

A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA E A LEI DE CRIMES AMBIENTAIS, EM UMA ANÁLISE COM O DIREITO COMPARADO.

Leonardo Augusto Marinho Marques

Professor, Mestre e Advogado

I. Introdução

As questões ambientais tornaram-se objeto de preocupação da humanidade, no final do século passado, em face do alarde que se tem feito em torno de uma possível catástrofe ecológica, projetada a partir das mudanças climáticas ocorridas no planeta. Desde então, a civilização moderna vem se conscientizando sobre a necessidade de desenvolver atividades econômicas em níveis tolerantes de intervenção no meio ambiente.

Sensível à realidade, a Constituição da República elevou o meio ambiente à condição de “bem de uso comum”, assegurando o direito de todos ao equilíbrio ecológico, posto que essencial à qualidade de vida, e atribuiu ao Poder Público e à coletividade o dever de preservação (artigos 5º, LXXIII, e 225). No mesmo compasso, a Carta Magna procurou prevenir responsabilidades, determinando no § 3º, do artigo 225, que “as condutas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Ocorre que diferentes interpretações desse parágrafo fizeram ressurgir a velha polêmica acerca da responsabilidade criminal da pessoa coletiva. De um lado, há os que entendem ter a Carta de 1988 consagrado a responsabilidade penal da pessoa jurídica, atendendo uma necessidade atual¹. De outro, os que se mantêm fiéis aos postulados do moderno Direito

1 Mencionam também o artigo 173, § 5º: “A Lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando às punições compatíveis com a sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

Penal não admitem essa possibilidade, em face dos princípios da personalidade das penas, da culpabilidade e da intervenção mínima.

A matéria ganhou novo enfoque com o advento da Lei 9.605/98, que contemplou, no artigo 3º, a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais:

as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativamente, 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.

A Lei 9.605/98, no entanto, ao invés de solucionar a questão, reacendeu a antiga polêmica. Pecando, pela falta de técnica legislativa mais apurada, a referida Lei se limitou a “enunciar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, cominando-lhe penas, sem contudo, lograr, instituí-la completamente”. Não teve o legislador a preocupação de fornecer “elementos básicos e específicos conformadores de um subsistema ou microssistema de responsabilidade penal, restrito e especial, inclusive com regras processuais próprias.” Por outro lado, para regulamentar a situação, é “imprescindível a existência de normas harmonizadoras que propiciem uma perfeita convivência entre uma (geral) e outra (excepcional) formas de responsabilidade”. (Prado, 1998, p. 21-22)

Independente das controvérsias que cercam o tema, é inegável que, com a Lei de Crimes Ambientais, a responsabilidade penal da pessoa jurídica passou a ser uma realidade do nosso ordenamento jurídico. O convite é para promover uma reflexão global sobre a matéria, concentrando, ao final, a atenção na nova lei e na forma com que a nova modalidade de responsabilidade foi tratada em nível infraconstitucional. Recorrer-se-á ao Direito Comparado, com o objetivo de enunciar soluções para os problemas que se apresentam de plano.

II. A responsabilidade civil da pessoa jurídica em matéria ambiental

O ordenamento jurídico, a partir do momento em que atribui personalidade à pessoa jurídica, reconhece sua capacidade, ou seja, sua aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações. Em virtude do princípio da especialização, no entanto, a capacidade da pessoa jurídica é limitada aos fins que condicionaram sua constituição, sendo-lhe vedado exercer qualquer atividade estranha ao estatuto ou contrato social. O fundamento da

responsabilidade civil da pessoa jurídica repousa na sua capacidade.

Em princípio, a responsabilidade civil da pessoa jurídica também decorre dos artigos 186 e 927 do Código Civil, que determina a obrigação de reparar o dano, imposta a todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar o direito ou causar prejuízo a outrem. Nesse caso, a responsabilidade civil é suportada pela pessoa jurídica da mesma forma que a suporta a pessoa física, independente de tratar-se de pessoa jurídica de direito público ou privado. Seu efeito imediato é, portanto, o dever de reparação. (Pereira 1994, p.420-421)

Entretanto, diante das dificuldades de se apurar a culpa em determinadas situações, acolheram a doutrina e a jurisprudência, em primeiro momento, a culpa presumida – teoria pela qual parte-se do pressuposto que a pessoa é culpada, cabendo a ela demonstrar a sua inocência – e, em um segundo momento, da teoria da responsabilidade objetiva, decorrente do próprio risco que integra o exercício de determinadas atividades.

Ressalte-se que a teoria do risco teve a sua aplicação intensificada de acordo com o novo texto trazido pelo Código Civil de 2002, em seu artigo 927, parágrafo único.²

A nova teoria não substituiu a da responsabilidade subjetiva. Houve apenas uma modificação no alvo ensejador da responsabilidade. Mais especificamente, a existência e a prova da culpa deixaram de ocupar o ponto central da matéria e determinadas questões começaram a ser solucionadas de forma diferente: os riscos inerentes à atividade passaram a fundamentar o direito à indenização. Por gerar benefícios, essa atividade assumiria o ônus de reparar eventuais danos que dela resultem. (idem, ibidem, p.422-424)

Todavia, em matéria ambiental, a responsabilidade civil da pessoa jurídica, principalmente no que tange a aplicação da responsabilidade objetiva, não pode ser lavada ao extremo. Afinal, toda atividade que produz resultados no mundo exterior provoca impactos no meio ambiente. Conscientes da situação, os ambientalistas tentam impedir a degradação ambiental, estabelecendo níveis de tolerância para os impactos resultantes das atividades econômicas. Assim, esses níveis de tolerância devem ser vistos como ponto

2 O artigo 927, parágrafo único contém a seguinte redação: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

moderador da responsabilidade civil da pessoa jurídica nos danos ambientais.

O desenvolvimento industrial e tecnológico alcançado pela sociedade moderna compõe uma realidade irreversível; as atividades econômicas constituem o único meio de que dispõe o homem para a satisfação de suas necessidades básicas, e não podem, simplesmente, ser desconsideradas, em nome de uma nova política ambiental.

Nesse sentido, oportunas as observações de Prado

... toda a política ambiental deve procurar equilibrar e compatibilizar as necessidades de industrialização e desenvolvimento, com as de proteção, restauração e melhora do ambiente. Trata-se, na verdade, de optar por um desenvolvimento econômico qualitativo, único capaz de propiciar uma real elevação da qualidade de vida e o bem estar social. Isto vale dizer: ecodesenvolvimento, com desenvolvimento racional do ponto de vista ecológico...(Prado, 1992, p. 20).

À responsabilidade civil da pessoa jurídica, por danos ao meio ambiente, aplica-se a teoria da responsabilidade objetiva, uma vez que no exercício de suas atividades está sempre presente o risco do impacto ambiental. Contudo, o que se pretende é responsabilizar a pessoa jurídica pelos impactos causados acima dos limites de tolerância estabelecidos. A situação se agrava, porém, se a atividade exercida não constituir atividade fim da empresa.

Finalmente, cumpre lembrar que o artigo 3º, da Lei 9.605/98, tratou da responsabilidade civil ao lado da responsabilidade administrativa e penal, determinando, para a pessoa jurídica, o dever de reparar os danos causados ao meio ambiente, sem prejuízo da responsabilidade da pessoa física.

III. A responsabilidade administrativa da pessoa jurídica em matéria ambiental

A Constituição da República, no artigo 225, atribuiu ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente, garantindo o equilíbrio ecológico, essencial para a qualidade de vida das gerações presentes e futuras.

No que concerne ao Poder Público, ficou estabelecida a competência executiva comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para proteger o meio ambiente e combater a poluição, artigo 23, VI, e a competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do

Distrito Federal, para legislar sobre a proteção do meio ambiente e controle da poluição (artigo 24, VI), restando aos Municípios a competência para suplementar a legislação estadual e federal, no que couber (artigo 30, II).

De acordo com Meirelles:

“No campo da legislação ordinária, a norma básica de proteção ao meio ambiente é a Lei 6.938, de 31.8.91, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente e criou o respectivo Sistema Nacional de Preservação e Controle – SISNAMA, composto por órgãos da União, dos Estados e Municípios, lei, essa, que, recepcionada pela Constituição e complementada por normas posteriores (...), organizou a administração ambiental...” (Meirelles, 1996, p. 496)

Existem, ainda, inúmeras normas legais e infralegais exigindo estudo prévio de impacto ambiental de certas atividades, regulamentando o exercício dessas atividades, e prescrevendo sanções administrativas, com o objetivo de assegurar o controle da poluição, a preservação dos recursos naturais e a restauração dos elementos naturais.

A Administração Pública, em suas três esferas, tem implementado uma política de proteção ambiental, promovendo a fiscalização das empresas para verificar se estão funcionando de acordo com as normas; exigindo licenças ou autorizações para o exercício de determinadas atividades; e, ainda, iniciando processos administrativos para apurar eventuais irregularidades.

A responsabilidade administrativa, em matéria ambiental, decorre da não observância das normas estabelecidas, resultando em sanções que vão desde a multa e a cassação de licenças e de autorizações para funcionamento, com a suspensão temporária das atividades, até a extinção definitiva da empresa.

A sanção administrativa, em matéria ambiental, como se percebe, é dotada de eficácia, aproximando-se, nesse aspecto, da sanção penal. Esse é, com certeza, um dado de suma importância, pois, levando-se em conta a relevância que a tutela ambiental adquiriu no mundo moderno, há sempre a preocupação com a eficácia da sanção.

No que diz respeito à responsabilidade civil, muitas vezes o dever de reparação do dano ambiental pode recair no vazio. A empresa, condenada na esfera cível, pode não dispor de recursos para a reparação do dano ambiental, ou seu patrimônio poder ser insuficiente, em vista do montante fixado.

No caso da sanção administrativa, a situação é diferente, pois, além da multa, o Poder Público pode suspender ou até mesmo encerrar definitivamente a atividade da empresa.

Há que se destacar, ainda, que a responsabilidade administrativa é objetiva, isto é, resulta do risco da própria atividade, e do dever de desenvolver a atividade em consonância com as normas de proteção ambiental, o que contribui para que a sanção administrativa seja uma medida viável. Afinal, não se apura se o dano ambiental resulta de dolo ou de culpa dos dirigentes.

IV. O problema da responsabilidade penal da pessoa jurídica

IV.1) - Teorias da Ficção e da Realidade.

Antes de abordar a problemática da responsabilidade penal da pessoa jurídica, faz-se necessário relembrar as duas principais correntes doutrinárias que procuram explicar a natureza jurídica dessa categoria.

A teoria da ficção nega a existência real da pessoa jurídica, atribuindo-lhe a qualidade de ente fictício, irreal ou abstrato, criado pelo Direito. Parte da premissa de que somente o homem é capaz de ser sujeito de direito, e considera a pessoa jurídica uma criação artificial da lei para exercer direitos patrimoniais. Teve em Savigny seu principal autor.

Explica Shecaira que

dentro dessa concepção, a realidade de existência da pessoa jurídica se funda sobre as decisões de um certo número de representantes que, em virtude de uma ficção, são consideradas como suas; e uma representação de tal forma que exclui a vontade propriamente dita, pode ter efeito em matéria civil, mas nunca em relação ao direito penal. (Shecaira, 1998, p. 86)

Projetada para o campo do Direito Penal, a teoria da ficção implicaria a ausência de responsabilidade penal, porque somente o homem é capaz de realizar a conduta de forma livre e consciente.

Lembra Prado que:

os delitos que podem ser imputados à pessoa jurídica são praticados sempre por seus membros e diretores, isto é, por pessoas naturais, e pouco importa que o interesse da corporação tenha servido de motivo para ou de fim para o delito. (Prado, 1999, p. 143)

A teoria da ficção vem sendo rejeitada pela doutrina, sobretudo, pelos autores do Direito Civil, que alegam ter a mesma se mostrado insuficiente para solucionar o problema da pessoa jurídica, principalmente no que se refere à existência do Estado, o que refletiria na existência do próprio Direito.

Em contrapartida, a teoria da realidade procurou distinguir, na pessoa jurídica, a idéia que se manifesta e os órgãos que a exprimem. Por conseguinte, reconhecia-se que a pessoa jurídica era dotada de personalidade, provida de capacidade e de existência independente, em similitude com a pessoa natural, com quem se relaciona na condição de sujeito das relações jurídicas.

Esclarecedoras são as palavras de Pereira :

“O jurista moderno é levado, naturalmente, à aceitação da teoria da realidade técnica, reconhecendo a existência dos entes criados pela vontade do homem, os quais operam no mundo jurídico adquirindo direitos, exercendo-os, contraindo obrigações, seja pela declaração de vontade, seja por imposição da lei. Sua vontade é distinta da vontade individual dos membros componentes; seu patrimônio, constituído pela afetação de bens, ou pelos esforços criadores ou associados, é diverso do patrimônio de uns e de outros; sua capacidade, limitada à consecução de seus fins pelo fenômeno da especialização, é admitida pelo direito positivo. E, diante de todos os fatores de sua autonomização, o jurista e o ordenamento legal não podem fugir da verdade inafastável: as pessoas jurídicas existem no mundo do direito, e existem como seres dotados de vida própria, de uma vida real. (Pereira, 1984, p. 145)

A existência da responsabilidade penal dos entes coletivos, paralela à já aclamada responsabilidade civil, teve como ponto de partida a compreensão de que a pessoa jurídica é sujeito de direito e de deveres. Possuindo personalidade real, a pessoa jurídica teria vontade própria e capacidade de ação, podendo, portanto, praticar ilícitos penais.

IV.2) – O sujeito ativo e a capacidade de ação no Direito Penal.

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt (1999, p. 199), sujeito ativo é “quem pratica o ato descrito como crime na norma penal incriminadora.” Lembra o autor que “para ser considerado sujeito ativo de um crime é preciso executar total ou parcialmente a figura descritiva de um crime.” Porém, é necessário ter em mente que o conceito analítico de crime pressupõe a ocorrência de uma conduta humana, o que, em tese, impede a pessoa jurídica de aparecer como sujeito ativo no Direito Penal. Conclui-se, portanto, que é conjugando a idéia de sujeito ativo com a de capacidade de ação que se começa a enfrentar a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Nesse sentido, Bitencourt complementa seu raciocínio afirmando

que:

a conduta (ação ou omissão), pedra angular da Teoria do Crime, é produto exclusivo do homem. A capacidade de ação, de culpabilidade, exige a presença de uma vontade, entendida como faculdade psíquica da pessoa individual, que somente o ser humano pode ter. (Bitencourt, 1999, p. 1999)

Essa é também a opinião de Sheila Jorge Selim de Sales, que, citando Bento de Faria, conceitua sujeito ativo como :

...todo o ser humano de existência real, isto é, a pessoa individual, porque a vontade conceituada pelo direito penal, como capacidade ou faculdade de querer, somente existe na pessoa física. (Sales, 1993, p. 17)

Essa é a posição assumida pela maioria dos penalistas pátrios, que partindo da premissa de que não há responsabilidade sem culpa, e considerando que esta pressupõe vontade própria, não vislumbram a possibilidade da pessoa jurídica vir a cometer crime, isto é, não a admitem como sujeito ativo no Direito Penal.

Em contrapartida, ricos são os argumentos de Shecaira, que se destaca como voz dissonante no Direito Penal brasileiro:

o sistema penal trabalha com a noção de culpabilidade individual. Ainda, hoje, busca-se uma justificativa para a culpa penal. Decorre do conceito de culpabilidade o poder discernir em face de uma situação da vida. Trata-se do livre-arbítrio, que segundo um grande número de autores é ontologicamente indemonstrável. Assim, o poder agir de outro modo, corolário do princípio da culpabilidade, é impossível de ser racionalizado. A culpa, portanto, não é algo que seja cientificamente demonstrável e determinável por juízo de experiência. É, sim, uma base filosófica do direito penal, de que se parte para legitimar o direito de punir comportamentos que põem em perigo ou atingem bens juridicamente relevantes. (Shecaira, 1998, p. 93-94)

O comportamento criminoso, enquanto violador de regras sociais de conduta, é uma ameaça para a convivência social, e, por isso, deve enfrentar reações de defesa (através das penas). O mesmo pode ser feito com as pessoas jurídicas. Quando o próprio fundamento da culpabilidade individual encontra certa representação das coisas do mundo e da vida, como afirmar, a partir dele, que só o homem é suscetível de culpa?

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 aqui uma pessoa que 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 o exercício de seus direitos (devido ao processo legal, ampla defesa, e contraditório etc.).

Verifica-se que o autor busca o fundamento da responsabilidade penal da pessoa jurídica justamente na teoria da realidade, que distingue a vontade da pessoa coletiva da vontade de seus dirigentes.

O curioso é que os civilistas, responsáveis pela afirmação da teoria da realidade, em sua grande maioria, negam a possibilidade de se responsabilizar a pessoa fictícia na esfera penal.

Veja o que pensa Pereira (1994, p. 203) a respeito:

as pessoas jurídicas não podem ter imputabilidade criminal. Não estão, portanto, sujeitas à responsabilidade penal. Alguns autores querem ver na imposição da pena pecuniária, de cassação de autorização para funcionamento, quando esta é necessária, de suspensão ou extinção da pessoa jurídica, uma punição de caráter criminal. Não obstante a autoridade de que o sustenta, pensamos em contrário. Construído o princípio da imputabilidade criminal sobre o do livre arbítrio ou liberdade moral, não há ensanchar a que se estenda às pessoas jurídicas. Se os agentes ou representantes desta tiverem pessoalmente cometido o delito ou forem co-autores dele, merecem punição por estas circunstâncias, porque, sendo pessoalmente imputáveis, respondem pelo ato delituoso. Mas a pessoa jurídica, como entidade abstrata, não pode ser criminalmente responsável.³ (Pereira, 1994, p. 203)

Dois dos argumentos sustentados por Shecaira, no entanto, merecem reparos.

Em primeiro lugar, não se pode esquecer que a responsabilidade, no âmbito civil e administrativo, percorreu o caminho inverso do percorrido na esfera penal. Enquanto, no plano civil e administrativo, a ampliação da noção de culpa se mostrou como condição necessária para a solução de determinados casos, mediante a adoção da responsabilidade objetiva, a História do Direito Penal revela que o abandono da responsabilidade puramente objetiva consubstancia-se em uma das maiores conquistas da modernidade, porque veio justamente impedir a aplicação da pena com base na extensão do dano causado. Construiu-se, a partir de então, um Direito Penal mais

³ Esse é também o entendimento de Washington de Barros Monteiro (1964, p. 107).

humano, baseado na culpabilidade do agente. Desse modo, a culpa civil e administrativa são completamente diferentes da culpa penal; baseiam-se em princípios distintos e não podem ser equiparadas em defesa da responsabilidade penal da pessoa coletiva. A culpa que justifica a responsabilidade civil e administrativa, definitivamente, não é a mesma culpa que justifica a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Em segundo, a reprovação no plano civil não limita a possibilidade de defesa da empresa. As garantias citadas por Shecaira não são exclusivas do processo penal, ao contrário, são garantias inerentes a qualquer processo que se desenvolva no Estado de Direito, seja ele administrativo, civil ou trabalhista. Se essas garantias ganham destaque no processo penal, isto ocorre, exclusivamente, em função do caráter desumano e arbitrário que revestia o processo inquisitório, há menos de dois séculos. Para não restar dúvida, basta lembrar que a Constituição de 1988, assegurou ao litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e ampla defesa (artigo 5º, LV).

IV.3) – O princípio da personalidade das penas.

O princípio da personalidade das penas impõe-se como importante obstáculo à responsabilidade penal da pessoa fictícia, ao estabelecer que a sanção penal somente pode recair sobre o autor do fato punível.

Ao se responsabilizar a pessoa jurídica na plano penal, todos os membros da corporação estariam sendo penalizados, inclusive os sócios minoritários que tenham votado contra a decisão, e aqueles que não tenham participado da conduta delituosa.

Novamente, Shecaira procura rebater esse argumento, expondo o seguinte ponto de vista:

A Parte Geral do Código Penal prevê penas privativas de liberdade restritivas de direito e multa. Nenhuma delas deixa de, ao menos indiretamente, atingir terceiros. Quando há uma privação de liberdade de um chefe de família, sua mulher e filhos se vêem privados daquele que mais contribui no sustento do lar.(...) O mesmo argumento vale para a pena de multa. As penas pecuniárias recaem sobre o patrimônio de um casal, ainda que só o marido tenha sido condenado, e não a sua esposa. (...) dependendo da multa civil ou administrativa, no plano puramente do valor pecuniário, ela atingiria os sócios minoritários ou mesmo aqueles que não participaram da decisão, tanto quanto a pena resultante de um processo criminal aplicada à empresa...” (Shecaira,

1998, p. 89-90)

Apesar de relevante a opinião de Shecaira, a responsabilidade penal continua a ser pessoal. Não se pode confundir os efeitos da execução penal, que realmente são suportados pela família do condenado, independente da qualidade da sanção aplicada, com o princípio da personalidade das penas. O próprio Shecaira reconhece isso, ao afirmar que “nenhuma delas deixa, ao menos indiretamente, de atingir terceiros” (destaque nosso).

O risco que se corre, invocando esse argumento em favor da responsabilidade criminal dos entes coletivos, é de retroceder na História, e punir a pessoa jurídica apenas em razão da conduta delituosa, o que, em outras palavras, significa adotar novamente a responsabilidade objetiva, o que já restou demonstrado ser incompatível com o Direito Penal moderno.

Tem razão Shecaira ao mencionar que a multa, civil ou administrativa, atinge os sócios que tenham votado contra a decisão ou não tenham participado da conduta delituosa. Todavia, é preciso deixar claro que a responsabilidade civil e a administrativa são objetivas, e a sanção aplicada decorre do risco inerente à própria atividade, e que aquele argumento, portanto, não é válido para fundamentar a responsabilidade penal.

Nesse sentido, manifesta-se Bitencourt

“...corre-se o risco de termos que nos contentar com uma penalização formal das pessoas jurídicas que, ante a dificuldade probatória e operacional, esgotaria a real atividade judiciária, em mais uma comprovação da função simbólica do Direito Penal, pois como denuncia Raúl Cervini, ‘a grande mídia incutiria na opinião pública a suficiência dessa satisfação básica aos seus anseios de justiça, enquanto as pessoas fictícias verdadeiramente responsáveis poderiam continuar tão impunes como sempre, atuando através de outras sociedades’ (...). Punir-se-ia aparência formal e deixar-se-ia a realidade livremente operando encoberta em outra fantasia, uma nova pessoa jurídica...(Bitencourt, 1999, p. 202-203)

E, também, Cernicchiaro (1998, p. 193):

que se queira policiar a atuação dos entes morais, tudo bem! Faz-se necessário, sem dúvida. Urge, no entanto, ficar atento ao sistema. A solução deve ser coerente no pano material. Não basta o sentido meramente formal. Os temas jurídicos não se esgotam no nomen iuris. (Cernicchiaro, 1998, p. 193)

IV.4) A incompatibilidade entre os fins da pena e a reprovação penal da pessoa da pessoa jurídica.

A sanção penal exerce uma função preventiva geral, enquanto abstratamente prevista na lei, por representar uma constante ameaça para quem violar a norma penal. Passa a exercer, no entanto, uma função preventiva especial, quando ocorre a violação do preceito contido na norma penal, porque conscientiza o autor do fato e os demais cidadãos de que a ameaça é séria e realmente se concretiza, e de que não há impunidade.

Questionam-se, porém, os efeitos que as funções de prevenção da pena (geral e especial) podem exercer sobre a pessoa jurídica, já que ela não poderia ser intimidada pela norma penal, tampouco poderia se arrependar ou se conscientizar ao cumprir uma sanção penal que lhe seja imposta.

Shecaira, mais uma vez, questiona a objeção que se faz à responsabilidade penal dos entes morais com base na sua incapacidade de arrependimento, o que resulta na impossibilidade de serem intimidados, emendados ou reeducados através da pena que lhes é aplicada:

...a prevenção geral é maior quando a empresa é punida, em face da divulgação que a notícia do crime pode ter na própria mídia; a prevenção especial (no que concerne ao autor individual) é praticamente inexistente, posto que o agente não só não sofre a reprovação, que é ínsita à pena, mas ainda é recompensado pelas vantagens que obtém. Já empresa, com as penas efetivas contra ela, pode deixar de obter lucro que visava com o cometimento do crime e ainda sofrer algum prejuízo. (Shecaira, 1998, p. 93)

Contudo, os fundamentos lançados pelo jurista parecem não ser suficientes para embasar a responsabilidade penal da pessoa coletiva.

Cernicchiaro deixa claro a incompatibilidade entre os fins da pena e a reprovação penal da pessoa fictícia:

“A pena é medida político-jurídica de resposta ao autor da infração penal. Tem significado de qualidade e quantidade. É, pois, mensagem de conteúdo valorativo. Urge, assim, ser compreendida pelo condenado. Caso contrário, ter-se-á simples relação formal entre o preceito e a sanção da norma jurídica. Ao inimputável, reservam-se as medidas de segurança (...) A sanção penal, repita-se, é mensagem. Só o homem pode ser o destinatário. Só se pode censurar alguém, por causa de sua conduta, em havendo liberdade de agir. Censurar é qualificar conduta. Evidente, pressupõe que poderia atuar de outro modo. (Cernicchiaro, 1998, p.190-191)

Prado, é ainda mais contundente:

“No que toca a pena, as idéias de retribuição, intimidação ou reeducação não teriam sentido entre as pessoas morais, bem como os fins de prevenção

especial. 'A pena não pode ser dirigida, em sentido estrito, às pessoas jurídicas no lugar das pessoas físicas que atrás dela se encontram, porque conceitualmente implica uma ameaça psicológica de imposição de um mal para o caso de quem delinque e não pode se imaginar que a pessoa jurídica possa sentir o efeito de cominação psicológica alguma'⁴. (Prado, 1999, p. 145)

Não procede o argumento de que a empresa, com a pena, pode deixar de obter lucro que visava obter com o cometimento do crime, e ainda sofrer prejuízo, como justificativa de que, assim, a pena estaria exercendo sua função de prevenção especial perante os entes morais.

A conduta, para que seja caracterizada como crime, haverá de ser antes ilícita. Acontece que não se pode conceber uma empresa obtendo lucro, por meio da atividade ilícita, uma vez que é requisito, para a sua constituição, a liceidade de seus propósitos. Nenhuma entidade pode desenvolver atividades contrárias ao próprio direito que lhe possibilitou o surgimento. E o aludido prejuízo pode resultar de sanção civil ou administrativa, de modo que a sanção penal não é imprescindível.

V - Precedentes históricos da responsabilidade penal dos entes coletivos no direito comparado

“Encaradas, sob diversos aspectos, as civilizações têm sempre oscilado entre tendências individualistas e coletivas” (Shecaira, 1998, p. 23). Observa-se, pois, que a responsabilidade coletiva não é estranha à História do Direito Criminal.

Na época medieval, “idade de ouro das comunidades”, segundo expressão de Barthélemy, muito utilizada por Afonso Arino de Melo Franco(1997), os grêmios, irmandades, cooperativas de artífices “representavam núcleos de atividade coletiva que dominaram o sistema de produção e distribuição da economia” (Rothenburg: 1997, p. 29). Assumindo papel de destaque na vida social, esses entes coletivos, muitas vezes, representavam uma temeridade para o Estado, e por isso tornaram-se destinatários da sanção penal.

As comunidades e vilas também, pela importância que possuíam, começaram a sofrer repressão penal por parte do Estado. De acordo com

4 In MIR PUIG e MUÑOZ CONDE. *Adiciones ao Tratado de Derecho Penal. I. de Jeschek..* p.309

Rothenburg:

municípios eram punidos pelo imperador ou pelo papa sobretudo por rebelião: além de multa, muros e fortificações eram arrasados, portas derrubadas, impunha-se a vergonha pública de um sinal exterior nos trajes de cerimônia. (idem, 1998, p. 59)

Na Babilônia, no século XXIII a. C., após a promulgação do Código de Hammurabi, o rei passou a responsabilizar a cidade ou vila pela ocorrência de alguns delitos. O parágrafo 23 do referido diploma determinava que no caso de roubo, se o assaltante não fosse preso, a vítima declararia diante de Deus todos os seus objetos perdidos, e a cidade e o governador o compensariam. (Shecaira, 1998, p. 24)

A sociedade grega clássica apresentava uma organização social coletiva, na qual se observa presença de várias pessoas jurídicas de direito privado, que eram punidas corporativamente por eventuais delitos. Nos crimes religiosos e políticos predominavam as sanções coletivas. Os traidores e tiranos, bem como as respectivas famílias, eram condenados à pena capital. (idem, p. 28)

O direito romano consagrava o apotegma *societas delinquere non potest*, desconhecendo a noção de personalidade coletiva. Entretanto, alguns estudiosos da responsabilidade penal da pessoa jurídica sustentam que as *universitas* podiam ser sujeito passivo em ação penal.

Franco(1997), citado por Shecaira, defendia que:

as corporações eram ali punidas pelos seus delitos (...). Por ocasião do consulado de Cícero e das conspirações de Catilina, o Senado suprimiu todas as pequenas associações populares, já que eram numerosas e constituíam perigosos focos de agitação. Restabelecidas alguns anos depois, foram de novo suprimidas por Júlio César(...). Apesar, portanto, da regra 'societas delinquere non potest', que adotavam, e da noção, que já tinham, do conceito subjetivo da imputabilidade pessoal, como fundamento do dolo criminal, os romanos reconheciam implicitamente a possibilidade de delitos praticados por pessoas jurídicas, uma vez que essas eram punidas com sanções penais. (idem, p. 30)

Sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito francês, oportunas são as observações de Shecaira:

graças ao sistema de penas arbitrárias, a teoria dos delitos e castigos corporativos pôde se desenvolver com grande amplitude, em território francês. Para os crimes praticados por comunidades eram aplicadas penas coleti-

vas. Deste modo, em 1331, Tolouse foi condenada pelo Parlamento de Paris à perda de seu direito de corpo e comunidade, com o confisco de seu patrimônio. O mesmo ocorreu com Bordeaux em 1558 e Montpellier em 1739. (idem, 35)

Mais tarde, a capacidade de delinquir das pessoas jurídicas seria expressamente reconhecida pela Ordenança Francesa de 1670. Contudo, a Revolução Francesa de 1789 consagraria a nova ideologia liberal, consubstanciada em valores individuais, extinguindo todas as formas de sanções coletivas.

Na Alemanha, a responsabilidade penal da pessoa jurídica era admitida sem dificuldade. Ao ocorrer algum delito, a população tinha o dever de deter o criminoso, sob pena de ser-lhe imposta a obrigação de indenizar a vítima.

Em tempos mais recentes, porém, Aníbal Bruno nos dá conta de que: **verificar obra**

O Tribunal Internacional de Nuremberg reconheceu a responsabilidade penal, por chamados crimes de guerra ou contra a humanidade, a corporações inteiras como a Gestapo, as tropas da S.S., S.D. e ao corpo de dirigentes do Governo nacional-socialista, o que importa em aplicar penas, geralmente rigorosas, indiferenciadamente, a milhares de pessoas sob a acusação de membros dessas acusações.

VI – A responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito comparado moderno

Inicialmente, não se admitia, na Inglaterra, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, por influência da teoria da ficção. A realidade começou a se modificar a partir da Revolução Industrial. Em razão do crescente número de delitos praticados pelos entes coletivos, os tribunais passaram a aplicar-lhes sanções penais, no caso de infrações omissivas, e, mais tarde, estenderam a possibilidade para os crimes comissivos. Em 1948, o *Criminal Justice Act* permitiu a conversão das penas privativas de liberdade em penas pecuniárias, consolidando o processo de evolução da responsabilidade penal da pessoa jurídica no país.

Segundo Shecaira,

... atualmente, as pessoas coletivas podem ser punidas por infrações mais leves (misdemeanours) ou por infrações mais graves (felonies), exceto por aqueles fatos que, pela própria natureza, não podem ser cometidos por uma

corporação. As penas aplicáveis são pecuniárias, dissolução, apreensão e limitação de atividades. (Op.cit, p. 49)

Nos Estados Unidos, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é adotada de forma mais ampla do que na Inglaterra, abrangendo até mesmo os sindicatos. É preciso destacar, no entanto, que alguns Estados, como o Indiana, rejeitam a orientação dominante.

Para se ter uma exata compreensão da amplitude da responsabilidade penal dos entes coletivos, basta dizer que o direito americano admite que “as infrações culposas sejam imputadas às empresas quando cometidas por um empregado no exercício de suas funções, mesmo que a empresa não tenha obtido proveito com o fato delituoso” (idem, p. 49).

Todavia, adverte o referido autor que

a tendência atual, no entanto, é de restringir a aplicação das penas a pessoas coletivas, partindo-se da idéia de que se trata, de certa forma, de uma reprovação penal duvidosa sob a ótica da realização da justiça, conforme exposição de motivos do próprio Código Penal Tipo.

O direito alemão, cuja história demonstra admissibilidade da responsabilidade penal das pessoas fictícias até o século XVIII, hoje somente aceita a possibilidade de se impor sanções às mesmas, por meio do direito penal administrativo ou contravenção à ordem. No caso, a sanção consiste em pena administrativa.

“A justificativa para a adoção de tal sistema se firma na idéia segundo a qual não se pode aplicar uma sanção de natureza penal às empresas, em face da inexistência de reprovação ético-social de uma coletividade. As multas, em tais casos, são desprovidas do significado social de reprovação e, portanto, valorativamente neutras; daí a razão de se adotar uma infração sem caráter penal” (idem, p. 61).

A Itália rejeita a possibilidade de aplicação da sanção penal à pessoa jurídica, em decorrência de previsão expressa de que responsabilidade criminal é individual (artigo, 27, I da Constituição). Entretanto, o Código Penal italiano determina que a empresa é solidária no pagamento de multa, se a pessoa civil ou o empregado forem insolventes.

A França, desde a reforma do Código Penal, em 1994, prevê a possibilidade de aplicar sanções penais às pessoas morais (artigo 121 – 2). A exceção ficou por conta, apenas, das “coletividades públicas e os agrupamentos de coletividades públicas”. Essa mudança repercutiu no campo do Direito Processual Penal. Novas regras surgiram para regulamentar a participação da pessoa moral no processo, enquanto sujeito passivo da relação processual.

VII – A responsabilidade penal da pessoa jurídica e a constituição brasileira

Não obstante nossa posição ser manifestamente contrária à responsabilidade penal da pessoa jurídica, segundo raciocínio desenvolvido ao longo dessa dissertação, e ainda o fato de compartilhar o entendimento de que a Constituição não consagrou essa modalidade de responsabilidade nos artigos 225, § 3º, e 173, § 5º, somos obrigados a reconhecer que o quadro se alterou com o advento da Lei de Crimes Ambientais. Não se pode mais, então, fechar os olhos para a realidade e insistir na impossibilidade de responsabilizar a pessoa coletiva, na esfera penal, levando-se em consideração somente a própria convicção. A Lei 9.605/98, apesar de falha, foi expressa. Compete-nos enfrentar a questão.

Antes, porém, registra-se a discordância com aqueles que entendem que a Magna Carta consagrou a responsabilidade penal dos entes morais.

O parágrafo 3º, do artigo 225, é ambíguo. O referido dispositivo “refere-se, claramente, a *conduta/atividade*, e em, seqüência, a *pessoas físicas e jurídicas* (...) o próprio legislador procurou fazer a devida distinção” (Prado: 1999, p. 147).

O parágrafo 5º, do artigo 173, por sua vez, vem eliminar qualquer dúvida existente, corroborando a tese defendida. Está disposto que a lei estabelecerá a responsabilidade da pessoa jurídica, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes, “sujeitando a punições compatíveis com a sua natureza”. Incabível uma interpretação ampla, capaz de fundamentar a responsabilidade penal.

Ratifica-se, portanto, a opinião contrária à responsabilidade penal da pessoa jurídica, discordando do entendimento de que a Constituição de 1988 teria previsto a responsabilidade penal dos entes coletivos.

VIII – A responsabilidade penal da pessoa jurídica e a nossa lei de crimes ambientais.

Enfrentado o problema da responsabilidade penal da pessoa jurídica, cumpre analisar a forma com que a nova modalidade de responsabilidade foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio, pela lei de crimes ambientais.

Em primeiro lugar, há de se destacar que, pelo artigo 3º da Lei 9.065/98, a pessoa jurídica poderá ser responsabilizada penalmente quando a infração decorrer de decisão tomada pelo representante legal ou contratual, ou pelo órgão colegiado, no interesse ou no benefício da entidade.

Fica claro, então, que, para cogitar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, é necessário: a existência de um infração penal, delito ou contravenção; que essa infração tenha sido cometida por decisão de seu representante ou órgão colegiado, excluindo-se o empregado que não tenha poder de decisão; e, finalmente, que essa decisão seja tomada no benefício ou interesse da pessoa coletiva, pois, na hipótese de um diretor agir em benefício próprio, haverá responsabilidade individual.

Apesar de ter se inspirado na lei de crimes ambientais francesa, para elaborar a lei de crimes ambientais pátria, o legislador brasileiro não demonstrou a mesma preocupação dos franceses no que se refere à regulamentação da responsabilidade penal dos entes coletivos. Nossa lei limitou-se a enunciá-la, sem apontar soluções para algumas questões fundamentais ligadas ao processo penal e ao próprio direito material, fato que tem levado os juristas a proclamar sua inaplicabilidade.

Prado explica como os franceses trataram a matéria

em França, tomou-se o cuidado de adaptar-se de modo expresso essa responsabilidade no âmbito do sistema tradicional. A denominada Lei de Adaptação (Lei 92-1336/1992) alterou inúmeros textos legais para torná-los coerentes com o novo Código Penal, contendo inclusive disposições de processo penal, no intuito de uma harmonização processual, particularmente necessária com a previsão de uma responsabilidade penal da pessoa jurídica. Também o Decreto 93-726/1993 contém regras atinentes à execução das penas dos entes coletivos. Demais disso, a lei francesa proclama o princípio da especialidade, vale dizer, só se torna possível deflagrar-se o processo penal contra a pessoa jurídica quando estiver tal responsabilidade prevista explicitamente no tipo legal do delito. Definem-se, assim, de modo taxativo, quais as infrações penais passíveis de serem imputáveis à pessoa jurídica. (Op.cit, p. 21)

Sem uma regulamentação adequada, várias dúvidas surgem em matéria processual. Não se consegue, por exemplo, chegar a um consenso sobre como se procederá à citação da pessoa jurídica. Nesse caso, aplicar-se-á ou não a teoria da aparência, para admissibilidade da citação presumida.

Por outro lado, é lamentável que a lei brasileira, além de não ter adotado o princípio da especialização, em prejuízo da segurança jurídica,

tenha, também, deixado de cominar previamente a qualidade e quantidade das penas para os entes coletivos, colocando-as sob inteira responsabilidade do julgador. Agrava a situação a circunstância de que a lei se omite quanto à possibilidade de comutação das penas. Por ferir, dessa maneira, o princípio contido no inciso XXXIX, do artigo 5º da Carta de 1988, também, consagrado no artigo 1º do Código Penal, inúmeros juristas passaram a contestar a constitucionalidade da lei.

Certo é que, sem a necessária regulamentação, não há como responsabilizar penalmente a pessoa jurídica. A recente lei de crimes ambientais não dispõe de mecanismos que viabilizem a proposta. É preciso alterar o Código de Processo Penal e instituir um procedimento adequado. É impossível, na atual conjuntura, cogitar a responsabilidade penal da pessoa jurídica sem que se discipline o sistema de aplicação das penas para os entes coletivos.

IX – Conclusão

A tutela do meio ambiente constitui uma das preocupações da civilização moderna, exigindo, pois, uma legislação eficiente que previna a responsabilidade das pessoas físicas e das pessoas jurídicas, por eventuais danos ambientais.

Há a necessidade de que o desenvolvimento econômico e tecnológico sejam compatibilizados com a proteção ambiental, uma vez que ambos são fundamentais para o homem moderno.

Em sintonia com a realidade, a Constituição de 1988 assegura o direito ao equilíbrio ecológico, impondo o dever de preservação, determinando a responsabilidade civil, administrativa e penal. Contudo, são equivocadas as interpretações dos artigos 173, § 5º, e 225, § 3º, que concluem pela consagração da responsabilidade penal da pessoa jurídica, em nível constitucional.

A responsabilidade civil e administrativa da pessoa jurídica acolhem a teoria objetiva, em função do próprio risco que está presente no exercício da atividade. A sanção administrativa, no entanto, é dotada de eficácia, equiparando-se à sanção penal. Se a sanção civil pode, às vezes, ser inócua, porque a empresa condenada a pagar uma indenização não dispõe de recursos ou seu patrimônio é insuficiente, a sanção administrativa, consistindo em suspensão temporária ou encerramento definitivo das atividades, apresenta-se sempre como uma medida viável. Assim, a responsabi-

lidade administrativa basta para garantir a proteção do meio ambiente, sobretudo porque o Estado, agindo em nome do interesse coletivo, exerce poder de polícia.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica contraria os postulados do Direito Penal moderno, remontando à antiga responsabilidade puramente objetiva, que levava em conta a extensão do dano causado, sem valoração da conduta do agente. A culpabilidade consubstancia-se em uma das grandes conquistas da modernidade, não podendo ser esquecida em prol de uma penalização formal das pessoas jurídicas.

Com o advento da lei 9.605/98, não se pode olvidar que a responsabilidade penal dos entes coletivos passou a fazer parte da realidade brasileira. Entretanto, a lei, além de inaplicável, é inconstitucional, porque não obedeceu ao princípio da legalidade, deixando de cominar, previamente, as penas aplicáveis às pessoas fictícias.

A lei francesa, que serviu de modelo para a lei pátria, não foi suficiente para inspirar o legislador na adoção de determinadas medidas. Deveríamos, a exemplo dos franceses, ter editado uma Lei de Adaptação, promover a alteração do Código de Processo Penal, instituindo um procedimento adequado, e consagrar o princípio da especialização, evitando prejuízo à segurança jurídica.

A conclusão a que se chega, atualmente, é que a Lei de Crimes Ambientais enunciou a responsabilidade penal da pessoa jurídica, sem, no entanto, instituí-la.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1999.

BRUNO, Aníbal. Direito Penal Parte Geral. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente de. Questões Penais. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro). In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, n. 11, 1995.

FREITAS, Vladimir Passos de. FREITAS, Gilberto Passos de. Crimes contra a natureza. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1991.

LOPES, Jair Leonardo. Curso de Direito Penal. Parte Geral. São Paulo Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 21. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Décio Balestero Aleixo e Jose Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1996.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil Parte Geral. 4. ed. rev. e aum. São

Paulo: Saraiva, 1964.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. V.1 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

PRADO, Luiz Regis. Direito Ambiental Penal. (Problemas Fundamentais). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. Crimes Contra o Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____: Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROTHENBURG, Walter Claudius. A Pessoa Jurídica Criminosa. Curitiba: Juruá, 1997.

_____. A Responsabilidade Criminal da Pessoa Jurídica na Nova Lei de Crimes Ambientais. In: Revista de Direito Ambiental, São Paulo: Revista dos Tribunais, a 3. n. 9. jan-mar 1998.

SÁ, Élide *et al.* Comentários à Lei de Crimes Ambientais. In: Revista de Direito Ambiental, São Paulo: Revista dos Tribunais, a 3. n. 11. jul-set. 1998.

SALES, Sheila Jorge Selim de. Do Sujeito Ativo na Parte Especial do Código Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípio Básicos de Direito Penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VARGAS, José Cirilo de. Instituições de Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. A responsabilidade criminal das pessoas jurídicas. Rio de Janeiro: Gráfica Ypiranga. 1930, p. 29 - Citado por Rothenburg.(1997, p. 29).