídicos que o direito penal, e impusesse por meio judicial sanções de mesma gravidade que as penais, dadas as mesmas proteções e garantias constitucionais reservadas aos réus no direito penal, qual seria a diferença entre direito administrativo sancionador e direito penal?

De fato, não haveria diferença alguma entre esses ramos. O direito administrativo sancionador não passaria de um nome diferente para o mesmo direito penal. Em outras palavras, uma “burla de etiquetas”, uma mera troca de rótulos para camuflar o fato de que são a mesma coisa.

Esse argumento foi levantado pelo alemão Hans-Heinrich Jescheck (1992), posteriormente pelos italianos Giovanni Fiandaca e Enzo Musco (2009)¹⁵², além de

delito; c) es aplicada en contra del autor del delito; d) es aplicada por un órgano del mismo sistema que ha convertido en delito el acto de que se trata. (NINO, 1980, p. 199)

¹⁴⁹ De acordo com o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”;

¹⁵⁰ De acordo com o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”;

¹⁵¹ De acordo com o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”;

¹⁵² Com citações constantes em David (2018) e Silveira (2015).

sucintamente defendido por autores brasileiros, como Paulo César Busato (2018), que afirmou que

Não importa o nome que se dê, importa o conteúdo. *Sempre* será imprescindível que as intervenções mais graves – sejam quais forem – contra o indivíduo sejam acompanhadas das maiores garantias. A esse esquema se costuma denominar *sistema penal*.
(BUSATO, 2018, p. 56-57)

Sérgio Salomão Shecaira (2011, p. 97), por sua vez, questionou: “não seria uma burla de etiquetas permitir a reprovação administrativa e civil por um crime ecológico (por exemplo), mas não uma reprovação penal?”

Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz (2008), em consonância, acrescentou:

Esse sistema [sancionador] quase-penal, na verdade, pouco difere da responsabilização penal e representa (...) uma verdadeira ‘burla de etiquetas’, onde, a pretexto de se aplicarem as normas apropriadas para a punição de pessoas jurídicas se impõem as mais graves punições, mas sem chama-las de sanções penais.
(2008, p. 225-226)

Décio Franco David (2018), por sua vez, afirmou:

Assim, embora possa se dar nomes distintos para um instituto e até classificá-lo como extrapenal, deve ser feita a correta análise para verificar se o mecanismo não possui natureza distinta, como ocorreu, por exemplo, na Itália, resultando numa “verdadeira fraude de etiquetas”.

Acrescente-se ainda que, na prática, é possível verificar a criação de ilícitos administrativos punidos com mais severidade do que muitas sanções penais – algumas inclusive de caráter definitivo, o que se poderia traçar um paralelo com uma sanção de natureza perpétua¹⁵³ – e que a jurisprudência, e não a lei, passou a aplicar

¹⁵³ Cita-se aqui como exemplo o revogado instituto da inabilitação permanente dos diretores de instituições financeiras que cometerem infrações contra a economia nacional, contida no art. 44, IV, da Lei nº 4.595/1964, fulminado pelo ordenamento jurídico por ocasião da Lei nº 13.506/2017:

Art. 44. As infrações aos dispositivos desta lei sujeitam as instituições financeiras, seus diretores, membros de conselhos administrativos, fiscais e semelhantes, e gerentes, às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente.

(...)

IV - Inabilitação temporária ou permanente para o exercício de cargos de direção na administração ou gerência em instituições financeiras.

princípios penais no âmbito do direito administrativo sancionador. Isso apenas reforça a tese de a utilização de um sistema quase-penal da extirpe do direito administrativo sancionador não passa de uma “fraude de etiquetas”, em que reconhecidamente são violadas garantias e princípios penais com a regulação das infrações na seara administrativa. Em outras palavras, ambos configuram sistemas sancionatórios punitivos, porém apenas um deles garante ao réu um sistema completo de garantias e princípios clássicos – e que se a imposição do sistema penal para a pessoa jurídica supostamente o princípio da culpabilidade, também o faz a imposição do direito administrativo sancionador (CRUZ, 2008, p. 226), além da flagrante violação de outros direitos.

Um direito administrativo sancionador poderá conceder ao réu institutos de exclusão da tipicidade como o erro de tipo essencial? Se sim, há de se reconhecer que o erro de tipo essencial, quando escusável, exclui dolo e culpa, liberando o infrator da prática delituosa e isentando-o de sanção. Reconhecer que o direito administrativo sancionador não pode conferir tal instituto ao réu é admitir que tal sistema impõe sanções tão ou mais rigorosas do que a pena, mas não permite as mesmas oportunidades de defesa. Por outro lado, admitir um instituto como o erro de tipo no direito administrativo sancionador será declarar expressamente a existência de dolo ou culpa nesse sistema. Por consequência, isso também não teria de pressupor a existência de vontade e culpabilidade para uma pessoa jurídica? O mesmo vale para outros institutos de direito penal que servem como forma de escusa penal, a exemplo de excludentes de ilicitude e do erro de proibição.

O direito administrativo sancionador, caso se suponha instrumento legítimo para tutelar bens jurídicos tão relevantes quanto aqueles protegidos pelo direito penal e seja meio idôneo para impor sanções tão graves quanto as penais, o que configuraria tanto o critério qualitativo quanto o quantitativo dos limites entre o direito penal e o administrativo, iniludivelmente terá também de observar o princípio da

E a demissão cumulada com impossibilidade definitiva de retorno ao serviço público federal contida no art. 137, parágrafo único, da Lei nº 8.112/1990, ainda em vigor no ordenamento:

Art. 137. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos.

Parágrafo único. Não poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI.

culpabilidade, que vedará a imposição de sanção administrativa retributiva a um sujeito que tenha agido sem dolo ou culpa estritos (MELLO, 2005). Isso implica que também aqui estará presente o óbice que se faz à responsabilização penal da pessoa jurídica.

É no mínimo irônico que, para que um sistema sancionador seja considerado efetivo e não arbitrário, deve-se observar no processamento dos ilícitos o princípio da culpabilidade, justamente um dos pontos de maior resistência quanto à aplicação do direito penal às pessoas jurídicas (MELLO, 2005).

Em outras palavras, o que aqueles que bradam pela utilização de um direito administrativo sancionador para a reprimenda de pessoas jurídicas realmente querem é um direito penal disfarçado, apenas para que não se modifique a interpretação de culpabilidade que defendem, que não admite a responsabilização de entes coletivos.

Diante disso, é necessário fazer alguns questionamentos com o intuito de rebater a defesa do direito administrativo sancionador para a sanção de pessoas jurídicas por dano ambiental grave.

Como primeiro questionamento, aponta-se o seguinte: o que é pior entre um direito penal que admita a responsabilização penal da pessoa jurídica ou um direito administrativo que imponha sanções de mesma severidade que as penas sem as mesmas garantias oferecidas pelo direito penal?

De fato, admitir interpretações diversas da culpabilidade, como a do sistema construtivista ou o sistema significativo, apontados alhures, ou ainda mesmo uma interpretação diversa do critério atual de culpabilidade como o que foi feito no sistema francês, é tarefa tão absurda a ponto ser preferível a criação de um sistema inteiro quase-penal, sem limites distinguíveis para com este, ou mesmo sem as garantias fundamentais conferidas pela Constituição Federal?

Neste ponto, é oportuno registrar o entendimento de Fábio Medina Osório:

Já sustentamos, noutra obra, a inviabilidade de responsabilidade penal das pessoas jurídicas, mas somos forçados a reformular aquele entendimento, diante de boas razões para tanto. (...) Se as pessoas jurídicas somente atuam com suporte em vontades e comportamentos humanos, ocultos ou não, não se está a desprezar por completo, mas apenas parcialmente, as bases subjetivas do Direito Penal.

(...)

O Direito Penal estabelece, é verdade, um aparentemente irrenunciável sistema de responsabilidade subjetiva fundada na culpabilidade, de modo que se poderia questionar a validade de uma eventual responsabilidade penal das pessoas jurídicas, o que não significa que o questionamento seja procedente.

(...)

Já se disse que a própria culpabilidade, tão importante no terreno sancionatório, não é unívoca, não se revela, sempre e invariavelmente, com um único e imutável conteúdo, porque há categorias de tipos sancionadores que comportam algumas distinções importantes, que aceitam um maior ou menor rigorismo no reconhecimento da própria culpabilidade. (OSÓRIO, 2019, p. 396-399)

Como segundo questionamento, levanta-se o que segue: a concepção quanto à incapacidade de ação, de dolo ou de culpa, ou mesmo de culpabilidade por parte dos entes coletivos e sua suposta incompatibilidade com o direito penal servem com o propósito de defender os direitos das corporações e das pessoas naturais envolvidas economicamente com estas? Não se questiona que tais direitos devam ser defendidos. Contudo, a utilização de um sistema de regras rigoroso como o penal, porém com outra etiqueta, e sem as mesmas garantias, não viola *ainda mais* os mesmos direitos que se visam a proteger?

Novamente, neste ponto, destacam-se as palavras de Osório:

Dolo e culpa, por seu lado, são conceitos que podem variar, no caso concreto, conforme o alcance do tipo e inúmeras circunstâncias peculiares, v.g., a condição social do infrator, seu padrão econômico ou cultural. A definição do dolo, dentro do próprio Direito Penal, possui uma conotação extremamente ampla e sujeita a variadas e distintas interpretações quando do enfrentamento dos litígios nos tribunais. Dizer que dolo consiste na consciência e vontade de realizar a conduta descrita no tipo sancionador, por exemplo, significa remeter o intérprete para o concreto alcance da descrição típica. E essa descrição é tão variável quanto o é a grande variedade de tipos sancionadores existentes. A unidade de tratamento dogmático, aqui, é muito mais formal do que material. Seria muito difícil, aliás, impor uma unidade material de tratamento. A unidade consiste, todavia, na seguinte exigência: sempre é necessária a presença de dolo ou culpa para o reconhecimento de uma infração, pois o contrário significa responsabilidade objetiva, o que seria francamente inconstitucional. (OSÓRIO, 2019, p. 399)

O que se propõe neste ponto do estudo é que a culpabilidade possui conteúdo ligeiramente distinto para as pessoas jurídicas. Não por mera política criminal, ou por conveniência, ou por qualquer outro silogismo falacioso que se proponha, mas primeiro porque isso corresponde ao que aqui se defende como função do direito penal; segundo, porque essa é a medida mais protetiva a direitos fundamentais – como será examinado no capítulo final da tese.

Os doutrinadores que, mesmo hoje, são contrários à possibilidade de responsabilizar criminalmente as pessoas jurídicas, fazem-no por entender que estariam protegendo um direito de vulto constitucional, a própria noção de culpabilidade. Por outro lado, defende-se aqui que contrariar a responsabilidade penal

dos entes coletivos é muito mais danoso aos direitos fundamentais do que o ato de admitir a possibilidade de penalizar sociedades.

O argumento de que a ampliação da noção de ação ou de culpabilidade a fim de que também abranja a pessoa jurídica também permitiria "responsabilizar penalmente os animais e os inimputáveis", feito por Heloísa Estellita (2017, p. 68), com a devida vênia, soa um grande exagero, sobretudo porque tal noção, ainda que utilizada com propósito muito mais de impactar o leitor do que efetivamente com a finalidade de convencer, violaria não apenas dispositivos constitucionais, como também uma série de institutos pré-positivos.

Note-se que o Direito Punitivo, como um todo, não costuma guardar coerência absoluta no tratamento das variadas classes de ilícitos que se espalham pelos mais diversos segmentos sociais. A unidade que se busca, na perspectiva constitucional ou dos princípios fundamentais que prendem o Direito Sancionador, é a mínima possível, porque, hoje, não há praticamente nenhuma unidade a configurar as bases do sistema constitucional punitivo, mormente no setor do Direito Administrativo Sancionador, marcado pela radical fragmentariedade de suas intervenções, direitos e garantias, além das múltiplas instituições que o aplicam e produzem suas normas concretas. É certo que também o Direito Penal, como tivemos oportunidade de referir, se ressentido de problemas e carências similares, ante a expansão de legislações punitivas setoriais extremamente peculiares ditadas de características que parecem romper a dogmática tradicional, como de fato ocorre. Daí porque não se há de duvidar da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, nesse universo tão rico quanto veloz em suas transformações. As pessoas jurídicas recebem tratamentos punitivos cada vez mais rigorosos, e se o problema é visto pela ótica penal ou administrativa, não raro será uma questão quase secundária, ante a notória e intensa aproximação entre esses ramos jurídicos e também porque as consequências penais são, nesse especial aspecto, todas identificáveis com potenciais consequências administrativas. Fica, assim, o problema relegado a um plano secundário dos rótulos, salvo no tocante aos efeitos estigmatizantes do Direito Penal, bem assim ritos e competências correspondentes a esse setor, teoricamente mais severos, porém inegavelmente mais comprometidos com direitos humanos, direitos fundamentais e discursos garantistas. (OSÓRIO, 2019, p. 403)

A paliativa conclusão que aqui se atinge é a de que a utilização de sistemas quase-penais gera o insuportável risco de criar ingerências estatais muito graves sem as respectivas e importantes garantias, ínsitas ao sistema penal. E também que a criação de um sistema novo inteiro apenas para comportar o objeto da incompatibilidade do conceito de ação e de culpabilidade das pessoas jurídicas configura subterfúgio para fugir do real problema, qual seja, que as teorias da ação e da culpabilidade hoje existente precisam ser modificadas para incluir as pessoas jurídicas. Modelos que possibilitem isso de maneira adequada existem, tendo vários sido citados ao longo deste trabalho.

Conclua-se com a afirmação que o direito penal nunca foi um fim em si mesmo, nem deve ser visto como tal, de maneira que a arrematar que dogmática penal já passou por diversas transformações até que resultasse na estrutura atual, e há de sofrer diversas outras modificações para que melhor se molde às necessidades sociais, sempre respeitando a dignidade humana.

5 A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA POR CRIME AMBIENTAL COMO MEDIDA DE PROTEÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

5.1 A RELAÇÃO ENTRE A PESSOA JURÍDICA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 5.2 O PONTO DE CONTATO ENTRE O DIREITO PENAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 5.3 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS ESPECÍFICOS POTENCIALMENTE VIOLADOS PELA IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS DIVERSAS DA PENA À PESSOA JURÍDICA PELA PRÁTICA DE DANO AMBIENTAL; 5.4 PODEM-SE VIOLAR DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS EM UM PROCESSO LEGAL EM NOME DA MERA ORTODOXIA PENAL? OU: O FARISAÍSMO DA DOCTRINA PENAL NA TUTELA AMBIENTAL

Alcança-se, a este ponto, o capítulo decisivo deste trabalho doutoral, com a esperança de que as inquietações trazidas sobretudo nos dois capítulos anteriores tenham servido para conceder receptividade à ideia que, desde o próêmio da obra, visa-se a inferir.

Até aqui, as páginas navegadas serviram para demonstrar que as medidas alternativas recorrentemente apresentadas como solução à necessidade político-criminal de responsabilização das pessoas jurídicas pelo grave dano ambiental são tão ou mais questionáveis do que a própria imposição de penas.

Este final capítulo tem como objetivo, portanto, demonstrar em que medida as pessoas jurídicas se relacionam com os direitos e garantias fundamentais. Muitos dentre esses direitos são reconhecidos no plano internacional como direitos humanos, de forma que este capítulo também objetiva argumentar que a utilização de outros meios que não o direito penal para sancionar a prática de ilícito ambiental pela pessoa jurídica pode fatalmente vir a violar tais direitos, reconhecidamente tão importantes.

Por fim, será proposta uma reflexão sobre o que a doutrina renitente à admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica aparentemente está disposta a defender diante das realidades confrontadas no percurso deste trabalho, que sustentam a afirmação de que direitos essenciais protegidos pela Constituição Federal serão maculados por meio da imposição de outras sanções.

Assevere-se antecipadamente que, a despeito das infundáveis discussões existentes na doutrina acerca de muitos dos temas relacionados à pessoa jurídica como sujeito de direitos, este capítulo toma como teoria de base o ordenamento brasileiro, a jurisprudência dos tribunais superiores e doutrinas consagradas no direito nacional, traçando um paralelo entre os postulados com a finalidade de se construir

um argumento que visa a alcançar a hipótese lançada no início do trabalho. Caberá ao leitor julgar se teve o pesquisador sucesso em fazê-lo, e em que medida.

5.1 A RELAÇÃO ENTRE A PESSOA JURÍDICA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como primeiro passo para a construção da ideia que aqui se pretende passar, é necessário compreender o alcance jurídico dos institutos identificados como direitos fundamentais. Muito embora se tratem essencialmente de direitos consignados em posição de destaque constitucional, os direitos fundamentais não “dependem” estritamente da positivação em um ordenamento, vez que decorrem do imperativo máximo do direito do início do século XXI no sentido de proteção da dignidade humana.

A concepção hodierna é de que o Estado, como pessoa distintamente considerada, é sujeitado à alçada do direito, além de titular dos direitos subjetivos, sujeito ao direito objetivo. Isso significa dizer que o Estado se sujeita ao direito, sendo implicação disso *a*) que o legislador está obrigado a elaborar determinadas leis em detrimento de outras; e *b*) o Estado é obrigado a respeitar a lei a fim de zelar pelos direitos mais fundamentais (DUGUIT, 2009).

Estribado nisso, é possível afirmar que os direitos fundamentais não são meras normas positivas constitucionais, carregando também em seu bojo ontológico um forte caráter de direitos subjetivos inerentes à própria história de conquistas democráticas que possibilitaram sua criação.

Quanto à sua abrangência, José Afonso da Silva (2008) ressalva que não são normas supra-estatais ou supraconstitucionais, como defendido por Duguit (2009), mas que inegavelmente possuem uma crescente dimensão universal (SILVA, 2008).

Os direitos fundamentais não são mais lidos apenas sob a roupagem liberal de “direitos públicos subjetivos”, entendida como a autolimitação estatal em benefício de determinadas esferas privadas. Ao adotar os direitos fundamentais na abrangência revelada em seu texto, a Constituição Federal traduziu um desdobramento necessário da própria concepção de “Estado”, ínsita à figura de Estado Democrático de Direito,

conforme preceituada no art. 1º da Carta Magna brasileira¹⁵⁴, de maneira que, ainda que o direito positivo lhe reconheça toda a amplitude popular, não lhes será retirada tal perspectiva, visto que há princípios contidos na própria expressão do termo que resumem uma concepção do mundo orientada a informar a aguerrida batalha histórica para a conquista definitiva da efetividade desses direitos, de relevância fundamental (SILVA, 2008, p. 57).

Os direitos fundamentais revelam uma dupla perspectiva, visto que possuem aspectos tanto de direitos subjetivos individuais quanto elementos objetivos fundamentais da coletividade (SARLET, 2019). Essa percepção perfaz uma das mais importantes concepções constitucionais modernas, especialmente em sede de direitos fundamentais, podendo ser encontrada no direito comparado, embora seja pouco aprofundada no direito brasileiro (SCHMITT, 2000).

Sob a roupagem de direitos subjetivos, os direitos fundamentais constituem prerrogativas constitucionais do indivíduo. Ao ter em mente a noção de direitos fundamentais como direitos subjetivos, admite-se a noção de que a um titular de um direito fundamental está aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses tutelados frente a um destinatário, obrigado a respeitá-los (SARLET, 2019, p. 198).

A partir dessa perspectiva, leiam-se os direitos fundamentais como direitos de defesa contra os próprios poderes estatais. Pode-se ainda assumir que tais direitos constituem posições jurídicas complexas, podendo conter direitos, pretensões e liberdades de várias naturezas, sendo oponíveis contra diversos destinatários. (SCHMITT, 2000, p. 56). Segundo Schmitt (2000), o direito fundamental subjetivo orienta seu núcleo ao resguardo dos direitos de personalidade¹⁵⁵ (op. cit., p. 57).

Entretanto, a noção de direitos fundamentais como direitos subjetivos, como já exposto anteriormente, não traduz em completude a dimensão alcançada hodiernamente por essas prerrogativas no direito constitucional, visto que traduziriam apenas o já ultrapassado entendimento liberal moderno de que servem como expressão de autolimitação do Estado face aos indivíduos.

¹⁵⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos...

¹⁵⁵ As pessoas jurídicas são reconhecidamente detentoras de alguns direitos da personalidade, assinala-se como noção preliminar. Mais à frente será feita mais extensa reflexão sobre os direitos da personalidade de que são titulares as pessoas jurídicas.

Há, adicionalmente, a ótica dos direitos fundamentais como direitos objetivos, dotado de conotação valorativa oriunda do princípio do Estado Social de Direito, que, por sua vez, sobrealça o valor da solidariedade ou da responsabilidade comunitária dos indivíduos (SCHMITT, 2000, p. 57).

Por meio de um processo histórico de conquistas, os direitos fundamentais passaram também a se apresentar no âmbito do ordenamento constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas a garantia negativa dos interesses individuais (SARLET, 2019, p. 186).

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, nesse sentido, propicia o reconhecimento de outros direitos refletidos pelo direito de personalidade, como o caso dos direitos fundamentais dos entes coletivos (SCHMITT, 2000, p. 57).

A essa noção, Ingo Wolfgang Sarlet (2019), em sua palestra realizada no Peru, acrescentou:

Como uma das consequências diretamente associadas à dimensão axiológica da função objetivo dos direitos fundamentais, visto que resultam da ideia de que incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade, é a verificação de que direitos os direitos fundamentais (incluindo os direitos clássicos de defesa) devem ter sua eficácia valorizada não apenas sob o ângulo individualista, ou seja, a partir do ponto de vista do indivíduo e de sua posição perante o Estado, mas também do ponto de vista de a sociedade, a comunidade como um todo, pois se trata de valores e objetivos que ela deve respeitar e concretizar. Partindo dessa premissa, a doutrina estrangeira chegou à conclusão de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui uma função axiologicamente vinculante, o que mostra que o exercício dos direitos subjetivos individuais está sujeito, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade em que se insere e da qual não se pode dissociar, podendo falar, neste contexto, de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos. Por essas razões, parece correto afirmar que todos os direitos fundamentais (em sua perspectiva objetiva) são sempre também direitos transindividuais. É neste sentido que se justifica a afirmação de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima as restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalecente, mas também que, de certa forma, contribui para a limitação de conteúdos e o alcance dos direitos fundamentais, embora o cerne essencial destes deva ser sempre preservado, de modo que uma funcionalização da dimensão subjetiva (individual ou transindividual) em favor da dimensão objetiva (comunidade e, neste sentido, sempre coletivos), no âmbito de uma supremacia *a priori* do interesse público sobre o indivíduo (SARLET, 2019, p. 189-190).¹⁵⁶

¹⁵⁶ Tradução livre feita pelo autor. Segue a redação original:

Como una de las consecuencias directamente asociadas a la dimensión axio- lógica de la función objetiva de los derechos fundamentales, toda vez que resultan de la idea de que estos incorporan y expresan determinados valores objetivos fundamentales de la comunidad, está la constatación de que los derechos fundamentales (incluso los clásicos derechos de defensa) deben ver su eficacia valorada no solo bajo un ángulo individualista, es decir, con base en el punto de vista de la persona individual y

Ingo Sarlet (2017), ao se manifestar sobre o chamado direito geral de liberdade, que se relaciona com a primeira dimensão dos direitos fundamentais, mostra clara aplicabilidade da teoria geral dos direitos fundamentais a esse direito:

Na esteira das considerações precedentes, percebe-se também o lugar de destaque que a liberdade, na condição de valor, princípio e direito (mas também como dever), ocupa na arquitetura jurídicoconstitucional e política brasileira, construída em torno e com base da noção de um Estado Democrático de Direito, com o qual guardam conexão direta o direito geral de liberdade, os direitos especiais de liberdade (incluindo as liberdades políticas e sociais) e os demais direitos fundamentais.

No que diz respeito ao conteúdo do direito geral de liberdade, especialmente no que concerne a sua relação com os direitos especiais de liberdade, remete-se aqui aos comentários das liberdades fundamentais em espécie, evitando, assim, desnecessária superposição. O mesmo vale para o conjunto de questões que dizem com a teoria geral dos direitos fundamentais, notadamente a dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, a titularidade, os destinatários, a eficácia e aplicabilidade e o problema dos limites e restrições, visto que, em termos gerais, também se aplicam ao direito geral de liberdade (SARLET et al, 2017, p. 528).

Assim, pode-se inferir a noção de que os direitos fundamentais expressam determinadas pretensões e valores objetivos e fundamentais da comunidade, de forma que os direitos fundamentais devem ter sua eficácia valorada não apenas sob um ângulo individualista, mas também sob o ponto de vista da comunidade, já que se destina à tutela de finalidades respeitadas pelo ordenamento (SCHMITT, 2000, p. 57).

Vejam-se, assim, os direitos fundamentais como idôneos a traduzir o interesse social de uma coletividade, não apenas no resguardo de direitos subjetivos individuais. A esse sentido, acrescentem-se as palavras de Cristiano Heineck Schmitt (2000):

su posición ante el Estado, sino también bajo el punto de vista de la sociedad, de la comunidad en su totalidad, ya que se trata de valores y fines que ésta debe respetar y concretizar. Partiendo de esta premisa, la doctrina extranjera llegó a la conclusión de que la perspectiva objetiva de los derechos fundamentales constituye una función axiológicamente vinculante, lo que demuestra que el ejercicio de los derechos subjetivos individuales está sujeta, en cierto modo, a su reconocimiento por la comunidad en la que se encuentra inserta y de la que no puede dissociarse, pudiéndose hablar, en este contexto, de una responsabilidad comunitaria de los individuos. Por tales razones, parece correcto afirmar que todos los derechos fundamentales (en su perspectiva objetiva) son siempre, también, derechos transindividuales. Es en este sentido que se justifica la afirmación de que la perspectiva objetiva de los derechos fundamentales no sólo legitima restricciones a los derechos subjetivos individuales con base en el interés comunitario prevalente, sino también que, de cierta forma, contribuye a la limitación del contenido y del alcance de los derechos fundamentales, aunque deba siempre ser preservado el núcleo esencial de estos, de tal suerte que no se podrá sustentar una funcionalización de la dimensión subjetiva (individual o transindividual) en favor de la dimensión objetiva (comunitaria y, en este sentido, siempre colectiva), en el ámbito de una supremacía apriorística del interés público sobre el particular (SARLET, 2019, p. 189-190).

A ideia de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos, consequência da recepção da dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, encontra-se formulada também na jurisprudência alemã da década de cinquenta. Essa responsabilidade comunitária terá o condão de restringir os direitos subjetivos fundamentais com base no interesse social preponderante, **o que viabiliza o reconhecimento dos direitos fundamentais dos entes coletivos** (op. cit., p. 58).
(negrito pelo pesquisador)

O reconhecimento dos direitos fundamentais às pessoas jurídicas faz parte de uma agenda decorrente da transição do Estado liberal para o estado social e democrático de Direito face à crescente conscientização da insuficiência de uma ótica dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, estendendo-se assim os direitos fundamentais às pessoas jurídicas, especialmente as de direito privado, devido ao fato de ser o ente moral um “conglomerado de vontades individuais convergentes”, além de ser o principal impulsor da economia (SCHMITT, 2000, p. 58).

Assevere-se, porém, que o reconhecimento de direitos fundamentais da pessoa jurídica não significa que possa esta fazer seu direito prevalecer em uma tensão entre o direito de um indivíduo por meio da ponderação de valores em jogo. Ainda que o ente coletivo seja dotado de direitos fundamentais, há de se reconhecer a prevalência do direito fundamental de um indivíduo sobre o da pessoa coletiva (CANOTILHO, 1993).

José Joaquim Gomes Canotilho (1993), ao comentar a Constituição portuguesa, sintetiza que

A extensão dos direitos e deveres fundamentais às pessoas colectivas (pessoas jurídicas) significa que alguns direitos não são «direitos do homem», podendo haver titularidade de direitos fundamentais e capacidade de exercício por parte de pessoas não identificadas com cidadãos de «carne e osso».

(...)

Em fórmula sintética e aproximada: as pessoas colectivas gozam de direitos fundamentais que não pressuponham características intrínsecas ou naturais do homem como sejam o corpo ou bens espirituais (...).

As pessoas colectivas gozam de direitos fundamentais como a liberdade de imprensa, a liberdade de reunião a liberdade de profissão, devendo no entanto neste âmbito de direitos fundamentais extensivos às pessoas colectivas verificar-se, caso a caso, se o domínio da norma é aplicável às pessoas jurídicas

(op. cit., p. 558-559)

Deve-se, portanto, reconhecer os direitos fundamentais da pessoa jurídica sem esquecer também da própria essência da pessoa coletiva.

Interessante que, muito embora não haja norma expressa na Constituição brasileira que reconheça os direitos fundamentais da pessoa jurídica, há entendimentos de que simplesmente o constituinte de 1988 disse menos do que pretendia, sendo forçoso que se faça uma interpretação extensiva para tanto. Como reforço, some-se o fato de que vários países declararam em suas Constituições a existência de direitos fundamentais de titularidade das pessoas jurídicas (SCHMITT, 2000, p. 63).

José Afonso da Silva (2005) explica, quanto aos direitos fundamentais da pessoa jurídica, que

O princípio é o de que os direitos e garantias assegurados nos incisos do art. 5º se dirigem às *peças físicas*, ao indivíduo, e não às pessoas jurídicas. Assim pensava Pontes de Miranda, em comentário ao art. 153 da Constituição de 1967/1969, conquanto em outra passagem de sua obra diga que determinado direito ampara também as pessoas jurídicas. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, já em face da Constituição vigente, admitira que beneficiam também pessoas jurídicas brasileiras e estrangeiras que atuem no Brasil. O princípio é o mencionado acima, mas a pesquisa no texto constitucional mostra que vários dos direitos arrolados nos incisos do art. 5º se estendem às pessoas jurídicas, tais como o princípio da isonomia, o princípio da legalidade, o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo da correspondência e das comunicações em geral, a inviolabilidade do domicílio, a garantia do direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, assim como a proteção jurisdicional e o direito de impetrar mandado de segurança. Há até direito que é próprio de pessoa jurídica, como o direito à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos (logotipos, fantasias, p. ex.) (SILVA, 2005, p. 191-192).

Resta, assim, reconhecer como perfeitamente factíveis os direitos fundamentais das pessoas jurídicas, construção necessária para a exposição dos próximos argumentos deste trabalho doutoral.

Uma parte substancial da doutrina tem entendido que pessoas jurídicas são também detentoras de direito da personalidade, o que já foi de alguma maneira tratado pela jurisprudência. De início, neste sentido, cumpre demonstrar o que é declarado pelo próprio Código Civil pátrio, que explicita que “aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”¹⁵⁷.

É bem verdade que a pessoa jurídica é, essencialmente, um ente destituído de dignidade, segundo a visão kantiana. Com efeito, a dignidade é imanente à pessoa

¹⁵⁷ Conforme expresso no art. 52 de referido diploma legal:

Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.

física pelo simples fato de ela ser o fim em si mesmo, possuidora de um valor próprio, e não como meio para outros (SZANIAWSKI, 2017).

A dificuldade de conceber direitos de personalidade a um ente incorpóreo, nascido por meio da união da vontade de indivíduos e da força normativa consubstanciada no ordenamento, é justificável. Com vistas a conciliar a noção racional da pessoa jurídica como ente individualizado, seria necessário realizar um estudo longo e aprofundado nas diversas teorias existentes na literatura, contudo, a delimitação da problemática desta tese impede a realização de uma maior perquirição nesse sentido, vez que fatalmente conduziria à hecatombe de se negligenciar algo mais central. Por conta disso, quanto à completa noção de pessoa jurídica, será utilizado o entendimento consolidado por José Lamartine Corrêa de Oliveira (1979).

Lamartine (1979) propõe uma solução filosófica para a conceituação da pessoa jurídica por meio de uma concepção ontológico-institucionalista, formada pelo substrato ôntico conformado pela coletividade de homens que integram, em unidade, uma existência singular e autônoma (LEONARDO, 2007). A existência da pessoa jurídica seria traduzida como uma realidade individual, completa, permanente, uma fonte incomunicável de atividade consciente e livre, num contexto de realidade distinta (OLIVEIRA, 1979).

A grande diferença entre a pessoa natural e a pessoa jurídica residiria meramente na substância, pois, com esteio nos postulados da filosofia tomasiana, os seres existentes podem ser diferenciados entre aqueles dotados de forma substancial e aqueles dotados de forma accidental (LEONARDO, 2007).

De forma a balizar esse entendimento, assim explica Szaniawski (2017):

As pessoas jurídicas sob o ponto de vista ontológico são verdadeiras pessoas, classificadas como sujeitos de direito, sendo, porém, sua personalidade meramente analógica à da pessoa natural. A ideia de estabelecer-se uma analogia entre pessoa natural e pessoa jurídica foi retomada por Zambrano e Rénard, os quais atribuem ao *ens entis* a consistência de um ser de razão, por constituir-se em um ser que depende da razão como o efeito da causa, possuindo, portanto, existência real e verdadeira. Dessa maneira, pode-se afirmar que a pessoa jurídica consiste em uma realidade analógica ao ser humano. Compete, ainda, ao Estado o reconhecimento jurídico desse ente, preexistente a tal declaração. O direito objetivo, ao reconhecer a personalidade de determinada reunião de pessoas ou de bens, reconhece e declara algo que já existe. Trata-se do cumprimento de um requisito extrínseco e não constitutivo (SZANIAWSKI, 2017).

A isso, some-se o entendimento de Décio Franco David (2018), que afirma que

No Direito Empresarial brasileiro, há determinação de que toda sociedade empresária seja personalizada, convertendo-se, portanto, em pessoas distintas dos sócios, titularizando seus próprios direitos e obrigações.

(...)

Como consequência direta da atribuição de personalidade à sociedade empresária, ela passa a ter titularidade negocial, titularidade processual plena e a autonomia patrimonial. Em outras palavras ela passa a *existir* juridicamente. Isso ocorre pela superação de um paradigma ontológico e passa a adoção de um paradigma normativo sobre toda e qualquer expressão de personalidade jurídica. Em outros termos, a lei personifica corpos sociais suscetíveis de entrar no diálogo social como centro de imputação de interesses, é o que ocorre com a personalidade jurídica de entes coletivos. Afinal, os entes coletivos dotados de personalidade se assentam na realidade de que a vida comunitária resulta de um diálogo a várias vozes, em que participam entidades que não são já pessoas físicas (DAVID, 2018, p. 137).

Ou seja, admite-se que a pessoa jurídica é dotada de direitos da personalidade porquanto possui, em razão primariamente ontológica e secundariamente normativa, existência real e verdadeira. É por esse mesmo motivo que o ordenamento resguarda os direitos de personalidade dos entes morais.

De modo a concordar com esse entendimento, é que o direito ao dano moral existente no art. 5º, X, da Constituição Federal¹⁵⁸ é garantido não apenas à pessoa natural, mas também à pessoa jurídica. Os tribunais brasileiros têm concordado com esse posicionamento, tendo sido matéria sumulada¹⁵⁹ pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁶⁰, embora com alguma reticência¹⁶¹.

¹⁵⁸ Art. 5º *Omissis*

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

¹⁵⁹ Súmula nº 227: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”

¹⁶⁰ Não é de desconhecimento do pesquisador a existência de acalorada discussão no seio doutrinário e jurisprudencial quanto a se a pessoa jurídica possui honra subjetiva ou apenas honra objetiva, tendo prevalecido hodiernamente o entendimento de que o ente coletivo não é dotado de honra subjetiva. Exatamente pelo mesmo motivo tem-se entendido que a pessoa jurídica não pode ser vítima de crime de injúria, visto que há uma intrínseca exigência de existência de honra subjetiva para que ocorra a angústia, o sofrimento, o decoro ou quaisquer sentimentos invocados necessariamente por uma ofensa.

¹⁶¹ Neste ponto, leia-se que o entendimento consolidado no sentido de que a pessoa jurídica é capaz de sofrer dano moral não é pacífico quando se fala sobre pessoa jurídica de direito público. A esse respeito, vide o Informativo 534 do STJ:

“Pessoa jurídica de direito público não tem direito à indenização por danos morais referentes à violação da honra ou da imagem”

Inferese, então, que tanto a jurisprudência quanto a doutrina pátrias já reconheceram, em certo grau, as pessoas jurídicas como titulares do direito geral de personalidade (SZANIAWSKI, 2017)¹⁶².

Esquivando propositadamente da infundável discussão doutrinária acerca da extensão do rol de direitos da personalidade da pessoa jurídica, que, ainda que seja inegavelmente interessante, não cabe fazer nesta oportunidade, chega-se a este ponto com a noção de que a pessoa jurídica é protegida por vários dos institutos consagrados como mais valiosos num Estado Democrático de Direito e assim declarados pela Constituição Federal, dentre os quais figuram os direitos fundamentais.

Não se pode esquecer, inclusive, que a pessoa jurídica não deixa de expressar os anseios de vários indivíduos que agem conjuntamente, em teoria, atendendo aos propósitos da função social à qual é submetida, exercendo importante papel no âmbito econômico, proporcionando empregos etc, não deixando de ser, portanto, a junção de vários direitos fundamentais subjetivos de seus integrantes. Não fosse a pessoa jurídica titular por si só de direitos e garantias fundamentais, teria de ser pelo menos por esse motivo.

É interessante, neste ponto, começar a explicitar em que amplitude são as pessoas jurídicas orientadas à percepção de direitos fundamentais.

Faz-se importante, a partir deste ponto do estudo, informar que serão feitas duas leituras dos direitos fundamentais no âmbito da Constituição Federal de 1988: em primeiro lugar, será feita uma análise dos direitos fundamentais segundo sua teoria geral, analisando-se suas diferentes categorias e suas múltiplas dimensões, segundo aceitas pela maior parte da doutrina do século XXI. Em segundo lugar, será proposta uma leitura literal das palavras escolhidas pelo constituinte, avaliando o valor normativo de cada direito inserido expressamente na Carta Magna. Essa leitura será menos teórica e bem mais pragmática, avaliando como o constituinte pode ser

¹⁶² Sabe-se que, por ocasião do Enunciado n° 286 do CJF, foi recentemente criticada a compreensão da pessoa jurídica como titular de direitos da personalidade. É óbvio que, na medida em que o conhecimento jurídico é algo dinâmico, é perfeitamente possível que sustentem opiniões diversas. Entretanto, entende o pesquisador que tal enunciado viola o art. 52 do Código Civil, que assegura a proteção de direitos da personalidade à pessoa jurídica, além da doutrina de Lamartine Correa de Oliveira (1979). O posicionamento defendido pelo pesquisador é também sustentado por Elimar Szaniawski (2017) e, na medida da concordância com a doutrina de Lamartine Correa de Oliveira (1979), também o é o entendimento de Rodrigo Xavier Leonardo (2007).

expressamente contrariado pela não aceitação da responsabilidade penal da pessoa jurídica por dano ambiental no Brasil.

Os Direitos Fundamentais não são absolutos, nem atemporais. Eles são frutos de um longo histórico de conquistas e evolução que já data de muitos séculos. Contudo, há de se enfatizar que se tratam de cláusula pétrea, conforme se demonstra na própria Constituição Federal:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
 (...)

 § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
 (...)

 IV - os direitos e garantias individuais.

Essa inferência impõe que não é possível que sejam modificados os direitos fundamentais, nem mesmo pelo poder legislativo, a não ser em caso de uma nova assembleia constituinte, ou seja, com uma nova Constituição.

Já houve quem tentasse sistematizar essa evolução dos direitos fundamentais no passado:

(...) É natural que o conteúdo ético dos direitos fundamentais também se modifique ao longo do tempo.
 Para ilustrar essa evolução, um jurista tcheco, naturalizado francês, chamado Karel Vasak, desenvolveu uma ideia bastante interessante que ficou conhecida como “teoria das gerações dos direitos”.
 Ao formular a sua teoria, inspirado pelo lema da Revolução Francesa, Vasak disse mais ou menos assim:
 a) a primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (liberté), que tiveram origem com as revoluções burguesas;
 b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (égalité), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados;
 c) por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (fraternité), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.
 Essa teoria obteve fama internacional e tem sido repetida (ainda que acriticamente) por juristas no mundo todo. Aqui no Brasil, até mesmo o STF já utilizou a expressão gerações de direitos para fundamentar algumas decisões que proferiu.
 (MARMELSTEIN, 2019, p. 39)

Muitos autores, a partir dessa teoria, passaram a se referir aos Direitos Fundamentais agrupando-os em gerações.

Segundo tal sistematização, a primeira geração seria lugar dos direitos fundamentais aos direitos civis e políticos, fundados especialmente na liberdade, originadas nos ideais burgueses que nortearam a Revolução Francesa. A segunda geração, por sua vez, seria fundada nos direitos econômicos, sociais e culturais, fundados no ideal de igualdade. A terceira e última geração, seria a dos direitos de solidariedade, fundados na proteção ao meio ambiente, ao desenvolvimento e à paz (DIMOULIS, 2014).

Em qualquer caso, muito embora a categorização dos direitos fundamentais tenha sido bem aceita, a nomenclatura de gerações já sofreu diversas críticas, em especial pela errônea ideia de que esses direitos seriam substitutivos uns aos outros, quando na verdade deveriam ser cumulativos.

Muitos autores referem-se a “gerações” dos direitos fundamentais, afirmando que sua história é marcada por uma gradação, tendo surgido em primeiro lugar os direitos clássicos individuais e políticos, em seguida os direitos sociais e, por último, os “novos” direitos difusos e/ou coletivos como os de solidariedade, ao desenvolvimento econômico (sustentável) e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, havendo também direitos de quarta geração relacionados ao cosmopolitismo e à democracia universal. Essa visão predomina na doutrina brasileira dos últimos anos e foi recepcionada em decisões do Supremo Tribunal Federal.

Tal opção terminológica (e teórica) é bastante problemática, já que a ideia das gerações sugere uma substituição de cada geração pela posterior, enquanto no âmbito que nos interessa nunca houve abolição dos direitos das anteriores “gerações”, como indica claramente a Constituição brasileira de 1988, que inclui indiscriminadamente direitos de todas as “gerações”.

(DIMOULIS, 2014, p. 22-23)

Assim, em decorrência desses argumentos, a doutrina crescentemente tem preferido se referir às categorias de direitos fundamentais utilizando a expressão “dimensões”, pois seriam facetas diferentes de mesmos direitos.

De fato, a escolha pela utilização da palavra dimensões, em vez de gerações, sana muitos problemas. Mas mesmo a opção por esta segunda palavra também é criticada na doutrina:

Em razão de todas essas críticas, a doutrina recente tem preferido o termo dimensões no lugar de gerações, afastando a equivocada ideia de sucessão, em que uma geração substitui a outra.

No entanto, continua-se incorrendo no erro de querer classificar determinados direitos como se eles fizessem parte de uma dimensão determinada, sem atentar para o aspecto da indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais.

O ideal é considerar que todos os direitos fundamentais podem ser analisados e compreendidos em múltiplas dimensões, ou seja, na dimensão

individual-liberal (primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão de solidariedade (terceira dimensão), na dimensão democrática (quarta dimensão) e assim sucessivamente. Não há qualquer hierarquia entre essas dimensões. Na verdade, elas fazem parte de uma mesma realidade dinâmica. Essa é a única forma de salvar a teoria das dimensões dos direitos fundamentais.
(MARMELSTEIN, 2019, p. 55)

O fato, portanto, é que os direitos fundamentais são indivisíveis e interdependentes entre si, de forma que o agrupamento semântico em gerações ou dimensões pode acabar sendo limitador de alguma maneira. Assim, o que a doutrina tem preferido é utilizar os termos categorias ou espécies de direitos fundamentais, justamente da mesma maneira que se costumam classificar atos jurídicos ou leis em espécies ou categorias. Reserva-se a terminologia dimensões, assim, para os aspectos ou funções objetivo e subjetivo dos direitos fundamentais (DIMOULIS, 2014, p. 24).

A partir deste ponto, faz-se salutar uma análise expressa sobre a redação da Constituição quanto aos direitos fundamentais, identificando individualmente cada um deles com suas respectivas espécies ou categorias.

O *caput* art. 5º da Constituição Federal, expressão básica dos direitos e garantias fundamentais no ordenamento brasileiro, expõe superficialmente a noção de direitos fundamentais:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes... (BRASIL, 1988)

Pela sistematização feita pelo constituinte, pode-se perceber que os direitos fundamentais foram superficialmente agrupados em cinco núcleos, a saber, a) direito à vida; b) direito à liberdade; c) direito à igualdade; d) direito à segurança; e e) o direito à propriedade.

José Afonso da Silva (2005), por sua vez, classifica os direitos fundamentais também em cinco grupos, porém ligeiramente diferentes, enumerando-os como (1)

direito à vida; (2) direito à privacidade; (3) direito de igualdade; (4) direito de liberdade; (5) direito de propriedade (SILVA, 2005, p. 194)¹⁶³.

É bem verdade que essa sistematização do constituinte não guarda uma expressa identificação com as gerações, dimensões ou categorias dos direitos fundamentais. Entretanto, a escolha dessas palavras pelo constituinte guarda inequívoco valor normativo, e aqui se pretende vincular esse valor ao que o pesquisador intenta provar.

Quanto ao direito fundamental à vida, que consiste num direito de primeiro agrupamento ou primeira dimensão, há uma inafastável conexão com a corporalidade, de maneira que pragmaticamente é direcionado às pessoas naturais, sendo muito difícil visualizar uma conexão desse direito com um ente moral.

Apenas com finalidade retórica, sem, contudo, que isso constitua argumento indispensável à tese que se pretende provar, seria possível compreender o direito à vida com uma amplitude maior do que apenas considerada a manutenção das funções vitais básicas de um ser humano, abrangendo também o direito à integridade física, à integridade moral e à existência. A utilização do verbete existência é feita no Código Civil ao se referir às pessoas naturais¹⁶⁴, mas também se usa a expressão existência quanto à pessoa jurídica na legislação cível¹⁶⁵. Abstratamente falando, embora a pessoa jurídica não seja dotada de vida em seu sentido estrito, é dotada de existência legal, como reconhecido pela própria legislação pátria.

A própria doutrina brasileira costuma se referir à existência das pessoas jurídicas analogicamente como vida, a exemplo de Luiz Regis Prado (2019), que, ao fazer uma crítica à pena de liquidação forçada da pessoa jurídica imposta pela Lei de Crimes Ambientais¹⁶⁶, faz uma comparação com a pena de morte: “Destarte, importa

¹⁶³ José Afonso da Silva (2005) exclui do rol de direitos a *segurança*, pois, em decorrência do fato de este núcleo fundamental proteger as pessoas das arbitrariedades estatais, compreende como mais adequado rotular esse núcleo como *garantias*, em vez de direitos subjetivos; e acrescenta a *privacidade*, visto que há agrupamento de vários direitos em torno da intimidade e do sigilo, que não parecem se encaixar em nenhuma outra categoria.

¹⁶⁴ Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

¹⁶⁵ Neste sentido, cf. o Art. 45 do Código Civil:

Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

¹⁶⁶ Art. 24. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu

agregar que as penas de suspensão de atividade (art. 22, § 1.º) e de dissolução forçada (art. 24) [constituem] verdadeira pena de morte da empresa” (p. 201).

Entretanto, como já se disse, tal argumento deve ser utilizado apenas para fins de reflexão, pois não se pretende que o leitor assuma como verdadeira a assertiva de que a pessoa jurídica é um ente vivo em qualquer que seja a acepção da palavra.

Como segundo direito, passa-se a analisar o direito à liberdade, também categorizado como um direito de primeira dimensão. Em relação ao direito fundamental à liberdade, há de se apontar que ela apresenta também em amplas dimensões. Campo de discussão muito orientado pelo idealismo e a metafísica, é costumeiramente subdividido em liberdade interna (chamada também de liberdade subjetiva, psicológica ou moral), que constitui o próprio livre-arbítrio, genuína “liberdade de querer” e liberdade externa (também chamada de liberdade objetiva), que implica no afastamento de obstáculos e de coações, genuína “liberdade de fazer” (SILVA, 2005, p. 231-232).

Também dentro do direito fundamental à liberdade encontram-se as “liberdades”, dentro do qual se aloca a chamada “liberdade de ação”. Consubstanciada no próprio art. 5º, II, da Constituição Federal¹⁶⁷, indica a própria liberdade constante em não ser obrigado a nada, exceto quando a lei expressamente determinar. É consectário deste direito, em certo nível, o próprio princípio da legalidade penal¹⁶⁸, v.g. Também do direito fundamental de liberdade decorrem as liberdades de locomoção, de circulação, de pensamento, de opinião, de expressão, de comunicação, liberdade artística, liberdade científica, liberdade de ação profissional, direito à informação etc (SILVA, 2005). Várias dessas liberdades, há de se reconhecer, são também destinadas às pessoas jurídicas.

A pessoa jurídica possui liberdade de comunicação, direito a informação e liberdade de ação profissional, uma vez que recebe a proteção à sua capacidade de manifestação por meio de mídias, circulares e jornais diversos, assim como destes

patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

¹⁶⁷ Art. 5º. *Omissis*

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

¹⁶⁸ Neste sentido, cf. o Art. 1º do Código Penal:

Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

obter informações. Quanto à ação profissional, a pessoa jurídica goza do direito da livre iniciativa e da livre exploração de atividades econômicas.

O terceiro direito fundamental mencionado é o direito à igualdade, este normalmente identificado como um direito de segunda espécie ou dimensão. As pessoas jurídicas também são titulares do direito fundamental à igualdade, sobretudo quanto ao aspecto de isonomia material, incluindo todos os seus desdobramentos, entre os quais a isonomia tributária e isonomia perante a lei penal, conforme já demonstrado como dito por José Afonso da Silva (2008).

Um direito fundamental de grande amplitude, é desse núcleo fundamental que emana a isonomia e a própria justiça, enquanto se exige igualdade jurisdicional, igualdade tributária, igualdade perante a lei penal. Neste sentido, inclusive, ressalte-se o entendimento de José Afonso da Silva (2005):

Essa igualdade não há de ser entendida, já dissemos, como aplicação da mesma pena para o mesmo delito. Mas deve significar que a mesma lei penal e seus sistemas de sanções não de se aplicar a todos quantos pratiquem o fato típico nela definido como crime. Sabe-se por experiência, contudo, que os menos afortunados ficam muito mais sujeitos aos rigores da justiça penal que os mais aquinhoados de bens materiais (SILVA, 2005, p. 223).

A esse sentido, portanto, leia-se que o direito fundamental à igualdade, de que também gozam as pessoas jurídicas, são elemento preponderante para que se alcance uma justiça equânime e um sistema jurídico coerente.

Em relação ao direito fundamental à propriedade, não há dúvidas de que as pessoas jurídicas são detentoras de tais direitos. O direito à igualdade é um direito de primeira espécie ou dimensão. Incluídos neste núcleo de direitos fundamentais estão a propriedade de inventos, marcas e nomes de empresas, que não apenas são “aplicáveis” às pessoas jurídicas, como também parecem ser mais afetos às próprias corporações do que às pessoas físicas (SILVA, 2005).

Há também o direito fundamental à privacidade, partindo como desdobramentos dele a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas¹⁶⁹. É de se registrar a presença de direitos ínsitos à personalidade inseridos

¹⁶⁹ De acordo com a Constituição Federal, art. 5º, X.

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

nesse universo. Todos esses direitos seriam direitos de primeira espécie ou dimensão. Mas pelo menos alguns desses direitos fundamentais têm também como destinatários a pessoa jurídica, visto que ela é dotada da capacidade de proteger sua imagem, possui direito à inviolabilidade de suas correspondências, das suas comunicações, a inviolabilidade de domicílio etc (SILVA, 2008).

Por fim, há de se referir ao direito fundamental à segurança. Trata-se de um direito fundamental de primeira espécie ou dimensão. Outrora já identificado como direito de defesa (FELDENS, 2012), o direito fundamental à segurança é referido por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012) como concernente aos direitos subjetivos em geral e outros à sua segurança pessoal. Inclui, dentro desse núcleo fundamental, o “direito à segurança em matéria penal”, que conceitua como vários institutos que visam a proteger a pessoa da arbitrariedade do Estado, em especial quanto à imposição de penas (FERREIRA FILHO, 2012, p. 232). O direito de defesa ou de resistência consiste no conjunto de regras de “resistência contra o Estado” (FELDENS, 2012).

Com posicionamento ligeiramente diverso, José Afonso da Silva (2008) explica que o direito à segurança não constitui núcleo de direitos fundamentais, mas sim *garantias* dos direitos fundamentais:

Manoel Gonçalves Ferreira Filho arrola os direitos à segurança (direitos cujo objeto imediato é a segurança) como categoria de direitos individuais, não propriamente como garantias individuais. E o caput do art. 5º fala em “inviolabilidade do direito à segurança”, o que, no entanto, não impede seja ele considerado um conjunto de garantias - natureza que, aliás, se acha ínsita no termo “segurança”. Efetivamente, esse conjunto de direitos aparelha situações, proibições, limitações e procedimentos destinados a assegurar o exercício e o gozo de algum direito individual fundamental (intimidade, liberdade pessoal ou incolumidade física ou moral): segurança das relações jurídicas (art. 55, XXXVI), segurança do domicílio (art. 52, XI), segurança das comunicações pessoais (art. 55, IV) e segurança em matéria penal e processual penal (art. 55, XXXVII-XLVII) que merecerão comentários na oportunidade devida (SILVA, 2008, p. 72).

Sem a intenção de adentrar a polêmica sobre se os referidos direitos à segurança em matéria penal são efetivamente direitos fundamentais ou apenas garantias, há de se reconhecer que foi dado pelo Constituinte de 1988 um status de “fundamental” ao seu objeto de proteção.

Ademais, também são as pessoas jurídicas sujeitos de garantias fundamentais, com assento nesse mesmo entendimento. As garantias são normas

constitucionais que conferem aos mesmos titulares dos direitos fundamentais, os necessários instrumentos, meios e procedimentos para impor o respeito e a exigibilidade de seus reconhecidos direitos. Assim sendo, as garantias não devem ser consideradas como um fim em si mesmas, mas instrumentos para tutelar um conjunto de direitos principais. Estão subordinadas, assim, aos direitos fundamentais, que, diversamente, são fins em si mesmos (SILVA, 2008, p. 81).

Entenda-se que o sujeito de direitos fundamentais é também protegido pelas garantias constitucionais descritas no rol do art. 5º da Constituição Federal, pois servem de veículo assecuratório para a persecução e obediência àqueles direitos. As pessoas jurídicas, nessa mesma medida, também gozam da proteção proporcionada pelas garantias insculpidas na Constituição Federal, como consectário lógico da sua titularidade de alguns dos direitos fundamentais.

A Constituição, portanto, por meio dos direitos e garantias fundamentais, confere aos indivíduos uma proteção especial contra o legislador, além de prever um rol de garantias assecuratórias como forma de instrumentalizar essa defesa. É possível, como demonstrado, considerar a pessoa jurídica como legitimamente detentora de vários desses direitos.

Ainda que não se reconheçam as pessoas jurídicas como legitimamente dotadas de direitos fundamentais, não se pode desprezar que elas representam no mínimo a união dos direitos fundamentais do grupo de indivíduos que a compõem.

Esses mesmos direitos fundamentais dos indivíduos gozam das proteções e garantias feitas pela Constituição Federal, sendo ameaçados pela imposição de sanções excessivas sem o respectivo mecanismo de garantias.

5.2 O PONTO DE CONTATO ENTRE O DIREITO PENAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na atual compreensão das dimensões de um Estado Democrático de Direito, não se pode conceber a aplicação do Direito Penal com esteio unicamente na conveniência político-criminal do legislador, desvinculado de quaisquer parâmetros constitucionais de legitimação.

Para compreensão que se oferece aqui acerca do contato entre o direito penal e os direitos fundamentais, é necessário inicialmente perceber que a Constituição é

uma enorme referência ao legislador tanto quanto aos valores que o Direito Penal deve proteger quanto também aos limites e características das penas.

Nas palavras de Ingo Sarlet (2012),

Hoje são poucos os que teimam em desconsiderar (pelo menos na esfera do debate público) que o Direito Penal somente poderá ser aplicado com pretensão de justiça no marco político e jurídico constitucional do Estado Democrático de Direito em sintonia com os direitos fundamentais, e, por isso, também em consonância com o princípio da proporcionalidade (a despeito de toda a controvérsia que o cerca), especialmente naquilo em que este veda a ação arbitrária do Estado e se manifesta como sendo uma exigência da própria isonomia (SARLET, prefácio, 2012).

Com efeito, pode-se inferir a necessidade de desenvolvimento de uma dogmática jurídico-penal de alguma maneira comprometida com os direitos fundamentais, de maneira a aumentar o ponto de contato entre o direito penal e o conteúdo dos direitos fundamentais, quebrando o paradigma da mera aplicação das garantias fundamentais específicas em matéria penal (SARLET, 2012).

Há de se admitir que, investida como norma máxima, a Constituição projeta impactos sobre a validade do Direito Penal, o que impõe, dentre outras constatações, que a liberdade de deliberação do legislador penal quanto às regras não é absoluta, e que o direito penal não é uma seara isenta de controle pela jurisdição constitucional (FELDENS, 2012, p. 59).

O Princípio da Legalidade, consagrado no ordenamento brasileiro pela norma contida no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal¹⁷⁰, com redação quase idêntica ao art. 1º do Código Penal¹⁷¹, serve como máxima de legitimação do poder de normatização no âmbito penal conferido ao legislador por força da Constituição. Esse poder, contudo, não é um poder ilimitado ou despido de contatos necessários com outros pontos do ordenamento.

De fato, a garantia contida nos dispositivos normativos referidos não significaria nada se o legislador ordinário tivesse liberdade ilimitada para delimitar o alcance dos conceitos de crime e de sanção penal (FELDENS, 2012).

Em termos ainda gerais, podemos sustentar que a Constituição figura como um quadro referencial obrigatório da atividade punitiva, contendo as decisões

¹⁷⁰ XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

¹⁷¹ Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

valorativas fundamentais para a elaboração de um conceito de bem jurídico prévio a legislação penal e ao mesmo tempo obrigatório para ela. Nesse contexto, a atividade do legislador penal encontra seu objeto premeditado por uma ordem de valores ditada pela Constituição, que se faz, por essa razão mesma, pré-constituída ao legislador (FELDENS, 2012, p. 61).

Os parâmetros impostos ao legislador penal quando da escolha valorativa do que será protegido, portanto, está adstrita à implícita ingerência constitucional sobre o conteúdo das normas futuras. Deve o legislador, portanto, ancorar a escolha das proibições no esteio do bem jurídico, o qual não se pode vislumbrar como separado dos direitos fundamentais.

Roxin (1997) elucida ainda mais o ponto de conexão entre o direito penal e direitos fundamentais:

Desse modo, é verdade que o conceito de bem jurídico não resulta de nada que já não pudesse ser derivado das tarefas do Estado e dos direitos fundamentais, mesmo sem tal conceito; mas ela mesma reúne os múltiplos resultados da primeira e nos obriga a submeter antecipadamente todas as disposições penais à luz das limitações constitucionais (ROXIN, 1997, p. 57).¹⁷²

E ainda:

O assunto extrapola o direito penal e só pode ser abordado integralmente no âmbito dos deveres do Estado de proteção dos direitos fundamentais hoje reconhecidos no direito constitucional (ROXIN, 1997, p. 64).¹⁷³

É possível, por meio da premissa de que a valoração legislativa da seleção e identificação de bens jurídicos penais deriva da Constituição, mapear o tão polêmico “núcleo do direito penal”, a fim de que se possa compreender o que efetivamente deve dizer respeito ao sistema penal e o que deve ser relativo a outros sistemas. Para isso, é interessante verificar as palavras de Luciano Feldens (2012), ao sistematizar o modelo de três níveis proposto pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha:

¹⁷² Tradução livre feita pelo autor. Segue a redação original:

De ese modo es cierto que del concepto de bien jurídico no se desprende nada que no se pudiera derivar ya de los cometidos del Estado y de los derechos fundamentales aun sin tal concepto; pero el mismo anuda los múltiples resultados de aquéllos y obliga a someter de antemano todo precepto penal a la luz de las limitaciones constitucionales (ROXIN, 1997, p. 57).

¹⁷³ Tradução livre feita pelo autor. Segue a redação original:

El tema va más allá del Derecho penal y sólo se puede tratar de modo completo en conexión con los deberes del Estado de protección de derechos fundamentales reconocidos hoy en Derecho constitucional (ROXIN, 1997, p. 64).

Em síntese, propõe o TCF alemão que as relações entre a Constituição e o Direito Penal poderiam se desdobrar em três níveis:

(i) aquilo que pertence indiscutivelmente ao núcleo do Direito Penal (*Kernbereich des Strafrechts*) se pode deduzir da ordem constitucional de valores [BverfGE 5, 85 (204); 6, 32 (40); 7, 198 (204); 21,362 (372)] incluindo os direitos fundamentais e, também, os interesses coletivos (como o livre e correto funcionamento das instituições básicas do Estado Democrático de Direito). Neste âmbito nuclear, o TCFA aponta que se poderia sustentar a existência de deveres de proteção penal;

(ii) com base no mesmo raciocínio, poderíamos afirmar que certos fatos de menor importância estão fora deste núcleo (v.g., mera desobediência de preceitos administrativos); ou seja, claramente não merecem proteção jurídico-penal;

(iii) como consequência das situações anteriores, o TCFA assenta a dificuldade de traçar a linha limítrofe exata entre o núcleo do Direito Penal e o âmbito dos demais ilícitos; seria este um âmbito intermediário (*Zwischenbereich*) entre os dois níveis anteriores, seguramente o mais extenso, onde a decisão de proteger penalmente, ou não, o bem ou interesse envolvido corresponde por completo ao legislador (FELDENS, 2012, p. 63).

Ou seja, o direito penal teria como objeto nuclear a ordem constitucional de valores, estando incluídos nessa ordem os direitos fundamentais e os interesses coletivos. Tudo que pertence a esse núcleo deve ser explorado exclusivamente por meio do direito penal.

Há ainda uma zona de interseção entre as zonas de interesse penal, cível e administrativo, em que os limites do que deve ser considerado sanção civil, administrativa ou penal caberão ao legislador. O que pertence ao núcleo penal, entretanto, só pode caber ao próprio direito penal

Assim, parece seguro afirmar que o direito penal se legitima também como forma de salvaguarda de direitos fundamentais. Porém, a defesa desses direitos não impera somente na forma ostensiva, mediante sua mera existência como forma de intimidação à sociedade para que os sujeitos não delinquam. É necessário enxergar também a salvaguarda de direitos fundamentais por meio da afetação não excessiva desses direitos por imposição das penas (FERRAJOLI, 1995).

A pena é a reação legitimamente eleita pelo Estado como mecanismo de repressão a condutas ilícitas em *ultima ratio*. Sob uma perspectiva quantitativa da sanção penal, pode-se afirmar que a pena é um instrumento que pune um sujeito por meio da afetação de alguns de seus direitos fundamentais em busca do alcance de suas funções, em certo nível retributiva, mas especialmente preventiva.

Essa afetação de direitos fundamentais, entretanto, não pode ser muito excessiva, sob pena de violação a preceitos constitucionais, especialmente à

dignidade humana, assim como não pode ser inexpressiva, a ponto de ser desvinculada de preventividade ou até mesmo ao ponto de pôr em dúvida a necessidade de utilização do direito penal para tutelar referida conduta, vez que o sistema penal deve ser utilizado somente como última instância (FERRAJOLI, 1995).

Em outras palavras, a pena é o meio reconhecido como idôneo pelo Estado para a imposição de sanções capazes de limitar o gozo pleno de direitos fundamentais, desde que em medida proporcional e subserviente à dignidade humana.

Neste sentido, assim declara Santiago Mir Puig (2008):

De fato, o princípio da proporcionalidade deve limitar toda intervenção estatal que afete os direitos do cidadão, e é uma exigência constitucional quando, como em princípio no direito penal, a intervenção estatal afeta direitos fundamentais. (PUIG, 2008, p. 127)¹⁷⁴

É por isso que só se deve falar em “punição” efetivamente quando for verificada a necessidade de uma pena, que por sua vez surgirá com a indispensabilidade preventiva de uma sanção jurídico-penal¹⁷⁵ (ROXIN, 2008, p. 92).

Decorre daí a necessidade de ponderação na criação de normas proibitivas penais, pois, em algum grau, a sanção de caráter penal implicará na restrição de direitos fundamentais.

Conforme preceituado por Robert Alexy (2015), o parâmetro objetivo de sopesamento do “volume de pena” pressupõe certificação de que a cominação abstrata da sanção penal seja mais importante do que a permissão fundada em um direito fundamental (ALEXY, 2015, p. 127).

Como decorrência dessa afetação excepcional sobre direitos fundamentais, o sistema penal é aquele que deve ser mais dotado de garantias e princípios fundamentais norteadores, especialmente para possibilitar o máximo de recursos e instrumentos de defesa contra o poder punitivo estatal (FERRAJOLI, 1995). E muito

¹⁷⁴ Tradução livre feita pelo autor. Segue a redação original:

De hecho, el principio de proporcionalidad debe limitar toda intervención estatal que afete a derechos del ciudadano, y supone una exigencia constitucional cuando, como ocurre en principio en Derecho penal, la intervención estatal afecta a derechos fundamentales. (PUIG, 2008, p. 127)

¹⁷⁵ É efetivamente nisso que repousa a teoria da responsabilidade, ou teoria político-criminal de Claus Roxin (2008).

da proporcionalidade necessária entre o poder de limitar direitos fundamentais e o respeito à dignidade humana repousa justamente nesse ponto (FELDENS, 2012).

Desta forma, entenda-se que a forma efetiva de proteger os relevantes direitos de que são titulares tanto pessoas físicas quanto jurídicas ocorre, a princípio, por meio das garantias constitucionais. É por meio dessas garantias, então, que as pessoas terão mecanismos para se proteger da ingerência máxima proporcionada pelo sistema penal: a pena. Nas palavras de José Afonso da Silva (2008, p. 137), essas garantias penais “dão conteúdo ao direito de segurança das pessoas contra o arbítrio” do Estado na imposição de penas.

No ordenamento brasileiro, como forma de identificação do limite das penas, a Constituição Federal de 1988 impõe, no rol de garantias aos direitos fundamentais, algumas hipóteses de sanção penal estatal, elencando, dentre outras, a privação ou restrição da liberdade, a perda de bens e a suspensão ou interdição de direitos¹⁷⁶.

Nas palavras, de Santiago Mir Puig (2016), em seus comentários sobre o Código Penal espanhol,

A lei criminal quase sempre afeta diretamente esses direitos e liberdades. Isso é evidente quando se trata de penas privativas de liberdade ou medidas de segurança (que afetam o direito à liberdade: art. 17 da Const.).

Também deve ser admitido quanto às penas de multa, pois embora a propriedade não conte entre esses direitos, o não pagamento da multa dá lugar à prisão preventiva substitutiva. Da mesma forma, a pena de privação do direito de residir em determinados locais ou de ir até eles limita diretamente o direito fundamental à livre escolha de residência e de locomoção no território nacional (art. 19, I Const.). A pena de inabilitação especial para o direito ao sufrágio passivo, bem como a de inabilitação absoluta, que implica a primeira, afetam o direito (também incluído entre os fundamentos do art. 23.º, I Const.) de participar da vida pública. Da mesma forma, pode-se entender que é o direito fundamental de acesso em igualdade de condições às funções e cargos públicos (art. 23, II Const.) As penas de inabilitação e suspensão de cargos públicos (PUIG, 2016, p. 120).¹⁷⁷

¹⁷⁶ De acordo com a Constituição Federal, Art. 5º *Omissis*

(...)

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

¹⁷⁷ Tradução livre feita pelo autor. Segue a redação original:

El Derecho penal afecta casi siempre a tales derechos y libertades en forma directa. Ello es evidente cuando se trata de penas o medidas de seguridad privativas de libertad (que afectan al derecho de la libertad: art. 17 de la Const.).

Em outras palavras, há de se admitir que o direito penal afeta direitos e garantias fundamentais de forma direta, e daí surge a imperiosa necessidade de proteção das pessoas contra o poder Estatal por meio do direito fundamental à segurança, traduzido em garantias. O princípio da proporcionalidade deve limitar a intervenção estatal por meio do direito penal, assegurando assim a sua ponderada aplicação (PUIG, 2016).

Não se comunga aqui inteiramente com o pensamento de Luís Greco (2018) de que a pena genuína se apresenta como medida pré-positiva de afetação somente de direitos inatos, personalíssimos e inerentes à pessoa humana (desvinculados, portanto, de aspectos que lhe atingem de forma contingente), tais como a vida, corpo, liberdade (GRECO, 2018, p. 71), pois isso seria admitir que toda imposição estatal reativa a um ilícito que não disponha sobre vida, corpo e liberdade, não seria genuinamente uma pena. A um leitor incauto, tal entendimento poderia teoricamente induzir como possível a imposição de sanções que violem o corpo do apenado, por exemplo, o que não é compatível com sua dignidade e configuraria grave agressão à ordem constitucional¹⁷⁸ e aos direitos humanos. Não se induz aqui de maneira alguma que essa tenha sido a intenção de Luís Greco, mas apenas um risco teórico observado a uma primeira e superficial análise daquele argumento.

También debe admitirse respecto a las penas de multa, pues aunque la propiedad no cuenta entre aquellos derechos, el impago de la multa lleva acarreado un arresto sustitutorio privativo de libertad. Del mismo modo, la pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos limita directamente el derecho fundamental a la libre elección de residencia y circulación dentro del territorio nacional (art. 19, I Const.). La pena de inhabilitación especial para derecho de sufragio pasivo, así como la de inhabilitación absoluta, que implica a aquélla, afectan al derecho (también incluido entre los fundamentales de la Sección 1ª, art. 23, I Const.) a participar en la vida pública. Igualmente puede entenderse que limitan el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23, II Const.) las penas de inhabilitación y suspensión para cargos públicos (PUIG, 2016, p. 120).

¹⁷⁸ Neste sentido, Cf. a redação da Constituição Federal nos seguintes artigos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

(...)

II - prevalência dos direitos humanos;

Art. 5º. *Omissis*

(...)

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

Em uma análise mais aprofundada, supor que pena genuína é somente aquela que disponha sobre a vida ou sobre a liberdade de um indivíduo seria reafirmar que a abolição da prisão é também a abolição do direito penal, com o que aqui o pesquisador se recusa a aquiescer. Inolvide-se ainda a controversa pena que disponha sobre a vida do indivíduo, vez que há hoje uma série de ressalvas sobre sua aplicação e o uso excessivo da força pelo Estado no mundo inteiro.

E mais, supor que pena genuína é aquela que dispõe sobre características inatas do sujeito seria, também, negar o caráter eminentemente penal da imposição da confiscação e de expulsão ou banimento, já que o patrimônio e a nacionalidade não são direitos inatos e inerentes à condição humana. O pesquisador também não concorda com tal premissa, vez que, além de confisco e o banimento serem espécies de penas previstas na literatura clássica, a exemplo de Cesare Beccaria (2010), a própria Constituição Federal só se refere a confisco como efeito correlato a ato ilícito¹⁷⁹, e ao banimento como espécie de pena, embora proíba tal espécie penal expressamente¹⁸⁰ no território brasileiro. A isso acrescenta-se: o fato de proibir a espécie de pena em questão não exclui o reconhecimento seu caráter essencialmente penal, pelo contrário, apenas o reafirma.

A descrição da pena realizada Greco (2018) parece se adequar a um paradigma filosófico eminentemente liberal, na medida que se oferece a visão da sanção estatal como proibida por limites pré-positivos unicamente atrelados à condição humana. Faz-se, assim, uma interessante abstração de sanção penal desatrelada de qualquer caráter normativo, porém que não parece acertada ao pesquisador.

¹⁷⁹ Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será **confiscado** e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei. (negrito pelo pesquisador)

¹⁸⁰ XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
 - b) de caráter perpétuo;
 - c) de trabalhos forçados;
 - d) **de banimento**;
 - e) cruéis;
- (negrito pelo pesquisador)

A estipulação de valores jurídicos consignada na Constituição parece uma medida segura de contribuição para a percepção dos limites de abrangência da sanção penal. A Constituição Federal, portanto, serve de parâmetro norteador dos limites da pena, servindo-se dos direitos fundamentais – além do seu aspecto objetivo e “horizontal” (SARLET, 2019) – para garantir o sujeito de direitos contra o excesso punitivo.

A mesma construção teórica liberal que compreende a pena como o poder de intervenção sobre direitos inatos foi originada diante da necessidade de salvaguarda da liberdade individual diante do que se percebe como a principal ameaça aos interesses burgueses do final da Idade Moderna, i. e., o poder do Estado. Diante disso, é necessário perceber que a concepção liberal da pena migrou do poder ilimitado sobre direitos inerentes à condição humana para uma concepção restringida diante da Legalidade, especialmente por meio dos direitos fundamentais declarados na Constituição (FELDENS, 2012).

Passou-se a conceber possível que o poder punitivo estatal recaia sobre direitos consagrados como fundamentais, porém dentro dos mesmos limites impostos pelo poder constituinte, o que dota a sanção penal de inequívoca valoração normativa, e a própria noção de *nulla poena sine lege* reproduz bem essa garantia (FERRAJOLI, 1995).

Como uma expressão da mudança de paradigma quanto ao poder de punir, a intervenção autorizada ao Estado de Direito sobre direitos indisponíveis deveria abandonar a afetação à vida ou à integridade, devendo recair especialmente sobre a liberdade (FOUCAULT, 1987). Mas leia-se “liberdade” não necessariamente como liberdade física, corpórea, de ir e vir. A pena segundo tal concepção pode também recair sobre essa liberdade, mas a amplitude da pena alcança as *liberdades*, no plural, indicando outras variações desse mesmo direito fundamental, sendo tal noção, ainda assim, limitada (SILVA, 2008).

A liberdade, principal direito atingido pelas penas, acrescente-se, constitui direito irrenunciável como qualquer outro direito fundamental, ainda que seu titular escolha não exercê-lo, bem como também se trata de um direito inalienável ou indisponível, pois seu poder de gozo pode ser exercido a qualquer tempo (SILVA, 2008).

Assim, em vez de se supor aqui como verdadeiro que a genuína pena seja exclusivamente a intervenção sobre direitos inatos e personalíssimos do indivíduo,

inerentes à humanidade, e considerando natureza diversa da pena tudo aquilo que não for ingerência sobre corpo, vida e liberdade, na lição de Greco (2018), entende-se como necessário enxergar a pena como instituto ligeiramente mais amplo, consistente na afetação proporcional de direitos indisponíveis. Em decorrência disso, derivam-se garantias fundamentais à imunidade da pessoa frente a proibições e castigos arbitrários (FERRAJOLI, 1995, p. 857).

A pena é o único instituto reconhecido como idôneo à supressão (proporcional e ponderada, nunca arbitrária) de direitos fundamentais pelo Estado, dentre os quais destacam-se as liberdades. Essa ingerência sobre direitos indisponíveis, em especial as liberdades, é uma exclusividade da pena, legitimada tão somente dentro dos limites impostos pela Constituição Federal. Isso é notório, visto que as liberdades são direitos fundamentais, necessariamente direitos indisponíveis, irrenunciáveis e inalienáveis (SILVA, 2008, p. 58).

Nesse sentido, é possível traçar sobre a pena as seguintes características: (i) é uma reação pela prática de um ato previamente proibido pela lei penal – devendo o núcleo da preocupação penal obedecer a questões político criminais, sempre diante de um viés minimalista, como decorrência natural da proteção fundamental concedida por meio das garantias penais contidas na Constituição; e (ii) é um mecanismo apto a suprimir proporcionalmente direitos fundamentais, em particular as liberdades, somente dentro de limites previamente estabelecidos pelo Constituinte.

Os direitos fundamentais, nesse prisma, devem delimitar quais atos punir, especialmente fornecendo ao legislador ordinário parâmetros de referência para a identificação de bens jurídicos a tutelar pela lei penal, segundo *ultima ratio*; e de que forma punir, impondo margens de afetação punitiva aos direitos indisponíveis, segundo critérios proporcionais.

Como critério de verificação do que foi exposto, é interessante traçar um cruzamento dessas informações com os diferentes sistemas diversos do penal e suas respectivas sanções.

O direito civil, ramo do direito privado por excelência, é limitado pelo seu caráter especialmente reparatório e indenizatório (MIRANDA, 2012, p. 95). As sanções cíveis, detidamente de caráter patrimonial, só são impostas de forma a reparar um dano causado ou um direito violado. Mesmo sanções cíveis de arresto, sequestro ou busca e apreensão, embora atinjam de forma mais enérgica alguns

direitos fundamentais, não são impostos como uma *reação* a um ilícito, e sim como forma de garantia ou de reparação de algum direito.

O direito administrativo, por sua vez, muito mais afeito à tutela preventiva dos bens jurídicos, atua muito mais suprimindo autorizações do que direitos. Os direitos tolhidos por meio das sanções administrativas não possuem o mesmo caráter de indisponibilidade que possuem os direitos afetados pelas penas. Ainda que se reconheça pontos de contato entre a sanção penal e a sanção administrativa, há de se admitir a necessária valoração legislativa e, sobretudo, ponderação quantitativa sobre a gravidade da sanção (D'ÁVILA, 2009, p. 126). É inconcebível a utilização de sanções administrativas que suprimam liberdades.

Dessa forma, por tudo que foi exposto, é possível identificar dois contatos do direito penal com os direitos fundamentais: o primeiro decorre da referência inserida nos direitos fundamentais como critério de valoração de quais condutas devem ser proibidas pela lei penal; e o segundo, de ponderação sobre quais direitos fundamentais serão atingidos pela pena e em que medida isso deve acontecer.

O segundo contato é o mais relevante para o que se pretende neste ponto do trabalho. Se a pena é um instrumento estatal legitimado para afetar em *ultima ratio* direitos fundamentais, e justamente disso decorre a necessidade de utilização das maiores garantias, não se pode impor sanção essencialmente idêntica à pena – ainda que receba um nome diferente – sem que a ela sejam atreladas as mesmas garantias penais. Isso constitui a essência do garantismo penal (FERRAJOLI, 1995), possível somente em um Estado de Direito Constitucional.

Nas palavras de Hassemer (2003),

O Estado é uma instituição derivada dos direitos dos cidadãos e deve fundamentar-se e limitar o seu poder pelos direitos dos cidadãos. O contrato social não comporta nenhum poder originário e usurpador. Por isso, o poder do Estado, particularmente no Direito Penal - onde se mostra de modo particularmente nítido - deve se vincular e se conceber, em princípio, pelos direitos do indivíduo: eles o postergam. A partir daí declaram-se, por exemplo, princípios jurídico-penais como o *in dubio pro reo*, o direito ao recurso, à defesa, ao silêncio, princípios como o da subsidiariedade ou da proporcionalidade (HASSEMER, 2003, p. 57).

Da mesma forma como o poder estatal recebe legitimidade a partir do direito das pessoas, deve também limitar seu poder pelos direitos dos cidadãos. A forma de fazer isso, portanto, pauta-se num sistema de garantias penais, que constituem um núcleo do que se considera direito de segurança contra arbitrariedades.

Em harmonia com tudo que já foi exibido até aqui, é oportuno ressaltar a importância de um processo penal pautado num paradigma eminentemente garantista. Entenda-se aqui como “processo penal” qualquer sistema que vise a imposição de uma sanção que seja identificada quantitativa e qualitativamente como uma pena, sendo ontologicamente inescapável que se trate do mesmo instituto, ainda que imposto por outro sistema.

A legitimidade de um sistema penal imposto a uma pessoa jurídica decorre da salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais que, como já foi referido, também são orientados à proteção dos entes morais.

Luigi Ferrajoli (1995), neste sentido, preleciona acerca da legitimidade do direito penal como instrumento de tutela dos direitos fundamentais:

Essa legitimidade, como mostrarei nos parágrafos 37 e 57, não é “democrática”, no sentido de que não vem do consentimento da maioria. Ao contrário, é “fiador”, residindo nos vínculos impostos por lei à função punitiva para a proteção dos direitos de todos. “Garantismo”, com efeito, significa precisamente a proteção daqueles valores ou direitos fundamentais cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, é a finalidade justificativa do direito penal: a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e punições, a defesa dos fracos através de regras de jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do arguido e, portanto, a garantia da sua liberdade, respeitando também a sua verdade. É justamente a garantia desses direitos fundamentais que torna o direito penal e o princípio da maioria aceitáveis a todos, inclusive a minoria dos presidiários e dos acusados (FERRAJOLI, 1995, p. 335-336).¹⁸¹

A pena, e não sanção de outra natureza, portanto, deve ser vista como o limite máximo existente entre a mera arbitrariedade estatal e a intervenção legítima, pelo menos em teoria, quando se fala sobre a possibilidade de limitar direitos ínsitos à personalidade e direitos fundamentais declarados na Constituição. Acrescente-se a

¹⁸¹ Tradução livre feita pelo autor. Segue a redação original:

Esta legitimidad, como mostraré en los apartados 37 y 57, no es «democrática», en el sentido de que no proviene del consentimiento de la mayoría. Es por el contrario «garantista», residiendo en los vínculos impuestos por la ley a la función punitiva para la tutela de los derechos de todos. «Garantismo», en efecto, significa precisamente tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aun contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador del derecho penal: la inmunidad de los ciudadanos contra la arbitrariedad de las prohibiciones y de los castigos, la defensa de los débiles mediante reglas del juego iguales para todos, la dignidad de la persona del imputado y por consiguiente la garantía de su libertad mediante el respeto también de su verdad. Es precisamente la garantía de estos derechos fundamentales la que hace aceptable para todos, incluida la minoría de los reos y los imputados, al derecho penal y al mismo principio mayoritario (FERRAJOLI, 1995, p. 335-336).

isso que, como já mencionado, a pena deve ser inserida no ordenamento seguindo critérios de ponderação e proporcionalidade, a fim de que também a pena exceda os limites que lhe foram estabelecidos na ordem constitucional.

De maneira análoga, assim como a pena é a resposta estatal legítima para afetar os mais relevantes direitos de um indivíduo quando este pratica um ato ilícito, especialmente diante de uma lesão grave a um bem jurídico relevante, a resposta mais idônea para tolher direitos fundamentalmente previstos à pessoa jurídica também deve ser a pena.

Se é por meio da pena que esses direitos ínsitos à pessoa física podem ser tolhidos, imposta por critérios de proporcionalidade, deve ser também pela sanção penal que a pessoa jurídica tenha seus direitos tolhidos ante uma lesão grave a um bem jurídico relevante. Isso traduziria não menos do que a própria noção de *igualdade*, declarado no *caput* do art. 5º da Constituição¹⁸².

Dessa forma, todos os indivíduos que, de alguma maneira, são capazes de intervir no âmbito vital regulado pelo direito, capazes de intervir nas relações sociais e no conseqüente sistema comunicativo, devem ser submetidos a conseqüências jurídicas que reproduzam suas violações, justamente por uma questão de igualdade. Isso é medida que se impõe, uma vez que a vida em comum não pode funcionar se não existir submissão igualitária a todas as normas (BUSATO, 2018, p. 61).

A existência da pessoa jurídica no âmbito da vida social, considerando ainda a inequívoca capacidade de interagirem no mundo físico, e também a sua condição de sujeito de direitos, impõe que as sanções a ela impostas sejam equânimes em espécie àquelas impostas às pessoas físicas; impõe que o mesmo sistema sancionador que reprime o ilícito daquelas também se imponha para estas.

Neste sentido é que a imposição de sanções impostas por outros sistemas, que não o penal, não serão meios idôneos para responsabilizar a pessoa jurídica, especialmente na prática de crimes ambientais, pela salvaguarda de um bem jurídico penal de quilate e pelo iniludível fato de que a imposição de outros sistemas incorrem

¹⁸² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes...

no risco constante de ineficácia¹⁸³ ou da flagrante violação de direitos e garantias fundamentais.

O sistema penal é o mais recomendado, porquanto a pena é o instrumento orientado à busca da prevenção. A prevenção geral na pena imposta à pessoa jurídica terá um relevante papel na reprovação dos atos ilícitos praticados pela empresa; não em seu aspecto negativo ou intimidatório, mas especialmente pelo efeito positivo, com vistas a um resultado de eficaz atuação da justiça e na formação de uma convicção de que a sociedade passará a realizar sobre essa realidade (SHECAIRA, 2011, p. 113).

São, inclusive, as finalidades preventivas, as nuances proporcionais da pena e as garantias penais que legitimam o direito penal como um instrumento de tutela dos direitos fundamentais, como alega Ferrajoli (1995):

As duas finalidades preventivas - a prevenção de crimes e a de penas arbitrarias - articulam-se nesta base: legitimam conjuntamente a "necesidade política" do direito penal como instrumento de proteção dos derechos fundamentales, definiendo normativamente as áreas e limites do aquilo como mercaderia que não se justifica para ferir nem com os crimes nem com as punições (FERRAJOLI, 1995, p. 335).¹⁸⁴

O reconhecimento da titularidade de direitos fundamentais pela pessoa jurídica induz a necessidade de inserção do mais completo sistema de garantias para protege-la de sanções arbitrarias, ao mesmo tempo em que possibilitará uma punição bastante que se coadune com os critérios de prevenção geral positiva e que lancem sobre a sociedade um maior sentimento de que as reprimendas impostas correspondem aos anseios de justiça pelo injusto realizado.

Isso significará a adoção de um sistema sancionatório penal garantista (FERRAJOLI, 1995) às pessoas jurídicas, o que, diante de todos os argumentos aqui debatidos, é medida desejável como forma de reafirmação de um Estado Democrático de Direito.

¹⁸³ Risco que também existe no direito penal, isso não se ignora. Contudo se trata de um risco potencialmente maior face aos outros sistemas mencionados alhures, por todos os motivos já expostos.

¹⁸⁴ Tradução livre feita pelo autor. Segue a redação original:

Las dos finalidades preventivas -la prevención de los delitos y la de las penas arbitrarias- están conectadas sobre esta base: legitiman conjuntamente la «necesidad política» del derecho penal como instrumento de tutela de los derechos fundamentales, definiendo éstos normativamente los ámbitos y límites de aquél en cuanto bienes que no está justificado lesionar ni con los delitos ni con los castigos (FERRAJOLI, 1995, p. 335).

Somente por meio do alcance dessa compreensão é possível obter uma doutrina de justificação adequada e garantidora dos vínculos e limites de uma eventual sanção imposta à pessoa jurídica.

Novamente, não se pretende aqui aduzir que sanções diversas da pena não possam subjugar as pessoas jurídicas. Longe disso. Na verdade, parte do que aqui se defende é a imposição múltipla de sanções paralelas sempre que se verificar a prática de ilícito ambiental por parte de uma empresa – mas sem desprezar a imposição também de uma sanção penal.

Uma pessoa jurídica que viole os termos de uma licença ambiental, v.g., deve sofrer com a imposição de uma sanção administrativa. Caso sua violação também implique na prática de dano a direitos de terceiros ou ofensa aos direitos de uma comunidade, que lhe sejam também impostas obrigações de reparação civil. Por fim, caso a atividade da empresa tenha fatalmente causado dano ambiental, deve esta ser condenada à imposição de uma sanção de natureza penal, com a consecutiva constrição de direitos mais relevantes e a limitação proporcional de alguns direitos fundamentais.

Medidas de intervenção graves na constituição das empresas constituem, dentro de sua própria dimensão pessoal, afetação aos direitos fundamentais que se lhe destinam. Em decorrência disso, qualquer imposição mais rigorosa sobre esses direitos será essencialmente uma sanção de natureza penal, devendo ser protegida pelas garantias fundamentais relacionadas a esse sistema específico.

E, como se pretende demonstrar adiante, a imposição de sanções dessa natureza às pessoas jurídicas, mediante o desrespeito dessas garantias, fatalmente violará direitos fundamentais relacionados às empresas.

5.3 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS ESPECÍFICOS POTENCIALMENTE VIOLADOS PELA IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS DIVERSAS DA PENA À PESSOA JURÍDICA PELA PRÁTICA DE DANO AMBIENTAL

Neste tópico, serão abordados quais direitos e garantias fundamentalmente protegidos pela Constituição Federal em espécie podem ser violados caso se assinta com as doutrinas que defendem a imposição exclusiva de medidas sancionatórias diversas da pena em *ultima ratio* à pessoa jurídica pela prática de dano ambiental.

Como o objeto deste trabalho é a análise específica da sanção máxima ao dano ambiental pela pessoa jurídica, cumpre fazer um apanhado breve sobre as sanções penais previstas na Lei de Crimes Ambientais brasileira potencialmente impostas às corporações.

Preliminarmente, reconhece-se que o meio ambiente possui dignidade penal. Por conta disso, entende-se que é salutar o envolvimento do direito penal como forma de tutelar o meio ambiente, de forma que podem-se punir condutas que de alguma maneira violem a natureza. Porém, em decorrência de a pessoa jurídica não ser corpórea, não existe sanção física imponível a ela. Isso não quer dizer que eventual sanção não corpórea que seja imposta não possua natureza penal, afinal, o entendimento de que apenas a reprimenda física, em especial a prisão, é medida genuína de direito penal, significaria concluir que não existe direito penal se não existir prisão. E isso não pode ser assumido como verdadeiro, como já examinado anteriormente.

A Lei nº 9.605/1998 impôs, como já demonstrado alhures, penas autônomas à pessoa jurídica. Tais penas afetam direitos fundamentais atinentes à pessoa jurídica, como será demonstrado, o que, por si só, exigiria o processamento pautado num paradigma garantista, mais íntimo ao sistema penal.

Longe aqui de se advogar a infalibilidade legislativa brasileira, vez que também o pesquisador comunga da ideia de que há várias atecnias na redação de tal lei¹⁸⁵, há de se dissertar sobre algumas sanções aplicadas, bem como a natureza essencialmente penal de seu conteúdo.

¹⁸⁵ Muito embora não seja esse o objetivo da obra, a fim de não aparentar fazer um juízo superficial de valor sobre os problemas contidos na lei nº 9.605/1998, serve mencionar algumas das incongruências legislativas de tal diploma. A vagueza na redação de algumas normas penais não incriminadoras, como apontado por Luiz Regis Prado (2019) quanto ao art. 8º; a confusão feita quanto às penas restritivas de direitos impostas à pessoa jurídica no art. 22 não englobarem também a prestação de serviços à comunidade, como referido no art. 21, já que no Código Penal a prestação de serviços corresponde a uma espécie de pena restritiva de direitos e na Lei de Crimes Ambientais são de naturezas distintas; A obscuridade quanto à adoção de um sistema de autorresponsabilidade ou heterorresponsabilidade contida na redação do art. 3º do diploma legal referido; A ausência de uma norma que explicita de forma tecnicamente válida como fazer a dosimetria da pena especificamente à pessoa jurídica, conforme apontado por Scandelari (2018), visto que o sistema estipulado no art. 59 do Código Penal é claramente destinado à responsabilização pessoal; a obscuridade existente no texto legal quanto ao tempo de duração da pena especificamente imputada à pessoa jurídica; a inexistência de critério mais efetivo de mensuração da pena de multa à pessoa jurídica de maneira a levar em conta sua capacidade econômica, conforme apontado por Shecaira (2011); além da própria obscuridade quanto aos critérios dogmáticos de imputação, resultando em um “modelo falido”, como referido por Décio Franco David (2018, p. 149).

A imposição de uma pena de multa, talvez a medida conceitualmente menos enérgica, é uma das sanções previstas pela Lei nº 9.605/1998. Muito embora potencialmente guarde essa sanção uma relação com a óbvia afetação ao direito fundamental do patrimônio, não há aqui limitação considerável ao direito patrimonial das empresas em maior monta do que uma multa administrativa, por exemplo.

Ou seja, é bem verdade que a multa [penal] em muito se aproxima da sanção homônima de natureza administrativa, sendo praticamente impossível verificar critérios de diferenciação entre essas duas sanções que não apenas um critério formal, assentado exclusivamente na diferenciação entre as autoridades que as impõem (GUARDIA, 2014, p. 779).

A prestação de serviços à comunidade, imposta também como possível sanção penal à pessoa jurídica na Lei de Crimes Ambientais, é bastante defendida como alternativa penal efetiva ao cometimento de fatos ilícitos que lesionem o equilíbrio ecológico. A prestação de serviços à comunidade comunga com a função de prevenção geral positiva, e por isso é considerada por parte da doutrina como a mais adequada finalidade de justificar a pena por sua repercussão social (SHECAIRA, 2011, p. 116).

Embora a pessoa jurídica não possua “liberdade de locomoção” como um direito fundamental, como já foi exposto alhures, é bem verdade que a imposição da prestação de serviços comunitários a uma corporação limita, de alguma forma, a “liberdade-autonomia”¹⁸⁶ contida no direito fundamental à liberdade (SILVA, 2008, p. 56), vez que impõe medida de adesão cogente de atuação social forçada pelo ente moral, independentemente de sua vontade ou interesse em fazê-lo. Há, na imposição desta sanção, deliberada ingerência sobre o direito fundamental à liberdade, na medida que compete a uma corporação.

Também se pode dizer que há uma limitação à liberdade da pessoa jurídica quando da imposição da proibição de contratar com o Poder Público, receber subsídios, subvenções ou doações, insculpida no art. 22, III, da Lei de Crimes Ambientais¹⁸⁷, o que pode aloca-la também com natureza afeita à de sanção de

¹⁸⁶ Expressão empregada com frequência pela doutrina francesa como previsão de um desdobramento do direito de liberdade.

¹⁸⁷ Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:
(...)

caráter penal. Tal intromissão, embora consista em uma negação de oportunidade, na verdade não deixa de afetar parte substancial de uma “liberdade de ação profissional”, também parte integrante do direito de liberdade (SILVA, 2005). Uma medida ainda mais grave de limitação da liberdade da pessoa jurídica reside na suspensão parcial ou total das atividades, que ocorre caso as corporações não estejam obedecendo disposições legais ou regulamentares relativas à proteção do ambiente¹⁸⁸.

A sanção penal máxima que pode ser imposta à pessoa jurídica no ordenamento pátrio é a liquidação forçada da empresa, existente no art. 24 da Lei de Crimes Ambientais¹⁸⁹. Nesse aspecto, há a possibilidade de limitação do próprio “direito à existência”, análogo ao direito à vida, de forma que pode constituir verdadeira “pena de morte” ao ente coletivo. Várias críticas foram feitas a esse instituto justamente pela gravidade da sanção com que tal dispositivo trata o ilícito penal. Entretanto, há de se asseverar alguns pontos com a finalidade de contribuir para a elucidação de tal polêmica.

Em primeiro lugar, há de se lembrar que o ordenamento brasileiro não é absolutamente contrário à pena de morte, visto que há admissibilidade desta em alguns casos¹⁹⁰. Assim sendo, a imposição de um instituto que excepcionalmente preveja sanção capital não é necessariamente contrária ao sentimento do constituinte.

Em segundo lugar, é extremamente necessário esclarecer que só há previsão para tal sanção na hipótese em que se verifique que a pessoa jurídica em questão tenha sido criada única e exclusivamente com o propósito de praticar crimes ambientais. A esse requisito, é necessário mencionar que a doutrina tem se manifestado pelo entendimento de que não há conhecimento da existência desse tipo

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

¹⁸⁸ Art. 22. *Omissis*

(...)

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

¹⁸⁹ Art. 24. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

¹⁹⁰ Nos termos do art. 5º da Constituição Federal,

Art. 5º. *Omissis*

(...)

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

de sociedade no Brasil, ou seja, corporações criadas com o único intuito de praticar ilícito ambiental (NUCCI, 2014, p. 508).

Há de se reconhecer também que o “confisco” existente no mesmo instituto da liquidação forçada, em que prevê a tomada do patrimônio da empresa liquidada em favor do Fundo Penitenciário Nacional, há de afetar o direito fundamental à propriedade em uma medida inimitável por uma mera multa administrativa ou condenação a indenização cível.

Registre-se que há sanções penais de natureza análoga a estas demonstradas neste trabalho positivadas no ordenamento Português¹⁹¹ e Francês¹⁹², a título de demonstração que não são exclusividade do direito brasileiro (SHECAIRA, 2011).

Perceba-se, portanto, que as sanções penais impostas pela Lei de Crimes Ambientais às pessoas jurídicas representam uma repressão a direitos quantitativamente muito mais lesiva do que sanções naturalmente existentes numa condenação cível ou na imposição de ingerências de caráter administrativo.

Sob um viés garantista, portanto, é de profunda necessidade que o sistema utilizado para processamento e imposição de tais sanções seja o sistema penal, dotado de todas as suas garantias e mecanismos idôneos à efetivação do “direito de segurança” contra a arbitrariedade estatal, de que também devem gozar as pessoas jurídicas.

Forçoso agora verificar especificamente quais direitos e garantias fundamentais relacionados às pessoas jurídicas podem ser violados em caso de aplicação de sanções extrapenais à guisa de tutela máxima do dano ambiental.

Em primeiro lugar, há flagrante violação ao direito à igualdade, já referido como um direito de segunda espécie. Este, entretanto, traz uma profunda crítica a uma posição privilegiada da pessoa jurídica quando ocorre uma discriminação em desfavor da pessoa natural a fim de nunca punir efetivamente uma empresa.

A percepção de que a pessoa jurídica, a despeito do infundável debate sobre sua natureza e personalidade, é efetivamente capaz de tantas ou mais ações no

¹⁹¹ Tais como a multa penal, considerada inadequável por Shecaira (2011) à realidade brasileira por prever valores fixos.

¹⁹² A exemplo do Código francês de 1994, que previa o confisco contra pessoas morais, a interdição de direitos consistente na proibição de contratar com o poder público (SHECAIRA, 2011), entre outras.

mundo físico do que pessoas naturais impõe que ela se submeta ao mesmo sistema de direitos que as pessoas físicas.

Não é coerente que os bens jurídicos sejam defendidos de maneira diversa conforme seja a pessoa que os viole. O Estado de Direito estará fadado ao fracasso se não existe uma submissão igualitária de todos às mesmas normas, se não houver a razoável expectativa de que qualquer lesão a objetos de proteção jurídica vai indistintamente resultar numa reação tão rigorosa de um mesmo sistema (BUSATO, 2018, p. 61).

Neste sentido,

Não é aceitável que enquanto uma pessoa física tenha que arcar, pelo mesmo ilícito, com responsabilidades cumulativas no Direito civil, administrativo e penal, à pessoa jurídica seja reservado o privilégio de jamais sofrer idêntica cumulação.

Pense-se, por exemplo, no caso de um acidente de trânsito. Ao cruzar o sinal vermelho, por culpa sua, o condutor abalroou outro veículo e provocou lesões corporais no outro motorista. Responderá civilmente pelos danos causados no veículo e na pessoa; sofrerá uma multa administrativa por violação da regra de trânsito e ainda responderá criminalmente por lesões corporais.

Caso o mesmo acidente tenha sido provocado por uma falha no sistema informático de controle de tráfego, que abriu dois sinais verdes concomitantemente, e se demonstre que este defeito produziu-se por um corte de gastos em equipamentos informáticos promovidos pela empresa que controla o tráfego da cidade, somente se produziria responsabilidade civil e quiçá – caso não fosse empresa pública – alguma responsabilidade administrativa.

Olhando especificamente para a realidade legislativa brasileira, os exemplos são ainda mais aberrantes.

Ex. 1. Se uma pessoa física é causadora de um vazamento de produto radioativo em um rio que contamina e mata várias pessoas, responderá concomitantemente pelos homicídios e pela infração administrativa frente aos órgãos de fiscalização ambiental. Caso se trate de pessoa jurídica, remanescerá a responsabilidade administrativa e – dadas as restrições legislativas brasileiras – quando muito, um crime ambiental de poluição.

Ex. 2. Se o sonegador fiscal é pessoa física, responderá concomitantemente pelo crime de sonegação fiscal e pela infração administrativa tributária correspondente. Caso seja pessoa física, apenas pela infração administrativa tributária.

Parece bastante claro que em um sistema jurídico pretendidamente equânime, não há porque dar tratamento privilegiado para uns em detrimento de outros (BUSATO, 2018, p. 61-62).

Em outras palavras, não é medida de igualdade que apenas as pessoas físicas estejam submetidas a um sistema de tríplice responsabilização por dano ambiental. A pessoa jurídica também precisa ser, pelo menos nas hipóteses de dano ambiental grave, reprimida mediante sanções penais, como medida de igualdade,

como forma de reafirmação de que a lei não foi criada apenas para proteger o hipersuficiente e o poderoso.

Saliente-se que a pessoa jurídica, a despeito da polêmica quanto até onde é dotada de personalidade ou é dotada de direitos, é perfeitamente aceita como sujeito passivo de crimes, ou seja, a pessoa jurídica reconhecidamente pode ser vítima de crimes. Entretanto, como expressão máxima de desigualdade, reconhecer que a empresa nunca seria capaz de praticar crimes deixaria o ente moral na mais confortável situação jurídica que se pode imaginar, a de poder ser vítima de crimes, mas nunca ser réu (BUSATO, 2011, p. 63).

O segundo direito fundamental que seria violado pela não aplicação de sanções penais às empresas por dano ambiental grave é o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, contido no art. 225 da Constituição Federal¹⁹³. Muito embora não seja referido no rol de direitos fundamentais do art. 5º da Constituição, trata-se de um direito fundamental de terceira espécie ou dimensão.

(...) Surgem, dentro da classificação de Karel Vasak, os direitos de terceira geração, fruto do sentimento de solidariedade mundial que brotou como reação aos abusos praticados durante o regime nazista. Esses novos direitos visam à proteção de todo o gênero humano e não apenas de um grupo de indivíduos. No rol desses direitos, citam-se o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.
(MARMELSTEIN, 2019, p. 50)

A pessoa jurídica deve sofrer também sanções penais pelo dano ambiental, porquanto isso se coaduna com a função de prevenção geral positiva, na medida que é capaz de gerar convicção social de que severas reprimendas são impostas àqueles que violam a natureza, combinada ainda com uma prevenção especial não marcada pelo retributivismo à empresa (SHECAIRA, 2011).

No universo do direito fundamental à segurança (FERREIRA FILHO, 2012), direito identificado como de primeira dimensão ou espécie, e já verificado como também destinado às pessoas jurídicas, mencionado por José Afonso da Silva (2005) como um conjunto de garantias à proteção dos direitos fundamentais, há um rol

¹⁹³ 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.

extenso de violações no caso da imposição de sanções extrapenais como retribuição máxima pelo dano ambiental.

Em primeiro lugar, registre-se o direito ao contraditório e à ampla defesa. No caso de utilização de uma sanção administrativa pura à pessoa jurídica para a restrição de direitos de calibre fundamental, a costumeira autoexecutoriedade dos atos poderia barbaramente tolher desses entes a possibilidade de que fossem ouvidos antes de que se lhe fossem impostas tais sanções. Shecaira (2011) desenvolve:

Não seria uma burla de etiquetas permitir a reprovação administrativa e civil por um crime ecológico (por exemplo), mas não uma reprovação penal? E mais, essa reprovação no plano civil – por algo que no fundo é a mesma culpa – não limitaria a possibilidade de defesa da própria empresa, que não teria os instrumentos normalmente assegurados pelas normas processuais para exercício de seus direitos (devido processo legal, ampla defesa, contraditório etc.)? (SHECAIRA, 2011, p. 97)

Seria absurdo, então, pressupor a imposição de uma prestação de serviços à comunidade à pessoa jurídica, sem sequer se oportunize pelos meios apropriados a comprovação de que não foi responsável pelo dano ambiental que originou a punição. “O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.” (DIMOULIS, 2014. p. 113).

Abstratamente falando, então, percebe-se o risco à percepção de garantias ínsitas a uma defesa processual na aplicação de uma sanção extremamente interventiva aos direitos constitucionalmente protegidos de uma pessoa jurídica. Por outro lado, a mera aplicação de imposições leves como uma multa, à guisa de responsabilização máxima, consistirão em uma medida fadada à ineficácia, e cabalmente cairá na violação ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito também de relevância fundamental. Acrescente-se que o direito fundamental à proteção do ambiente, por si só, constitui direito complexo e abrange múltiplas funções de direitos fundamentais do homem (MEDEIROS, 2009, p. 46).

Prerrogativa igualmente relevante é traduzido pela norma fundamental que estabelece o direito a um devido processo legal. Esse direito pode ser vilipendiado no caso de imposição de uma sanção extrapenal de caráter administrativo, caso a sanção seja de caráter muito rigoroso, essencialmente penal. Esse direito é positivado no

ordenamento brasileiro no art. 5º, LIV, da Constituição Federal¹⁹⁴, e estabelece que ninguém pode ser privado de suas liberdades ou de seus bens sem direito a um respectivo processo judicial.

Várias das sanções penais descritas nas páginas anteriores previam medidas severas e pungentes ao patrimônio das pessoas jurídicas, tais como a proibição de contratar com o poder público, a cessação parcial ou total das atividades e mesmo o confisco. Seria inadmissível que tais sanções fossem impostas por um sistema administrativo, vez que violaria o direito a um devido processo, estando relacionado a esse direito, inclusive, o direito a um juiz natural, consectário, por sua vez, do art. 5º, incisos XXXVII¹⁹⁵ e LIII¹⁹⁶ da Constituição Federal. A ausência de um juiz e a imposição de severas sanções ao patrimônio da pessoa jurídica potencialmente viola todos esses dispositivos fundamentais, e potencialmente ocorreria, no caso da imposição de sanções de caráter essencialmente penal por autoridades administrativas, em vez de juízes.

Direito fundamental similar atinente ao núcleo da segurança, traduzido como garantia às pessoas contra eventuais arbitrariedades estatais, é o direito da inafastabilidade do controle jurisdicional, bastante relacionado com os direitos citados anteriormente, e positivados no ordenamento por força do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal¹⁹⁷. A imposição de qualquer sanção de caráter penal por meio de um processo meramente administrativo poderia violar tal dispositivo, em especial porque a gravidade de algumas sanções a exemplo da liquidação forçada da empresa ou da interrupção das atividades da corporação podem cabalmente levar a uma dissolução irreversível da pessoa jurídica, ocasião em que qualquer “recurso” que fosse destinado à instância judicial já se tornaria sem efeito prático.

Como quarto direito tolhido pela hipotética imposição de sanções extrapenais como reprimenda máxima do dano ambiental, destaque-se o direito à legalidade penal¹⁹⁸. Insculpido no art. 1º do Código Penal e no art. 5º, XXXIX, da Constituição

¹⁹⁴ Art. 5º. *Omissis*

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

¹⁹⁵ XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

¹⁹⁶ LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

¹⁹⁷ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

¹⁹⁸ Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Federal¹⁹⁹, esse direito-princípio traduz a comunhão do princípio da reserva legal, segundo o qual punições só podem ser criadas por força de lei em sentido estrito; do princípio da anterioridade, que determina que somente atos ilícitos posteriores a lei penal positiva que os tipifiquem podem ser efetivamente punidos; e o princípio da taxatividade, que requer a descrição precisa de uma conduta criminosa a fim de que o seu infrator seja submetido a uma sanção penal.

Trata-se de uma norma exclusiva do direito penal, inexistente no direito administrativo ou direito civil. A imposição de sanções muito rigorosas sem a garantia de uma norma claramente tipificada implica no risco da interpretação arbitrária de tipos vagos, tais como a redação do art. 186 do Código Civil, que estabelece os limites da ilicitude civil. Isso é admissível quando a sanção que se impõe é de afetação diminuta de um direito, mas não se pode suportar no caso da imposição de sanção extremamente gravosa, típica de um sistema penal. De forma similar, a ausência de obediência à anterioridade permitiria que lesões pretéritas, anteriores à vigência da lei, pudessem ser gravemente punidas com rigor, o que também constituiria uma arbitrariedade estatal.

Outro importante direito atinente ao núcleo fundamental da segurança virtualmente violado pela imposição de sanções extrapenais severas seria o direito relacionado ao princípio da irretroatividade da lei penal. Traduzida como princípio penal fundamental por força do art. 5º, XL, da Constituição Federal²⁰⁰, aparenta ser um desdobramento lógico do princípio da anterioridade penal já referido, uma vez que teria o condão de declarar que uma sanção só pode ser imposta a um réu que tenha praticado um ato posterior a uma norma vigente. Tem como conteúdo a proibição a que tipos penais posteriores possam ser usados para punir atos anteriores à sua vigência.

Assim, assumindo que existisse um [controverso] rol de sanções extrapenais capazes de limitar relevantemente diversos direitos de quilate fundamental da pessoa jurídica e, posteriormente fosse criada uma nova sanção ainda mais grave do que

¹⁹⁹ Art. 5º. *Omissis*

(...)

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

²⁰⁰ XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

aquelas já definidas, nada impediria que sua aplicação fosse imediata, vez que não há a proteção típica do sistema penal constante no princípio da irretroatividade.

A presunção de inocência, que constitui um dos mais centrais instrumentos de garantia do direito penal, também é potencialmente vilipendiado pela imposição de uma sanção extrapenal gravosa à pessoa jurídica, que exceda a mera disposição reparatória sobre seu patrimônio. Protegido por força do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal²⁰¹, o direito à presunção de inocência está fortemente relacionado ao princípio *in dubio pro reo*, e constitui meio legítimo e necessário à defesa do acusado contra a força de um sistema de imposição de sanções rígidas. Assim, a imposição de sanções da mesma natureza não pode vir desacompanhada dessas mesmas garantias sob pena de violação grave de direitos fundamentais.

Há ainda a proteção contra a suspensão ou dissolução de associações por parte do Estado, contida no art. 5º, XIX, da Constituição Federal²⁰². Direito genuinamente destinado às pessoas jurídicas, é também um instituto fundamental fragilizado pela imposição de sanções extrapenais gravosas às pessoas jurídicas pelo dano ambiental. Para sanar a dúvida sobre o destinatário de tal direito, impõe-se colacionar a opinião de José Afonso da Silva (2008):

Seus elementos são: base contratual, permanência (ao contrário da reunião), fim lícito (fim não contrário ao Direito). A ausência de fim lucrativo não parece ser elemento da associação, pois parece-nos que o texto abrange também as sociedades lucrativas. Então, a liberdade de associação inclui tanto as *associações em sentido estrito* (em sentido técnico estrito, associações são coligações de fim não-lucrativo) e as *sociedades* (coligações de fim lucrativo). (...)

Duas *garantias coletivas* são estatuídas em favor da liberdade de associar-se: (a) veda-se a interferência estatal no funcionamento das associações e das cooperativas, ainda que estas últimas possam ficar sujeitas à fiscalização do Poder Público, conforme dispuser a lei; (b) as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se trânsito em julgado no primeiro caso. A suspensão das atividades, portanto, pode dar-se pela decisão judicial, mesmo pendente de recurso (SILVA, 2008, p. 115).

Como se vê, qualquer intervenção no funcionamento ou mesmo a dissolução da pessoa jurídica requerem decisão judicial, o que constituiria uma sanção

²⁰¹ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

²⁰² XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

administrativa aplicada por uma autoridade do Executivo uma grave violação a uma norma fundamental da Constituição.

Como se observa, a utilização de sanções de natureza extrapenal como meio de intervenção máxima às pessoas jurídicas no caso de dano ambiental, caso implique em castigos que disponham severamente sobre a liberdade de iniciativa, o funcionamento, as atividades em geral da sede ou filiais de uma corporação, ato de confisco, entre outros, figurará como potencialmente lesiva a normas de condão fundamental no bojo da Constituição Federal.

Isso sem mencionar as inúmeras regras de caráter infraconstitucional contidas no Código Penal, Código de Processo Penal e outras leis especiais, todas com o desígnio de proteger as pessoas contra a ingerência estatal em direitos fundamentais, o que constitui legítimo núcleo de segurança em um Estado Democrático de Direito.

Todos esses argumentos utilizados são orientados à finalidade de detalhadamente explicar que a responsabilização penal da pessoa jurídica por dano ambiental é a forma mais indicada para garantir a proteção máxima de direitos e garantias fundamentais. A pena, e não qualquer outro instrumento, é o mais genuíno mecanismo de repressão estatal passível de utilização pelo ordenamento pela violação em último grau a um bem jurídico tutelado pelo direito penal, sendo orientado a garantir a função de prevenção geral, especialmente em seu aspecto positivo, não marcada pelo excessivo retributivismo (SHECAIRA, 2011).

A afirmação ganha uma dimensão ainda mais universal quando se expõe que muitos dos direitos aqui apresentados são defendidos por normas internacionais de proteção aos Direitos Humanos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto de San José da Costa Rica²⁰³.

Sanções cíveis e administrativas são legítimas para reprimir, dentro de suas próprias competências, os ilícitos praticados pelas pessoas jurídicas quanto ao ambiente, porém há de se reconhecer como seus limites a tutela essencialmente penal sobre direitos fundamentais, servindo esta como a barreira de impedimento que sistemas não penais imponham sanções extremamente graves, objeto de deliberação privativa – e necessariamente ponderada e proporcional – do Direito Penal. Tudo isto

²⁰³ Ambos os diplomas possuem normas orientadas a proteger o direito à liberdade, igualdade e propriedade, além de normas orientadas a diversas garantias penais, tais como a irretroatividade da lei penal, a presunção de inocência, devido processo legal, legalidade penal, entre outros.

pela própria função inerente a este sistema, qual seja, a proteção *ultima ratio* dos bens jurídicos mais relevantes.

5.4 PODEM-SE VIOLAR DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS EM UM PROCESSO LEGAL EM NOME DA MERA ORTODOXIA PENAL? OU: O FARISAÍSMO DA DOCTRINA PENAL NA TUTELA AMBIENTAL

Alcançando este ponto da construção teórica, é circunspecto traçar parâmetros com certa pretensão de objetividade sobre quais devem ser os limites intransponíveis pelas sanções extrapenais à pessoa jurídica por dano ambiental.

As sanções de natureza cível, como intrínseco à própria natureza deste campo jurídico, devem ser destinadas à reparação de danos causados, sejam tais danos de dimensão material-patrimonial, psicológica, moral ou mesmo ambiental. O direito civil é a esfera ótima para o processamento de reparações e indenizações de múltiplas sortes.

Contudo, a medida equânime de aplicação da sanção cível é somente aquela adequada para reparar o dano causado, seja ele um dano patrimonial, moral ou ambiental. Ou seja, não se pode, a pretexto de reparação de danos patrimoniais, impor uma reprimenda monetária que ultrapasse os valores perdidos pelos sujeitos de direitos relacionados somados aos valores necessários para retornar ao *status quo ante*.

Eventuais valores adicionais e acréscimos podem ser nomeados à guisa de dano moral, mas nunca em montante capaz de gerar enriquecimento ilícito, sobretudo tendo em vista que o titular ao recebimento de tais indenizações é a vítima, sujeito de direitos, atingida pelo dano.

Também nessa mesma equação deve ser inserida a reparação cível de danos ambientais, partindo inicialmente da necessária e adequada perícia para aferição da dimensão e amplitude dos danos, bem como o valor que será necessário para, ainda que minimamente, reverter o revés que foi proporcionado pelo dano ambiental. E embora se fale em dano moral ambiental, esse não será direcionado ao meio ambiente em si, pois não é sujeito de direitos no ordenamento brasileiro, e sim a eventual coletividade atingida pelo dano ambiental, imperativo que insere esta espécie de reparação na classe anterior.

Sob nenhuma hipótese há de ser admitida sanção de natureza cível no sentido de suspender ou encerrar as atividades da empresa, ou de obriga-la a realizar serviços comunitários desvinculados do dano ambiental causado. Muito menos seria admitido que se impusesse, por meio da esfera civil, a liquidação da empresa.

Essas sanções, embora não sejam proibidas ao Estado, afetam de maneira mais rigorosa direitos de quilate fundamental da empresa, e portanto só devem ser impostas por meio do direito penal, oferecidas as típicas garantias próprias desse sistema.

Quanto às sanções de natureza administrativa pura, essas são importantes para a manutenção da administração ambiental, necessárias à fiscalização das atividades empresariais e prevenção de danos ao meio ambiente. São, portanto, legitimamente voltadas para o amparo preventivo de danos, até mais do que as sanções penais, visto que a essência do direito penal em sua acepção minimalista impõe entraves à antecipação da sanção à existência de danos a bens jurídicos.

Não se pode, contudo, criar sanções administrativas de natureza idêntica às sanções penais, sob pena de incorrer em um indesejável *bis in idem*, ou, pior, numa genuína usurpação da competência penal, transformando o direito administrativo em um instrumento de punição sumária.

Devem-se entender como limites da intromissão administrativa pura as ingerências estatais por meio de multas e suspensões ou revogações de licenças ambientais, medidas mais voltadas à prevenção de danos futuros e a leve repreensão pela prática de ilícitos administrativos, que naturalmente decorrem de tipos abertos e abrangentes.

Quanto às eventuais sanções impostas por um direito administrativo sancionador, há primeiro de se identificar os parâmetros de tal sistema. Na hipótese de imposição de sanções por meras autoridades administrativas, sem a presença de juízes, não é possível vislumbrar medidas rigorosas como suspensão parcial ou total de atividades empresariais, confisco de bens ou mesmo liquidação forçada da sociedade sem que isso represente uma séria ameaça a garantias de ordem constitucional²⁰⁴.

²⁰⁴ Aqui é impossível não considerar temerária a imposição de sanções administrativas idênticas a punições às pessoas jurídicas constantes na Lei nº 9.605/1998, como se destaca abaixo:

É bem verdade que existe um limite cinzento entre o direito penal e o que se considera direito administrativo sancionador, como também já exposto alhures. Tal zona cinzenta de separação é devida tanto à “administrativização do direito penal” (SÁNCHEZ, 2001), que tem feito o direito penal se expandir cada vez mais, assumindo como sua a missão de reprimir condutas não lesivas, meramente perigosas, muitas delas até mesmo sem concretude potencial; mas também é devida a uma crescente expansão do direito administrativo no sentido de punir sumariamente as pessoas, o que já foi apontado neste trabalho como perigoso e ofensivo a direitos e garantias fundamentais.

Uma maneira possivelmente segura de traçar limites entre esses sistemas, evitando uma banalização de sanções penais sem as respectivas garantias, seria seguir o proposto por Fábio Roberto D’ávila (2009), que adiante se expõe:

De tudo que foi até então exposto, acreditamos ser possível concluir que a relação entre o direito penal e o direito sancionador de natureza administrativa, quando considerada a partir do modelo de crime como ofensa ao bem jurídico, perfaz-se em diferentes espaços normativos, entre os quais, ora objeto do nosso interesse, estão o primeiro e o segundo: a) o primeiro espaço normativo, vedado ao direito penal, em razão do não atendimento da exigência de ofensa a um bem jurídico-penal, estaria restrito à

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

- I - multa;
- II - restritivas de direitos;
- III - prestação de serviços à comunidade.

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.

(...)

Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º:

- I - advertência;
- II - multa simples;
- III - multa diária;
- IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;
- V - destruição ou inutilização do produto;
- VI - suspensão de venda e fabricação do produto;
- VII - **embargo de obra ou atividade;**
- VIII - **demolição de obra;**
- IX - **suspensão parcial ou total de atividades;**
- X - (VETADO)
- XI - restritiva de direitos.

(negritos inexistentes no original, feitos propositalmente pelo pesquisador)

regulamentação administrativa; b) o segundo, formado por fatos detentores de ofensividade, representaria um âmbito de intervenção possível tanto ao direito penal quanto ao direito administrativo, no qual a forma de intervenção a ser aplicada deverá ser orientada pelos demais princípios de direito e pelos interesses de política criminal, e no qual viria ponderado o aspecto quantitativo. E c), por fim, haveria ainda um terceiro âmbito – que, pela brevidade deste estudo, não tivemos a oportunidade de considerar –, aquele que diz respeito ao espaço de tutela exclusiva do direito penal, o qual tem sido denominado, na doutrina alemã, de “âmbito nuclear do direito penal”, vedado a uma tutela meramente administrativa, e que, todavia, vai aqui referido apenas para fins de sistematização (D’ÁVILA, 2009, p. 126).

Em suma, é admissível que exista um direito administrativo sancionador, desde que pautado dentro das limitações naturais do direito administrativo, levando em conta especialmente o fato de que será aplicado por uma autoridade extrajudicial, e que existam também todas as garantias tipicamente penais, que servem de segurança contra a afetação arbitrária de direitos fundamentais.

Suas sanções, entretanto, não podem adentrar o que seria de âmbito tipicamente penal, sob pena de também dentro desse sistema existirem garantias tipicamente penais, dentre as quais inclusive se impõe a mecânica da culpabilidade, que tem sustentada como empecilho à sanção penal pela mesma doutrina que defende a imposição do direito administrativo sancionador às pessoas jurídicas. Isso configuraria, sob a ótica trabalhada nesta obra, uma troca do sistema penal pelo próprio sistema penal.

Tudo o que até aqui foi discutido serviu para que se vislumbrassem riscos de legar a tutela máxima dos danos ambientais a sanções de natureza diversa da penal. Na certeza de aproximação do fim deste trabalho, é oportuno fazer uma reflexão sobre o que se quis provar através dos capítulos e tópicos anteriores, aventurando-se este tópico final no enfrentamento da realidade imposta pelas propostas alternativas de responsabilização da pessoa jurídica, diversas à imposição de penas, pela prática de danos ambientais, como espécie de *ultima ratio* da tutela ambiental contra as corporações.

A problemática que se buscou debater apresentou um grande número de dissensos doutrinários quanto a um dispositivo que, a despeito de estar positivado na Constituição Federal e detalhadamente regulado por uma lei federal, mesmo hoje ainda traz insatisfação ao meio jurídico, compreendendo a dimensão acadêmica e jurisprudencial.

Para uma exposição didática do dilema que se propõe nesta parte final, o pesquisador tomou a liberdade de fazer empréstimo de uma profunda reflexão moral

trazida pela Bíblia, que, muito embora não esteja nem um pouco sob discussão ou faça parte do objeto de estudo deste trabalho, serve para trazer uma importante noção do que ao longo de todas estas páginas o pesquisador tentou apresentar.

Assevere-se que este trabalho se despe de qualquer pretensão religiosa ou reflexão espiritual, que definitivamente não cabem no âmbito puramente acadêmico e no caráter neutro da pesquisa. Apenas se vale do episódio para sintetizar o que até aqui em complexos termos foi apresentado. Trata-se, evidentemente, de uma metáfora, motivo pelo qual não terá sentido caso seja feita uma interpretação estrita de seus termos.

A despeito da questionável adequação de pontos de vista religiosos para a ponderação de postulados de natureza acadêmica, porquanto estes são muito mais pautados em critérios objetivos de verificação e validade, não se percebe motivo pelo qual não se possa um autor utilizar abstrações existentes em textos de diverso jaez que não o próprio jurídico, vez que já juristas e teóricos políticos de inegável qualidade o fizeram no passado, a exemplo de Maquiavel, John Locke, Montesquieu e Beccaria.

O trecho que aqui se apresenta diz respeito a um icônico episódio na vida de Jesus Cristo, em que, durante sermão feito a multidão, repreendeu escribas e fariseus, autoridades defensoras de dogmas religiosos, que muito mais tinham apego às tradições do que a necessária disposição para admitir o conteúdo dos próprios ensinamentos. As palavras utilizadas por Jesus naquela circunstância foram “Ai de vós, escribas e fariseus, hipócritas! Porque sois semelhantes aos sepulcros caiados, que por fora realmente parecem formosos, mas por dentro estão cheios de ossos e de toda imundícia”.

Fazendo, assim, uma venial utilização desse pequeno excerto, propõe-se fazer um paralelo dos escribas e fariseus com a doutrina – e não os doutrinadores, afinal, à academia é conato o dever de se debater ideias, e não atacar pessoas – que compreende como solução para a tutela de dano ambiental praticado por pessoas jurídicas em *ultima ratio* sanções diversas das sanções penais.

O farisaísmo apontado diz respeito a um pretense apego desmedido à configuração atual da dogmática penal a ponto de se relegar o que se entende como a função nuclear do direito penal a outros ramos do direito, com finalidades respectivas diversas, meramente em nome da salvaguarda da imutabilidade de certos institutos.

Tudo na inocência, ou pelo menos assim se espera, de que se está utilizando o próprio direito penal sob outros rótulos, o que é potencialmente capaz de causar

danos muito mais graves do que o que se pretende evitar, máxime mediante a violação de direitos fundamentais.

Com efeito, há controvérsias dogmáticas diversas sobre a conduta da pessoa jurídica, sobre elementos como vontade, consciência, personalidade, culpabilidade, entre outros. Isso já foi demonstrado nos capítulos que ficaram para trás. Toda essa “roupagem externa” confere ares de razão inquestionável à doutrina contrária à responsabilização penal da pessoa jurídica. No entanto, isso não deve significar a invariável sentença de que o direito penal não pode jamais comportar a incriminação de pessoas coletivas.

Isso seria um apego desmedido aos dogmas tachados como clássicos do direito penal, sem aparente disposição de compreender que talvez a resposta não seja a imposição de sanções cíveis ou administrativas, que em sua essência não podem ser orientados à tutela *ultima ratio* dos bens jurídicos mais relevantes num Estado Democrático de Direito, dentre os quais se insere o bem jurídico penal ambiental.

Tampouco não parece ser apropriada a criação de todo um sistema quase-penal, mediante o qual, a pretexto de se aplicarem as normas “tecnicamente apropriadas” para a reprimenda das pessoas jurídicas se impõem as mais severas punições, mas sem chama-las de penais, apesar de essencialmente penais sejam, ainda que com outro nome (CRUZ, 2008, p. 225-226).

Não é menos do que paradoxal que às pessoas físicas, incapazes de alcançar fração da potencialidade lesiva ao meio ambiente de que são aptas as pessoas jurídicas, sejam cominadas simultaneamente sanções cíveis, administrativas e criminais, enquanto às corporações, aquelas que efetivamente têm predado o meio ambiente a níveis imensuráveis, com riscos de irreversibilidade, sejam impostas apenas sanções de natureza cível e administrativa, e nunca criminais.

A outorga de sanções “frouxas” demais não servirá ao propósito preventivo a que se orientam as essenciais reprimendas. A mera retributividade não garante a normalização da convivência. Em outras palavras, utilizar sanções débeis pode servir de estímulo à continuidade do vilipêndio ambiental que certas corporações têm cometido.

Por outro lado, a imposição das sanções mais rigorosas desacompanhadas das garantias fundamentalmente oferecidas pela constituição serviria de medida a subverter a essência de um Estado Democrático de Direito, visto que os mais

fundamentais direitos das pessoas – entre elas as pessoas coletivas – estarão sendo tolhidos sem os necessários meios de segurança contra as arbitrariedades estatais.

E a criação de um sistema extrapenal que tenha sanções tão rigorosas quanto as penais, com as garantias tão amplas quanto o sistema penal, somente para a punição das pessoas jurídicas, não será outra coisa senão o próprio sistema penal.

Soa absurdo pensar que é mais aconselhável a criação de inúmeros institutos novos, inerentes a um sistema completamente novo, ou híbrido, ou mesmo a manipulação e adaptação de inúmeras regras jurídicas, somente para comportar um espaço para a reprimenda às pessoas jurídicas, quando o real problema está somente na necessidade de se admitir uma expansão da concepção de vontade, conduta e culpabilidade apenas para incluir a pessoa jurídica.

E não se advoga aqui pela expansão libertina dessas noções. Longe disso. Apenas que os doutrinadores estejam mais receptivos às várias teorias que têm sido apresentadas como capazes de comportar critérios de imputação e reprimenda às pessoas jurídicas, a exemplo da já citada teoria significativa da ação, de Paulo César Busato (2011), ou a teoria construtivista, apontada por Carlos Gomes-Jara Díez (2010). O modelo francês, inclusive, em muitos aspectos apresenta interessantes noções sobre a imputação e culpabilidade das pessoas jurídicas, servindo como verdadeira fonte de pesquisa.

O fechamento intelectual para a possibilidade e necessidade da imposição de responsabilização penal às pessoas jurídicas não se apresenta como profícuo aos anseios da sociedade e do Estado de Direito contemporâneos a este trabalho.

Não se pretende, com esse discurso, defender qualquer retrocesso teórico utilitarista em nome da política criminal (SALES, 2010). Apenas não se deve desprezar o fato de que, reconhecidamente, é indiscutível a necessidade político-criminal de introduzir a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, estando pendente somente a questão da compatibilidade do ente moral com os princípios que orientam a imputação no direito penal (CRUZ, 2008, p. 221).

É importante lembrar que o direito penal, assim como qualquer outro campo do direito, não é uma disciplina estacionária. A sua própria concepção atual é o resultado da construção – não unânime – de séculos de amadurecimento intelectual e de debate.

É evidente que a percepção que aqui se propõe não é construída somente no seio da academia. É importante também que o legislativo tenha ciência dos grandes

entraves existentes na teoria do direito penal, a fim de tornar o ordenamento mais coerente com as construções dogmáticas alcançadas ao longo de séculos de debate e pesquisa.

No mínimo plausível é perceber que a falta de tecnicidade contida em muitos dispositivos da Lei de Crimes Ambientais agrava as controvérsias sobre um objeto já tão vilipendiado e debatido dentro do direito. Assim, o vasto lastro teórico produzido no âmbito da academia penal brasileira deve servir para, em algum grau, influenciar o legislador para que crie dispositivos menos polêmicos e mais compatíveis com as noções contemporâneas do direito penal.

A percepção de que o meio ambiente possui dignidade de tutela pelo direito penal, como bem jurídico de extrema relevância à necessária e pacífica convivência social, induz à conclusão de que o seu maior algoz precisa enfrentar a manifestação máxima da reprimenda existente no direito, que só pode ser legitimamente imposta por meio do sistema penal.

Entender de modo diverso pode representar a exposição a severo risco de vários institutos constitucionais elencados com força de direitos fundamentais. Em interpretação inversa, então, pode-se afirmar que a responsabilização penal da pessoa jurídica por dano ambiental representa a melhor maneira existente no Estado Democrático de Direito do início do século XXI de resguardar direitos e garantias fundamentais.

Caso se imponha uma sanção materialmente penal, possuindo caráter ontológico punitivo, limitando direitos fundamentais e com vistas proteger preventivamente a tutela de bens jurídicos mais relevantes, porém sob outro rótulo, a qualquer pessoa, seja ela individual ou coletiva, automaticamente se estará criando a necessidade de imposição das mesmas garantias, o mesmo direito de segurança das pessoas. A ausência dessas garantias abre espaço para a punição de um ente sem que lhe sejam conferidas as garantias máximas ínsitas ao sistema penal. Por outro lado, a presença dessas garantias estará traduzindo inexoravelmente a presença do próprio sistema penal, ainda que com outro nome.

Impor sanções de natureza materialmente penal sem o sistema de segurança criado para “amortecer” o peso das punições possibilitará a abjeta limitação estatal em direitos fundamentais sem que se possibilite o contrapeso que constitui a salvaguarda máxima na defesa daqueles direitos. Isso cria o insuportável risco de fulminar os mais valiosos direitos declarados por um ordenamento jurídico.

O motivo para a imposição do sistema penal à pessoa jurídica, por fim, relaciona-se com a própria missão social do direito penal, com a própria natureza do instituto da pena. A utilização de sistemas diversos para puni-la, como já se declarou, não passará de uma burla de etiquetas.

À luz de tais orientações, reconhece-se que muito do que foi debatido nestas páginas não constituem matéria pacificada, uma vez que os diversos entendimentos sobre o tema alternam e altercam-se entre cabível e incabível a responsabilização penal da pessoa jurídica.

A discussão em torno da temática, entretanto, conduz-se a uma evolução intensa e contínua, de maneira que intenta o pesquisador que este ponto de vista possa ter colaborado, ainda que minimamente, para o debate.

CONCLUSÃO

Ao alcançar o ponto epilodal do trabalho, considera o pesquisador ter discutido de forma aprofundada o objetivo lançado em seu ponto medular, a saber, a verificação de se a imposição de sanções diversas da sanção penal em *ultima ratio* às empresas pela prática de dano ambiental afeta ou não direitos fundamentais, e se tal prática representa uma ameaça àquela que se aponta como função essencial do direito penal.

A pesquisa apresenta-se como relevante em decorrência do fato de haver acalorado debate na doutrina penal sobre a legitimidade da punição aos entes morais, sob a perspectiva de se adequar ou não tal possibilidade aos fundamentos do direito penal como hoje concebidos. Muito embora a Constituição Federal, segundo compreensão de parcela considerável da doutrina, e também a legislação ordinária terem entendido que a pessoa jurídica pode, sim, ser punida, o caráter positivo da norma vigente não é suficiente para afastar do instituto todas as suspeitas sobre sua pertinência dogmática.

Possivelmente, o dissenso em torno do tema continuará por longo íterim futuro, de maneira que não tinha o presente estudo o sofismável objetivo de solucionar definitivamente o problema. Entretanto, o olhar trazido pelo estudo pode representar, em grau a ser julgado pelo leitor, alguma contribuição ao debate, já tão incendiado.

A hipótese do trabalho defendido era de que a imposição de sanção diversa da pena às pessoas jurídicas por dano ambiental, como hipótese sancionatória máxima, representaria afronta a direitos e garantias fundamentais, alguns detidos também pelas pessoas jurídicas, e que tal demérito enfraquece, à guisa de ponderação, os empecilhos teóricos relacionados à falta de culpabilidade ou de capacidade de ação dos entes morais.

Sabe o pesquisador que haverá críticos ao trabalho, como é do natural e peculiar ambiente acadêmico em que se insere. Entretanto, há de se esclarecer a qualquer crítico que o trabalho não busca ampliar indiscriminadamente o espectro da culpabilidade. Em verdade, busca-se contribuir com a visão de que, na medida em que o direito penal não é um campo estacionário, e a história cuidou de provar isso, também não o devem ser as concepções de culpabilidade ou conduta, que hoje são defendidas como invariavelmente individualizantes.

A originalidade do trabalho consiste no desvendamento de uma abordagem diferente sobre a controversa máxima *societas delinquere non potest*, ou, em sua abordagem mais restrita, *societas puniri non potest*, trazendo à discussão a potencialidade lesiva a direitos fundamentais que, não pacificamente, entendem-se em parte da doutrina como também detidas por entes morais.

Acrescente-se que a originalidade não necessariamente reside na criação de novos problemas e tampouco se recomenda que repousem na pecha da criação de novos teoremas ou outras ideadas presunções, até porque num trabalho deste vulto, limitado por um número quase padronizado de páginas e pelo próprio formato institucional de uma tese doutoral, não há espaço ou pertinência para isso.

Quanto ao ineditismo, aspecto inegavelmente diverso da originalidade, este por si só nada significa. O fato de um estudo nunca ter sido antes publicado não constitui critério, por si só, de dignidade acadêmica. É necessário que também seja ponto de importância e interesse à ciência jurídica. Sem a pretensão de avocar qualquer mérito intelectual ou enaltecimento, uma vez que a exaltação ou vexação são reações de competência privativa do leitor, a obra deve apresentar minimamente originalidade e ineditismo. O pesquisador declara nestes termos que, muito embora haja trabalhos relacionados ao tema proposto, a exemplo do trabalho de Shecaira (2011), de Busato (2018), este trabalho possui primazia temporal (ineditismo) porquanto estes citados não escrevem com o aporte substantivo que se entende ter dado (originalidade), e que em nenhum lugar foi objeto, total ou parcial, de publicação.

O corte epistemológico apresentado consiste na apresentação das sanções extrapenais como instância máxima ao dano ambiental praticado pelas pessoas jurídicas como fenômeno ofensivo a direitos fundamentais detidos pelos entes morais.

O capítulo inaugural apresentou linhas gerais sobre a problemática responsabilidade penal da pessoa jurídica. Explicou-se, de início, que a presente pesquisa se alinhava mais ao entendimento de um direito penal mínimo, afastando qualquer suspeita sobre simpatia do autor com expansionismos penais, bem como também se distanciando de perspectivas abolicionistas do direito penal.

Ainda no primeiro capítulo da obra, apresentou-se o conceito de bens jurídicos e sua relação com a política criminal, introduzindo-se um recorte específico para o bem jurídico ambiental. Fez-se, neste ponto, uma análise sobre a necessidade da tutela penal do meio ambiente, afastando-se o autor do entendimento dominante na Escola de Frankfurt de que a tutela ambiental é incompatível com o direito penal. Foi

necessário, para isso, explicar como a concepção do direito penal como *ultima ratio* seria compatível com o caráter eminentemente preventivo do direito ambiental.

Também foram feitas considerações sobre o sujeito ativo do crime ambiental, apontando-se a limitação potencial das ações das pessoas físicas na degradação ambiental, especialmente comparando com a superior capacidade de afetação do meio ambiente por parte das pessoas jurídicas. Expôs-se o evidente protagonismo das empresas na prática de danos ambientais relevantes, encerrando-se a exposição com a constatação de que, dentro da complexa realidade corporativa, muitas vezes é difícil a identificação de todas as pessoas físicas por trás de uma ação societária que tenha causado dano ambiental, bem como o risco de impunidade que ronda a utilização do direito penal exclusivamente para punir as pessoas físicas integrantes da corporação.

Ao final do primeiro capítulo, fez-se uma demonstração sobre como vários dos países do mundo têm tratado a possibilidade de punição das pessoas jurídicas em seus ordenamentos, constatando-se que hoje a grande maioria dos países adota uma responsabilidade corporativa penal, o que traduz que se trata de verdadeira tendência mundial. Esse mesmo tópico apresentou as diferentes nuances dos vários ordenamentos diferentes, o que foi profícuo para verificar que existem outros modelos de responsabilização penal da pessoa jurídica diversos do criticado modelo adotado no Brasil.

No segundo capítulo da tese, o pesquisador discutiu sobre as principais incompatibilidades da incriminação dos entes morais com a teoria do direito penal contemporânea. De início, o pesquisador apresentou as duas grandes teorias sobre a natureza da pessoa jurídica que ainda hoje influenciam a forma de enxergar os entes morais. Passou, em seguida, a falar sobre a dificuldade de identificar elemento subjetivo da pessoa jurídica, uma vez que não existe na realidade corporativa verdadeira “consciência” e “vontade” no sentido humano.

Seguiu-se o capítulo na discussão sobre a dificuldade de identificação das pessoas físicas por trás de um ilícito corporativo, segundo os pontos de vista de autorresponsabilidade e heterorresponsabilidade penais. Também foi discutido sobre a dificuldade conceitual de concepção de condutas omissivas por parte da pessoa jurídica, bem como a sua possibilidade de concurso com outras pessoas. Este tópico do segundo capítulo ainda abordou alguns problemas relativos à concepção da

responsabilização penal das pessoas jurídicas de direito público e direito privado, especialmente sob a ótica do direito brasileiro e algumas nuances do direito francês.

Foi apontado o grande problema de incompatibilidade da concepção individual de culpabilidade com o caráter coletivo da pessoa jurídica, o que constitui um dos maiores entraves teóricos à aceitação da incriminação das pessoas jurídicas. Dentro dessa mesma discussão, foi apontada a ausência de psique por parte dos entes morais, o que já tinha sido brevemente comentado no tópico anterior. Apontou-se também um argumento recorrentemente utilizado, que seria a alegação de que a pena imposta à pessoa jurídica também atingiria terceiros diretamente, o que viola a noção de individualização da pena. E encerrou-se o tópico com a apresentação de diversas concepções sobre a culpabilidade.

O último tópico do segundo capítulo apresentou os principais argumentos contra a imposição de penas a uma pessoa jurídica, partindo da óbvia impossibilidade de encarcerar um ente coletivo. No ponto imediatamente seguinte, abstraiu-se a adequação das teorias da pena e sua compatibilidade com a imposição de sanção à pessoa jurídica. E, ao final do capítulo, ainda se discutiu sobre os riscos da ineficácia da pena diante da possibilidade de dissolução fraudulenta das pessoas jurídicas.

O terceiro capítulo tratou especificamente sobre as diferentes espécies de sanções extrapenais que a doutrina resistente à responsabilização penal da pessoa jurídica tem apoiado. Na discussão, o pesquisador buscou demonstrar que a utilização arbitrária de eventual legislador no sentido de restringir liberdades da pessoa jurídica, confiscar-lhe bens ou mesmo dissolver-lhe a constituição jurídica por meio de sanções outras que não a própria pena é análoga à imposição de restrição de liberdades ou confisco às pessoas físicas, sem um devido processo penal, o que é uma ingerência inadmissível a direitos fundamentais, essencialmente indisponíveis.

A utilização do direito civil para impor sanções pecuniárias que excedam o necessário para restabelecer o prejuízo material ou moral que foi praticado ultrapassa a função primária dessa seara do direito e as respectivas funções do direito privado de maneira geral.

Já a utilização do direito administrativo, seja em sua forma usual ou seja por meio de criação de sistemas administrativos quase-penais, para restringir liberdades ou confiscar bens como reação a um fato legalmente e taxativamente conhecido como ilícito ultrapassaria também os limites naturais a um sistema inquisitório sem as garantias que representam a devida proteção dos cidadãos face ao poder do Estado.

A característica da autoexecutoriedade dos atos administrativos constitui grande risco à potencial vituperação de garantias. E mesmo mediante a participação de um juiz, as garantias penais constitucionalmente indispensáveis à equilibrada proteção de bens jurídicos não estaria presente. Por fim, a utilização de sistemas quase-penais com basicamente a mesma configuração do direito penal, com exceção da capacidade de comportar a conduta e culpabilidade da pessoa jurídica, foi apresentada como um simulacro do próprio direito penal.

A imposição de medidas de segurança às pessoas jurídicas apresenta-se como inadequada também, uma vez que tais sanções se destinam essencialmente a um critério de prevenção especial positivo curativo, o que é incompatível com a ausência de possibilidade de “cura” por parte de uma sociedade e também incompatível com a principal finalidade da sanção no âmbito penal ambiental, que é a função preventiva positiva.

No capítulo final do trabalho, o pesquisador buscou verificar, mediante a ótica dos direitos fundamentais, que a utilização de sanções extrapenais à pessoa jurídica pode violar o sistema penal. Primeiro, foi feito um estudo sobre como as pessoas jurídicas se relacionam com os direitos fundamentais, demonstrando-se no ordenamento várias concepções que as distinguem como detentoras de alguns direitos fundamentais e a controvérsia sobre se possuem direitos da personalidade.

Em seguida, o trabalho demonstrou quais são os pontos de contato entre o direito penal e os direitos fundamentais, relacionando a valoração dos bens jurídicos protegidos pela lei penal com base também em direitos fundamentais, e a constatação de que a pena seria o instrumento legitimamente apto, por força constitucional, a suprimir direitos fundamentais e indisponíveis como forma de reação a um ato ilícito, especialmente por meio da limitação das liberdades.

Em seguida, o pesquisador buscou demonstrar quais direitos fundamentais efetivamente eram afetados pelas sanções pretendidas às pessoas jurídicas, explicando a incompatibilidade de tais sanções com o direito civil e o direito administrativo. Foi nesse sentido que, mediante um paradigma garantista, apontou-se a pena como o único meio viável de responsabilizar as pessoas jurídicas sem que haja vultoso vilipêndio a direitos e garantias fundamentais.

Ofereceu o autor, ao final, apenas no gozo do rotineiro direito ao debate acadêmico, uma reflexão sobre as ameaças a direitos fundamentais decorrentes das ideias que, sob o mesmo pretexto de proteger um direito, não admitem a

responsabilidade penal da pessoa jurídica. Reforça, assim, a necessidade de abertura para a mudança de paradigma atual sobre a culpabilidade e sobre a imputação, para maior aceitação dentre os modelos já propostos por muitos dos citados juristas ou ainda dentre os postulados que surgirão.

A partir deste ponto, então, buscando trazer mais incisividade ao remate da pesquisa, optou-se por dividir as conclusões em itens que desenvolvam cada uma das ideias propostas no curso de cada capítulo:

I. O direito penal é capaz de atuar tanto no campo repressivo quanto no campo preventivo, graças às funções retributiva e preventivas da pena. Não há, então, incompatibilidade da tutela penal do meio ambiente com princípios do direito ambiental. O bem jurídico ambiental é dotado de dignidade ambiental e, portanto, é merecedor da tutela jurídico-penal, o que torna legítima a criação de um sistema penal específico para a punição de condutas contrárias à natureza.

II. A visão de que a pessoa jurídica é um mero instrumento para a prática de ilícito ambiental é limitada. As pessoas jurídicas possuem decisões próprias, tomadas por seus órgãos colegiados, deliberadores e diretores, que essencialmente diferem das decisões individuais de uma ou outra pessoa física por trás dela. Essas decisões com muita frequência geram repercussões financeiras positivas para a empresa, de maneira que a empresa “se beneficia” das decisões tomadas “por ela mesma”. A pessoa jurídica é dotada, sim, de algum nível de vontade e de capacidade de ação, e por isso não há incompatibilidade de sua natureza com a possibilidade de sofrer sanções penais.

III. A discussão sobre se a pessoa jurídica pode ou não ser responsabilizada penalmente passa longe de estar pacificada no Brasil no plano da dogmática penal, no plano da teoria e da filosofia do direito penal. A promulgação da Lei n° 9.605/1998, conhecida como Lei de Crimes Ambientais não pacificou as discussões doutrinárias sobre esse problema, pelo contrário, apenas a intensificou, cultivando inúmeras críticas na doutrina penal especializada. Para os penalistas brasileiros, e também no âmbito internacional, essa questão continua extremamente atual e considera-se que não há ainda uma resposta satisfatória. Não se trata de uma discussão sobre se o direito positivo impõe ou não a responsabilização penal das pessoas jurídicas por dano ambiental, mas sim se o direito positivo deve impor essa mesma responsabilização. Prova-se uma problemática muito mais afeita à teoria penal do que à análise sobre a eficácia da lei positiva.

IV. Apesar da acalorada discussão internacional sobre se a pessoa jurídica pode ou não cometer crimes e ser responsabilizada autonomamente por eles, vários países do mundo têm trilhado um caminho rumo ao reconhecimento e positivação da responsabilização penal das pessoas jurídicas. Isso demonstra uma tendência crescente no meio penal, o que força a ortodoxia nas ciências criminais a confrontar com recorrência as aparentes incompatibilidades com as noções originais de culpabilidade. Alguns países, contudo, permanecem reticentes a essa possibilidade, o que reafirma que a teoria de que as pessoas jurídicas podem praticar crimes e, por eles, ser punidas, não chegou a um consenso no mundo. Continua sendo um assunto conflituoso e complexo.

V. Há muitos problemas teóricos sobre se a pessoa jurídica é capaz de conduta em seu aspecto penal. Por não ser possuidora de dolo e culpa em seu aspecto estritamente humano, bem como também não ser capaz de um comportamento positivo ou negativo análogo às ações e omissões estritamente humanas, esse é um motivo recorrentemente apontado pela doutrina como incompatibilidade inconciliável com a capacidade de ser sujeito ativo de crimes. O fato de a pessoa jurídica também não possuir psique própria, como pessoas naturais a possuem, é apontado como um empecilho à harmonização com o princípio da culpabilidade. Isso, contudo, não confirma que a pessoa jurídica não possa ser responsabilizada penalmente, mas apenas impõe a necessidade urgente de reciclagem da concepção de culpabilidade que existe no direito penal do início do século XXI. As alegações de que as sanções penais eventualmente impostas às pessoas jurídicas atingem terceiros, e, por isso não podem ser impostas são também um frágil argumento, uma vez que mesmo sanções penais impostas a pessoas naturais atingem indiretamente outras pessoas.

VI. A pessoa jurídica não pode ser presa, isso é inegável. Porém, isso não significa que não exista pena aplicável à pessoa jurídica, porque nem toda pena é privativa de liberdade. Há também penas restritivas de direitos, que são teoricamente aplicáveis às pessoas jurídicas. Como as sociedades são essencialmente detentoras de direitos patrimoniais, a maior parte das possíveis penas impostas a elas deve repercutir em sanções de caráter financeiro. O que difere essa sanção penal patrimonial de qualquer eventual sanção civil ou administrativa é o fato de que não há o limite conceitual de sanção para mera reparação – visto que a pena pode ser quantificada com base no que parecer adequado para a prevenção geral, ou seja, para a intimidação da sociedade e para a sensação de normalização das relações sociais.

VII. Sanções civis são extremamente importantes na tutela do dano ambiental. Contudo, as imposições de restrição civil patrimonial sempre são contidas pelo patamar da mera reparação do dano causado. Se a sanção civil não fosse limitada pelas barreiras relativas à extensão do dano causado e pudesse ultrapassar esse montante a título de prevenção e desestímulo, talvez fosse, sozinha, suficiente para tutelar o dano ambiental. As obrigações de natureza positiva da espécie fazer, por sua vez, embora muito importante e útil para as possibilidades de imposição de reflorestamento e reparação de danos, também não pode ultrapassar o limite da extensão do dano causado. O direito civil também pode impor obrigações de não fazer. É um mecanismo importante e um excelente meio de prevenir contra algo indesejado. Na esfera ambiental, portanto, pode se apresentar como muito útil, em especial por sua congruência com o princípio da prevenção, máxime quando há suspeitas de dano ambiental iminente. Entretanto, a imposição de obrigação de não fazer a uma pessoa jurídica não se harmoniza com uma reação punitiva máxime. Além disso, as obrigações são sempre meros vínculos transitórios que se extinguem com seu efetivo cumprimento. Some-se a isso o fato de as obrigações de não fazer não possuírem caráter de reprovação e reprimenda, típicos de uma genuína pena. Conclui-se então que o direito civil é importantíssimo para a tutela do dano ambiental, mas não pode ser usado sozinho como reprimenda máxime ao dano ambiental mais grave. Por esse motivo que o próprio constituinte brasileiro previu a imposição de sanções civis e penais acumuladas na hipótese de degradação ambiental.

VIII. As sanções administrativas puras, embora sejam importantes, não podem ser o meio de reprimenda máxime do dano ambiental. A imposição de mera multa ou sanções muito frouxas não aparentam ser desestímulo o bastante para que pessoas jurídicas não reincidam na prática lesiva contra o ambiente. Além disso, as imposições da administração pura são feitas pelo executivo, sem o respeito a várias garantias processuais que são indispensáveis caso a sanção imposta seja muito severa. Medidas de segurança também não são uma resposta adequada à pessoa jurídica, afinal elas são criadas com o objetivo de curar uma enfermidade. Isso esbarra na mesma incompatibilidade conceitual que foi apontada com a culpabilidade, a de ausência de psique pela pessoa jurídica. O direito administrativo sancionador é o mecanismo mais utilizado no mundo como alternativa à sanção máxime à pessoa jurídica, quando não se aceita a responsabilização penal. Entretanto, o próprio direito administrativo sancionador requer a observância de todas as garantias processuais

como forma de respeito aos direitos fundamentais das pessoas jurídicas. É necessário respeitar o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência e mesmo o princípio da culpabilidade, reiteradamente apontado como incompatível com o direito penal. Em outras palavras, a utilização do direito administrativo sancionador como tutela máxima do dano ambiental praticado pelas pessoas jurídicas seria uma mera burla de etiquetas; seria o direito penal disfarçado com outro nome.

IX. A Constituição Federal garante uma série de direitos fundamentais às pessoas jurídicas. A compreensão do direito penal como um meio legítimo estatal de suspensão de direitos fundamentais impõe uma série de garantias, vez que é necessário proteger o indivíduo – e aqui leia-se também como a empresa – de eventuais sanções excessivas e arbitrárias. Surgem, então, inúmeros princípios penais como direitos e garantias fundamentais como “freio” à “mão penal” do Estado. A priori, esses princípios penais só se aplicam ao próprio direito penal, e são muito apropriados porque a sanção penal é também aquela legitimamente mais grave existente nos ordenamentos.

X. A imposição de sanções muito graves às pessoas jurídicas por outros meios que não sejam o penal viola uma série de direitos fundamentais. O direito à liberdade-autonomia das pessoas jurídicas e o direito de liberdade de ação profissional, ambos direitos fundamentais de primeira espécie, são violados pela imposição de sanção máxima às pessoas jurídicas sem o sistema penal; o direito à existência, também um direito fundamental da primeira espécie ou dimensão; o direito à igualdade, um direito fundamental de segunda espécie; o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, um direito fundamental de terceira espécie; o direito fundamental à segurança e as garantias processuais penais da pessoa jurídica, direitos fundamentais de primeira espécie, de onde surgem o contraditório e a ampla defesa, a inafastabilidade do controle jurisdicional, a presunção de inocência, o *in dubio pro reo*, a legalidade penal, a irretroatividade da lei penal e a proteção contra a suspensão ou dissolução de associações por parte do Estado sem atuação de juiz; todos esses direitos fundamentais são violados pela imposição de sanções máximas às pessoas jurídicas fora do sistema penal. Há, assim, grave violação a direitos fundamentais de todas as três espécies ou dimensões.

XI. Somente o sistema penal é capaz de proteger a pessoa jurídica de sanções arbitrárias estatais pela causa de danos ambientais. Somente o sistema penal é apto a proteger os direitos fundamentais da pessoa jurídica contra punições máximas. A

título de tutela máxima do ambiente, devem-se impor sanções de natureza civil, administrativa e necessariamente penal, pertencendo a esta última espécie as sanções mais graves e invasivas, pois o direito penal é o campo do direito mais legítimo à afetação de direitos fundamentais.

XII. As incompatibilidades conceituais existentes entre o sistema penal ortodoxo e a responsabilização penal da pessoa jurídica precisam ser superadas. A forma de fazer isso é flexibilizar o engessado conceito de culpabilidade como se comportasse somente a culpabilidade humana em sentido estrito. A teoria significativa da ação, de Paulo César Busato, ou a teoria construtivista, de Carlos Gomes-Jára Díez, propõem alternativas interessantes à vetusta culpabilidade como forma de superação das incongruências. É necessário mudar a concepção penal porque não há em nenhum campo do direito já existente uma forma mais legítima e protetiva para tutelar os danos ambientais de forma a respeitar todos os direitos fundamentais da pessoa jurídica.

Por fim, encerram-se as considerações do pesquisador, aqui convicto de que seu ponto de vista contribuiu, ainda que com entendimento a ser refutado, para o aprimoramento da ótica atual acerca da controvérsia sobre a possibilidade ou não de punição dos entes coletivos, objeto de bastante relevância especialmente considerando o protagonismo dessas pessoas na criminalidade econômica e ambiental. É prudente lembrar, ainda, que o Direito é muito maior do que a alteração de opiniões no âmbito acadêmico, mas que é justamente por meio do salutar e honesto debate de ideias entre pesquisadores que reciprocamente se respeitam e do diálogo constante que ele é construído e aprimorado.

Certo de que um trabalho de estatura doutoral deve ser acompanhado por certo grau de inventividade, o que os maldosos podem descrever sob a pecha de “devaneio”, o autor, satisfeito com o resultado que entrega aos leitores, tem a esperança de não ser a obra injustamente reduzida à ignominiosa gleba de trabalhos indignos de leitura. Que seja criticado, com a decência e o respeito que os investigadores devem entre si, na certeza de enxergar no pesquisador alguém ávido por aprendizado e por vigorosas lições, ou, nas palavras de Cesare Beccaria (2010, p. 14), “um homem menos apressado a fazer a defesa de suas próprias opiniões particulares do que um tranquilo amigo da verdade, pronto a confessar seus erros”.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. Os limites constitucionais das sanções administrativas. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1517, 27 ago. 2007. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/10322>>. Acesso em 2/jan/2020.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALLER, Germán. **Dogmática de la acción y praxis penal**. Montevideo: BdeF, 2009.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos e abolicionismos: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. XIX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. **Revista da ESMEC**, v.13, n. 19, Florianópolis-SC. P. 462-488. 2006.

ARGENTINA. **Lei nº 27.401, de 08 de novembro 2017**. Régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas por delitos cometidos contra la administración pública y cohecho transnacional. Disponível em <<https://www.legiscompliance.com.br/legislacao/norma/124>> Acesso em 27/dez/2019

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

BAJO, Miguel. **La unidad del derecho sancionador**. Publicação eletrônica. Disponível em: <<http://www.bajo-trallero.es/publicacion/024.pdf>>. Acesso em 02/jan/2020

BARATTA, Alessandro. **Princípios do direito penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal**. Trad. Francisco Bissoli Filho. Florianópolis, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2 Ed. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Anais*. **Objetivos do direito ambiental**. 5º Congresso Internacional de Direito Ambiental. São Paulo: IMESP, 2001. p. 57-78.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 25/dez/2019.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em 26/dez/2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em 26/dez/2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941.** Lei das Contravenções Penais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm> Acesso em 01/jan/2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.914, de 09 de dezembro de 1941.** Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm> Acesso em 01/jan/2020.

BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890.** Promulga o Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm> Acesso em 26/dez/2019.

BRASIL. **Decreto nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em 29/dez/2019.

BRASIL. **Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932.** Aprova a Consolidação das Leis Penais, da autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22213.htm> Acesso em 26/dez/2019.

BRASIL. **Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.** Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4595.htm> Acesso em 03/jan/2020.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm> Acesso em 31/dez/2019.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso em 25/dez/2019.

BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm> Acesso em 03/jan/2020.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-normaatualizada-pl.html>> Acesso em 02/jan/2020.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, pág. 1, Brasília, DF, n. 31, 12 fev 1998.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em 31/dez/2019.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm> Acesso em 01/jan/2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 25/dez/2019.

BRASIL. **Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017.** Dispõe sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários; (...); e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13506.htm#art71> Acesso em 03/jan/2020.

BRASIL. **Relatório da missão emergencial a Brumadinho/MG após rompimento da barragem da vale S/A.** Conselho Nacional de Direitos Humanos. 2019. Disponível em <<https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2019/fevereiro/missao-emergencial-do-cndh-apresenta-relatorio-sobre-rompimento-de-barragem-da-vale/RelatrioMissoemergencialaBrumadinho.pdf>> Acesso em 25/dez/2019.

BRASIL. **Relatório sobre o rompimento da barragem de rejeitos da mineradora Samarco e seus efeitos sobre o valo do rio doce.** Conselho Nacional de Direitos Humanos. 2017. Disponível em <<https://www.mdh.gov.br/informacao-ao->

cidadao/participacao-social/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh/RelatriodaBarragemdoRioDoce_FINAL_APROVADO.pdf>
Acesso em 25/dez/2019.

BREDA, Juliano. A inconstitucionalidade das sanções penais da pessoa jurídica em face dos princípios da legalidade e da individualização da pena. *In: Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. Coord. Luiz Regis Prado, René Ariel Dotti. 2 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BRODT, Luís Augusto Sanzo; e MENEZHIN, Guilherme de Sá. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um estudo comparado. **Revista dos Tribunais**, 2015, RT vol. 961 (novembro 2015).

BUSATO, Paulo César. **A responsabilidade criminal de pessoas jurídicas na história do Direito positivo brasileiro**. RIL Brasília a. 55 n. 218 abr./jun. 2018 p. 85-98

BUSATO, P. C. **Bases de uma teoria do delito a partir da filosofia da linguagem**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 10, n. 42, jul./set. 2011, p. 103.

BUSATO, Paulo César. Razões político-criminais para a responsabilidade penal de pessoas jurídicas. *In: Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: seminário Brasil-Alemanha*. Org. Paulo César Busato. 1 Ed. Florianópolis: Tirante Lo Blanch, 2018.

CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio Campello; SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; PADILHA, Norma Sueli. **Direito Ambiental no Século XXI: efetividades e desafios**. 2 vol. São Paulo: Clássica, 2013.

CAMPOS, Isabela Calixto; BURLANI, Rafael. Dano moral ambiental: uma análise doutrinária e jurisprudencial frente a sua possibilidade. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 3, n. 1, 2008. Disponível em <www.univali.br/direitoepolitica>
Acesso em 31/dez/2019

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6 Ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Érika Mendes de; e CARVALHO, Gisele Mendes de. Direito penal de risco e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. *In: Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. Coord. Luiz Regis Prado, René Ariel Dotti. 2 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CHILE. **Lei nº 20.393, de 25 de novembro de 2009**. Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas em los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica. 2014. Disponível em <https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/lei_anticorruptcao_chile.pdf>
Acesso em 27/dez/2019.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. **A culpabilidade nos crimes ambientais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DAVID, Décio Franco; BUSATO, Paulo César. A empresa é capaz de ação? Uma proposta de discussão sobre a capacidade de rendimento da concepção significativa da ação no direito penal empresarial. *In: Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 9, n. 16, p. 205-232. Curitiba. 2017.

DAVID, Décio Franco. Reflexões sobre os fundamentos teóricos da responsabilidade penal da pessoa jurídica a partir da teoria da empresa. *In: Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: seminário Brasil-Alemanha*. Org. Paulo César Busato. 1 Ed. Florianópolis: Tirante Lo Blanch, 2018.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Direito penal e direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. **Revista Jurídica**. v. 375. 2009. Publicação eletrônica. Disponível em < <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RJ%20375%20-%20Doutrina%20Penal.pdf>>. Acesso em 02/jan/2020.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. O ilícito penal nos crimes ambientais: algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. **Revista do Ministério Público do RS**. Porto Alegre, 2007.

DELITALA, Giacomo. **El “hecho” em la teoria general del delito**. Trad. Pietro Sferazza Taibi. Montevideo: BdeF, 2009.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas**: bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española. Buenos Aires: Editorial BDEF. 2010.

DIMOULIS, Leonardo Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Martins. 5. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2014.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro. *In: Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. Coord. Luiz Regis Prado, René Ariel Dotti. 2 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. Trad. Márcio Pugliesi. 3 Ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

EQUADOR. **Código Orgânico Integral Penal**. Registro Oficial n° 180. 10 de fevereiro de 2014. <https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ECU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf> Acesso em 27/dez/2019.

ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. 2 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Teoria da imputação objetiva no direito penal ambiental brasileiro**. São Paulo: LTr, 2005.

FERNANDEZ, Miguel Bajo. **Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial**. Madrid: Editorial Civitas, 1978.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: Teoría del garantismo penal**. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRUA, Luiz; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. A proteção jurídica conferida às baleias no caso da atividade de turismo observatório na área de proteção ambiental Baleia Franca em Santa Catarina: Análise Jurisprudencial à luz dos princípios da prevenção e da precaução. *In* LEITE, José Rubens; e DINNEBIER, Flávia França (Org.). **Estado de Direito Ecológico: Conceito, Conteúdo e Novas Dimensões para a Proteção da Natureza**. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale: Parte generale**. Bologna: Zacinelli, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; Trad. Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRANÇA. **Code pénal**. Version consolidée au 21 décembre 2019. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=3B408146DBC7317A002EE3A7901D5DF6.tplgfr37s_3?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20191227> Acesso em 27/dez/2019.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Aspectos processuais penais da responsabilidade penal da pessoa jurídica. *In*: **Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: seminário Brasil-Alemanha**. Org. Paulo César Busato. 1 Ed. Florianópolis: Tirante Lo Blanch, 2018.

GOMES, Luiz Flávio. Crime ambiental e responsabilidade penal de pessoa jurídica de direito público. *In*: **Revista Migalhas**. 2008. Publicação Eletrônica. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI58248,101048-Crime+ambiental+e+responsabilidade+penal+de+pessoa+juridica+de>> Acesso em 30/dez/2019

GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Luís. Por que é ilegítimo e quase de todo inconstitucional punir pessoas jurídicas. *In: Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: seminário Brasil-Alemanha*. Org. Paulo César Busato. 1 Ed. Florianópolis: Tirante Lo Blanch, 2018.

GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. Tradução de Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014.

GUARDIA, G. E. R. S. Princípios processuais no direito administrativo sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 109. p. 773-793. 2014.

HASSEMER, Winfried. Características e Crises do Moderno Direito Penal. *In: Revista de Estudos Criminais*, n.º 08, p. 54 a 66. Tradução de Pablo Rodrigo Afllen da Silva, de Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts. 2003.

HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. *In: Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS*, vol. 1, n.º 1, 2013. p. 54 a 66. Trad. Pablo Rodrigo Afllen da Silva, de Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts. 2013.

HASSEMER, Winfried. **Persona, Mundo y Responsabilidad**: Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Colombia: Editorial Temis. 1999.

HERCULANO, Selene. O clamor por justiça ambiental e contra o racismo ambiental. **Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente** - v.3, n. 1, 2008. Disponível em <<http://www3.sp.senac.br/hotsites/blogs/InterfacEHS/wp-content/uploads/2013/07/art-2-2008-6.pdf>>
Acesso em 12/12/2020.

JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde, Barcelona: Bosch, 1992.

KRELL, Andreas Joachim. **Concretização do dano ambiental: algumas objeções à teoria do “risco integral”**. Revista do Senado. Brasília: ano 35 n. 139, 1998. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/385/r139-02.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>.
Acesso em 02/jan/2020.

KURTZ, Leonardo da Cunha. O constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli como mecanismo de efetivação do Direito Fundamental a um Meio Ambiente ecologicamente equilibrado. *In: II Congresso Internacional de direito Ambiental e Ecologia Política*. Universidade Federal de Santa Maria – UFSC. Santa Maria: 2013.

LEITE, Alaor. Observações provisórias sobre a responsabilização penal das pessoas jurídicas. *In: Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: seminário Brasil-Alemanha*. Org. Paulo César Busato. 1 Ed. Florianópolis: Tirante Lo Blanch, 2018.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LEITE, José Rubens Morato. BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Direito constitucional ambiental brasileiro. *In: LEITE, José Rubens Morato; PERALTA, Carlos E. (orgs.). Perspectivas e desafios para a proteção da biodiversidade no Brasil e na Costa Rica*. 2014. p. 11-44.

LEITE, José Rubens Morato; SILVEIRA, Paula Galbiatti. BETTEGA, Belisa. Princípios estruturantes do Estado de Direito para a Natureza. *In LEITE, José Rubens; e DINNEBIER, Flávia França (Org.)*. **Estado de Direito Ecológico: Conceito, Conteúdo e Novas Dimensões para a Proteção da Natureza**. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017.

LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Dano Ambiental**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Revisitando a teoria da pessoa jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. *In: Revista da Faculdade de Direito UFPR*. V. 46. 2007. Disponível em <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/14977/10029>>. Acesso em 03/jan/2020.

LOPES, Jair Leonardo. Responsabilidade penal incompatível com a natureza da pessoa jurídica. *In: Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. Coord. Luiz Regis Prado, René Ariel Dotti. 2 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LUIZI, Luiz. Notas sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. *In: Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. Coord. Luiz Regis Prado, René Ariel Dotti. 2 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Princípio da dignidade da vida para além do animal humano: um dever fundamental de proteção**; Orientador: José Rubens Morato Leite. 433 p. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2009.

MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção administrativa e o princípio da culpabilidade. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. ano 3, n. 11. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MELO, Melissa Ely; BAHIA, Carolina Medeiros; LEITE, José Rubens Morato. Estado de Direito Ecológico: alicerce legal para a materialização de Justiça Ambiental e

Ecológica. *In*: MELO, Melissa Ely e LEITE, José Rubens. **Delineamentos do direito ecológico: Estado, justiça, território e economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MELO, Melissa Ely e LEITE, José Rubens. **Delineamentos do direito ecológico: Estado, justiça, território e economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MÉXICO. **Código Penal Federal**. Nuevo Código Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931. Disponível em <<https://www.oas.org/dil/esp/C%C3%B3digo%20Penal%20Federal%20Mexico.pdf>> Acesso em 27/12/19.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte Geral. Tomo I: Pessoas físicas e jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o sistema processual penal brasileiro. *In*: **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. Coord. Luiz Regis Prado, René Ariel Dotti. 2 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MUNIZ, Lenir Moraes. Ecologia Política: o campo de estudo dos conflitos sócio-ambientais. *In*: **Revista Pós Ciências Sociais**, v. 6, n. 12. 2009. p. 181-196. Universidade Federal do Maranhão. São Luís. Disponível em <<http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/rpcsoc/article/view/64/45>> Acesso em 12/12/2020.

NALINI, José Renato. **Ética ambiental**. 2 Ed. Campinas: Millenium, 2003.

NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2008.

NINO, Carlos Santiago. **Los límites de la responsabilidad penal: Una teoría liberal del delito**. Buenos Aires: Astrea, 1980.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Vol. 2. 8 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA FILHO, Gerson Romero de. A crise ambiental sob a ótica do modelo de desenvolvimento capitalista. **CES Revista**. v.24. Juiz de Fora: 2010. p. 129-142.

OLIVEIRA, José Lamartine C. de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

OLIVEIRA, José Lamartine C. de. MUNIZ, Francisco Ferreira. O Estado de Direito e os direitos da personalidade. *In*: **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. v.19, n. 0, 1979.

ORTOLAN, Marcelo. A responsabilidade objetiva da pessoa jurídica pela prática de atos de corrupção: norma penal ou administrativa? **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 8, n. 14, p. 151-166, jan./jun. 2016

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PENNA, Cidângelo L. G.; REZENDE, Elcio Nacur. Responsabilidade civil diante da tragédia do rompimento das barragens em Mariana: o desafio da quantificação dos danos. **Revista Direito Ambiental e sociedade**. v.8, n.1, 2018. p. 65-82.

PERU. **Exposición de Motivos de la Ley n° 30.424/2016**. Publicação eletrônica. 2016b. Disponível em <<http://spij.minjus.gob.pe/graficos/peru/2019/enero/09/exp-ds-002-2019-jus.pdf>>
Acesso em 27/dez/2019.

PERU. **Lei n° 30.424 de 21 de abril de 2016**. Regula a responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas pelo crime de corrupção ativa transnacional. Publicação eletrônica. 2016a. Disponível em <<http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/30424.pdf>>
Acesso em 27/dez/2019.

PITOMBO, Antônio Sergio A. de Moraes. Denúncia em face da pessoa jurídica, na perspectiva do direito brasileiro. *In: Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. Coord. Luiz Regis Prado, René Ariel Dotti. 2 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PORTUGAL. **Lei n° 16/2007, de 17 de abril de 2007**. Modifica o Código Penal. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=lei_velhas&nversao=21&so_miolo=>>
Acesso em 27/dez/2019.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n° 48/1995, de 15 de março de 1995**. Aprova o Código Penal. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=>>
Acesso em 27/dez/2019.

PORTUGAL. **Lei n° 59/2007, de 04 de setembro de 2007**. Modifica o Código Penal. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=lei_velhas&nversao=22&so_miolo=>>
Acesso em 27/dez/2019.

PORTUGAL. **Lei n° 102/2019, de 06 de setembro de 2019**. Modifica o Código Penal. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_miolo=>>
Acesso em 27/dez/2019.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente: crimes ambientais (lei 9.605/1998)**. 7 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. *In: Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva.* Coord. Luiz Regis Prado, René Ariel Dotti. 2 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PUIG, Santiago Mir. **Derecho penal parte general.** 8 Ed. Barcelona: Reppertor, 2008.

PUIG, Santiago Mir. **Derecho penal parte general.** 10 Ed. Barcelona: Reppertor, 2016.

REINALDET, Tracy. Questões francesas sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. *In: Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: seminário Brasil-Alemanha.* Org. Paulo César Busato. 1 Ed. Florianópolis: Tirante Lo Blanch, 2018.

RIOS, Rodrigo Sanchez. Indagações sobre a possibilidade de imputação penal à pessoa jurídica no âmbito dos delitos econômicos. *In: Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva.* Coord. Luiz Regis Prado, René Ariel Dotti. 2 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.** Org e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli – 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal, Parte General, Tomo I.** Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña e outros. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal.** 2ª Ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal.** Org. Alaor Leite; Trad. Luís Greco. 1 Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SALES, Sheila Jorge Selim de. Anotações sobre o princípio *societas delinquere non potest* no direito penal moderno: um retrocesso praticado em nome da política criminal? *In: Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva.* Coord. Luiz Regis Prado, René Ariel Dotti. 2 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.** 2 Ed. Madrid: Civitas. 2001.

SÁNCHEZ, Pedro Donaires. **Responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho comparado.** Revista Derecho y Cambio Social, 2013. Disponível em <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5490744.pdf>> Acesso em 01/jan/2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. *In*: **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. Coord. Luiz Regis Prado, René Ariel Dotti. 2 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **La eficacia de los derechos fundamentales: Una teoría desde la perspectiva constitucional**. Lima: Palestra Editores, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MACHADO, Paulo Affonso Leme; FENSTERSEIFER, Tiago. **Constituição e legislação ambiental comentadas**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Prefácio. *In*: FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. 2 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCANDELARI, Gustavo Britta. As sanções criminais aplicáveis às pessoas jurídicas: uma nova teoria das penas? *In*: **Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: seminário Brasil-Alemanha**. Org. Paulo César Busato. 1 Ed. Florianópolis: Tirante Lo Blanch, 2018.

SCHMITT, Cristiano Heineck. A invocação dos direitos fundamentais no âmbito das pessoas coletivas de direito privado. *In*: **Revista do Senado**. Brasília, ano 37, n. 145, 2000. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/555/r145-07.pdf?sequence=4>>. Acesso em 03/jun/2020.

SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales**. Trad. Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Vários tradutores. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6 Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 2 Ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Autorregulação, responsabilidade empresarial e criminal compliance. *In*: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

STF. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 548181. Relatora: Ministra Rosa Weber. DJ: 29/10/2014. **JusBrasil**. 2013. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342675/recurso-extraordinario-re-548181-pr-stf>>
Acesso em 29/dez/2019.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 227** - A pessoa jurídica pode sofrer dano moral. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [1999]. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.txt>
Acesso em: 03/jan/2020.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 467** - Prescreve em cinco anos, contados do término do processo administrativo, a pretensão da Administração Pública de promover a execução da multa por infração ambiental. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2010]. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%20467\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%20467).sub)>
Acesso em: 01/jan/2020.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL n. 1.711.009/MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Samarco Mineração S/A. Órgão julgador: Corte Especial. Relator: Ministro Marco Buzzi. Julgado: 19 dez. 2017. DJe: 20 abr. 2018.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL 564.960/SC, 5ª T., j. 02.06.2005, Relator. Min. Gilson Dipp, DJ 13.06.2005, p. 331

STJ, Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL 610.114/RN, 5ª T., j. 17.11.2005, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 19.12.2005, p. 463.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SZANIAWSKI, Elimara. Pessoa jurídica e direitos de personalidade (parte 2). *In*: **Revista Consultor Jurídico**. 2017. Publicação eletrônica. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-17/direito-civil-atual-pessoa-juridica-direitos-personalidade-parte#author>>.
Acesso em 03/jan/2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 12 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y empresas en derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, vol. 11. 1995.

TJMG. HC 1.0000.12.060680-1/000. Relator: Des. Rubens Gabriel Soares. DJ: 22/05/2012. **JusBrasil**. 2012. Disponível em <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114573467/habeas-corp-us-hc-10000121242960000-mg/inteiro-teor-114573517?ref=serp>> Acesso em 30/dez/2019.

TJRJ. Apelação Cível nº 2001.001.14586. Relatora: Des. Maria Raimunda T. de Azevedo. DJ: 06/03/2002. **JusBrasil**. 2012. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/63069104/djpa-16-12-2013-pg-690>> Acesso em 31/dez/2019.

TRF-4. Mandado de Segurança nº 013843 PR 2002.04.01.013843-0. Relator: Des. Sebastião Ogê Muniz. DJ: 21/06/2016. Pub: 27/06/2016. **JusBrasil**. 2016. Disponível em <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/393885598/mandado-de-seguranca-ms-13843-pr-20020401013843-0/inteiro-teor-393885712?ref=juris-tabs>> Acesso em 03/jan/2020.

VIANA, Eduardo. **Dolo como compromisso cognitivo**. 1 Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**. Trad. por José Cerezo Mir. 2ª Reimpressão. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical investigations**. Trad. G. E. M. Anscombe. 3 Ed. Londres: British Library. 1986.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Parecer a Nilo Batista sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. *In: Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. Coord. Luiz Regis Prado, René Ariel Dotti. 2 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.