

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO – FDRP/USP
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

JOÃO OTÁVIO TORELLI PINTO

A responsabilização criminal da pessoa jurídica é um mecanismo adequado e eficaz para o combate à criminalidade contemporânea?

ORIENTADOR: PROF. DR. DANIEL PACHECO PONTES

RIBEIRÃO PRETO

2013

Prof. Dr. João Grandino Rodas
Reitor da Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Ignacio Maria Poveda Velasco
Diretor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto

JOÃO OTÁVIO TORELLI PINTO

A responsabilização criminal da pessoa jurídica é um mecanismo adequado e eficaz para o combate à criminalidade contemporânea?

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de bacharel em Direito.

ORIENTADOR: PROF. DR. DANIEL PACHECO PONTES

RIBEIRÃO PRETO

2013

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

FICHA CATALOGRÁFICA

PINTO, J. O. T.

A responsabilização criminal da pessoa jurídica é um mecanismo adequado e eficaz para o combate à criminalidade contemporânea?/João Otávio Torelli Pinto; orientador: Prof. Dr. Daniel Pacheco Pontes.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: PINTO, João Otávio Torelli

Título: A responsabilização criminal da pessoa jurídica é um mecanismo adequado e eficaz para o combate à criminalidade contemporânea?

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

“A razão da existência é o exercício da função útil, no ponto em que o meio precisa.”

Dr. Celso Charuri

Dedicatória

Dedico esse trabalho a minha família, minha namorada, meus professores e meu orientador pelo incentivo e apoio que sempre me deram.

RESUMO: A presente pesquisa visa questionar se a responsabilização criminal da pessoa jurídica (PJ) seria a forma mais adequada e eficaz para combater a criminalidade empresarial ambiental. Adentrando em temas como a evolução das penas, o bem jurídico tutelado, responsabilidade administrativa, proteção ambiental e *criminal compliance*. Para tanto foi utilizado o método teórico, com o uso de processos dialéticos, discursivos e argumentativos. Foram utilizadas quatro principais perguntas norteadoras, a saber: É possível se aplicar o Direito Penal à PJ?; Deve ser utilizado o Direito Penal para a PJ? (questão de política criminal); O ordenamento jurídico brasileiro comporta tal responsabilidade?; Existem outras vias capazes de realizar tal responsabilização?. Foi utilizado como marco teórico a Lei 9605/98, que trata dos crimes ambientais e da responsabilidade penal da PJ e, apesar de adentrar-se em diversos temas no decorrer do estudo, centrou-se na análise jurídica, tanto no uso de dados primários (análise de jurisprudência; análise da legislação pátria e estrangeira), quanto no uso dados secundários (livros, doutrinas, artigos, revistas, periódicos, etc). A análise jurisprudencial por sua vez, devido à limitação temporal da pesquisa foi feita de forma ilustrativa, com a análise qualitativa dos principais julgados em relação ao tema de responsabilidade penal da pessoa jurídica. A partir da bibliografia selecionada constatou-se como possível a utilização da via penal para os entes coletivos, desde que esta seja elaborada para tanto. Entretanto, verificou-se que o atual ordenamento jurídico brasileiro não é adequado para isso, dentre outros motivos pelo fato da dificuldade em identificar as pessoas físicas responsáveis pelo cometimento dos delitos ligados à pessoa jurídica, sendo um exemplo de sua não efetividade. Além disso, a via penal, mesmo que elaborada para esse fim não seria a via mais adequada, dentre outros fatores pela racionalidade econômica dos entes coletivos, sendo as vias administrativas, se bem elaboradas, importantes meios a serem utilizados. Por fim, constata-se a necessidade de elaboração de estudos específicos relacionados ao *criminal compliance*, como forma de melhor adequar a responsabilização penal da pessoa jurídica, instituto esse de aplicação tênue e recente no Brasil.

PALAVRAS CHAVE: direito penal ambiental; bem jurídico ambiental; responsabilidade da pessoa jurídica; direito administrativo sancionador.

ÓRGÃO DE FOMENTO: Fundação de Amparo e Apoio à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP.

ABSTRACT: This research aims to question whether the criminal liability of the legal entity (LE) would be the most appropriate and effective way to combat crime environmental business. Entering into such topics as the evolution of feathers, the legal ward, administrative responsibility, environmental protection and criminal compliance. For this we used the theoretical method, with the use of dialectical processes, discursive and argumentative. There were four main guiding questions, namely: Is it possible to apply the criminal law to LE?; Should be used criminal law to LE? (Matter of criminal policy); The Brazilian legal holds such responsibility?; There are other routes capable of performing such accountability '. Was used as a theoretical framework to Law 9605/98, which deals with environmental crimes and criminal liability of LE and despite entering into various subjects during the study, focused on the legal analysis, both in the use of primary data (analysis of case law, analysis of legislation homeland and foreign), as in using secondary data (books, doctrines, articles, magazines, journals, etc). Jurisprudential analysis in turn due to the limitation of the research was done as an illustration, with the qualitative analysis of the main judged in relation to the subject of criminal liability of legal entities. From the selected bibliography found as possible to use the criminal route to collective entities, provided they are prepared to do so. However, it was found that the current Brazilian legal system is not suitable for this, among other reasons because of the difficulty in identifying the individuals responsible for the commission of the offenses related to the corporate entity, an example of its not effectiveness. Moreover, the criminal route, even if developed for this purpose would not be the most appropriate means, among other factors by the economic rationality of collective entities, and the administrative channels, when well prepared, should be important means to be used. Finally, there is the need for development of specific studies related to criminal compliance as a way to best suit the criminal liability of the legal entity, institute of application tenuous and recent in Brazil.

KEY WORDS: environmental criminal law; the legal environment; corporate responsibility; administrative law sanctioner.

FINANCING AGENCY: Foundation Support and Research Support of the State of São Paulo - FAPESP.

Sumário

1. INTRODUÇÃO	5
2. MISSÃO DO DIREITO PENAL, FUNÇÃO DA PENA E BEM JURÍDICO TUTELADO	9
2. 1 Evolução histórica do Direito Penal	9
2. 1. 1 Evolução das penas	9
2. 1. 2 Evolução histórica no Brasil.....	12
2. 1. 3 Função da pena	14
2. 1. 4 Aplicação estrangeira da responsabilidade penal da pessoa jurídica.....	16
2. 2 Missão do Direito Penal atual	19
2. 2. 1 Princípios basilares do Direito Penal	19
2. 2. 2 Influência da mídia	21
2. 2. 3 Interpretação hermenêutica e possível solução às divulgações midiáticas	25
2. 3 Bem Jurídico Penal e Ambiental Frente À Constituição Federal De 1988	26
2. 3. 1 Bem jurídico penal.....	26
2. 3. 2 Bem jurídico ambiental	28
2. 3. 3 Bem jurídico ambiental e a CF/88	30
2. 4 Conclusão	35
3. PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE.....	37
3. 1 Responsabilidade Civil Objetiva, Administrativa e Responsabilidade Socioambiental .	38
3. 1. 1 Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente	38
3. 1. 2 Diferenciação com a responsabilidade penal	41
3. 1. 3 Responsabilidade administrativa por dano ambiental	42
3. 1. 4 Função sócio ambiental da propriedade.....	44
3. 3 Direito ambiental econômico, eficácia da proteção penal ambiental e meios econômicos alternativos.....	46
3. 3. 1 Direito ambiental econômico, definições de conceitos.....	46
3. 3. 2 Regulação econômica por meio do direito penal	48
3. 4 Conclusão	51
4. RESPONSABILIDADE AMBIENTAL PENAL OU ADMINISTRATIVA – VANTAGENS E DESVANTAGENS.....	52
4. 1 Problemas do direito penal em matéria ambiental e utilização do direito administrativo.....	53

4. 1. 1 Críticas à legislação.....	54
4. 1. 2 Complementação administrativa dos tipos penais.....	57
4. 1. 3 Direito penal simbólico.....	58
4. 2 Reestruturação do direito administrativo	60
4. 2. 1 Direito de intervenção – WINFRIED HASSEMER	65
4. 2. 2 Direito penal de duas velocidades - JESÚS-MARIA SILVA SÁNCHEZ	66
4. 2. 3 Críticas aos modelos de Hassemer e Sánchez	67
4. 3 Conclusão	68
5. A RESPONSABILIDADE PENAL AMBIENTAL DA PESSOA JURÍDICA	70
5. 1 Responsabilidade penal da pessoa jurídica	70
5. 1. 1 Ação e culpabilidade como requisitos da responsabilidade penal	71
5. 1. 2 Demais requisitos para a responsabilidade penal da pessoa jurídica	76
5. 1. 3 Concurso de pessoas	78
5. 1. 4 Posição favorável à responsabilidade penal	79
5. 1. 5 Posição contrária à responsabilidade penal	83
5. 2 Pessoa jurídica de direito público	87
5. 3 Das penas aplicáveis	88
5. 3. 1 Penas em espécie	91
5. 4 Conclusão	92
6. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	94
6. 1 Breve análise do estudo quantitativo – FGV.....	94
6. 2 Análise jurisprudencial qualitativa.....	96
6. 2. 1 Resp. 610.114/RN.....	96
6. 2. 2 TRF da 4ª Região 8.ª T. – AP 0010064-78.2005.404.7200	99
6. 3 Conclusão	102
7. CRIMINAL COMPLIANCE.....	103
7. 1 Panorama geral e conceito	103
7. 2 Características.....	108
7. 3 Aplicação estrangeira.....	112
7. 4 Aplicação direito brasileiro	115
7. 5 Vantagens e desvantagens	118
7. 5. 1 Vantagens	119

7. 5. 2 Desvantagens	121
7. 6 Conclusão	125
8. CONCLUSÃO FINAL.....	125
9. REFERÊNCIAS.....	128

1. INTRODUÇÃO

A sociedade, hoje, é fortemente influenciada pela mass media, ou seja, canais técnicos de difusão e transmissão de mensagens em massa, dentre eles os canais de comunicação, como a internet, televisão, rádio etc (SOUZA, 2011). O Direito Penal brasileiro assim, não está alheio a essas influências, atuando em grande parte apenas em sua via simbólica (COSTA, 2010). Duarte (2009) sobre esse ponto considera que o Direito Penal na “fama de ser rigoroso demais” quando aplicado, pelo excesso de simbolismos, não seria efetivo, esvaziando-se.

Nesse contexto se insere a responsabilização criminal da Pessoa Jurídica, especificamente no âmbito do Direito Ambiental com a criação da Lei 9605/98, que veio a regulamentar o artigo 225, § 3º da Constituição Federal. Responsabilização que enfrenta diversas dificuldades que colocam em dúvida sua aplicabilidade e eficiência (DOTTI, 1995). Dentre elas temos problemas como a dificuldade de investigar e individualizar as condutas, especificamente no âmbito empresarial, em que não é possível se aplicar a pena a um indivíduo específico, situação decorrente, entre outros fatores, da própria hierarquia de poderes em uma empresa, onde as decisões dificilmente são tomadas de maneira individual (CONSTANTINO, 2001).

Shecaira (1998) levanta ainda outros problemas entre eles como aplicar a culpabilidade em relação à Pessoa Jurídica, ou seja, sofreria esta reprovabilidade social ou não. O autor trata também se tal responsabilização infringiria o princípio da personalidade das penas atingindo uma coletividade de pessoas envolvidas direta ou indiretamente com a Pessoa Jurídica, dentro desse problema se insere outro como a possibilidade ou não de tratamento diferenciado para a Pessoa Jurídica de Direito Público, pois se estaria responsabilizando a própria comunidade.

Além das questões acima levantadas, há que se discutir a constitucionalidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica em seara ambiental, que apesar de prevista na Constituição Federal em seu artigo 225, § 3º, deve ser interpretada com cautela. Pois a pessoa jurídica somente existe por determinação da lei e dentro dos limites por esta fixados, faltam-lhe os requisitos psíquicos da imputabilidade. Diferentemente é a responsabilização dos dirigentes responsáveis pela pessoa jurídica que estejam diretamente ligados à prática do

crime ambiental, posição essa correntemente adotada pelos Tribunais como no HC 97.484 STF que responsabiliza o administrador da empresa pelos danos ambientais, considerando que o art. 2º da Lei nº 9.605/98 prevê de forma expressa tal situação, desde que o administrador tenha concorrido para a prática de tais atos, ainda que de modo omissivo.

O problema, entretanto, não se reduz na discussão da constitucionalidade, temos com a responsabilização criminal da pessoa jurídica a aplicação da responsabilidade penal objetiva (vedada pelo ordenamento brasileiro) (TANGERINO, 2010). Responsabilidade esta decorrente da Teoria da Responsabilidade *par ricochet* que, conforme Pereira (2009) a reponsabilidade se diferencia pela identificação da autoria delituosa, dessa forma, será objetiva para os entes coletivos quando não for possível se identificar a autoria do crime em questão, nos casos de condutas omissivas culposos ou comissivas materiais. Por sua vez, será tal responsabilidade subjetiva quando se puder identificar os agentes envolvidos em condutas comissivas, responderia a pessoa jurídica por coautoria.

Outro posicionamento seria o de uma culpa diferenciada para a pessoa jurídica com base no interesse público, como afirma o Ministro Gilson Dipp, no REsp n. 610.114/RN, Quinta Turma, j. 17.11.2005, entendendo que a culpabilidade da pessoa jurídica estaria atrelada a uma responsabilidade social, não se utilizando da visão clássica do Direito Penal.

Há também, julgados com base na função preventiva do direito penal, ou seja, a pessoa jurídica seria “reprimida” a cometer determinadas condutas com base na sua possível responsabilização criminal, assim é o Mandado de Segurança nº 2008.04.00.005931-5, do TRF da 4ª Região, utilizando-se dessa forma a pena em sua via de prevenção especial, visando que a empresa adapte-se ao regramento penal seu desenvolvimento.

Mesmo que haja defesa para a responsabilização criminal da pessoa jurídica em muito essa se assemelha com a responsabilização administrativa, levando-nos à indagação sobre qual o bem jurídico a ser tutelado pelo Direito Penal, superando-se as noções tradicionais de direito individual e coletivo, discutindo-se os interesses difusos por detrás da proteção do Meio Ambiente (CONSTANTINO, 2001), sendo que este não deve ser tutelado por ter um valor em si mesmo, mas só deve ser protegido pelo direito apenas enquanto elemento fundamental para a vida humana. O Direito Penal que deveria ser a *ultima ratio*, na proteção de tais direitos, vem assumindo cada vez mais a função administrativa, passando o Direito Penal a uma função meramente simbólica frente à satisfação da sociedade (COSTA, 2010).

A pena, por sua vez, também perde em muitos casos sua função, pois quais penas seriam possíveis de serem aplicadas as Pessoas Jurídicas. Penas estas, que na maioria das vezes se restringem a penas de multa ou advertência (SHECAIRA, 1998). Assemelhando-se as sanções administrativas, questionando-se se não seria mais prudente uma reestruturação do Direito Administrativo em seu aspecto sancionador ou invés de se desnaturar o Direito Penal (COSTA, 2010).

A justificativa desse trabalho decorre dos absurdos legislativos, principalmente na seara do Direito Penal, que enfrentamos hoje, com a enorme produção de leis que além de não atingirem seus principais objetivos, banalizam o instituto e criam situações concretas incoerentes com o próprio ordenamento. Tema este, que não apresenta consenso doutrinário, com posicionamentos bem diversos de autores em todas as searas da discussão, posicionando-se contrariamente à responsabilização criminal de pessoa jurídica René Ariel Dotti, Helena Regina Lobo Da Costa, Carlos Ernani Constantino, Giulio Battaglini, Marino Barbero Santos, Francisco Muñoz Conde, Vincenzo Manzini, Silvio Ranieri, Fernando Mantovani, Hans Welzel, José Maria Rodríguez Devesa, Ricardo Nuñez, Eduardo Correia, Luiz Régis Prado, Érika Mendes De Carvalho, José Salgado Martins, Heleno Cláudio Fragoso entre outros. Da mesma forma há posicionamento favorável defendido por Sérgio Salomão Shecaira, João Marcelo De Araújo Junior, Salvatore Cicala, Alfredo De Marisco, Silvio Longhi, Jaques Dumas, Robert Valeur, Donnedieu De Vabres, Jaime Malamud, Walter Claudius Rothenbug, Franz Von Liszt, Ataídes Kist, Donnedieu De Vabres, entre outros (CONSTANTINO, 2001).

A presente pesquisa visa assim questionar se a responsabilização criminal da pessoa jurídica seria a forma mais adequada e eficaz para combater a criminalidade empresarial ambiental, através de uma análise crítica de tais institutos. Para tanto foi utilizado o método teórico, com o uso de processos dialéticos, discursivos e argumentativos. Sendo que não se fará nesse estudo diferenciação com os termos pessoa jurídica, entes coletivos, entes morais, empresa, mesmo entendendo que existam peculiaridades distintas entre os mesmos.

Além disso, foram utilizadas quatro principais perguntas norteadoras a saber: É possível se aplicar o Direito Penal à PJ?; Deve ser utilizado o Direito Penal para a PJ? (questão de política criminal); O ordenamento jurídico brasileiro comporta tal responsabilidade?; Existem outras vias capazes de realizar tal responsabilização?.

Como marco teórico foi utilizado a Lei 9605/98, que trata dos crimes ambientais e da responsabilidade penal da PJ e, apesar de adentrar-se em diversos temas no decorrer do estudo, centrou-se na análise jurídica, tanto no uso de dados primários (análise de jurisprudência; análise da legislação pátria e estrangeira), quanto no uso dados secundários (livros, doutrinas, artigos, revistas, periódicos, etc).

A pesquisa bibliográfica e seleção da mesma foi feita no acervo USP das Faculdades de Direito de Ribeirão Preto - FDRP e São Paulo – FDSP com a palavra chave “responsabilidade penal da pessoa jurídica”, no acervo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM foi utilizado a palavra chave "responsabilidade" and "penal" and "pessoa jurídica". Nos mesmos acervos, ou seja, no acervo USP das Faculdades de Direito de Ribeirão Preto – SP e São Paulo – SP, utilizou-se a palavra chave “*compliance*” (utilização apenas o acervo das faculdades de Direito, pois o termo *compliance* é muito amplo nos remetendo a outras áreas como a da saúde), no acervo do IBCCRIM sob a palavra chave “*compliance*” (visto se tratar de acervo específico do Direito Penal a busca apenas por *compliance* não nos remete a obras fora dessa área, nem se torna demasiadamente extensa). Seguindo o critério de relevância para a temática, além das obras selecionadas através do levantamento bibliográfico também foram utilizadas, no decorrer da pesquisa, outras mencionadas pelos autores que não constavam nos acervos acima. A análise jurisprudencial por sua vez, devido à limitação temporal da pesquisa foi feita de forma ilustrativa, com a análise qualitativa dos principais julgados em relação ao tema de responsabilidade penal da pessoa jurídica.

A partir da bibliografia selecionada constatou-se como possível a utilização da via penal para os entes coletivos, desde que esta seja elaborada para tanto. Entretanto, verificou-se que o atual ordenamento jurídico brasileiro não é adequado para isso, dentre outros motivos pelo fato da dificuldade em identificar as pessoas físicas responsáveis pelo cometimento dos delitos ligados à pessoa jurídica, sendo um exemplo de sua não efetividade. Além disso, a via penal, mesmo que elaborada para esse fim não seria a via mais adequada, dentre outros fatores pela racionalidade econômica dos entes coletivos, sendo as vias administrativas, se bem elaboradas, importantes meios a serem utilizados. Por fim, constata-se a necessidade de elaboração de estudos específicos relacionados ao *criminal compliance*, como forma de melhor adequar a responsabilização penal da pessoa jurídica, pois sua utilização no Brasil ainda é tênue.

2. MISSÃO DO DIREITO PENAL, FUNÇÃO DA PENA E BEM JURÍDICO TUTELADO

O presente capítulo tem como objetivo principal fazer uma abordagem histórica em relação ao Direito Penal, especificamente no que toca às penas por ele aplicadas, não só para com a pessoa jurídica, visto ser esta de recente utilização. Além disso, se buscará abordar a função que tais penas exercem, tanto para a tomada de ações pelas pessoas físicas, quanto pelas pessoas jurídicas. Analisado os temas acima, o presente estudo buscará conceituar o que nosso ordenamento jurídico entende como bem jurídico passível de tutela para o Direito Penal, tendo como base principal nossa Constituição Federal de 1988.

2. 1 Evolução histórica do Direito Penal

Para se abordar a evolução histórica do Direito Penal em relação às penas por ele aplicadas no decorrer dos séculos faz-se necessário um recorte histórico, pois do contrário o presente trabalho necessitaria de um estudo muito específico e aprofundado em relação às penas, tema esse importante, porém não se apresenta como o objeto principal do presente estudo. Assim, analisarei as penas utilizadas pelo Direito Penal principalmente a partir do século XV.

2. 1. 1 Evolução das penas

De forma sintética as penas aplicadas às pessoas físicas evoluíram de penas corporais, ligadas ao glamour público relacionado a elas, para penas de prisão, ligadas principalmente ao caráter psicológico de tais medidas. Nesse sentido se posiciona Foucault (2007) que analisa as penas aplicadas na história do século XV aproximadamente aos dias de hoje, passando das penas de suplício para as penas prisionais. Além disso, segundo Shecaira (1998), de forma geral as civilizações têm oscilado entre tendências individuais e coletivas em relação à forma de punição de seus agentes, caracterizando-se dessa forma como um movimento pendular.

Podemos assim, fazer um paralelo em relação à punição dos entes coletivos, ou seja, as pessoas jurídicas, que representam de certa forma uma responsabilização coletiva, e que na medida em que ganham força e destaque na realidade contemporânea (existência de fortes conglomerados econômicos, como as holdings) passam a ser tutelados de forma mais persuasiva pelo ordenamento jurídico. Porém, como dito, a tendência de responsabilização

coletiva não se apresenta de forma linear na história, predominando, principalmente na Idade Antiga e na Idade Médias que eram aplicadas em relação às tribos, vilas, cidades, famílias etc. Todavia, tais formas de punição, após a Revolução Francesa, perdem seu foco, passando-se para uma responsabilização individual, nas bases do iluminismo (SHECAIRA, 1998).

A principal razão para tal mudança se deu pelo fato de tais pessoas coletivas, antes punidas, perderem seu poderio econômico, não havendo mais a necessidade do Estado aplicar sanções a essas entidades, pois não representavam mais uma ameaça a sua soberania (SHECAIRA, 1998). O foco principal, nesse período, passa a ser o indivíduo considerado isoladamente e não mais sua família, sua comunidade, com a forte influência do pensamento iluminista, onde a pena passa a ser vista como proporcional ao delito, não passando da pessoa do condenado.

Tal mudança, ou seja, a passagem de penas corporais, como os suplícios, para as penas proporcionais ao delito sem a sua espetacularização, se dá de forma gradual, na medida em que as penas de prisão continham ainda resquícios de penas corporais, como a privação de alimentação, trabalho forçado etc (FOUCAULT, 2007). Assim, as penas em um primeiro momento eram sinônimas do poder dos soberanos, representando sua vingança, para somente em um momento posterior representar o atendimento à defesa da sociedade e seus anseios (FOUCAULT, 2007).

Tal mudança começa a ocorrer principalmente no final do século XVIII e início do século XIX, quando as penas de suplício perdem força, ou seja, aquelas relacionadas ao corpo, torturantes, realizadas de forma pública (espetacularização), que em muitos casos não eram apenas penas retributivas ao ato praticado pelo infrator, pois a crueldade era tamanha que o suplício se tornava muito mais gravoso ao condenado que o crime por ele praticado. Tal fato resultou na transferência da imagem negativa do crime para o aplicador das penas a eles imputadas (FOUCAULT, 2007). Contudo, não podemos ter a imagem de que os suplícios seriam punições exacerbadas sem respaldo legal qualquer, mas devem ser vistos como uma técnica baseada na “arte quantitativa do sofrimento”, associando a prática delituosa com o sofrimento da vítima e aplicando assim, a pena ao condenado (FOUCAULT, 2007, p. 31).

Outro ponto que levou a alteração dos sistemas punitivos no decorrer dos séculos foi o fato de que a eficácia de determinada pena ou sistema não está na sua fatalidade, ou seja, intensidade visível, mas sim na certeza de ser punido. Tal meio assim, seria capaz de desviar o

homem da criminalidade (FOUCAULT, 2007). Shecaira (2012) por sua vez, entende que essa eficácia, não depende em grande medida do controle social formal, ou seja, aquele exercido pelo Estado por meio de seu poder de polícia (certeza da punição acima mencionada), mas depende da combinação entre a via de controle social formal e informal. A integração entre essas duas vias é que proporcionaria uma maior efetividade do Direito Penal. Sobre o tema, adiante, serão abordadas as teorias da prevenção geral e especial do Direito Penal.

Da mesma forma podemos fazer um paralelo com as penas em relação à pessoa jurídica, pois nelas, assim como em relação às pessoas físicas, não se tem resultados pela gravidade das penas, ou a forma como tais penas serão aplicadas (direito penal, administrativo ou civil) se não houver a mínima certeza de punição, responsabilização. Quanto maior a probabilidade de ser punido, maior o risco de se cometer uma infração, menor será assim, o comportamento delituoso. Utiliza-se dessa forma, um pensamento racional na utilização e aplicação das penas e o meio de aplicá-las, pois aqui (responsabilidade da pessoa jurídica) não há que se cogitar em comportamentos psíquicos que influiriam nas ações das empresas independentemente da existência de punição como em muitos crimes praticados por pessoas físicas (homicídio, por exemplo).

As empresas, nessa linha de pensamento, são dotadas de extrema racionalidade e agem de acordo com tal racionalidade. Respondendo a incentivos, e nada melhor que incentivos financeiros às pessoas jurídicas para que determinada finalidade seja atingida, aplicando-se um dos principais postulados econômicos, ou seja, o de que as pessoas, e não somente agente de mercados, respondem a incentivos, comparando os custos e benefícios com a tomada de determinada atitude (MANKIW, 2001). Além do postulado acima, outro de grande relevância para a tomada de decisões é o princípio de que as pessoas enfrentam *tradeoffs* (MANKIW, 2001), ou seja, para obtermos algo que desejamos, em geral temos que abrir mão de outra coisa que também gostamos e desejamos.

Ainda em relação às penas temos que a pena de prisão não é possível de ser aplicada aos entes coletivos, segundo Foucault (2007, p. 197) a pena de prisão não seria o meio ideal para a transformação do indivíduo, mas seria o único meio até então desenvolvido capaz de lidar minimamente com os infratores em uma sociedade, seria assim, “*a detestável solução, de que não se pode abrir mão*”. No mesmo sentido Shecaira (2012) entende que pelo fato de

o Estado não vislumbrar alternativas de controle social institui a política do aprisionamento como principal via a ser utilizada para com a criminalidade.

Tal modelo mesmo em relação às pessoas físicas não está alheio a críticas, sendo a principal delas o fato de que a transformação do indivíduo na prisão, a qual deveria ser para melhor inseri-lo no convívio social, não cumpre seu papel, a prisão acaba por fabricar indiretamente delinquentes (além do próprio detento), pois apesar das penas não poderem ultrapassar a pessoa do condenado, invariavelmente todo um círculo social por ele dependente, tanto financeiramente, quanto socialmente se afetam (ex.: família do condenado), desestruturando-os socialmente.

Em relação à pessoa jurídica a análise deve ser diversa, pois estamos diante de uma realidade diferente, em que, como dito anteriormente, nem mesmo a pena de prisão pode ser aplicada. Dessa forma, outros meios podem ser utilizados para que os objetivos de transformação, das ações de uma empresa, e não mais das ações de um indivíduo pessoa física, sejam atingidos. Principalmente os meios relacionados ao econômico, financeiro, como as penas de multa, limitações de contratar etc. A sanção penal assim, não se mostra como sendo “a detestável solução, de que não se pode abrir mão”, como a pena de prisão em relação à pessoa física, pois sanções como a administrativa e as civis podem ser utilizadas de forma mais adequada a atingir os objetivos de transformação, como se verá mais detalhadamente nos próximos capítulos.

2. 1. 2 Evolução histórica no Brasil

Feita essa evolução histórica geral, passo a tratar mais especificamente da evolução no Brasil em relação à responsabilidade coletiva, iniciando-se com a época do descobrimento, sendo que os povos que aqui habitavam não tinham a consciência da personalidade individual, pois não se concebia um homem isolado na própria individualidade, mas o indígena via o outro como membro indistacável de seu grupo, considerando a responsabilidade coletiva como sendo a regra (GONZAGA, 1986).

Com o decorrer dos anos, as empresas tomam o lugar de poderio econômico, ganhando destaque novamente a responsabilização de entes coletivos, contudo os valores que levam a tal responsabilização são diversos, ou seja, não mais a ameaça da soberania estatal, mas sim a repressão de condutas consideradas inadequadas à determinada sociedade, sem que

isso descaracterize o movimento pendular histórico de responsabilidade (individual => coletivo => individual...) (SHECAIRA, 1998).

Temos dessa forma com um crescimento exacerbado, nos últimos anos, das comunicações de massa, um catastrófico desenvolvimento urbano, uma maior atuação da criminalidade organizada, como o tráfico internacional de entorpecentes, lavagem de dinheiro, além do poder que a mídia exerce ao transmitir e vincular informações quase que de forma exclusiva (SHECAIRA, 1998). Tais fatos constituem problemas novos, até então não enfrentados pela nossa sociedade, fatos estes que nos levam a repensar o direito como um todo, a fim de se adequar a essa nova realidade, dentre as diversas áreas, nosso trabalho aqui é discutir como o Direito Administrativo, o Direito Civil e o Direito Penal podem se adequar a tais fatos, especialmente no que concerne a responsabilização de pessoa jurídica.

Sendo que somente a partir de 1988 podemos nos referir à responsabilidade da pessoa jurídica no direito brasileiro, por uma questão não apenas de existência de normas para isso, mas pela própria realidade social e econômica vivida pelo país até então, especialmente até a segunda metade do século XIX (SHECAIRA, 1998). Dessa forma, com o advento da Constituição Federal de 1988, diversos autores penalistas, segundo Luisi (2010), passaram a defender a responsabilidade da pessoa jurídica, uma vez que para tais a respectiva responsabilidade penal estaria expressa nos artigos 175 e 225 da magna carta. Dentre os autores podemos citar Gerson Pereira Dos Santos, João Marcelo De Araújo Júnior, Sérgio Salomão Shecaira, Fausto Martins De Sanctis, Eládio Lecy, Maria Celeste Cordeiro Leite Dos Santos, Paulo José Da Costa Júnior, Ivete Senise Ferreira, Walter Claudius Rothernburg. Contudo, há também diversos outros autores que tem entendimento contrário aos acima citados como Nelson Hungria, Aníbal Bruno, Basileu Garcia, Claudio Heleno Fragoso, José Frederico Marques, Magalhães Noronha, Alberto Rufino, Celso Delmanto, Cesar Roberto Bittencourt, João Carlos Oliveira Robaldo, João Mastieri, José Henrique Pierangeli, Juarez Tavares, Luiz Alberto Machado, Luiz Carlos Rodrigues Duarte, Luiz Regis Prado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Manoel Pedro Pimentel, Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Sheila Jorge Selim Salles (LUIZI, 2010). Sendo as ideias de diversos desses autores estudadas no presente trabalho.

Chegamos assim, à criação da Lei 9605/98 que trata das sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, prevendo já em seu art. 3º a responsabilidade da pessoa jurídica:

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.

Contudo, a legislação brasileira, em relação à proteção penal do meio ambiente, apesar da Lei 9605/98, não é homogênea com a existência de diversas legislações esparsas (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Código Florestal etc) (GOMES, 1999). No Brasil, assim, as leis penais ambientais são em sua maioria, imperfeitas, prolixas, tornando-as difíceis de serem aplicadas, exatamente o que ocorre com a lei 9605/98 (PRADO, 2009). Nesse contexto de legislações diversas e imperfeitas para uma temática, como o meio ambiente, também complexa, nos leva a diversas críticas em relação ao atual sistema de responsabilização criminal da pessoa jurídica em face do cometimento de crimes ambientais. Criticando principalmente a Lei 9605/98, que veio a instituir de forma mais clara tal instituto.

A Lei 9605/98, portanto, rompe com a tradição do Direito Penal, ou seja, baseado em uma responsabilidade subjetiva, na medida em que possibilita a responsabilização da pessoa jurídica. Sendo essa uma tendência internacional (ROTHENBURG, 1997).

2. 1. 3 Função da pena

Feita a abordagem histórica, passo a análise da finalidade da pena em si e qual sua aplicação em relação à pessoa jurídica. Podendo se dizer que existem dois tipos de teorias que buscam justificar a finalidade da pena, a teoria absoluta e as teorias relativas. A primeira, não gera maiores discussões, pois não se indaga sobre a justiça ou a finalidade da pena, pois esta teria uma finalidade em si mesma, retribuindo o mal causado. Por isso, tal teoria é também conhecida como teoria da retributividade (GOMES, 1999). A segunda teoria a pena teria um fim político e utilitário de ordem individual e social. Dividindo-se em prevenção especial e geral. Sendo esta, quando considerada a pena em face da coletividade (ação intimidadora – função social da pena), e aquela quando considerada a pena em face do indivíduo (função individual da pena) (GOMES, 1999).

Tanto a teoria da prevenção geral, quanto a especial podem ser de forma positiva ou negativa. Prevenção geral positiva como reafirmação do ordenamento jurídico, já a negativa relaciona-se com a intimidação da pena. A prevenção especial positiva visa a ressocialização do indivíduo, já a negativa visa à segregação do mesmo na sociedade. Nesse sentido trás Mazzilli (2012, p. 160) a necessidade de utilização de tais teorias em relação ao Direito Ambiental “Assim como no Direito Penal, no Direito Ambiental também é necessário construir uma teoria de prevenção geral positiva, que busque desenvolver a confiança do cidadão nas normas concretas.”. Ou seja, tal pensamento tem como objetivo gerar consciência de forma geral na população a fim de considerar a proteção do meio ambiente como algo necessário, tendo a norma assim função positiva nessa construção de consciência, e não dissuasória (negativa) que visa gerar uma não conduta na população.

Em relação à pessoa jurídica, segundo Gomes (1999), a pena teria o caráter de prevenção geral negativa (intimidação) e prevenção especial positiva (ressocialização). Contudo indaga-se em que medida as sanções penais seriam as únicas a resultarem tais efeitos, ou fins em sua aplicação, pois outras sanções em relação à pessoa jurídica também teriam condições de atingirem tal finalidade, ou seja, o caráter de intimidação evitando comportamentos indesejados e o caráter de ressocialização, adequando determinados comportamentos. Sem desconsiderarmos quem entenda, como Shecaira (1998), que a pena em nosso contexto, ou seja, contexto moderno, não teria um caráter de ressocialização, ou recuperação do indivíduo, apenas teria a função de reprovar a conduta em questão.

Entretanto, devemos sempre ter em mente que a proteção penal não pode ser entendida apenas em sua via repressiva, mas também na via preventiva e conservatória (GOMES, 1999). Vias essas que, quando se trata de condutas referentes aos entes coletivos, outros ramos apresentam também aplicação, como as searas civis e administrativas como se verá demonstrado em capítulos futuros. Além disso, temos que a função que a pena desenvolve em relação ao indivíduo pessoa física considerada não é a mesma que a pena exerce em relação à pessoa jurídica, pois esta sofre, de forma mais eficaz, apenas os efeitos da prevenção geral (ação intimidadora – função social da pena), sendo a prevenção especial de pouca serventia,

na medida em que os entes coletivos, diferentemente das pessoas físicas tem suas condutas pouco afetadas em relação à sanções individuais¹.

2. 1. 4 Aplicação estrangeira da responsabilidade penal da pessoa jurídica

Em um panorama mundial podemos dizer que a tendência de responsabilização da pessoa jurídica fortaleceu-se após a Primeira Guerra Mundial, entre outros fatores, pelo fato de o Estado adotar uma postura mais intervencionista, onde as empresas, frente seu forte desenvolvimento, passam a ser as principais violadoras das disposições estatais (SHECAIRA, 1998). Dessa forma passou-se a se discutir em diversos congressos internacionais a respeito da responsabilização penal da pessoa jurídica, como no XII Congresso Internacional de Direito Penal realizado em Hamburgo, reconhecendo-se a responsabilidade pelas empresas morais (empresas públicas ou privadas) em relação aos danos ao meio ambiente, responsabilidade esta que pelo estabelecido pode ser penal, administrativa ou cível (DOTTI, 1990). Assim, temos que os congressos internacionais sobre o tema vêm sistematicamente recomendando a adoção de medidas que levam à responsabilização criminal da pessoa jurídica, desde o Segundo Congresso Internacional de Direito Penal em 1929, até os congressos mais recentes como o décimo quinto e seguintes (SHECAIRA, 1998).

Atualmente, é possível dividirmos em três sistemas de responsabilização penal da pessoa jurídica adotados por países diversos. Primeiramente, os que reconhecem a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, principalmente os países de *Common Law*, já a segunda posição rejeita totalmente tal sistema de responsabilização (SHECAIRA, 1998). Por fim temos a terceira posição que adota posicionamento intermediário, ou seja, admite sanções administrativas às pessoas jurídicas (direito penal administrativo), estas constituiriam infrações de menor gravidade, sancionada por uma multa administrativa (*Geldbusse*), e não uma multa penal (*Geldstraf*). Tal posição tem como principal expoente a Alemanha, não se indagando sobre a culpabilidade da empresa, pois se utiliza um espírito mais pragmático (SHECAIRA, 1998). Nesse país, entende-se que as pessoas coletivas só praticam seus atos por intermédio de seus órgãos e, portanto não poderiam se aplicar penas à coletividade. Não se considera possível aplicar sanções de natureza penal às empresas, pois não se reconhece a

¹ Sanção individual aqui considerada apenas como uma diferenciação entre sanções penais, civis e administrativas, sem considerarmos o montante financeiro envolvido. Pois este sim tem a potencialidade de influenciar e modificar condutas individuais quando relacionadas aos entes coletivos.

existência de uma reprovação ético-social de uma coletividade. As multas aplicadas, não tem caráter de reprovação, são valorativamente neutras (SHECAIRA, 1998).

Segundo Shecaira (1998), Inglaterra, Estados Unidos (com exceção do Estado de Indiana), Holanda, Dinamarca, entre outros adotam o primeiro sistema, qual seja, o da responsabilização penal da empresa. Contudo, outros países tem se inclinado para a sua não responsabilização criminal, como é o caso de Portugal (posicionamento majoritário dentro deste país), China, América Latina (com exceção de México e Cuba), Suíça, Itália, Bélgica, Espanha.

Interessante mencionar, nesse contexto de países que adotam a responsabilidade dos entes coletivos, como o modelo suíço e italiano, que preveem questões específicas de *compliance* (BACIGALUPO, 2012). Como forma de exemplificar podemos analisar o modelo adotado no Chile, com a Lei 20.393/2009, que prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica, assim como estabelece questões referentes à adoção de mecanismos de *compliance* para se evitar tal responsabilidade (BACIGALUPO, 2012), senão vejamos:

LEY NÚM. 20.393

ESTABLECE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS DELITOS DE LAVADO DE ACTIVOS, FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO Y DELITOS DE COHECHO QUE INDICA.

(...)

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.

(...)

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

Assim, as formas de se implementar os modelos de *criminal compliance*, no Chile, apesar de não possuírem modelo exato de se concretizarem, devem seguir requisitos mínimos

previstos na própria legislação em seus artigos seguintes. Sendo, portanto uma lei específica para os crimes possíveis de serem cometidos pelas pessoas jurídicas, estabelecendo todas suas peculiaridades, como os crimes, as penas, causas atenuantes, sucessão empresarial, o procedimento a ser adotado em cada caso, além de estabelecer a responsabilidade plena do ente coletivo (BACIGALUPO, 2012), ou seja, não se aplica o sistema da dupla imputação como no Brasil.

Além disso, a lei chilena prevê que independentemente do crime cometido pela pessoa jurídica e a responsabilização prevista para o caso, o juiz deve sempre realizar uma análise macro de tal pena a ser aplicada, pois é possível que a aplicação de determinada pena gere prejuízos a uma coletividade muito maior que apenas a empresarial, ou seja, afetando questões econômicas de mercado, prejudicando trabalhadores etc. Nesses casos o juiz não está adstrito a penas específicas.

Fica claro dessa forma, que a opção de modelo adotado pelo Chile é pela plena responsabilidade dos entes coletivos, não se questionando nessa obra se esse modo de responsabilidade em tal país é válido ou não frente ao restante de seu ordenamento, o que se pretende ressaltar é que tal país apresenta uma legislação melhor elaborada, capaz de abarcar peculiaridades dos entes morais, diferentemente do Brasil, cuja legislação em matéria penal ambiental para os entes coletivos é falha.

Outra interessante menção se faz também em relação ao modelo adotado na Espanha que por meio de reformas legislativas passou a prever a responsabilidade penal da pessoa jurídica a partir de 2010 (RIPOLLÉS, 2012). Contudo, segundo Ripollés (2012) a responsabilização de tais entes tem como discussão principal não a forma de sua responsabilização, ou como melhor adequar a responsabilidade penal frente uma realidade empresarial, mas tem como plano de fundo questões relacionadas às políticas de prevenção contra o tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, entre outros pontos, agindo o Direito Penal de forma negativa ao cometimento de tais ações. Fato este que acaba por gerar um sistema não tão bem elaborado para situações complexas como as do âmbito coletivo empresarial, que muitas vezes a sanção penal não é a melhor via a ser utilizada (RIPOLLÉS, 2012). O sistema espanhol adota dessa forma o sistema de imputação societária e o modelo de transferência de responsabilidade, ou seja, se transfere à pessoa jurídica a responsabilidade pelos atos de seus

representantes, administradores e empregados, desde que realizado em nome e em proveito da pessoa jurídica (RIPOLLÉS, 2012).

2. 2 Missão do Direito Penal atual

O presente tópico aborda a missão atual do Direito Penal, ou seja, frente à criminalidade contemporânea quais objetivos pode e deve o Direito Penal buscar alcançar, visto que nosso ordenamento jurídico, assim como a Constituição Federal de 1988, deve ser interpretado no decorrer do tempo conforme os valores que a sociedade entende de grande importância para serem tutelados pelo Direito. Sendo assim, é desenvolvida uma linha de pensamento que traz a forte influência midiática sobre o Direito, sobre seus aplicadores e sobre toda a sociedade, influência essa que, como se verá demonstrado, apresenta-se de forma negativa principalmente em relação às questões penais e processuais penais. Dessa forma, por meio da crítica, passo à análise dos fundamentos do Direito Penal, como os princípios da subsidiariedade, última *ratio* e sua carga valorativa, pontos esses que devido sua grande importância para o Direito Penal serão, também, abordados durante todo o decorrer do trabalho.

2. 2. 1 Princípios basilares do Direito Penal

De forma breve o presente tópico pretende trazer uma visão clara em relação aos princípios da *ultima ratio* e o da subsidiariedade do Direito Penal, pois constantemente nesse estudo eles serão utilizados como fundamento de opiniões e ideias. Portanto, não se pretende esgotar toda a matéria de princípios penais, apenas elencar os que serão utilizados com maior frequência.

No contexto, portanto, da responsabilidade dos entes coletivos, a discussão em torno do princípio da subsidiariedade e da *ultima ratio* vem à tona, pois estamos diante de temas eminentemente difusos, como é o caso do meio ambiente, e em decorrência de sua maior relevância em nosso contexto social passa-se a utilizar a via penal como resposta a violação desses bens. Amplia-se assim a atuação do Direito Penal, alargando tais princípios, que para Ferreira (1995), se justifica não apenas pela gravidade do problema e sua universalidade, ou seja, violação de bens difusos, mas também porque estaríamos diante de um direito fundamental ao homem, o Direito Penal atuaria como via necessária nessa proteção ao meio ambiente.

Contudo, a sua utilização desenfreada, como se posiciona Franco (1994) serve apenas para desmoralizar o instituto penal em decorrência de sua ineficiência. Os princípios da fragmentariedade, subsidiariedade e *ultima ratio*, não se apresentam assim, como vias utilizadas, pois deveriam orientar a via criminal na solução de conflitos, sempre que outros ramos não se mostrem suficientes e adequados para essa tutela (TOLEDO, 1994). Dessa forma, nosso Direito Penal apenas se expande, sem respaldo em políticas efetivas de diminuição de criminalidade, porém não se quer aqui propor sua total inutilização, ou abolição, pois se entende que existem condutas que devem sofrer o controle por meio do tal seara. O problema está em sua utilização desenfreada, estigmatizando infratores, e cerceando liberdades de outros pelo simples apelo social, utilizando, de forma não adequada, sua via simbólica (CABETTE; NAHUR, 2013).

O uso, todavia do simbolismo do Direito Penal não deve ser visto apenas como algo negativo, pois a função simbólica é de grande valia, como nas questões de prevenção geral negativa ou positiva, intimidando potenciais condutas infratoras (ANJOS, 2007), situação esta que não se restringe apenas à seara penal (SOUZA, 1995). O problema, contudo ocorre quando a racionalidade da utilização da intervenção mínima do campo penal não são utilizadas a fim de frear os apelos sociais para sua expansão pela via do punitivismo exagerado (CABETTE; NAHUR, 2013). A intervenção penal só se justifica quando for absolutamente indispensável para a manutenção da comunidade, ou seja, *ultima ratio*, atuando o mínimo necessário e sempre na medida em que for capaz de ter eficácia (PRADO, 2008).

Assim temos que o Direito Penal vem perdendo questões essenciais que lhe dão suporte, como o caso do princípio da subsidiariedade e *ultima ratio* principalmente, por questões relacionadas à bem difusos e questões econômicas. A responsabilidade penal da pessoa jurídica dessa forma também se enquadra nesse contexto, em que a seara penal toma para si questões eminentemente relacionadas a outras searas, no suposto discurso popular que as pessoas só cometem atos desviantes porque o Direito Penal não atua ali, ou se o Direito Penal fosse mais gravoso as pessoas não cometeriam crimes etc. Nesse sentido, interessante se faz reproduzir as palavras de Zaffaroni (2007, p. 184-185) sobre a “lógica do quitandeiro” por ele assim denominada:

"Poderíamos responder com a chamada *lógica do quitandeiro*, que não apenas é extremamente respeitável como também impecável, e com a qual nós, penalistas, temos muito o que aprender. Se uma pessoa vai a uma quitanda e pede um antibiótico, o quitandeiro lhe dirá para ir à farmácia,

porque ele só vende verduras. Nós, penalistas, devemos dar esse tipo de resposta saudável sempre que nos perguntam o que fazer com um conflito que ninguém sabe como resolver e ao qual, como falsa solução, é atribuída natureza penal".

2. 2. 2 Influência da mídia

Conforme já apresentado, a mídia em nossa sociedade apresenta importante papel tanto na estrutura social, quanto na econômica e cultural atual, como por exemplo, a mediação simbólica dos processos de estruturação social, econômica e cultural (SOUZA, 2011). Dentre outros fatores que leva a essa forte influência, temos o isolamento social e a grande difusão da informação tecnológica (ex.: internet) que possibilitam aos meios de comunicação em massa serem considerados hoje catalizadores da opinião pública (SOUZA, 2011).

Porém, esses canais de comunicação não se limitam apenas a difundir informações, são também formadores de opinião. Como formadores de opinião, exercem forte influência sobre a sociedade, que na maioria das vezes não é crítica o suficiente para filtrar essas informações recebidas. O Direito Penal brasileiro, não está alheio a essas influências, pois o julgamento midiático imposto pelos meios de comunicação representa uma agressão às garantias constitucionais, como o a ampla defesa, o contraditório, além de não possibilitar recursos e sua eventual parcialidade não ser expressa (SOUZA, 2011).

Barandier (2012) também aponta questões positivas e negativas desse poder midiático nas matérias ambientais, sendo positivo quando utilizado para construir e aprimorar a consciência ecológica, contudo isso se torna negativo na medida em que é utilizado de forma muito politizada e radical. Tal influência se dá por diversas maneiras, prejudicando principalmente o processo penal, com a publicação de provas e o julgamento midiático, por exemplo, além de influir sobre o próprio judiciário, eliminando a parcialidade do juiz. A divulgação antecipada, por meio da mídia, das provas, inquéritos, fatos etc., acaba por influir negativamente no processo penal (principalmente), como dito, pois se fere a garantia processual da presunção da inocência, gerando danos à imagem, por algo ainda incerto como a condenação que pode nem mesmo vir ocorrer (SOUZA, 2011).

Nesses casos, gera-se uma valoração de fatos, que nem mesmo se sabe sua real ocorrência, além de vincular fatos e opiniões esparsas, preocupadas em boa parte em chamar a atenção do público, pouco se atendo a todas as teses levantadas ou ao menos aquilo que se

encontra no processo. Não se exige uma prova de veracidade das informações levantadas e publicadas pela mídia, e mesmo que tal prova existisse, por se tratar de agentes econômicos em busca de maximização de lucros, os agentes midiáticos (televisão, rádio, internet etc.), utilizariam tais informações da forma como pretendessem sem se preocupar com a explanação total das informações.

Importante ressaltar nesse ponto que não se pretende na presente obra desconstruir o papel positivo que a mídia exerce em nossa sociedade, nem mesmo dizer que todos os fatos e opiniões divulgados por ela devam ser reprovados, ou considerados manipuladores e inverdades. Não se trata assim, de censura em relação a tudo aquilo divulgado pela mídia, mas sim a aquilo que possa ser utilizado efetivamente no processo penal a fim de garantir a melhor e mais segura imparcialidade do julgador que está à mercê dos meios de comunicação assim, como todos estão (SOUZA, 2011).

Deve ficar claro dessa forma, que quando se trata de questões relacionadas à justiça, principalmente processos judiciais, a mídia acaba por influir negativamente quando divulga informações essenciais para o caso, mesmo as que se encontram nos próprios autos do processo, pois nesses casos o que é divulgado é apenas uma parte do todo, que não possibilita a real compreensão de todos os fatos e argumentos levantados, levando a uma compreensão tendenciosa. A ilustração² abaixo representa bem tal realidade.



² Imagem extraída do site: <http://panicocardoso.blogspot.com.br/2012/04/midia.html> em 26/12/2012.

Podemos citar diversos exemplos de casos judiciais em que a mídia apresentou papel fundamental para o fracasso processual penal, como por exemplo: “Monstro da Mamadeira”, Suzane Loise Von Richthofen, João Hélio, Caso do Goleiro Bruno, Alcení Guerra, Isabela Nardoni, Escola de Base de São Paulo³, entre outros. Este último, importante maior menção, como forma de exemplificar o acima exposto (SOUZA, 2012).

O caso da Escola de Base de São Paulo ocorreu em 28 de março de 1994, em que na época, duas mães acusaram os quatro donos da creche e pais de um aluno de abusar sexualmente de crianças entre um e seis anos, hoje 19 anos mais tarde, os acusados, apesar de inocentados, ainda sofrem consequências desse processo, como problemas de saúde, e dificuldades de recebimento de indenizações. Na época dos fatos, o delegado Edécio Lemos, mesmo sem a existência de provas chamou a imprensa, a qual gerou grande repercussão sobre o caso, taxando os acusados como culpados, a população por meio das informações divulgadas na mídia depredou a escola e casa dos funcionários envolvidos enquanto estavam presos.

Pouco tempo depois, o laudo pericial (exame de corpo de delito) foi concluído e se constatou que as crianças supostamente violentadas, tinham apenas assaduras causadas pela forma de se sentar e pelo tempo de trocar a fralda, ou seja, não houve qualquer prática de abuso sobre elas. Inocentados os envolvidos, como o caso da ex-professora da escola, Paula Milhim, ainda sofrem consequências desse episódio, pois a referida professora perdeu quase todos os seus bens, nunca mais conseguiu um emprego na mesma área e sofre hoje de depressão. Os donos da escola, apesar de já terem recebido indenizações dos meios de comunicação envolvidos, ainda não receberam qualquer indenização por parte do Estado, uma das donas, Maria Aparecida Shimada, faleceu em 2007, ainda sem receber a indenização. Fica claro dessa forma, por meio do caso acima, o poder nefasto que a mídia pode gerar na vida das pessoas, que mesmo após 19 anos, há ainda resquícios dos danos sofridos e de difícil reparação.

Portanto, não só o juiz, mas o legislador também está sujeito a essa influência, que pelo forte apelo social contra a violência, alegando-se a “impunibilidade” por parte do Estado, atua, principalmente no âmbito penal, majorando penas, criando novas legislações, novos

³ Informações obtidas no site: <http://noticias.r7.com/educacao/fotos/quase-20-anos-apos-injustica-historica-ex-funcionarios-da-escola-base-ainda-ensinam-o-brasil-20130328-11.html#fotos>, em 17/04/2013.

tipos penais, entre outras atividades tentando atender aos anseios da sociedade pela segurança. Criando assim, a falsa sensação de segurança e punibilidade. O Estado, assim, passa a ser visto como impotente na resolução dos crimes, assim como as pessoas que o cometem passam a ter o rótulo de profissionais que operam de forma extremamente racional, sem se levantar as verdadeiras causas do problema (questões sociais, psicológicas etc.) (SOUZA, 2011).

Não se nega aqui, que alguns crimes sejam dotados de extrema racionalidade em suas execuções, principalmente os crimes financeiros, praticados essencialmente por pessoas jurídicas, contudo tais crimes não são os crimes pela mídia em sua maioria retratados, mas sim crimes de pequena monta, crimes relacionados à pessoa. Mesmo nos crimes relacionados às pessoas jurídicas, Dotti (2010) destaca que os meios de comunicação em massa não se importam em identificar qual pessoa jurídica cometeu determinado delito que ganhou repercussão, mas sim em identificar as pessoas físicas responsáveis por tais atos, como forma da população se identificar com a notícia transmitida, não com o violador da norma, mas com seu conteúdo, a fim de dar rosto ao crime.

A mídia para atingir tal fim se utiliza da técnica de fazer com que o cidadão se projete no lugar da vítima, assim, quanto mais notícias no mesmo sentido veem, maior será a sensação de que ele (telespectador) pode ser a próxima vítima. Aumenta-se dessa forma, a sensação de insegurança e risco de forma muito mais psicológica do que real (SOUZA, 2011). Contudo, os meios de comunicação nunca fazem qualquer projeção de colocar o cidadão na posição do acusado, do preso, de sua família, seus filhos, nem apresentar as consequências futuras daquela medida. E não o fazem, pois tais medidas não dariam audiência, ninguém quer ser visto na posição de acusado, apenas de acusador.

A colocação da vítima em cena é tamanha, nos últimos anos, que diversas leis, majorando penas, ou criando tipos penais novos, são criadas com o nome das próprias vítimas. Como por exemplo, a lei Maria da Penha, lei Carolina Dieckmann (SOUZA, 2011). Por tais fatos corremos o risco de nos aproximarmos do direito penal do inimigo, em que etiquetando (Labelling Approach - etiquetamento negativo massificado pela mídia), todos aqueles delinquentes e possíveis delinquentes, realizamos repressão excluindo-os do convívio social (SOUZA, 2011; SHECAIRA, 2012). Contudo, tal sistema se mostra incompatível com nosso atual ordenamento jurídico, pois estaria em desacordo com diversas normas e princípios constitucionais, como a presunção de inocência, a dignidade da pessoa humana entre outros.

2. 2. 3 Interpretação hermenêutica e possível solução às divulgações midiáticas

A massificação das informações transmitidas pelos meios de comunicação em massa, por meio de seu discurso linguístico, limita o campo hermenêutico da interpretação do fato e do direito que influi tanto no campo legislativo, quanto no campo judicial (SOUZA, 2011). A interpretação, mesmo que indiretamente é influenciada por tais mecanismos, pois atinge o chamado “inconsciente coletivo”, ou seja, conjunto de diversas informações que temos como verdadeiras sem questionamento, que em sua grande maioria não representam a realidade fática. Como exemplo, no Brasil, temos a sensação de aumento da criminalidade sem que isso represente a verdadeira realidade fática em nosso Estado (SOUZA, 2011).

O campo hermenêutico do juiz fica assim, limitado, pois, o campo de solução dos problemas fica delimitado pelo que os meios de comunicação em massa elegeram ser os mais adequados. Não se podendo utilizar dos argumentos de que estaria atendendo as expectativas sociais e opinião pública, pois também são influenciadas pela mídia, uma vez que as determinações sociais e econômicas geram reflexos nas condutas das pessoas, estas incluindo os agentes penais (todas as pessoas que trabalham com o direito penal de alguma forma, por exemplo, policiais, juízes, advogados, promotores etc.). Ocasionalmente assim, autonomia relativa em suas decisões e atos (SOUZA, 2011).

Uma possível solução à problemática acima levantada, ou seja, os problemas referentes à divulgação de dados e informações pela mídia em relação às questões concernentes a processos judiciais em andamento de forma parcial e superficial seria a de proibir a utilização no processo de qualquer prova divulgada pela mídia (SOUZA, 2011). Dessa forma haveria pressão social para com aquilo divulgado, uma vez que os meios de comunicação seriam responsáveis pela inutilização de muitas provas essenciais ao processo. As provas divulgadas pela mídia seriam consideradas provas ilícitas uma vez que violam princípios e garantias constitucionais (direitos fundamentais do processo), e não ilegítimas que seriam as provas que violam questões de ordem processual. Dessa forma, tais provas devem ser retiradas do processo e não apenas consideradas inválidas e não utilizadas pelo juiz (SOUZA, 2011).

Nessa linha de pensamento, somente se poderia considerar ilícitas as provas divulgadas pela mídia se estas se justificarem com base na preservação de outros valores de

igual ou maior importância que a liberdade de imprensa, como o devido processo legal, direito de defesa do acusado etc., tal critério funcionaria assim como limite ao direito à liberdade de imprensa em decorrência do direito de liberdade e inocência do cidadão até o trânsito em julgado da ação penal, que por si só já representará grande invasão e prejuízos em sua vida (SOUZA, 2011). Assim, com base no exposto, devemos nos perguntar sobre qual o real interesse dos meios de comunicação em massa, ou seja, teriam interesses próprios maculados no papel de representantes do interesse da coletividade? Frente a sua atuação na atualidade, que tem dado provas de um caráter não tão idôneo de sua aplicação (conforme exemplos expostos nesse capítulo). E qual a missão que nosso Direito Penal deve ter em tal contexto? Deve continuar atuando conforme os anseios sociais, ou deve atuar da forma mais técnica possível a fim de preservar os valores que o embasam? Deixo tais julgamentos ao leitor dessa obra.

2. 3 Bem Jurídico Penal e Ambiental Frente À Constituição Federal De 1988

Feitas as abordagens históricas e tratadas as questões que influenciam nosso sistema jurídico, como a mídia, passo à análise da questão do bem jurídico penal e ambiental com base em nossa Constituição Federal de 1988. Analisando os diversos posicionamentos em relação ao tema, bem como as diversas interpretações constitucionais em relação ao bem jurídico penal e ambiental para sua utilização como fundamento da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

2. 3. 1 Bem jurídico penal

Antes de adentrarmos propriamente no tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica, devemos analisar qual o bem jurídico que estamos a tutelar com o Direito Penal e se este bem jurídico é passível de tutela por tal ramo do Direito. Tendo sempre como base nossa Constituição Federal de 1988.

Sendo que o Direito Penal para Ferreira (2006) não pode, em última análise, se justificar no próprio direito, ou seja, a afirmação do bem jurídico a ser tutelado com base exclusivamente no ordenamento jurídico (teoria sistêmica de Jakobs). O bem jurídico, mesmo existindo por meio da norma, não pode se afirmar exclusivamente por meio dela, mas deve ter como base valores maiores, como os priorizados na Constituição Federal. Nossa Constituição Federal se mostra assim, como principal ponto a ser seguido e respeitado, quando se trata de

quais bens jurídicos nosso ordenamento visa proteger, pois estes devem sempre estar respaldados constitucionalmente, explicitamente ou implicitamente. E sua restrição só se mostra possível quando em favor de outro bem jurídico de igual ou maior importância que também tenha previsão constitucional (PRADO, 2009).

Cada Estado, entendido aqui como sociedade, elege determinados bens, valores a serem protegidos, assim para ser considerado um bem jurídico é preciso que esse valor seja tido como essencial para o desenvolvimento da pessoa na sociedade em que se insere e que tal valor esteja previsto constitucionalmente. A Constituição, assim, atua como um limite negativo ao Direito Penal, sob pena de se desnaturar o instituto e levar a criação de tipos de duvidosa constitucionalidade (COSTA, 2010). Nosso Direito Penal deve ficar restrito aos bens jurídicos de maior relevo social, a lei penal atua como garante da liberdade pessoal e não como seu limite. Os bens de menor relevo caberiam ao Direito Administrativo tutelar (PRADO, 2009). Respeitando dessa forma, princípios penais como o da *ultima ratio* de controle social, devendo sempre se priorizar meios mais eficientes para realizar tal controle (SOUZA, 2012). Outros princípios devem também ser atendidos como o da fragmentariedade - nem toda lesão a um bem jurídico deve ser tutelada pelo Direito Penal, lesividade - somente a efetiva lesão ou perigo concreto a um bem jurídico justifica a intervenção penal, subsidiariedade - outras áreas do direito devem ser analisadas antes da utilização do direito penal, taxatividade (PASCHOAL, 2003; SOUZA, 2012).

Diversos são os autores penalistas que se dispuseram a tratar da questão do bem jurídico ao longo do tempo abordaremos as ideias, de forma simples, dos principais precursores do bem jurídico penal. O primeiro é Feuerbach que entende que o Direito Penal deve proteger direitos subjetivos, fundamentando o poder punitivo do Estado. Birnbaum, por sua vez, entende que o Direito Penal não visa à defesa de direito subjetivos, mas a defesa de bens, uma vez que o direito subjetivo não poderia ser lesionado, mas os bens poderiam ser (PASCHOAL, 2003). Karl Binding, aprofundando os pensamentos acima descritos, entende que não seria qualquer tipo de bem que o Direito Penal deveria tutelar, mas apenas os que tivessem relevância jurídica. Considerando como bem jurídico tudo aquilo que o legislador entende como tal. Assim, para essa concepção o bem jurídico tem um caráter extremamente formal, contudo, não se pode confundir tal formalismo com a concepção funcionalista de Jakobs (funcionalismo radical), que entende que o Direito Penal visa proteger a própria norma, portanto, prescinde da existência de qualquer bem jurídico (PASCHOAL, 2003).

A crítica ao funcionalismo exacerbado do Jakobs se dá justamente pelo arbítrio na criação de tipos penais pelo legislador e pela neutralidade no sentido de proteger o ordenamento apenas para garantir sua efetividade não qualquer outro valor social (PASCHOAL, 2003). Franz Von Liszt, contrariamente a Binding, não se limitou à lei para se determinar quais seriam os bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal, para este autor os bens jurídicos deveriam ser buscados no âmbito da própria sociedade. Pois para ele o legislador não é criador de bens jurídicos, ele apenas identifica-os no cenário social (PASCHOAL, 2003).

No âmbito interno, ou seja, no direito brasileiro também temos alguns doutrinadores que sustentam que além do caráter formal do delito existiria o caráter material, em que o direito penal visa proteger interesses sociais, assim temos Fragoso (1977) e Hungria (1958). Reale Jr. (1998) apresenta-se também como defensor do caráter material do delito, ou seja, defendendo a busca dos bens jurídicos penais na própria sociedade, funcionando o direito como institucionalizador de valores sociais. Paschoal (2003), por sua vez não trata diretamente da concepção material do bem jurídico, mas entende que não seriam todos os bens a serem tutelados pelo Direito Penal, nem qualquer tipo de lesão a esse bem, privilegiando o caráter subsidiário e fragmentário desse direito. Shecaira (1998, p. 132), por sua vez, entende que o bem jurídico é “tudo aquilo que se apresente como útil, importante, necessário, valioso, enfim, digno de proteção pelos seres humanos”.

Frente a todas essas teorias sobre o bem jurídico o que se busca é que tal instituto, independentemente da vertente adotada (ponto de vista formal ou material), tem a intenção de limitar, ou pelo menos buscar a limitação do poder de punir do Estado, sempre com fundamento em nossa Constituição Federal. Buscando não apenas preservar nosso sistema com fundamento exclusivamente na norma, mas aprofundando-se mais, buscando a verdadeira essência da mesma, ou seja, os valores que deram origem à norma (PASCHOAL, 2003).

2. 3. 2 Bem jurídico ambiental

Conceituado o bem jurídico, parto para a reflexão sobre o Direito Penal em relação aos “novos” bens jurídicos que ganham cada vez mais espaço em nossa sociedade, como os interesses difusos (direito do consumidor, econômico e ambiental). Utilizando-se nesses casos um conceito vago de bem jurídico (COSTA, 2010). Assim, utilizamo-nos do conceito de meio

ambiente previsto no art. 3º, I da Lei 6.938/81, contudo tal conceito se mostra restrito aos recursos naturais, sendo que o meio ambiente deve ser entendido em seu sentido mais amplo, como aponta Silva (2010), ou seja, meio ambiente artificial, cultural e natural ou físico.

O meio ambiente, também, não pode ser entendido como um bem autônomo sem qualquer ligação com o homem, ou seja, protegido por ter uma finalidade em si mesmo, mas também não deve ser visto como destinado unicamente ao uso e satisfação do ser humano (FREITAS, V.; FREITAS, G., 2001), além disso, o meio ambiente não se classifica nem como bem público, nem como bem privado, pois apresenta um fim de interesse coletivo, não podendo o proprietário dispor livremente da qualidade do meio ambiente (SILVA, 2010).

Essa descrição ampla, contudo, resulta no enfraquecimento do bem jurídico a que se pretende ver tutelado, pois prejudica seu poder limitativo e crítico, não se podendo utilizar a via penal considerando o meio ambiente como um fim em si mesmo – visão ecocêntrica. Não sendo essa teoria compatível com nosso Estado do Direito, que vê e faz uso do direito para regulação e melhor relação das condutas humanas (COSTA, 2010). Prado (2009, p. 109) ao tratar do tema, utiliza-se de uma visão ampla do bem jurídico penal ambiental, ou seja, entende que os bens jurídicos devem ser suscetíveis de concretização (PRADO, 1997). Tal visão do bem jurídico ambiental está relacionada com o coletivo ou social (PRADO, 2001). Apresentando-se como um bem jurídico de natureza metaindividual, de cunho difuso – visão antropocêntrica (PRADO, 2009; COSTA, 2010).

O Direito Penal assim, só deve atuar quando bens jurídicos de grande relevância forem atingidos, sempre se norteando na ideia da mínima intervenção, agindo somente quando outras esferas de proteção desses bens tiverem falhado (intervenção mínima, subsidiariedade e fragmentariedade). O tipo penal assim, não cria qualquer valor, limitando-se apenas a firmá-lo, por meio do direito (SHECAIRA, 1998). Portanto, o Direito, na proteção do meio ambiente, visa à proteção da qualidade deste, tendo como objeto imediato o próprio meio ambiente e como objeto mediato a qualidade de vida do homem (saúde, bem estar, segurança etc.) (SILVA, 2010). Sendo que na esfera penal, como dito anteriormente, o bem jurídico deve ser bem delimitado, a fim de servir como limite, barreira à incriminação e não sua legitimação, pois todo tipo penal deve estar fundamentado em um bem jurídico a ser protegido, contudo, nem todos os bens jurídicos devem ser protegidos pelo Direito Penal.

2. 3. 3 Bem jurídico ambiental e a CF/88

Para um melhor entendimento sobre o bem jurídico ambiental deve-se analisar o tema Meio Ambiente e Constituição Federal a fim de possibilitar o entendimento dos termos utilizados, como Meio Ambiente, Bem Jurídico Ambiental, entre outros.

Sendo a Constituição Federal de 1988 a primeira a tutelar de forma mais completa o meio ambiente, além dos artigos acima citados, apresenta diversos artigos para tanto, como o artigo 5º, LXXIII, artigo 20, II, artigo 23, 24, VI, VII e VIII, artigo 91, §1º, III, artigo 129, III, artigo 170, VI, artigo 173, §5º, artigo 174, §3º, artigo 186, II, artigo 200, VIII, artigo 216, V, artigo 220, §3º, II, artigo 225 e artigo 231, §1º. Prado (1996) considera dessa forma como bens dignos de proteção penal os de indicação constitucional, estando dessa forma em harmonia com o Estado Democrático de Direito. Com base no acima exposto indaga-se se nosso legislador constituinte, na edição de nossa Constituição Federal, obrigaria ou limitaria o legislador a criminalizar ou descriminalizar condutas e assim, quais valores constitucionais estariam abarcados nessa análise, ou seja, quais bens a serem tutelados pelo Direito Penal (PASCHOAL, 2003).

Não se objetiva aqui dizer que o legislador não deva se pautar constitucionalmente para criminalizar determinada conduta, o que se procura é compatibilizar tal medida com um Direito Penal de *ultima ratio* (PASCHOAL, 2003). Nossa Constituição ao elencar valores a serem perseguidos e protegidos pelo Estado não implica na utilização necessária do Direito Penal para tanto, ou seja, não existe apenas uma única forma de concretização de tais valores, pois o Direito Civil e Direito Administrativo também se mostram como vias a serem utilizadas, principalmente por meio da implementação de políticas públicas de forma a preservar os valores essenciais à sociedade brasileira e gerar condições para que tais valores continuem a serem preservados (gera-se consciência na população) (MIRANDA, 1976).

A utilização do Direito Penal como primeiro e principal meio de se efetivar as prestações sociais previstas constitucionalmente trabalha apenas para o alargamento de tal ramo do Direito, fato este que contribui para a criação de um Direito Penal simbólico, ou seja, um direito de função promocional (“desculpa a um suposto desenvolvimento, ou aprimoramento da sociedade”) (PASCHOAL, 2003, p. 125). Não se excluindo a função pedagógica, educativa do Direito Penal, apenas entendendo que a consequência educativa não pode ser utilizada como fundamento único para a criminalização de condutas. Outros ramos

devem ser buscados na proteção desses valores, como a esfera Cível e Administrativa, que podem se mostrar até mais adequadas (PASCHOAL, 2003).

Mais especificamente em relação à responsabilidade penal da pessoa jurídica o problema é o mesmo, ou seja, questiona-se se nossa Constituição Federal teria previsto a responsabilidade penal da pessoa jurídica em seu artigo 225, §3º, não encontrando unanimidade na doutrina em relação a essa afirmação. Alguns juristas, como Dotti (1994) e Cernicchiaro (1991) entendem que a responsabilidade penal continua a ser de caráter humano do contrário qualquer outra interpretação dado ao artigo constitucional em questão estaria indo de encontro como uma análise sistêmica da constituição.

Seguindo o entendimento acima, existe também posicionamento de que o artigo 225 da CF/88 deve ser interpretado conjuntamente com o art. 5º do mesmo diploma legal, e deve forma qualquer forma de responsabilização criminal que não seja voltada para a pessoa física seria inconstitucional (BARANDAS, 2012). Dessa forma, o artigo 173, § 5º ao fazer referência à responsabilização da pessoa jurídica a faz de forma genérica, não especificando as searas da aplicação, ou seja, responsabilidade civil, administrativa ou penal, apenas refere-se às punições compatíveis com sua natureza.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 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.

Já o artigo 225, § 3º, ao tratar da responsabilidade da pessoa jurídica é claro ao estabelecer a possibilidade de aplicação de sanções penais em casos de atividades lesivas ao meio ambiente.

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.

Diversos autores assim defendem a responsabilização penal da pessoa jurídica, como José Afonso da Silva, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, Pinto Ferreira, Gilberto Passos de Freitas, Édis Milaré, Paulo Affonso Leme Machado, Paulo José da Costa Jr, entre outros (SHECAIRA, 1998). Já outros entendem que nossa Constituição não prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica, como os acima já citados (Dotti e Cernicchiaro), utilizando forma de interpretação diversa. Nessa linha de pensamento temos José Cretella Junior e Luiz Regis Prado diferenciando-se os termos *condutas* de *atividades* previstas no artigo 225, assim o legislador teria procurado fazer distinção entre as pessoas físicas e suas condutas e as pessoas jurídicas e suas atividades, aplicando-se respectivamente sanções penais e administrativas aos respectivos entes (SHECAIRA, 1998). Shecaira (1998), por outro lado, discorda de tal posicionamento, entendendo que tanto a expressão conduta, quanto a expressão atividade foram utilizadas como sinônimas, alegando que mesmo a pessoa jurídica só exerce uma atividade por meio de condutas de pessoas físicas.

Os autores já citados, Dotti (1994) e Cernicchiaro (1991), também negam a responsabilidade penal da pessoa jurídica pela Constituição, para eles os artigos 173 e 225 da CF devem ser interpretados teleologicamente dentro de um contexto sistemático maior, ou seja, deve-se analisar a Constituição Federal como um todo, pois se considerarmos a responsabilização penal da pessoa jurídica pelo menos dois princípios penais seriam atingidos, o princípio da culpabilidade, artigo 5º, LIII, LIV, LV e LVII (sem culpabilidade não existe pena) e o princípio da responsabilidade pessoal, artigo 5º, XLV (a pena passaria da pessoa do condenado). Coaduna-se com tal entendimento, pois nosso ordenamento deve ser interpretado de forma sistemática, e não de forma isolada, pois a norma (entendida como a aplicação da lei no caso concreto) só existe dessa forma com base no restante do ordenamento jurídico (função teleológica e sistêmica da norma).

Dotti (2010) também entende que a redação do artigo 225, §3º, poderia em um primeiro momento dar a conotação de que a responsabilidade penal coletiva seria possível em nosso ordenamento, mas para o autor tal responsabilidade é nata das pessoas físicas. Da mesma forma, Santos (2008) reafirma tal posicionamento, ao entender que os artigos de nossa Constituição, como o artigo 173, § 5º e 225, §3º, não instituíram a possibilidade de se criar a exceção da responsabilidade criminal da pessoa jurídica. Diversos princípios seriam violados se entendêssemos possível à responsabilização penal da pessoa jurídica, entre eles temos o princípio da igualdade, da humanização das sanções, personalidade da pena (delito fruto da

conduta humana e não se pode responsabilizar alguém que não seja autor ou partícipe) (DOTTI, 2010).

Interessante mencionar o disposto no art. 37 de nossa Constituição Federal, pois tal artigo prevê o direito de regresso da pessoa jurídica, seja esta de direito privado ou público, contra os responsáveis pelo dano a terceiros em caso de dolo ou culpa. Dessa forma, apesar da pessoa jurídica ser responsável objetivamente pela reparação do dano, esta pode se voltar contra o verdadeiro causador do mesmo. Contudo, na responsabilização criminal tal regra não poderia ser aplicada, na medida em que considerarmos penalmente responsável a pessoa jurídica esta não teria legitimidade para promover contra o corréu ação de reparação, pois seria “corresponsável” pelo crime (DOTTI, 2010). Não se discutindo nesse momento o sistema da dupla imputação previsto pela Lei 9605/98, ao tratar da responsabilidade da pessoa jurídica.

Podemos nos questionar se a Constituição ao ter novamente tratado em capítulos seguintes (da ordem econômica e financeira e do meio ambiente), questões referentes à responsabilidade penal da pessoa jurídica, se tal fato não fosse para dar outro entendimento, diferente do dado em capítulos anteriores, ou seja, a Constituição Federal não estaria apenas repetindo um entendimento já firmado em artigos anteriores, estaria sim inovando e prevendo a responsabilidade penal da pessoa jurídica (SHECAIRA, 1998). Contudo, nossa Constituição, não só em relação à responsabilidade penal da pessoa jurídica, reafirma conceitos diversas vezes, isso se dá pelo contexto histórico em que foi criada, saindo de uma época de ditadura, onde diversos direitos eram fortemente reprimidos, como a liberdade, igualdade, fato este que resultou em uma Constituição que reafirma, capítulo a capítulo, os valores que julga essencial ao nosso Estado. Em relação à responsabilização penal da pessoa jurídica a situação não é diversa.

Ainda em relação ao entendimento acima mencionado, ao se adentrar na interpretação do texto de lei, ou seja, dos dispositivos constitucionais acima mencionados, Luisi (2010) parte da interpretação gramatical para obter o real significado da norma, em especial das conjunções utilizadas nos artigos. Todavia, entende que a análise estritamente literal está ultrapassada, ou seja, não pode extrair o significado de uma norma unicamente com base em seu texto legal, deve-se para tanto realizar uma análise sistêmica do ordenamento jurídico como um todo. Assim, com base em tal mecanismo de análise fica-se claro que o

entendimento de que o artigo 225 da Constituição Federal que instituiu a responsabilidade penal da pessoa jurídica entra em conflito com princípios embaixadores de nossa Constituição, como por exemplo, o princípio da pessoalidade da pena e da culpabilidade (art. 5º, LVII e XLVI da CF) (LUISI, 2010).

Sales (2010) da mesma forma entende que o texto constitucional não se trata de meras palavras jogadas ao acaso, mas sim palavras que possuem um significado técnico que não deve ser deixado de lado em sede interpretativa. E assim, nossa Constituição prevê a adoção de um sistema penal humanista e solidário, sendo que a exclusão do princípio *societas delinquere non potest* representaria um retrocesso em nosso sistema, segundo a autora acima citada, possibilitando a exclusão de princípios outros e garantias que formam o garantismo penal brasileiro. O Direito Penal passa a ser utilizado como forma de satisfazer necessidades sociais, descaracterizando seu conteúdo, em detrimento de pressões sociais e políticas que deveriam ser resolvidas em outras searas. Perdendo-se a diferença entre a natureza das sanções penais, administrativas e civis (SALES, 2010).

Em relação à interpretação constitucional dos dispositivos que tratam da responsabilidade da pessoa jurídica, podemos resumir bem o presente capítulo nas palavras de Santos (2010, p. 267):

Curto e grosso: nenhum legislador **aboliria** o princípio constitucional da responsabilidade penal *pessoal* de modo **tão camuflado ou hermético**, como se a Carta Constitucional fosse uma *carta enigmática* decifrável somente por iluminados. Ao contrário, se o constituinte tivesse pretendido instituir *exceções* à regra da responsabilidade penal *pessoal* **teria utilizado linguagem clara e inequívoca**, tanto sobre a natureza *penal* dessa responsabilidade, quanto sobre as *áreas* de incidência dessa *excepcional* responsabilidade penal [...] (**grifo nosso**).

Nossa Constituição ao tratar sobre o tema utiliza palavras como *responsabilidade* e não *responsabilidade penal*, fala de *atos* e não de *crimes* etc. Para o autor acima citado, nossa Constituição não contém palavras inúteis. Nessa linha de pensamento, interpretando os artigos 173, §5º e 225, §3º, a responsabilidade penal impessoal seria inconstitucional, além de colidir com os princípios basilares do Direito Penal como o princípio da culpabilidade (imputabilidade penal, conhecimento do injusto e exigibilidade de conduta diversa), personalidade e individualização das penas (SANTOS, 2010).

Mesmo que entendamos que a Constituição Federal tenha consagrado à responsabilidade penal da pessoa jurídica, uma lei ordinária não poderia estabelecer regras e procedimentos que contrariem os demais dispositivos constitucionais, como afirma Breda (2010). Dessa forma a Lei 9605/98 seria inconstitucional, pois cria um sistema “incógnito” às pessoas jurídicas, com sanções penais imprecisas e mesmo que entendamos constitucional a responsabilização criminal da pessoa jurídica, esta para se concretizar necessitaria de uma remodelação legislativa não só em relação à lei que a instituiu, mas em relação a todo aparato necessário a sua aplicação, ou seja, o próprio Direito Penal e Processual (BREDA, 2010).

Em última análise a utilização exacerbada do Direito Penal serve apenas para mascarar a ineficiência do Estado na promoção e proteção de valores sociais, utiliza-se tal ramo do direito em uma vertente falaciosa (PASCHOAL, 2003).

2. 4 Conclusão

Temos assim, que as penas tentem a seguir um movimento pendular de aplicação, ou seja, variando entre sanções individuais e sanções coletivas em sua aplicação. Movimento este que também é passível de observação em relação à pessoa jurídica, entendida sua responsabilização como uma responsabilização coletiva, que ganha maior destaque nos últimos anos devido à realidade econômica do nosso país e do maior poderio econômico que tais entes detêm hoje no cenário mundial.

Contudo, a utilização de sanções penais em relação às pessoas jurídicas, como se ficará mais claro nos próximos capítulos, não se apresenta como a via mais adequada de sua responsabilização, dentre outros fatores temos as peculiaridades econômicas de tais entes, onde os meios econômicos e financeiros é que se apresentam como vias a serem utilizadas, pois atingem de forma mais adequada os entes coletivos que tem como característica básica sua racionalidade econômica. Dessa forma, não nego a existência de um movimento pendular, em que se busca hoje a responsabilização de entes coletivos, o que pretendo demonstrar é a utilização de vias mais adequadas a tal responsabilização, que não a via do Direito Penal e Processual Penal. Pois entendo que tal responsabilização deve sim existir, principalmente pela complexidade das relações econômicas e sociais atuais, que possibilitam a realização de diversas práticas ilícitas e ilegais sem maiores consequências.

Além disso, ao abordar a função da pena, tratando tanto da teoria absoluta (função retributiva da pena), quanto da teoria relativa (prevenção geral e especial da pena), temos que a função que a pena desenvolve em relação ao indivíduo pessoa física considerada não é a mesma que a pena exerce em relação à pessoa jurídica, pois esta sofre, de forma mais eficaz, apenas os efeitos da prevenção geral (ação intimidadora – função social da pena), ainda que considerada apenas em seu aspecto econômico, ou seja, questões financeiras relacionadas a pena, independentemente da via aplicada, civil, penal ou administrativa.

Podendo se ver presente uma tendência mundial na aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, em diversos ordenamentos jurídicos de diversos países, contudo, cada ordenamento apresenta suas peculiaridades e assim, não podemos utilizar de modelos estrangeiros, como o modelo francês ou chileno sem que diversas alterações internas em nosso ordenamento sejam feitas a fim de possibilitar sua aplicação da melhor forma possível.

O Brasil ao adotar o modelo francês da responsabilidade penal da pessoa jurídica, com a implementação da Lei 9605/98, o fez de forma pouco inteligente, na medida em que nosso ordenamento para efetivar uma concreta responsabilidade criminal de tais entes necessita de diversas alterações, ainda não realizadas, correndo-se o risco de levar a descridibilidade a tal instituto (SANTOS, 2010). Da mesma forma se pensarmos o modelo chileno que apresenta uma legislação bem elaborada no assunto, se o utilizarmos, como base ao nosso ordenamento, diversas mudanças também se fariam necessárias.

No mesmo capítulo tratamos da influência que a mídia exerce sobre nosso ordenamento jurídico, influência essa que para o Direito Penal e Processual Penal, principalmente, ocorre de forma negativa. Atuando, desde a manipulação de informações e fatos para o indivíduo (público), como a influência na interpretação dos fatos por pessoas ligadas ao processo, como o juiz julgador em questão, que mesmo de forma indireta não está alheio a tal influência. Como foi demonstrado, contudo, o poder midiático é passível de controle, na medida em que pode e deve ser utilizado para um melhor fim, auxiliando a justiça, sem que se torne parcial ou mesmo sem que o Estado tenha que exercer qualquer censura em relação à mídia.

Além dos temas acima tratados, o presente estudo trouxe uma abordagem em relação ao Delito Penal e sua estrutura, ou seja, quais os requisitos necessários para sua caracterização, e, independentemente da teoria adota, temos que são três os principais

requisitos a serem preenchidos, a tipicidade, antijuridicidade e a culpabilidade. Dessa forma, temos que para que exista uma norma penal, essa deve estar fundamentada em valores essenciais para uma sociedade, preenchendo dessa forma, o último requisito (culpabilidade), que expressa questões de política criminal. Tais valores dessa forma devem servir como base a todo nosso sistema jurídico, não só o Direito Penal, estando eles previstos principalmente em nossa Constituição Federal, funcionando assim, como um limite negativo ao exercício do Direito Penal, e não como sua fundamentação para criação de novos tipos penais.

Com base nisso, o bem jurídico ambiental, deve ser entendido como aquele cuja proteção não se dá exclusivamente para atender necessidades do ser humano, mas também não deve ser entendido como um bem jurídico cuja proteção se dê exclusivamente como forma de se preservar o meio ambiente. Temos que o bem jurídico ambiental deve atender tanto as necessidades humanas, quanto à conservação ambiental, a fim de se obter um equilíbrio entre ambos. Portanto, como ficou demonstrado nossa Constituição Federal é a responsável por elencar os principais valores a serem protegidos por nossa sociedade, em matéria ambiental não temos panorama diverso, prevendo em diversos artigos a proteção ao meio ambiente. Contudo, não fica clara a previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica com base na leitura de tais artigos, apresentando-se posicionamentos contrários e favoráveis a tal responsabilização em nossa doutrina como exposto.

Entendendo o presente estudo como o mais adequado esse entendimento, ou seja, o de que nossa Constituição Federal deve ser interpretada de forma sistêmica, assim como todo nosso ordenamento jurídico, a fim de possibilitar melhor compreensão de nossos institutos e normas legais. Em sua decorrência, mesmo com o texto de lei dúbio presente no artigo 225 de nossa Constituição, não cabe cogitarmos na possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, visto tal interpretação ferir diversos outros dispositivos e princípios constitucionais.

3. PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

O presente capítulo visa tratar das possíveis formas de responsabilidade ambiental, excluindo-se por hora a responsabilidade penal ambiental, pois será explorada a responsabilidade civil por dano ao meio ambiente, fazendo-se uma diferenciação com a responsabilidade penal. Será também trabalhada a responsabilidade administrativa por dano

ambiental, além de explorarmos o conceito de função sócio ambiental da propriedade. Conceito este importante para entendermos as possíveis formas de responsabilização acima expostas.

Não só abordaremos os assuntos acima referidos, adentrando em diversas críticas possíveis de serem feitas em relação à Lei 9605/98, além de expormos os requisitos necessários para a responsabilidade criminal da pessoa jurídica e a complementação administrativa dos tipos penais previstos e tal legislação pelo Direito Administrativo. Abordando de forma mais específica temas que foram citados em capítulos anteriores como o Direito Penal Simbólico.

3. 1 Responsabilidade Civil Objetiva, Administrativa e Responsabilidade Socioambiental

Antes de adentrarmos especificamente na responsabilidade penal ambiental da pessoa jurídica, interessante mostrar outras formas de responsabilização, como a responsabilidade civil por dano ao meio ambiente e a responsabilidade administrativa por dano ambiental, demonstrando suas diferenças e peculiaridades para que não se confundam com a responsabilidade penal ambiental. Iniciaremos tais distinções partindo da responsabilidade civil por dano ao meio ambiente.

3. 1. 1 Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente

Para tratarmos da responsabilidade civil, primeiramente devemos analisar o que deve ser entendido como dano. No Brasil, uma classificação possível é em relação aos danos públicos e danos privados. Este gera a recomposição do patrimônio do particular, aquele por sua vez atinge uma coletividade muito maior. O dano ambiental em regra é considerado como dano público na medida em que, mesmo quando atingido como destruição ao patrimônio particular, também gera danos à coletividade, pois esta se beneficia do ambiente como um todo, não há como fazer uma separação completa entre o particular e o público (LEMOS, 2002).

O dano ambiental deve ser assim, entendido como algo além da reparação dos prejuízos patrimoniais causados, na medida em que o meio ambiente não deve ser protegido como um fim em si mesmo (FREITAS, 2000). Sampaio (1998, p. 102) em análise da doutrina

estrangeira entende que o meio ambiente é conceituado pelas diferentes formas como ele se manifesta, nesse sentido em um primeiro momento o que se procurou solucionar era a questão de se definir se a “vítima dos danos ambientais era o ser humano ou o meio ambiente”. Dessa forma, o dano ao meio ambiente em regra será difuso, contudo também é possível que interesses de terceiros sejam atingidos reflexamente (por ricochete) (LEMOS, 2008).

Antes de adentrarmos na distinção entre responsabilidade subjetiva e objetiva, deve-se ter em mente que o ato ilícito (artigo 186 CC/02) não se confunde com o dano ambiental, pois o ato ilícito pode ocorrer sem que ocorra o dano ambiental e vice versa (LEMOS, 2008). Importante mencionar que, além do dano ambiental ser difuso, outra característica é que as obrigações ambientais são obrigações *propter rem*, ou seja, acompanham a propriedade do bem, uma vez que tais deveres são para com a coletividade. Como reflexo da distinção acima (dano público ou particular) temos como exemplo a função sócio ambiental da propriedade privada (tema este será trabalhado mais adiante), áreas de reserva legal, áreas de proteção permanentes etc (LEMOS, 2008).

Além da distinção acima entre dano público e privado, outros temas devem ser analisados em relação à responsabilidade pelo dano, como a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva. A primeira como sendo a existência do dano, da conduta, do nexo de causalidade e da culpa – lato sensu, e a segunda excluindo-se a necessidade de comprovação da culpa (COSTA, 2010). No Brasil, como regra geral adotou-se a teoria da responsabilidade subjetiva, aplicando-se a responsabilidade objetiva como exceção (LEMOS, 2008), utilizando-se está para os casos de responsabilidade civil do meio ambiente (SILVA, 2010), prevista na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente e em nossa Constituição Federal de 1988 (artigo 14, §1º da Lei 6938/81 e artigo 225, §§2º e 3º da Constituição Federal) (COSTA, 2010).

Sendo que nos casos referentes ao meio ambiente, a aprovação prévia para exercício da atividade, por exemplo, com o uso do estudo prévio de impacto ambiental, não exoneram o empreendedor da responsabilidade de vir a reparar um dano que possa dar causa ao meio ambiente ou a terceiro. Sendo a responsabilidade solidária de todos os agentes (SILVA, 2010). Ocorrendo que dano ambiental na maioria das vezes irreparável, e por assim o ser a legislação ambiental deve sempre priorizar a prevenção, fazendo-se uso de princípios como o

do poluidor pagador (reparação e prevenção) ou princípio da precaução (principalmente em políticas públicas) (LEMOS, 2002).

Já nosso Código Civil, em seu artigo 927, adota ambas as teorias, conseguindo abarcar um número muito maior de ações que geram dano, pois em muitos casos não é possível à prova da existência da culpa, bastando à comprovação do nexo causal entre a conduta e o resultado (LEMOS, 2002). Contudo, a responsabilidade objetiva deve ser sempre pautada na lei, sob pena de ocasionar insegurança jurídica no âmbito obrigacional, além de possibilitar maior arbitrariedade na aplicação de tal responsabilidade pelo judiciário. (LEMOS, 2002)

Assim, a ação ou omissão, na responsabilidade objetiva, se configura pela simples atividade exercida, ou seja, pelo risco daquela atividade. E todo dano, para o Direito Civil, deve ser reparado, independentemente de culpa ou dolo, nem mesmo a comprovação da legalidade da atividade pode eximir o agente causador do dano de repará-lo (LEMOS, 2002). Costa (2010) também pactua de tal entendimento, ou seja, de que a responsabilidade objetiva prevista no Código Civil tem como fundamento o risco inerente à atividade exercida. Contudo, quando se trata de dano ambiental, a grande dificuldade para a sua caracterização é a sua diferenciação de um dano não significativo, ou seja, aceito pela sociedade. O problema de tal critério é em relação ao seu limite, ou seja, quais seriam os limites de tolerabilidade para um dano ser considerado significativo, sem que isso gere arbitrariedade aos aplicadores da lei.

Pelo fato de o meio ambiente ser considerado um direito difuso a reparação prevista no Código Civil não visa apenas reparar o dano ambiental concretamente verificado, mas indenizar toda a população que se viu privada daquele bem pelo período a se verificar no caso concreto. Tendo como principal instrumento para a tutela de tal direito a ação civil pública (COSTA, 2010). Hoje no Brasil, além da ação civil pública, o acesso ao Judiciário para a defesa do meio ambiente pode ser considerado pleno, pois diversos são os legitimados para essa defesa, como o Ministério Público, Autarquias, União, Estados Municípios, etc., e diversos são os mecanismos possíveis de se realizar a defesa como inquérito civil (por meio do Ministério Público), a Ação Popular, a Ação Civil Pública acima citada, entre outras (FREITAS, 2000).

3. 1. 2 Diferenciação com a responsabilidade penal

Com base no exposto, temos uma forte diferenciação com o direito penal, pois neste não se admite qualquer forma de responsabilidade objetiva. Além de a responsabilidade no direito civil visar à indenização e reparação do dano, diferentemente da prevista pelo direito penal que se busca sancionar e punir a conduta. Dessa forma não atua de forma preventiva, apenas de forma repressiva ao dano. Atuando de forma preventiva apenas em sua função preventiva geral (COSTA, 2010). Assim, os ilícitos civis e os ilícitos penais visam objetivos diversos, sendo portando, complementares e não excludentes. Conforme se posiciona Beviláqua (1955) o crime seria um elemento perturbador do equilíbrio social, e o Direito Penal atuaria no sentido de se reestabelecer o equilíbrio. Diferentemente o Direito Civil, em relação aos atos ilícitos, não o veem como elementos perturbadores da ordem social, mas sim como uma ofensa ao direito privado assegurado pela lei.

Ainda o mesmo autor complementa ao dizer que a responsabilidade penal à pessoa jurídica não se justifica da mesma forma que a responsabilidade civil à mesma, pois esta se faz necessária na medida em que o dano causado exige reparação, sendo causado por algum órgão da pessoa jurídica no exercício de suas atividades, esta é quem devera satisfazer esse dano. Já a responsabilidade penal vai além do dano, pois necessita de uma “atividade criminosa determinada por uma vontade antissocial”, atividade esta que não encontramos nos entes coletivos (BEVILAQUA, 1955, p. 131).

A grande dificuldade, como acima já exposto é em relação à quantificação dos danos contra o meio ambiente, ou seja, quais danos seriam considerados relevantes assim, como auferir os reais prejuízos causados ao meio ambiente e à sociedade? O ambiente, pela sua natureza, não é um bem destinado juridicamente ao comércio, assim, o dinheiro e o meio ambiente não são bens fungíveis entre si. Além disso, a reparação que visa obter o *status quo* nem sempre é satisfatória em matéria ambiental, pois o retorno ao estado anterior nem sempre é possível. Dessa forma o Direito Penal, em sua vertente sancionadora funcionaria para coibir condutas (atuação preventiva) e punir atos já praticados (atuação repressiva) (FREITAS, 2000). Porém quando se trata de prevenir e punir atos já praticados por pessoas jurídicas, o Direito Penal não consegue desempenhar a mesma função quando frente a atos de pessoas físicas, que são atingidas muito mais fortemente pelo caráter simbólico e público relacionados com o Direito Penal e Processual Penal (carga social negativa de tais institutos).

Tal fato se dá, como se verá mais à frente pelas penas e processos aplicados à pessoa jurídica, sistemas esses pouco pensados para uma realidade tão peculiar como a econômica, em se tratando de empresas.

3. 1. 3 Responsabilidade administrativa por dano ambiental

A lei 9605/98, em seu artigo 70, define o que é infração ambiental:

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

A lei apresenta assim, um conceito amplo, abrindo caminho para criação de condutas proibidas por meio de decretos, regulamento e resoluções. Fato este, que pode ser entendido como uma violação ao princípio da legalidade (COSTA, 2010). Já as infrações administrativas em espécie, em relação ao meio ambiente, são reguladas pelo Decreto 6514/2008 (regulamenta a Lei 9605/98), contudo a maior parte das condutas por ele descritas é mera cópia das condutas previstas como infração penal pela Lei 9605/98 (COSTA, 2010).

Entretanto, no Direito Administrativo temos a definição de infração diferente da do Direito Penal, aqui a infração é tida como um comportamento típico e antijurídico. Todavia a tipicidade e antijuridicidade são vistas de formas diferentes da do Direito Penal, a primeira é vista de modo mais relativo e mais formal (ex. mera inobservância à norma já a configura), a segunda não é tema de grande estudo pelos administrativistas e a culpabilidade não é considerada (COSTA, 2010). Portanto, não há que se cogitar que o Direito Administrativo seria uma via muito branda em relação às infrações ambientais, pois devido sua estrutura (muito mais flexível que a do ilícito penal) permite uma maior aplicabilidade, principalmente quando relacionado às infrações ambientais cometidas por pessoas jurídicas, não aplicando, entre outras coisas, o princípio da culpabilidade.

Em complementação ao exposto acima, a atividade administrativa na seara ambiental deve ser vista como limitada, ou seja, tem seus limites de exercício na lei (exercício do poder de polícia). Devendo o poder de polícia se subordinar ao princípio da legalidade e ao interesse público, podendo citar o artigo 78 do Código Tributário Nacional que conceitua a matéria (COSTA, 2010). Além de tal dispositivo legal a doutrina também apresenta conceitos do poder de polícia, dividindo-o em dois tipos, o poder de polícia em sentido amplo (atos do Legislativo e do Executivo) e em sentido estrito (intervenções do Poder Executivo) (MELLO,

2002). Mostrando-se como instrumento importante para a preservação e repressão ao dano ambiental (ANTUNES, 1990).

Para tais medidas, assim como quaisquer outras medidas administrativas devem sempre ser respeitadas as bases impostas pela Constituição em relação à atuação administrativa do Estado, presente em seu artigo 37 (princípios da administração: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade etc.) (ANTUNES, 1990). Assim, a atuação do Direito Administrativo se mostra de forma preventiva (limitando e restringindo direitos) e repressiva (sancionando a desobediência à norma). São diversos dessa forma, os instrumentos utilizados pelo Direito Administrativo no âmbito ambiental, como por exemplo, o estudo de impacto ambiental, políticas de manejo ou gestão, delimitação de áreas protegidas etc (COSTA, 2010).

Como forma de concretização de tais medidas, o Direito Ambiental conta com a estrutura do SISNAMA – Sistema Nacional do Meio Ambiente (lei 6938/81), tendo sua estrutura elencada no artigo 3º do Decreto N. 99.274 (COSTA, 2010). Atuando com uma rede articulada de entes, estruturadas e denominada SISNAMA (acima referido) controlado pelo CONAMA (conselho nacional do meio ambiente) (SILVA, 2010). Sendo que na lei 6938/81 estão elencados os princípios e objetivos da política nacional do meio ambiente e entre eles se encontra a educação ambiental que se mostra como a via mais eficaz de conscientização da proteção do meio ambiente criando a ideia de consciência e responsabilidade de todos nessa proteção.

Pois, a baixa reprovabilidade social dos crimes ambientais nos leva a via de sua repressão, ou seja, levando-nos muitas vezes à escolha de vias administrativas, que ao meu ver se apresenta como a mais adequada não só pela baixa reprovabilidade social das infrações, mas também por ser uma via mais adequada em relação às infrações cometidas por pessoas jurídicas (SÁ; SHECAIRA, 2008). Tal fato ocorre, entre outros fatores por ocasião de a criminalidade moderna, como os crimes econômicos e ambientais, apresentarem ausência de vítimas individuais, com pouca visibilidade (SÁ; SHECAIRA, 2008).

Como via a essa baixa reprovabilidade social temos o direito administrativo sancionador, defendido por diversos autores capaz de atuar na esfera ambiental ao invés do Direito Penal. Podemos citar Miguel Reale Junior, Eduardo Reale Ferrari, Helena Regina Lobo Da Costa e Fábio Medina Osório. Há também, os que defendem a intervenção penal na

sseira econômica, como Klaus Tiedemann, Luís Gracia Martín, Carlos Martínez-Baján Pérez, Juanm Terradillos Basoco, José Francisco De Faria Costa (SOUZA, 2012). Contudo, Souza (2012) aponta que a adoção da via penal ou administrativa não tem como base o bem jurídico a ser protegido, mas sim critério de conveniência política e eficácia social, pois em muitos casos as sanções administrativas se mostram mais gravosas que as próprias sanções penais.

Sendo que para a aplicação de qualquer sanção o processo administrativo se faz necessário, respeitando todas as garantias e direitos constitucionais e processuais (SILVA, 2010), assim, deve se pensar em um processo administrativo condizente com a realidade administrativa mais gravosa, ou seja, fornecendo todas as garantias processuais necessárias (SOUZA, 2012). Por fim, como mais uma característica das sanções administrativas em matéria ambiental temos que os valores arrecadados administrativamente, em nosso atual sistema, são destinados a um Fundo, conforme artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública, visando à reparação do dano (SILVA, 2010).

Para a utilização do Direito Administrativo em casos de danos ambientais, sua via sancionadora, como se verá detalhadamente em capítulos seguintes, apresenta-se como uma importante forma de atuar tanto na forma preventiva, quanto na forma repressiva de tais danos. Atuando aqui, tanto em relação às pessoas físicas, quanto em relação às pessoas jurídicas.

3. 1. 4 Função sócio ambiental da propriedade

Para tratarmos da função sócio ambiental, alguns institutos são necessários serem elencados, entre eles o artigo 1228 do Código Civil de 2002 que trata da propriedade, trazendo elementos para além do direito individual de explorá-la, ou seja, traz a passagem do cunho individualista para a publicização desta frente aos direitos de ordem ambiental. (LEMOS, 2008) Segundo §1º do artigo 1228 do Código Civil, o direito de propriedade para ser exercido deve estar em consonância com suas finalidades econômicas e sociais, englobando nesse ponto a preservação ecológica, entendida como a fauna, flora, além do patrimônio histórico e cultural (COSTA, 2010).

A publicização dita aqui faz relação com o forte conteúdo de direito público inserido na propriedade delimitando-a, dentre tais medidas tem-se a sua função social que a propriedade deve exercer (LEMOS, 2008). Para isso, devemos entender a propriedade em

duas vertentes, ou seja, uma relacionada à sua estrutura condicionada ao cumprimento de sua função social e outra relacionada com o exercício do direito de propriedade que pode ser limitado. Assim, temos que as limitações são dirigidas ao proprietário já a função social é condicionante da própria propriedade. Dentre as limitações da propriedade temos as limitações administrativas, como o tombamento, direito de vizinhança etc., já a função social encontra-se em nossa Constituição Federal de 1988, em seu artigo 186, como sendo o preenchimento dos requisitos da lei (ex.: aproveitamento racional e adequado, utilização adequada dos recursos naturais etc.) (LEMOS, 2008).

A função sócio ambiental da propriedade, por sua vez, como dito anteriormente, não se atém apenas a função social, que tende a existir apenas na lei, uma vez que sua aplicação prática é ínfima e não cabe ao presente estudo se aprofundar nela. Tal função não deve existir como um simples limite ao exercício da propriedade, mas sim impondo ao proprietário comportamentos positivos no exercício de seu direito visando à proteção e preservação do meio ambiente e meio social (LEMOS, 2002). Isso se mostra necessário, pois, os mecanismos reparatórios oriundos de danos ou atos ilícitos não devem ser vistos como única via a ser aplicada para com a questão ambiental. Além disso, tais mecanismos não visam apenas reparar o dano, segundo Lemos (2008) em muitos casos a indenização pelo cometimento de um dano ou de um ato ilícito deve estar vinculada à função pedagógica que essa punição possa ter, a fim de atuar de forma preventiva na ocorrência de futuros atos (caráter desestimulador).

Diversos são os princípios aplicáveis em relação à propriedade e sua função socioambiental, como o princípio da ubiquidade, do desenvolvimento sustentável, da participação, do poluidor-pagador (o poluidor arca com os custos da poluição, despesas com prevenção, reparação e repressão), da precaução, da função socioambiental da propriedade, da solidariedade intergeracional (preservar para gerações futuras) (LEMOS, 2008). O princípio socioambiental da propriedade visa que esta não pode ser entendida como sendo uma extensão única e exclusiva do direito do particular, mas representa algo maior, ou seja, passa a ser um direito-garantia da própria sociedade, pois sua utilização afeta a todos (LEMOS, 2008).

Temos assim, que a propriedade não se trata de um direito público, nem privado, mas sim um direito difuso que gera a garantia socioambiental. Dessa forma, tanto condutas

comissivas, quanto condutas omissivas são passíveis de serem punidas (LEMOS, 2008). Portanto, a função socioambiental da propriedade se mostra como instituto a ser seguido e respeitado em relação ao meio ambiente, em especial para se aferir possíveis lesões a este e a forma de sua responsabilização, seja ela, civil, administrativa ou penal. Utilização nas duas primeiras vias (civil e administrativa) de forma mais clara, mas também quando combinado com outras políticas, como as de *criminal compliance*, pode ser de grande utilidade em relação ao atos praticados pelos entes coletivos em eventuais responsabilizações penais.

3. 3 Direito ambiental econômico, eficácia da proteção penal ambiental e meios econômicos alternativos

O presente tópico busca abordar à adequação da proteção penal do meio ambiente, principalmente relacionada com os delitos cometidos pelos entes coletivos, para tal análise não poderíamos deixar de utilizar uma abordagem mais econômica. Feita essa abordagem discutirei brevemente sobre o Direito Penal como uma das vias de regulação econômica.

3. 3. 1 Direito ambiental econômico, definições de conceitos

Interessante vertente a ser estudada no presente trabalho é em relação ao Direito Econômico e sua influência nas questões ambientais, principalmente em relação aos ilícitos ambientais, estes entendidos tanto como os ilícitos administrativos, quanto os ilícitos penais.

Em primeiro lugar temos que o Direito Econômico pode ser entendido como instrumento da política econômica e como um direito político (relações sociais e relações econômicas) (DERANI, 1996). Conceito assim, que nos remete a outras definições, como o que seria a política econômica. Pela última temos como a responsável pela coordenação de atividades de mercados abraçando questões ambientais que estão intimamente ligadas a aspectos econômicos, pois, independentemente da conscientização social, hoje, tais fatores geram custos econômicos. A natureza dessa forma é vista, economicamente, como recurso e como tal é finito (DERANI, 1996).

Direito Econômico e Direito Ambiental, assim como todas as áreas jurídicas e não jurídicas estão interligadas umas com as outras, estão intimamente interligados, sendo que suas ações geram reflexos umas nas outras. Além disso, o Direito Econômico e o Direito Ambiental visam fins comuns (DERANI, 1996), ou seja, ambos buscam a melhoria do bem

estar das pessoas e a estabilidade do processo produtivo, ou seja, o aumento da qualidade de vida individual e coletiva (DERANI, 2001).

Diferentemente, temos a Economia, que em alguns pontos pode ter finalidades coincidentes com as do Direito Econômico, porém não de forma integral, pois a Economia está pautada no mercado em si, na busca pela melhor e mais eficiente alocação de recursos em busca do lucro, já o Direito Econômico visa garantir políticas do Estado que além da Economia devem favorecer o bem estar da população. A atividade econômica acima mencionada, assim, fundamenta-se, principalmente, em três fatores, o trabalho, o capital e o fator natureza, havendo assim, uma indissociabilidade entre os três fatores. Tendo previsão legal em nossa Constituição, artigo 170, ao tratar da Ordem Econômica e Financeira (DERANI, 2001).

Em certa medida, apesar da diferenciação acima feita entre Direito Econômico e Economia, utilizamos esta para se atingir objetivos ambientais, utilizando-se da racionalidade econômica de seus agentes de mercado, principalmente em relação à pessoa jurídica que pauta suas ações na maior obtenção de lucro. Não se pretende aqui exigir uma visão social do mercado, ou seja, a soma das vontades individuais formando a vontade coletiva, pois os agentes de mercado são dotados de um “egoísmo” que lhe é peculiar, ou seja, busca incessante por lucro (DERANI, 2001, p. 68). Não havendo que se fazer qualquer crítica a tal comportamento, pois é típico do mercado, necessitando apenas do Estado como regulador, ou melhor, orientador e limitador de ações.

O Direito Ambiental Econômico assim apresenta-se como importante via de prevenção e proteção ambiental principalmente quando utilizado para questões que envolvam entes coletivos, dotados de racionalidade econômica, contudo sua utilidade não se restringe apenas a tais entes, na medida em que o homem (pessoa física) também é dotado de racionalidade econômica e assim, é atingido por questões concernentes ao mercado. Podemos dizer, portanto, que toda teoria do Direito é uma teoria política em sua estrutura básica e como consequência lógica a teoria do Direito Econômico assim também é. Orientando-se em função dos princípios informadores do sistema econômico, na busca de sua otimização (DERANI, 2001).

A Economia Ambiental analisa o meio ambiente tendo este como algo limitado independentemente da eficiência tecnológica para sua utilização. Devemos assim, trabalhar

com o fato de que tanto a Economia, quanto o Ambiente não podem ser demasiadamente reprimidos em sua proteção e preservação, pois são setores interdependentes (desenvolvimento sustentável) (DERANI, 2001). Sempre na busca pela compatibilização entre o desenvolvimento econômico-social com a preservação do meio ambiente, pois ambos estão previstos constitucionalmente, devendo assim, priorizar pelo desenvolvimento sustentável capaz de equilibrar ambos os objetivos (SILVA, 2010).

Assim, como se verá demonstrado adiante, a utilização de incentivos econômicos, juntamente com investimentos em educação e modernização de técnicas de utilização dos recursos ambientais é possível à mudança de comportamentos dos agentes de mercado de forma mais eficiente e menos incisiva que por meio do Direito Penal, que além de pouco eficaz gera consequências muito mais gravosa ao cidadão pessoa física que meios administrativos e econômicos.

3. 3. 2 Regulação econômica por meio do direito penal

A utilização do Direito Penal como mecanismo regulador e sancionador de práticas econômicas, à primeira vista se apresenta como uma solução eficaz, dada a carga valorativa negativa inerente ao Direito Penal e seu caráter de medida mais extrema que o Estado pode tomar contra o cidadão, dentre outros motivos pelo fato de cercear a liberdade deste (SOUZA, 2012). Porém, em uma análise mais específica percebe-se que o Direito Penal apresenta peculiaridades que o torna incompatível para regular e sancionar as práticas econômicas, como por exemplo, as garantias processuais e legais inerentes ao Processo e Direito Penal, como se verá melhor demonstrado quando tratarmos da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Assim, o Direito Penal só pode ser utilizado para cercear um comportamento humano que ofenda de forma significativa um bem jurídico fundamental à convivência social, não passível de tutela por outro ramo (SOUZA, 2012). Não se pode admitir um crime sem que exista um bem jurídico a ser tutelado, determinando assim, o dever de proteção e o limite de intervenção. O meio ambiente apesar de passível de tutela penal⁴, quando se trata de ações referentes a agentes de mercado, ou seja, pessoas jurídicas, o Direito Penal não se mostra como o meio mais apropriado para tanto (SOUZA, 2012).

⁴ Tema controverso, pois há dificuldade em se quantificar o dano ambiental e se saber assim quando houve real ofensa a tal bem jurídico, conforme já exposta em capítulos anteriores.

O Direito Penal assim, se mostra pouco eficiente na tutela econômica, pois devido a grande mutabilidade a adaptabilidade do mercado, tal seara jurídica não acompanha tal desenvolvimento na mesma velocidade, dentro os motivos o seu sistema extremamente garantista, previsto por nossa Constituição Federal (SOUZA, 2012). Além do acima exposto, hoje, utiliza-se demasiadamente os tipos penais abertos, que não definem suficientemente a conduta proibida, abrindo margem para a discricionariedade do aplicador da norma, se afeta assim, o princípio da legalidade (SOUZA, 2012).

Não se deve admitir também o uso exagerado da assessoriedade administrativa para complementação dos tipos penais, técnica hoje também utilizada, significando transferência total do regramento à administração pública ou ao Direito Administrativo, pois tal fato também violaria o princípio da legalidade (SOUZA, 2012). O Direito Penal dessa forma, não se mostra a via mais promissora para regular e fiscalizar os mercados, que devido sua eficiência e mutabilidade necessitam de um sistema mais adequado a sua realidade, que consiga ser flexível o suficiente, mas que não gere discricionariedade a ponto de se ferir princípios como o da legalidade.

Nesse sentido, podemos citar o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE⁵, uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, que exerce, em todo o Território nacional, as atribuições dadas pela Lei nº 12.529/2011. Tendo como principal função zelar pela livre concorrência de mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência. Exercendo dessa forma três principais funções, quais sejam, a preventiva analisando previamente os atos de concentração econômica de modo geral que possam ferir a livre concorrência, a função repressiva, investigando e julgando as condutas acima referidas, e a função educacional ou pedagógica instruindo o público em geral sobre as diversas condutas que possam prejudicar a livre concorrência, incentivando estudos acadêmicos etc.

Dessa forma, respeitadas as peculiaridades do CADE em relação sua atuação concorrencial, tal sistema apresenta-se mais adequado para o controle econômico que o Direito Penal, pois além de mais flexível é mais efetivo na proteção econômica (SOUZA,

⁵ Dados obtidos no site: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?3dfd3ec249c748e271> em 19/02/2013.

2012). Fazendo-se uso do Direito Penal para situações pontuais e determinadas, preservando assim, a estrutura de tal ramo. Da mesma forma, poderia ser utilizado um sistema semelhante para as questões de controle ambiental, atuando de forma preventiva, repressiva e educacional. Não desconsiderando os atuais órgãos e autarquias ambientais, que representam uma estrutura semelhante, mas com pouca atuação e repercussão.

Deixo claro, porém, que o presente estudo não pretende aprofundar na análise de tais temas, visto serem de grande complexidade e exigiriam uma análise específica, o que se busca é despertar no leitor a existência de diversas outras possibilidades e alternativas à solução ambiental que não a via penal.

Outro interessante exemplo para o presente estudo é um sistema adotado por alguns municípios brasileiros contra o desmatamento que vêm apresentando-se como eficiente para com o meio ambiente, principalmente em sua via educativa. O projeto acima referido é denominado Municípios Verdes (GUIMARÃES; VERÍSSIMO; AMARAL; DEMACHKI, 2011, p. 10) conforme explicação abaixo:

Entre 2007 e 2008, o governo federal lançou uma série de medidas que foram decisivas para o combate ao desmatamento na Amazônia (ver Anexos 1 a 7). Essas medidas (o decreto 6.321 e seus atos administrativos) municipalizaram o combate ao desmatamento, restringiram o crédito a produtores irregulares, responsabilizaram toda a cadeia produtiva por desmatamentos ilegais e disponibilizaram à sociedade a lista dos infratores e a dos municípios críticos do desmatamento.

As ações de fiscalização dessa operação focaram nos municípios críticos do desmatamento, que até 2010 já somavam 43. Eles sofreram maiores restrições para acessar crédito, e seus produtores e empresas tiveram a imagem comercial negativamente afetada. Isso levou alguns municípios a buscarem um novo modelo de desenvolvimento. Paragominas, no Pará (2008), foi um dos primeiros municípios¹ a implantar o conceito de “Município Verde”. Esta iniciativa permitiu a Paragominas a condição de ser o primeiro município a sair da lista de municípios críticos. Em abril de 2011, o município de Querência (Mato Grosso) foi o segundo a sair da lista. Como resultado, em abril de 2011, o número de municípios críticos caiu de 43 para 41.

Assim, como dito acima, por meio de incentivos governamentais foi possível à implementação do programa, através dos Municípios de maior concentração de desmatamento, destacando-se o município de Paragominas na implementação de tal programa, que visa à ampla gestão municipal do meio ambiente, manejo florestal, intensificação da agropecuária e do reflorestamento, uso sustentável dos recursos, recuperação das áreas de preservação permanente (APP) e reserva legal (ARL). Para isso é feito o Cadastro Ambiental Rural (CAR) de todos os produtores rurais, assim como o Licenciamento

Ambiental Rural (LAR), criando bases para a segurança jurídica, atraindo investimentos, valorizando no mercado os produtos e obtendo mais créditos de fomento e assistência técnica. (GUIMARÃES; VERÍSSIMO; AMARAL; DEMACHKI, 2011)

3. 4 Conclusão

Como tratado no presente capítulo, diversas são as possibilidades de responsabilidade por dano ao meio ambiente, tendo a responsabilidade civil importante papel nesse contexto, na medida em que deve ser utilizada como forma de reparação dos danos ambientais, e como visto podendo ser utilizada de forma objetiva, ou seja, sem que haja a necessidade de comprovação de culpa do ato gerador do dano. A dificuldade que se apresenta é em relação à quantificação desse dano, a fim de se criar parâmetros para quais casos estaríamos diante de danos ambientais significativos a ponto de se gerar repercussões jurídicas.

Entendo que independentemente da dimensão do dano ambiental, este deve ser reparado, na medida em que não importa a dimensão do dano para que reflexos sejam sentidos no todo. Pois, mesmo que considerarmos alguns danos de pequena monta, isso não significa que não teremos reflexos em outras áreas, reflexos esses que podem ser mais ou menos significativos, porém não deixaram de ser significativos. Com a reparação civil, não estamos a punir de forma direta o agente causador do dano, atuamos de forma diversa a fim de conscientizá-lo da importância da preservação ambiental e mantermos assim um equilíbrio ambiental e social adequado à nossa vida.

A responsabilidade penal, por sua vez, visa objetivos bem diversos, pois tem como principal função o caráter preventivo, dada sua grande carga valorativa em nossa sociedade, mas sem deixar de utilizar sua função repressiva para questões onde outras searas não são suficientes para reprimir determinadas condutas. Contudo, quando tratamos de responsabilidade por dano ambiental cometido por pessoas jurídicas, a utilização do Direito Penal, não se mostra de forma simples como a utilização do Direito Civil. O Direito Penal como se verá mais adiante apresenta peculiaridades que o impossibilitam de atuar de forma eficaz em relação aos entes coletivos.

A utilização da via administrativa para reparação de danos ambientais, assim, apresenta peculiaridades que a distingue de outras formas de responsabilização, primeiramente tal via não visa apenas à reparação, como o Direito Civil (via reparatória se

apresenta em caráter predominante, mas não exclui outras finalidades), mas apresente como forte função seu caráter repressivo, principalmente por meio do Direito Administrativo Sancionador, capaz de atuar tanto em relação às pessoas físicas, quanto em relação aos entes coletivos, sem que isso represente qualquer subversão à sua aplicação, ou violação de quaisquer garantias legais, como ocorre com o Direito Penal em relação aos entes coletivos.

A função sócio ambiental assim, se apresenta como importante característica a ser respeitada, na medida que a propriedade ambiental não é dita nem como um bem particular, nem como um bem público de forma exclusiva, mas sim como um bem difuso e dessa forma capaz de afetar a todos. Com base nisso tanto condutas omissivas, quanto condutas comissivas devem ser perseguidas a fim de cumprir com tal função, que pode ser reforçada por meio das searas civis e administrativas de forma a servir tanto como via sancionadora, quanto como via pedagógica.

O Direito Penal também não se mostra a via mais promissora para o controle de questões econômicas, dentre outros motivos pela sua própria estrutura, incompatível com a do mercado. Outras vias assim, se mostram mais eficientes, entre elas temos a via do Direito Ambiental Econômico, que mescla questões concernentes à política econômica e o Direito Ambiental, apoiando-se em medidas de caráter eminentemente econômicas para atingir seus objetivos. Via essa mais promissora que a via Penal, apresentando tais vias resultados mais promissores, como o exemplo do Município de Paragominas, implementando o projeto do Município Verde, que mescla questões econômicas e educativas para com o meio ambiente, revertendo o quadro de desmatamento e se tornando um município modelo em tal combate.

4. RESPONSABILIDADE AMBIENTAL PENAL OU ADMINISTRATIVA – VANTAGENS E DESVANTAGENS

A forte preocupação ambiental ganhou apelo devido ao alto desenvolvimento industrial e progresso tecnológico, que ocasionou um alto índice de degradação do meio ambiente natural. Fato este que fez que com as empresas fossem vistas como agentes impunes, e que o Direito Penal deveria tomar alguma atitude para tanto (PRADO, 2009). Assim, hoje, busca-se o desenvolvimento sustentável, tentando compatibilizar o econômico, o sociocultural e o ecológico. A fim de reverter tal panorama em que o desenvolvimento industrial é visto como vilão do meio ambiente (PRADO, 2009).

Com base nisso, o Direito Penal, como se vem tentando demonstrar no presente estudo, não se mostra uma via eficiente nem adequada para oferecer respostas aos problemas ambientais, além de na maioria das vezes o Direito Penal se mostrar contra produtivo. Especialmente, quando estamos diante de instituições complexas como as empresas revestidas pela personalidade jurídica (COSTA, 2010, p. XVII). Dessa forma o presente capítulo busca trazer de forma mais detalhada os problemas inerentes à aplicação do Direito Penal em relação aos entes coletivos na seara ambiental e a utilização do Direito Administrativo como via principal.

4. 1 Problemas do direito penal em matéria ambiental e utilização do direito administrativo

Diversos são os problemas a serem enfrentados quando estamos diante do Direito Penal em matéria ambiental no Brasil, conforme já exposto no decorrer da obra, sendo um deles a utilização, em grande medida, da técnica das normais penais em branco, que em certas hipóteses pode gerar ofensa ao princípio da legalidade dos delitos e das penas (PRADO, 2009). Nesse contexto, o Direito Administrativo desempenha importante papel, que além da complementação normativa dos tipos penais ambientais cumpre a tarefa de proteção ao bem jurídico ambiental, tarefa esta que não é única do Direito Penal (PRADO, 2009).

O problema se dá quando tanto os ilícitos penais, quanto os ilícitos administrativos incidem sobre o mesmo fato, praticado pelo mesmo agente, cuja fundamentação jurídica é a mesma. Viola-se o princípio do *ne bis in idem* (PRADO, 2009), ou seja, as condutas previstas na Lei 9605/98 em sua maioria apresentam condutas administrativas correspondentes, assim, uma mesma conduta pode ser penalizada administrativamente e penalmente (FREITAS, V.; FREITAS, G., 2001). No mesmo sentido se posiciona Caldeira (2012), entendendo que tais sanções incidiriam sobre o mesmo fato, violando o princípio acima. Considerando ainda que a escolha da via penal ou administrativa não tem como base qual bem jurídico se visa proteger, mas trata-se de uma escolha política. Sendo necessário a dependência das instâncias penais e administrativas como forma de dar unidade ao sistema, mas não com uma sobreposição das mesmas (CALDEIRA, 2012).

A utilização do Direito Penal deve ser com base nos princípios penais e constitucionais na proteção de bem jurídicos, quais sejam, o princípio da intervenção mínima e da fragmentariedade, não de forma desmensurada utilizando-se sempre o Direito

Administrativo como via para suprir falhas de sua atuação (PRADO, 2009). Outro problema da identidade de aplicação do Direito Administrativo e do Direito Penal é o reforço da ideia meramente simbólica de tal ramo do direito, como já foi explanado no presente trabalho, frente a condutas que poderiam ser sancionadas de forma mais eficaz por outros ramos do direito, caso houvesse mecanismos eficientes de controle e fiscalização (PRADO, 2009).

4. 1. 1 Críticas à legislação

Diversas são as críticas passíveis de serem feitas em relação à legislação ambiental, em especial à parte referente à responsabilização criminal da pessoa jurídica, além das acima já referidas, sendo as principais à possibilidade de se aplicar a culpabilidade em relação à pessoa jurídica (não se mostra viável) e os problemas em relação às possíveis penas de a ela ser aplicadas (penas diversas, em alguns casos, das penas à pessoa física) (GOMES, 1999). Ainda em relação ao princípio da culpabilidade temos que a pessoa jurídica não é capaz de ter consciência, não há assim como auferir sua culpabilidade. Tiedemann (1995), por sua vez, entende que haveria a possibilidade de se aplicar a culpabilidade social da empresa, baseada na consciência social e assim possibilitando sua responsabilização por meio do Direito Penal.

No âmbito infraconstitucional temos a Lei 9.605/98 que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, consagrando em seu artigo 3º, a responsabilidade da pessoa jurídica, tanto civil, administrativa, quanto penal. Não se excluindo a responsabilidade das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, consagrando-se dessa forma a coautoria necessária entre agente individual e coletividade (SHECAIRA, 1998). Já em relação às penas, a Lei 9605/98 em boa parte dos tipos penais nela previstos (32 dos 62 ao todo) são delitos de bagatela, fadados à prescrição (PRADO; DOTTI, 2010, p. 40). Dessa forma Luisi (2010) critica a lei por violar os princípios básicos do Direito Penal e alargando-o indiscriminadamente, ferindo assim, o princípio da intervenção penal mínima.

Não só isso, a responsabilidade penal da pessoa jurídica colide com as forma de sucessão e transformação societária, conforme Breda (2010), ou seja, não há como cindir a sanção penal entre duas empresas cindidas, ou mesmo aplicá-la ao novo ente jurídico formado pela fusão ou incorporação, pois não se pode imputar a responsabilidade penal a terceiros, violar-se-ia o princípio da pessoalidade da pena.

Além disso, à legislação ambiental conta com diversos outros problemas em sua execução como a falta de consciência e educação das pessoas, pouca credibilidade dos órgãos ambientais e do Poder Judiciário, sistema de fiscalização ineficiente entre outros (LEMOS, 2002). Nas infrações penais do meio ambiente, o agente normalmente é punido não por praticar um ato ou atividade danosa ao meio ambiente, mas por não ter obtido autorização para a realização de tal atividade, ou seja, pune-se penalmente por atos de mera infração administrativa (LEMOS, 2002).

A lei prevê ainda, três modalidades de pena, a multa, as restritivas de direitos (artigo 22) e a prestação de serviços à comunidade (artigo 23). Em relação à primeira, a lei apenas remete ao Código Penal (artigo 18), ou seja, faz referências ao sistema de dias multa, sem, contudo, fazer qualquer adaptação à pessoa jurídica. Nada impedindo também que tais penas sejam aplicadas isoladas ou cumulativamente em relação à pessoa jurídica (SHECAIRA, 1998). Dessa forma, a pena de multa, se torna pouco adequada, uma vez que a depender do tamanho da empresa em análise, o sistema de dias multa, torna-se irrisório em relação à proporção do dano ambiental, ou mesmo pouco efetiva por não representar valores significativos para a empresa.

Não se questionando os objetivos desejados com o sistema de multa, pois os valores recebidos por meio da multa são revertidos em benefício do Fundo Nacional do Meio Ambiente (lei 7.797/89), sendo, portanto uma via importante para a preservação ambiental, sem pretender aqui analisar e questionar o destino real das reservas dos diversos fundos existentes no Brasil. (SHECAIRA, 1998).

A Lei 9605/98, como dito, elenca a possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas, contudo em seu art. 4º, traz a possibilidade da desconsideração de personalidade jurídica de determinada empresa e assim, a responsabilização dos responsáveis pelos atos danosos praticados (LEMOS, 2002). Sendo assim, qual a finalidade de se responsabilizar a pessoa jurídica se esta só pratica seus atos por meio de seus dirigentes? Inclusive com a aplicação da responsabilidade civil objetiva, desde que preenchidos os requisitos necessários para sua caracterização. Nessa linha de pensamento, ou seja, a de responsabilização dos dirigentes da pessoa jurídica em questão temos Tavares (2012) que entende a responsabilidade como sendo pessoal, atribuída ao indivíduo que tenha agido de forma relevante para aquele resultado, não sendo suficiente a mera desobediência de normas.

O Direito Penal nesse sentido se mostra apenas como um meio de pressão para com o delito do que para com suas peculiaridades, afastando-se de sua essência para ser utilizado para delitos essencialmente econômicos, como os cometidos por pessoas jurídicas. Sua utilização pode apresentar problemas de concretização da norma penal ao se ter dificuldade em considerar quando o meio ambiente como bem jurídico a ser tutelado foi atingido, principalmente por meio dos crimes de perigo, que pode ocorrer em duas modalidades, quais sejam, os crimes de perigo concreto e os crimes de perigo abstrato (COSTA, 2010). Sendo estes, um dos tipos de delitos utilizados de forma mais comum em matéria ambiental, ou seja, os delitos de perigo (abstrato e concreto) e os delitos de resultado. (PRADO, 2009)

Assim, os crimes de perigo abstrato e os crimes de perigo concreto apresentam suas peculiaridades, pois nestes a situação de perigo deve ser verificada em face de uma situação posta, ou seja, a comprovação de perigo é necessária para que se caracterize o crime. Já nos crimes de perigo abstrato, a mera conduta do agente já configura o ato delituoso, não havendo necessidade de provar o perigo, pois a conduta em si já é considerada como sendo perigosa, nesses casos temos uma presunção absoluta dificultando que o agente exerça sua defesa (SHECAIRA, 1998). Dessa forma, os crimes de perigo abstrato não coadunam com nosso ordenamento, pois em nosso Direito Penal vige a culpabilidade como requisito necessário à configuração do crime, além de a Constituição Federal ter estabelecido o princípio da presunção de inocência (SHECAIRA, 1998).

Ao se visar um Direito Penal mínimo não podemos nos utilizar de crimes de perigo abstrato, aplicando-se o mesmo raciocínio em relação às pessoas jurídicas, que teriam suas atividades muitas vezes inviabilizadas em decorrência da existência de diversos tipos penais de perigo abstrato, aumentando-se demasiadamente o risco da atividade por elas exercida (SHECAIRA, 1998). Assim, os crimes de perigo abstrato devem apresentar uma reprovação concernente tanto a ação, quanto no resultado, distinguindo-se da mera desobediência (SILVEIRA, 2006).

Ainda, sobre os crimes de perigo abstrato não se quer aqui dizer que no âmbito penal econômicos tal mecanismo não seja necessário em determinados casos, porém seu uso deve ser de forma melhor elaborada, adentrando nas especificidades do caso concreto, como bem aponta Silveira (2012) ao entender como inerentes aos crimes de Direito Penal Econômico, ou seja, crimes de natureza supraindividual. Seguindo a linha de pensamento exposta acima,

temos que a colocação do meio ambiente em perigo só ocorrerá quando houver perigo ao meio ambiente considerado como essencial a vida humana, sempre sem desconsiderar a dificuldade em se quantificar o real dano ou exposição a um perigo que posso ferir tal bem (COSTA, 2010). E em que medida a violação de uma norma penal estaria colocando o meio ambiente em risco ou se tal violação não seria mais uma violação de normas administrativas, sem a necessidade da intervenção penal. Além disso, outro problema de nossa legislação foi o de responsabilizar apenas as pessoas jurídicas, pois dessa forma as sociedades de fato, irregulares, sem registro etc. não poderiam ser responsabilizadas penalmente (FREITAS, V.; FREITAS, G., 2001).

Sendo que os problemas mencionados acima não se restringem a eles próprios, pois são agravados na medida em que nosso ordenamento penal, processual e constitucional está voltado para as pessoas naturais. Para tanto se faz necessário à criação de um sistema ou microsistema específico para tais casos, abarcando também regras processuais próprias (PRADO; DOTTI, 2010).

4. 1. 2 Complementação administrativa dos tipos penais

Fato que se observa da lei 9605/98 é que constantemente seus tipos penais são complementados por normas administrativas (COSTA, 2010), contudo, essa complementação traz alguns problemas, entre eles o de ferir o princípio da legalidade, ou seja, para tal princípio não basta o simples informar que determinada conduta é proibida, é necessário também que sirva como limite à política criminal.

A existência de normas penais em branco e os tipos penais subsidiários de normas administrativas, ambos os sistemas utilizados para dar maior mobilidade ao sistema, sem que necessite de alterações constantes, apresentam problemas em sua utilização, principalmente em relação à indeterminação, ou seja, pode lesar o princípio da legalidade (SHECAIRA, 1998). Tal técnica legislativa apesar de viável em diversas áreas como o Direito Civil e o próprio Direito Administrativo, pois dá maior flexibilidade ao sistema, no direito penal se torna um obstáculo, pois este deve ter suas normas de forma completa e autônoma, evitando a remissão a outras regras do ordenamento (MILARE; COSTA JR., 2002).

Nesse sentido se posiciona Costa (2005), que entende ser necessária complementação administrativa em relação aos delitos ambientais, pois dessa forma estaria se dando unidade

ao sistema, uma vez que o Direito Penal não conseguiria contemplar todos os detalhes em sua estrutura típica, mas entende que a atual utilização do Direito Administrativo (assessoriedade administrativa), especificamente na complementação de tipos penais ambientais, apresenta problemas de difícil superação.

Barandier (2012) expõe assim tal visão, entendendo que a Lei 9.605/1998 merece diversas críticas pelo fato de se utilizar grande número de normas penais em branco, tipos abertos e problemas em relação a complementação administrativa, mesmo inovando em relação a responsabilidade penal da pessoa jurídica, não o fez de forma compatível com o restante de nosso ordenamento. Além disso, o Direito Administrativo se mostra muito mais flexível que o Direito Penal, utilizando-se de conceitos indeterminados e com uso maior da discricionariedade, ao ser utilizado como assessorio ao Direito Penal essas características se tornam um problema, gerando alto grau de incerteza de aplicação da norma (COSTA, 2010).

Essa complementação além do problema da aplicabilidade no caso concreto, gera também forte insegurança aos usuários da norma, referindo-me aqui, especificamente às pessoas jurídicas, que pela natureza de suas atividades as coloca em posição de potencial risco de cometer um ilícito ambiental, não conseguindo prevenir suas ações de forma correta frente a uma incerteza de interpretações e complementações por meio do Direito Administrativo (COSTA, 2010).

4. 1. 3 Direito penal simbólico

Outro problema, já comentado no presente trabalho, porém ainda pouco trabalhado, diz relação ao Direito Penal Simbólico, que quando utilizado de forma exacerbada pode gerar efeitos indesejados. Sendo utilizado hoje, para com as exigências político-criminais de celeridade e eficácia frente à sociedade de risco, funcionando como agravantes para a crise do Direito Penal Moderno, desnaturando cada vez mais a essência do instituto penal (fundamentalmente garantista) (CARVALHO, É.; CARVALHO G., 2010). Segundo Costa (2010), o Direito Penal Simbólico é utilizado para fazer referência a reprovação ao uso do Direito Penal como instrumento ilegítimo na criminalização para se obter um efeito meramente ilusório e não instrumentais.

Para entendermos essa ideia de direito simbólico temos que ter em mente que o Direito Penal é um fenômeno comunicativo, e este fenômeno está presente em todas as normas, já o

simbolismo está presente apenas em algumas que buscam obter efeitos não manifestos, ou seja, quando o texto de lei se torna mais importante que a conduta por ele prevista (COSTA, 2010). Algumas características podem ser elencadas em relação ao Direito Penal Simbólico, entendendo aqui como o caráter simbólico superior ao caráter instrumental da norma. A primeira delas é a inefetividade, característica não exclusiva dessas normas. Essa inefetividade deve ser entendida como a “incapacidade estrutural da norma penal simbólica de produzir resultados instrumentais manifestos” (COSTA, 2010, p. 118). Outra característica do direito simbólico é atuar sobre o comportamento social, porém, como já foi dito, o meio utilizado para isso não é a conduta que a norma visa supostamente tutelar, mas meios indiretos (COSTA, 2010).

Diversos são os fatores que podem dar ensejo a uma norma penal simbólica, dentre eles temos a pressão pública, situações de crise, interesses eleitorais etc. Resultando em todos esses casos em um fracasso legislativo, visto que aos olhos da sociedade o Estado se mostra eficiente e atuante, mas efetivamente inefetivo (COSTA, 2010).

A pergunta que devemos fazer é se o Direito Penal, na seara ambiental, atuando como simbólico é suficiente para gerar uma consciência ecológica na população, capaz de alterar comportamentos. E, além disso, o Direito Penal Ambiental serve para esse fim? Não seria o caso de utilizarmos outras políticas públicas nessa área, mais eficientes?

Lladós e Petit (2013) em recente estudo também apresentam os problemas que o Direito Penal enfrenta em relação aos problemas ambientais, analisando principalmente dois casos de maior repercussão na França e na Espanha (*Prestige and Erika cases*), demonstrando que os modelos hoje adotados caminham para a irresponsabilidade dos agentes causadores do dano. Isso se deve entre outras características pelo fato do Direito Penal nesse âmbito se apresentar apenas como simbólico, não atingindo os reais objetivos de preservar o meio ambiente (LLADÓS; PETIT, 2013).

Contudo, há defesa para a utilização do Direito Penal Simbólico, no sentido de que a sociedade muitas vezes busca uma sensação de segurança muito maior do que a realidade da insegurança, assim o Direito Penal Simbólico serviria para proporcionar essa sensação de segurança pela sociedade. Servindo também, o Direito Penal Simbólico como uma função pedagógica (COSTA, 2010; LLADÓS; PETIT, 2013).

Assim, como Costa (2010), entende-se não ser nenhuma das justificativas acima apresentadas suficientes para se fazer uso do Direito Penal Simbólico, pois nenhuma delas é aceitável em um Estado Democrático de Direito, na medida que a atuação de Direito Penal, mesmo que simbólico, gera um efeito devastador na esfera do cidadão que se vê submetido ao um processo criminal. Assim, o Direito Penal, ao infringir direitos fundamentais do indivíduo na justificativa de uma função pedagógica não se mostra a melhor, nem a via adequada para tanto. Muito menos a via mais adequada para com as pessoas jurídicas, cujo efeito simbólico da norma é muito pequeno para se alterar comportamentos econômicos, que visam a maximização de lucro.

Em longo prazo o efeito da lei simbólica é ainda pior, pois, além de não efetiva em relação à solução dos problemas que supostamente deveria resolver, ela se mostra como um empecilho à construção de caminhos efetivos à solução do problema (incentivo a certificações ambientais; conscientização dos consumidores; tematização de formas de produção e de consumo; etc.), além do descrédito em relação às medidas penais (COSTA, 2010).

Portando, não se pretende dizer que o efeito simbólico do Direito Penal seja ruim, pois entendemos que ele deve existir como característica essencial a esse ramo do Direito, que detém forte apelo social em sua atuação, mas o que se quer fazer comprovado é que quando o simbolismo do Direito Penal é utilizado de forma pouco eficaz, ou de forma exagerada gera-se efeitos contrários ao desejados, deixando o Direito Penal com pouca credibilidade. Tal fato ocorre, principalmente, quando o referido ramo do direito é utilizado para reprimir condutas de agente econômicos, como as pessoas jurídicas.

Dessa forma se posiciona Scalcon (2013, p. 6-7) que entende que a impossibilidade do meio utilizado de produzir resultados, no caso a norma penal, pode resultar na invalidade desse meio, pois se impões restrições a direitos sem que haja qualquer “contrapartida”. No mesmo sentido se posiciona Silveira (2003) ao entender que o uso demasiado, em uma sociedade de risco, do simbolismo para proteção de bens difusos seria improdutivo e pouco científico, devendo ser evitado.

4. 2 Reestruturação do direito administrativo

A via administrativa, como se vem tentando demonstrar na presente obra, para ser utilizada de forma plena nas infrações ambientais, principalmente em relação às pessoas

jurídicas necessita de alterações, pois como se verá o atual sistema de dupla imputação não é o mais adequado. A utilização do duplo sistema sancionador, ou seja, a utilização do Direito Administrativo conjuntamente com o Direito Penal acarreta diversos questionamentos, entre eles o da dupla imposição de sanções do mesmo fato (COSTA, 2010), entre os já mencionados.

Não se propõe dessa forma que todos os delitos penais ambientais sejam automaticamente revertidos em sanções administrativas, se é que isso já não exista no atual sistema, mas sim uma formulação por completo de um novo sistema sancionador, atendendo assim, as peculiaridades que o Direito Ambiental requer (COSTA, 2010).

O sistema administrativo, isoladamente, também não é suficiente como sistema de prevenção das infrações ambientais, fazendo-se necessário o uso de outros sistemas mais voltados às políticas públicas, como o investimento em educação, conscientização, investimentos em atividades ambientalmente sustentáveis, maior fiscalização etc (COSTA, 2010). Além da atuação complementar de outros ramos jurídicos como o Direito Civil na reparação dos danos e o Direito Penal como última via, em relação às infrações cometidas por pessoas físicas.

Embora já exista em nosso sistema a participação da população nas questões ambientais, como por exemplo, na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, tal participação é ainda muito aquém do possível e do necessário para a maior transparência das questões ambientais. Que em boa parte se mostra conveniente a pouca transparência, quando interesses de corporações e do Estado (entendido como o interesse político e não do povo) estão em cena (COSTA, 2010).

Para essa concretização, principalmente em relação ao Direito Administrativo sancionador, algumas mudanças são necessárias, como o maior grau de certeza em relação à interpretação das normas ambientais que hoje são normas muito abertas, aumentando-se o grau de certeza jurídica em relação à matéria, refletindo-se sobre o ilícito administrativo também (COSTA, 2010).

Em relação ao Processo Penal, diversas são as dificuldades de sua aplicação aos entes coletivos, dentre elas temos o problema de a quem se dirigir os atos processuais, quem será interrogado, como entender a confissão, à revelia, competência, interesse e legitimidade para

recorrer, suspensão condicional do processo, etc (MOREIRA, 2010). Demonstrando mais uma vez a necessidade de se utilizar outras vias que não a Penal.

O ilícito administrativo, entretanto, apresenta algumas diferenças em relação ao ilícito penal, como dito anteriormente, pois este necessita de diversos elementos para se concretizar sendo o seu principal o elemento da dignidade penal (justiça – lesão ou colocação de perigo de um bem jurídico penal -, e adequação aos fins – viabilidade do meio) (COSTA, 2010).

O ilícito administrativo também apresenta limites em sua utilização (limites formais e materiais – interesse coletivo na proteção do meio ambiente). Não sendo, assim, qualquer conduta passível de ser sancionada apenas por cumprimentos aos requisitos formais. Além disso, a diferença de utilização do Direito Administrativo para com o Direito Penal não se diz apenas em relação às sanções, pois o Direito Administrativo se mostra mais amplo e em relação a elas, muitas vezes se mostra muito mais gravoso que o Direito Penal (COSTA, 2010).

O uso do Direito Administrativo, como possa parecer, não há a exclusão total dos direitos e garantias presentes no Direito Penal, pois a maioria delas está prevista constitucionalmente aplicando-se a todos os indivíduos, além das garantias materiais e processuais já previstas em nosso ordenamento (artigo 5º, II, X, XI, XII, XXXIII, XXXV, LIII, LIV, LV, artigo 37, e dos princípios da administração pública). O que se retira são entraves que impossibilitam a utilização do Direito Penal para entes coletivos, como a pessoa jurídica, sendo assim, uma via mais eficaz (COSTA, 2010).

Um ponto importante é em relação à competência legislativa para a criação dos ilícitos e sanções administrativas, prevista em nossa Constituição como concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, de modo a ser mais flexível e atender a peculiaridades ambientais locais (COSTA, 2010). Costa (2010) traz ainda a posição de que para a responsabilização das pessoas jurídicas não haveria problema em se utilizar a responsabilidade objetiva (salvo casos de sanções extremamente gravosas a empresa, como o seu fechamento), somente para as pessoas físicas é que a responsabilidade deverá ser subjetiva. Posicionamento esse muito interessante, pois se assemelha à responsabilidade civil por dano ambiental, favorecendo entre outras coisas o caráter preventivo da norma.

A antijuridicidade deve ser parte integrante do Direito Administrativo, pois não se pode sancionar uma conduta autorizada por lei. Porém o Direito Civil pode ser aplicado, pois seu intuito é a reparação ambiental, independentemente do cometimento ou não de uma infração administrativa ou penal, a responsabilidade civil incide independentemente das demais responsabilidades (COSTA, 2010). Outros são também elementos essenciais para a utilização de um Direito Administrativo Sancionador como a censurabilidade da conduta, além do princípio da insignificância, prazo prescricional (atualmente previsto pela lei 9873/99) (COSTA, 2010).

Além das questões acima em relação à punição da pessoa jurídica, discute-se se esta deveria ser punida independentemente da punição da pessoa física, conjuntamente, ou se isso seria requisito necessário a ser preenchido para haver a responsabilização (COSTA, 2010). Entendo que nosso ordenamento ou prever a responsabilidade penal da pessoa jurídica e a concretizando com a Lei 9605/98 a fez com base no sistema de dupla imputação, ou seja, a responsabilidade penal da pessoa jurídica só ocorre com a responsabilidade penal da pessoa física, pois do contrário não se tem como a pessoa jurídica cometer um crime, visto esta não ser dotada de capacidade para tanto, como se verá demonstrado em capítulos específicos.

O Direito Administrativo dessa forma seria uma possível via alternativa ao sistema de dupla imputação, sistema esse que gera problemas fáticos de aplicação processual, como se verá demonstrado na análise jurisprudencial, em muito pela dificuldade de se obter provas concretas sobre a pessoa física autora do delito os entes coletivos deixam de ser responsabilizados. A via administrativa não esbarraria nesse problema.

As sanções a serem aplicadas devem estar de forma clara, especificadas a cada caso, diferentemente do adotado hoje, em que a Lei 9605/98 traz um rol de sanções, mas não as especificada a cada caso, deixando a cargo de seu aplicador a escolha da sanção (art. 72) (COSTA, 2010). Aumentando-se demasiadamente a discricionariedade em sua aplicação (verdadeira arbitrariedade), fato este inconcebível, tanto para uma responsabilização administrativa, quanto para uma responsabilidade penal, além de ferir o princípio da legalidade ao não prever sanções específicas para cada delito.

Dessa forma bem conceitua Carvalho Filho (2010, p. 54-55) o poder discricionário da administração como sendo “a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade

para o interesse público”. Contudo, tal prerrogativa não se desenvolve sem que haja limites em sua utilização, pois, deve essa escolha estar em conformidade com o fim último da lei, ou seja, em última análise o interesse da coletividade. Portanto, sempre respeitando o princípio da adequação da conduta escolhida a essa finalidade.

Assim, não podemos confundir a atuação arbitrária com uma atuação discricionária, pois enquanto esta está pautada nos limites da lei (critérios de conveniência e oportunidade) e, portanto legítima, aquela é uma atuação fora dos limites legais, muitas vezes mascarada como uma atuação discricionária, apresentando uma conduta ilegítima e passível de controle de legalidade.

Dessa forma, conforme demonstrado, o processo administrativo, desde que respeitando as garantias constitucionais e processuais, representa um procedimento possível, na medida em que o órgão julgador da causa é dotado de especificidade técnica na área em questão. Diferentemente do Poder Judiciário que não detém conhecimento técnico suficiente para o conhecimento das especificidades do caso (COSTA, 2010).

Como não se pode excluir do judiciário lesão ou ameaça de direito, nada mais interessante do que adotarmos um sistema semelhante ao já aplicado em nosso ordenamento, como o CADE, cuja decisão administrativa não pode ser alterado pelo Poder Judiciário, salvo casos de violação de regras e garantias processuais, mas nada em relação ao mérito da causa, conforme já explanado.

Da mesma forma Reale Jr. (2010), entende que falta à pessoa jurídica capacidade criminal, pois não tem capacidade do querer, um querer valorativo. Assim, entende ser suficiente a punição administrativa para tais casos, fazendo analogia ao sistema econômico, em que as punições se restringem ao sistema administrativo por meio da Secretaria do Direito Econômico e do CADE, sendo em muitos casos mais eficientes, eficazes e positivas do que a utilização da lei penal. Dessa forma, embasando o entendimento acima, Hassemer (1998) se posiciona no sentido de que quanto mais se utiliza o Direito Penal para proteção do meio ambiente, menos proteção deste teremos, surgindo efeitos contrários àqueles inicialmente desejados, sendo assim, uma via não efetiva.

Nessa linha de pensamento interessante se faz analisar, ainda que de forma breve, dois modelos de sistemas sancionatórios, o primeiro proposto por Hassemer denominado Direito

de Intervenção e o segundo proposto por Silva-Sánchez com o nome de Direito Penal de Duas Velocidades.

4. 2. 1 Direito de intervenção – WINFRIED HASSEMER

Hassemer na tentativa de solucionar os problemas de punição dos “novos” bens jurídicos de natureza difusa desenvolve sua teoria denominada Direito de Intervenção. Na visão do autor esse “novo” direito penal se dá em função da dialética da modernidade que utiliza o Direito Penal como instrumento de solução de conflitos sociais, que apesar de suas vias rigorosas, torna-se um “soft law”, nas palavras do autor, utilizado como “meio de manobra (Steuerung) social” (HASSEMER, 2003).

Dessa forma, estaríamos diante de uma modernização do Direito Penal, em especial nas áreas relativas ao meio ambiente, economia, drogas e crime organizado. Contudo, sua implementação não é plena, apresento déficits. Por tal fato, o referido autor entende não ser produtor tal modernização para o Direito Penal, que tende a ampliá-lo e operacionaliza-lo como instrumento da política de segurança pública (HASSEMER, 2008). Ao se “modernizar” o Direito Penal, o seu núcleo clássico acaba por se desfazer, pois novos bens jurídicos são postos à sua proteção, o sistema de garantias e finalidades também se modifica para se adequar a essa nova criminalidade. (HASSEMER, 2008)

Para melhor entendermos o que Hassemer entende por Direito Penal Clássico faz-se necessário elencar os principais fundamentos e princípios que o regem, sempre com base na teoria do contrato social que rege uma sociedade (renúncia de parcela de sua liberdade para garantia a liberdade dos outros): só existe delito para casos de lesão clara a um bem jurídico, exercendo papel negativo para uma criminalização legítima; a renúncia de parcela de sua liberdade deve ser de forma clara, expressa e prévia, evitando-se alterações posteriores (princípio da certeza da norma penal); o poder do Estado deriva do poder dos cidadãos, dando base a uma série de garantias penais. (HASSEMER, 2008)

Assim, o Direito Penal não pode ser estendido a todos os campos, nem a todos os problemas como principal via de solução, devendo figurar como *ultima ratio* para a solução de problemas sociais. Tal seara, em sua modernização deixa de ser utilizado em seu critério negativo, para ser utilizado em via positiva da criminalização, fato este que gera problemas como a proporcionalidade entre o delito e a pena, igualdade de tratamento entre os agentes.

(HASSEMER, 2008) Dessa forma o Direito Penal não é via de pedagogia popular, que apesar de apresentar tal função, quando utilizado apenas em via dela, deixa de ser um instrumento de *ultima ratio*, fato este que vem ocorrendo com a modernização do Direito Penal, ao tutelar o meio ambiente, economia, drogas, tributos, comércio exterior, temas estes relacionados indiretamente com o indivíduo, recaindo sobre bens jurídicos difusos, utilizando-se de crimes de perigo, crimes abstratos etc. (HASSEMER, 2008)

Com isso, a seara penal passa a se aproximar de outros ramos jurídicos, como o Direito Civil e o Direito Administrativo, situação esta que pela dificuldade de sua implementação ocasiona demasiadamente o efeito simbólico do Direito Penal, uma vez que sua aplicação é falha. (HASSEMER, 2008)

O Direito Penal moderno deve assim, ser reduzido a um Direito Penal nuclear, clássico, embarcando os bens jurídicos individuais, expostos a um perigo concreto. E como solução aos “novos” bens jurídicos propõe a utilização de um Direito de Intervenção, ramo este que estaria entre o Direito Penal, Civil e Administrativo, utilizando-se de garantias e questões processuais mitigadas, combinada com sanções individuais mais leves. Dessa forma seria um mecanismo mais eficiente, capaz de intervir na seara econômica e ambiental de forma mais precisa e com resultados mais objetivos.

4. 2. 2 Direito penal de duas velocidades - JESÚS-MARIA SILVA SÁNCHEZ

Sánchez, assim como Hassemer, se propõe a desenvolver um novo sistema tendo como base a necessidade de se punir e prevenir comportamentos danosos em especial aos bens jurídicos difusos. O primeiro ponto a ser diferenciado por Sánchez (2002) é a questão do Direito Penal clássico (crimes contra o indivíduo) e o Direito Penal da globalização (delitos econômicos lato sensu). Para o autor, essa expansão da seara penal, em si só, não representa qualquer carga negativa, sua preocupação, contudo é em relação da expansão da pena privativa de liberdade.

Assim, teríamos as duas velocidades propostas, ou seja, a primeira velocidade compreenderia o Direito Penal Clássico, no qual a pena de prisão estaria restrita, mantendo-se rigidamente os princípios e garantias político-criminais clássicos. Por sua vez, a segunda velocidade penal haveria a possibilidade de tais princípios e garantias serem mitigados, pois estaríamos diante de penas restritivas de direitos e pecuniárias. (SÁNCHEZ, 2002)

Dessa forma todas as formas de restrição “penais” estariam dentro de um mesmo ramo jurídico, ou seja, o Direito Penal, não se necessitando o estabelecimento de um novo ramo como em Hassemer. Apesar de ambas as teorias muito se assemelharem ao defenderem “a redução material da intervenção punitiva do direito penal para um certo tipo de criminalidade”. (SARCEDO, 2012, p. 192) Interessante mencionar também a terceira velocidade do Direito Penal, em especial para a criminalidade socioeconômica, utilizando-se de penas como a de prisão juntamente com a relativização dos princípios e garantias penais e processuais. (SARCEDO, 2012)

4. 2. 3 Críticas aos modelos de Hassemer e Sánchez

Segundo Sarcedo (2012) as propostas apresentadas por Hassemer e Sánchez, frente à criminalidade moderna, ao proporem uma divisão entre o Direito Penal clássico e as novas formas de delitos afronta com os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, pois não condiz com os ditames da justiça social, nem contribui para a construção de uma sociedade livre e justa.

A utilização da proposta de Hassemer serviria apenas para aprofundar as desigualdades no Brasil, direcionando-se o Direito Penal para as classes sociais menos favorecidas, estaríamos assim, abrindo mão do papel que a política criminal desempenha para as questões sócias. (SARCEDO, 2012) Da mesma forma a proposta da Sánchez também afronta com nossa ordem constitucional, em especial os objetivos previstos no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, pois ao se instalar o modelo proposto pelo autor estaríamos diante da “dupla velocidade da desigualdade social”. (SARCEDO, 2012, p. 208)

Além disso, as sanção civis e administrativas não contariam com a mesma carga valorativa das sanções penais, devendo estas serem utilizadas para auxiliar na regulação das atividades de risco, preservando-se seu caráter de *ultima ratio*. (SARCEDO, 2012) Como solução possível para os crimes que atinjam bens jurídicos supra individuais, como os econômicos e os ambientais, para Sarcedo (2012) a responsabilidade penal da pessoa jurídica se mostra como principal via a ser utilizada, porém não nos moldes do Direito Penal Clássico, permitindo-se mitigações nas regras e garantias penais e processuais a esses entes. O Direito Penal às empresas apresentaria um poder dissuasório muito mais forte que outras medidas como as civis ou administrativas.

Apesar de todas essas críticas, não se pode tirar o mérito dos autores acima em desenvolverem as suas respectivas teorias, nem a contribuição e repercussão que ambas tem no Direito Penal. Além disso, o presente estudo tende a discordar do posicionamento crítico a tais teorias, pois se entende que outras searas, como a administrativa, quando melhor elaboradas e trabalhadas, podem ser uma via interessante na responsabilização dos entes coletivos. O apelo penal aos entes coletivos ao nosso entender não teria tanta repercussão nas empresas como tem em relação às pessoas físicas.

Não estando aqui a desconsiderar que a carga ideológica constitucional deve pautar todas as atividades jurídicas, entre elas a legislativa tanto na seara econômica, quanto na seara penal, pautando-se pela justiça social. Considerando esta como a missão Constitucional (SARCEDO, 2012). Contudo a implementação desses ditames constitucionais sociais são possíveis por ações políticas diversas da utilização do Direito Penal, em especial quando estamos a tratar da ordem econômica. Em sentido contrário se posiciona Sarcedo (2012) ao entender essencial a utilização do Direito Penal para esse fim. Nesse sentido se posiciona Grau (2007) que entende para se atingir a justiça social é preciso que as injustiças do sistema econômico sejam solucionadas.

4. 3 Conclusão

A utilização do Direito Penal para os problemas ambientais apresenta diversos questionamentos como a forte utilização de normas penais em branco, complementação administrativa dos tipos penais etc. Tais fatos, independentemente se utilizados para com os entes coletivos ou pessoas físicas, apresentam-se como problemas, pois se aceitarmos tal quadro de aplicação penal diversas garantias e princípios penais e constitucionais estariam sendo violados.

Diversas outras são as críticas em relação à atual legislação ambiental como o fato de a maior parte dos delitos nela previstos representarem delitos de bagatela, alargando demasiadamente o Direito Penal, violando-se princípios do o da *ultima ratio*. Mais especificamente em relação à pessoa jurídica à responsabilidade penal colide com o sistema de sucessão e transformação societária, problemas esses que são inadmissíveis para tal seara jurídica, diferentemente para a seara administrativa que tal fato não seria incompatível, além de muitos dos tipos penais nela prevista serem tipos em sua essência tipos administrativos, repetindo a mesma imputação na seara administrativa.

Além de dupla imputação do mesmo fato tanto para o Direito Penal, quanto para o Direito Administrativo acima retratada, a utilização complementar do Direito Administrativo em relação aos delitos ambientais também não se apresenta como viável, na medida em que o Direito Penal não admite que se utilize de normas demasiadamente vagas, pois violar-se-ia o princípio da estrita legalidade, além de tal complementação hoje utilizada não apresentar grau de certeza e exatidão em sua utilização, dando margem à discricionariedade ao aplicador de tal norma, fato este não compatível com nosso atual Direito Penal em um Estado Democrático de Direito.

Outra dificuldade encontra-se com a aplicação das penas de multa que tem como base nosso Código Penal, desenvolvido para as pessoas físicas, assim, o sistema de dias multa em relação a um ente coletivo pouco significativo será.

Dessa forma o uso indiscriminado do Direito Penal, sem uma real concretude em relação suas normas, apoiando-se principalmente em seu efeito simbólico se mostra prejudicial tanto em relação sua aplicação ao indivíduo pessoa física, quanto em relação à pessoa jurídica. Apresentando efeito negativos principalmente a longo prazo, pois gera o descrédito na utilização de tal via, além não de gerar efeitos pedagógicos na conscientização ambiental.

O Direito Administrativo assim, se mostra como via a ser utilizada, apresentando hoje, em matéria ambiental, estrutura hierarquizada responsável pelo controle preventivo, repressivo e educacional do meio ambiente. Pautando-se por meio da utilização do poder de polícia para atingir tais objetivos.

Não se pretende aqui questionar a real efetividade de tais órgãos administrativos, nem se desempenham adequadamente suas funções, o que se busca demonstrar é que eles existem com tal finalidade e a aplicação do Direito Administrativo em matéria ambiental não se mostra contrário ao nosso ordenamento, podendo ser utilizado tanto para com pessoas físicas, quanto para com entes coletivos, sem qualquer incompatibilidade.

A utilização do Direito Administrativo não se mostra também como um abrandamento no tratamento dos infratores ambientais, pois como visto o Direito Administrativo, por não ter as características essencialmente garantistas inerentes ao Direito Penal, pode ser em muitos

casos até mesmo mais rigoroso e custoso ao infrator, principalmente se considerarmos as pessoas jurídicas como infratores.

Dessa forma o Direito Administrativo, assim, como outros meios alternativos já explanados nessa obra, se apresenta como importante via a ser utilizada para com as infrações ambientais, necessitando de alterações a fim de possibilitar mais aplicabilidade e não gerar incompatibilidade com nosso atual sistema que dupla imputação (penal e administrativa sobre os mesmos fatos), sendo as teorias de Hassemer e Sánchez de interessante utilização no embasamento de um direito administrativo sancionador, ressalvada as diversas críticas a esses sistemas.

5. A RESPONSABILIDADE PENAL AMBIENTAL DA PESSOA JURÍDICA

No decorrer desta obra o que se buscou demonstrar foram os principais questionamentos em relação à matéria ambiental passível de ser sancionada pelo Direito Penal, adentrando em temas que nos possibilitaram entender melhor nosso atual panorama. Apresentando dentre outros temas, possíveis soluções para à responsabilidade penal dos entes coletivos, como a via administrativa.

Adentrando no presente capítulo especificamente na responsabilidade penal da pessoa jurídica, apresentando os requisitos legais necessários a tal responsabilização. Será abordado também tanto os posicionamentos favoráveis, quanto os posicionamentos contrários dessa temática, além de adentrar brevemente na responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público e das penas passíveis de serem utilizadas em relação aos entes coletivos.

5.1 Responsabilidade penal da pessoa jurídica

O presente tópico visa tratar especificamente da responsabilidade da pessoa jurídica, em matéria penal, principalmente nos delitos ambientais, devido nossa legislação assim a prever na Lei 9605/98. Questionando-se se não haveria outros meios que não o Direito Penal para o controle de atos empresariais, principalmente relacionados à seara econômica e ambiental, conforme já discutido em capítulos anteriores (PRADO, 2009).

5. 1. 1 Ação e culpabilidade como requisitos da responsabilidade penal

Primeiramente, antes de tratarmos dos requisitos mais objetivos em relação à responsabilidade da pessoa jurídica, temos que esta seja imputada penalmente, tal pessoa tem que ter cometido uma AÇÃO, esta entendida como o exercício de uma atividade final, ou seja, o homem, por meio de seu saber causal, tem a capacidade de prever, possíveis consequências de sua ação. Dessa forma a atividade final é uma atividade dirigida a um fim desejado (vontade) e previsto pelo autor da ação (WEZEL, 2009). Em razão disso, não há que se falar em ações finais absolutas, ou seja, que se completam em si mesmas, pois só existem em relação às consequências compreendidas pela vontade de realização do agente (WEZEL, 2009).

As normas penais assim, só podem proibir uma conduta final, esta entendida com base na vontade que guia as ações, aqui entendidas como ações humanas, visto ser o homem detentor de vontade e razão (WEZEL, 2009). Não cogitando em aplicar tal conceito à pessoa jurídica, pois esta não age por vontade própria, mas sim pela vontade de seus dirigentes.

A ação, por si só não pode ser considerada contrária ao ordenamento, ou seja, não pode ser reprimida pelo Estado por qualquer via, muito menos pela via penal. Para a ação ser considerada delito deve preencher alguns requisitos, ou seja, tal ação deve ser típica, antijurídica e culpável (WEZEL, 2009). A tipicidade pode ser entendida como a previsão legal de determinada ação proibindo-a ou estabelecendo limites, existindo assim, conduta, resultado, nexo de causalidade e tipicidade. A antijuridicidade por sua vez é a ação contrária ao ordenamento jurídico, que em regra todas as ações típicas serão antijurídicas, contudo existem situações fáticas que podem afastar a antijuridicidade e assim o crime (art. 23 CP). Por fim temos a culpabilidade que pode ser entendida como a reprovabilidade da ação, ou seja, reprovável o autor como responsável pela ação, preenchidos os requisitos como a imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial conhecimento da ilicitude, presente nos artigos 19, 29 e 121, §5º do Código Penal.

Nesse sentido como poderíamos conceber a capacidade da pessoa jurídica de ter a consciência da ilicitude de seus atos, realizados por seus prepostos? (estes sim, entendidos como pessoas físicas, tem a capacidade para tanto). Interessante mencionar o voto do Ministro Ricardo Lewandowski a respeito do tema, que para a aplicação da responsabilidade penal aos entes coletivos faz-se necessário a expansão de conceito comumente empregados na seara

ambiental, entre ele o da culpabilidade (STF, HC 92921, 1ª T., rel. Min. Ricardo Lewandowsk, j. 19.08.2008).

Sendo que este último requisito, ou seja, a culpabilidade requer maior atenção, pois se mostra como elemento essencial na caracterização do crime, pois sem esta não há que se falar em crime, muito menos nosso ordenamento admite a responsabilidade penal objetiva (DOTTI, 2010). Assim, o sistema da responsabilidade objetiva caracteriza-se pelo seu caráter preventivo, que Shecaira (1998) considera como uma proteção extremada a todo o grupo social, mas que para ser aceita faz-se necessário que o grupo esteja em um grau desenvolvimento que permita a aplicação das penas coletivas, obtendo assim, um efeito concreto, ou seja, tendo aplicabilidade. Dessa forma, não se discute se o ato praticado foi doloso ou culposos, não há aqui, qualquer valoração da ação, apenas sua análise no sentido da causalidade, ou seja, se há ou não nexo causal entre o ato e o fato danoso. Diferentemente da teoria subjetiva que se analisa os aspectos subjetivos ligados ao autor do ato, ou seja, valorase sua ação.

Diversas são as concepções de acerca da culpabilidade, trataremos assim, de algumas delas de forma simples e breve. Sendo a primeira a *Teoria Psicológica da Culpabilidade* do início do século XIX, em que a teoria do dolo, englobando aqui a culpa, era entendida como um conceito psicológico, ou seja, totalmente ligada à natureza interior do agente, não havendo valoração da ação em relação ao ato. Dolo e culpa nessa teoria estão inseridos no conceito de culpabilidade, que acaba por se resumir a tais elementos. Dolo e culpa assumem assim, características muito próximas, pois ambos são considerados um resultado jurídico querido (SHECAIRA, 1998).

Depois tivemos a *Teoria normativa da culpabilidade*, tendo início no século XX, diferenciando-se da teoria psicológica ao inserir um elemento valorativo no conceito de culpabilidade, ou seja, a reprovabilidade do ato praticado, independentemente do ato ser doloso ou culposos. Assim, não se analisa o psicológico do agente, pois sua intenção é irrelevante, a valoração quem dá é a própria sociedade, se fazendo representar pela figura do juiz, o que se exige é que o autor do fato reconheça que determinada atitude é antijurídica (SHECAIRA, 1998).

A crítica que se faz a essa teoria é em relação aos agentes que cometem crimes habituais, em que não relacionam sua conduta como sendo criminosa, não haveria assim, dolo

e sem dolo não há culpabilidade e sem culpabilidade não teríamos o cometimento de um crime nesses casos (SHECAIRA, 1998). Após tal período tivemos a *Teoria finalista da culpabilidade*, cujo principal expoente é Hans Welzel, que retira o dolo e a culpa como elementos da culpabilidade, e os transfere como elementos da ação típica, pois para ele o dolo é parte da ação humana e não uma questão valorativa, ligada à culpabilidade (PRADO, 2009).

Em seguida passamos para a *Teoria da culpabilidade como adequação social* considerando que o dolo e a culpa estão inseridos no conceito do tipo legal, assim como a teoria finalista, acrescenta mais um elemento ao tipo, ou seja, acrescenta a relevância social daquele ato (se há ou não consequência para o meio social a que está inserido) (SHECAIRA, 1998). Além dessas temos a *Teoria da culpabilidade de autor e culpabilidade pelo fato* em que a culpabilidade recairia sobre o fato ou sobre o agente ao praticar tal fato, segundo Shecaira (1998), a doutrina dominante entende que recairia sobre o fato, ou seja, sobre um comportamento humano. Já a corrente que entende que a culpabilidade recairia sobre o autor, entende que a censura recairia não sobre o fato praticado, mas sim sobre o autor do fato não só em relação ao ato praticado, mas também sobre toda a sua vida regressa (SHECAIRA, 1998).

Considera-se aqui que o fato delitivo seria uma extensão da personalidade do autor, ou seja, seria um produto oriundo dessa personalidade. Esse sistema assim, não se mostra compatível com nosso Estado Democrático de Direito, pois não se pode condenar alguém por um ato presente, com base em uma suposta conduta delitiva anterior, se assim admitirmos estaremos dando margem a um direito penal autoritário (SHECAIRA, 1998).

Atualmente a culpabilidade é um critério valorativo, que recai exclusivamente sobre o autor do delito em questão, temos assim, um juízo individualizador, ligando a ação com o sujeito que a realiza por meio de elementos pessoais, diferentemente da ilicitude em que não se faz uma análise valorativa da ação (SHECAIRA, 1998). Temos, portanto que a culpabilidade moderna analisa um ato específico e que a valoração de ato (a culpa a ele atribuída) só ocorrerá se determinada conduta estiver previamente descrita como sendo delituosa, preservando-se o princípio da legalidade (SHECAIRA, 1998).

Roxin (1997) nessa linha de pensamento mais atual considera a culpabilidade inserida no contexto de denomina *responsabilidade* (composta pela culpabilidade e critérios de prevenção geral e especial). A culpabilidade assim seria a capacidade de motivação pela

norma, sendo a *responsabilidade* (categoria político criminal), definida como a valoração da ação do agente, posteriormente à ilicitude, atribuindo ao agente responsabilidade penal. Com a ressalva ainda, que além da culpabilidade, para qualquer imposição de pena ao agente, esta deve ser estritamente necessária. Assim, uma vez constatada a culpabilidade e preenchidos os requisitos da ilicitude, dar-se-á início à intervenção estatal, por meio do processo penal e da pena em última análise, contudo Shecaira (1998, p. 80) ressalva que tal medida só pode ser entendida como uma medida extrema, como a “última instância de controle social, observados os princípios da subsidiariedade e da intervenção mínima [...]”.

Toda a culpabilidade, portanto, com base na evolução de seu conceito até sua atual aplicação pode ser entendida como a culpabilidade da vontade, e assim, somente as ações do homem podem sofrer reprovabilidade e ser enquadrada como culpável (WELZEL, 2009). Assim, além do conceito de ação ser de difícil aplicação em relação à pessoa jurídica, muito mais difícil é a imputação de uma ação penal em relação a ela, pois como ficou claro a pessoa jurídica é incapaz de praticar uma ação culpável, ou seja, não se aplica a culpabilidade em relação a ela.

Não se excluindo a existência de posicionamentos a favor da aplicação da culpabilidade aos entes coletivos como Muñoz (2006) que expõe o pensamento do Gómez-Jara pela aplicação da culpabilidade empresarial. Para tanto considera que devido à complexidade das empresas, a essas poderia atribuir determinadas responsabilidades, pois teriam uma ação distinta das pessoas físicas que as compõe, além de sofrer uma reprovação ética suficiente para impor-lhe uma sanção penal, utilizando-se em sua análise um sistema autopoietico de interações sociais, possibilitando que tanto a pessoa jurídica, quanto as pessoas físicas que a compõe sejam responsabilizadas pelos atos praticados.

Dessa forma, portanto, para o autor acima, somente se atribuiria a culpabilidade às empresas que apresentassem condições de ter uma estrutura capaz de realizar uma auto-observação de suas atividades, se podendo falar assim em autorreferencialidade, traduzindo-se em programas de *compliance* (MUÑOZ, 2006). Por meio disso a culpabilidade empresarial necessitaria preencher alguns requisitos para poder ser aplicada no pensamento de Gómez-Jara, o primeiro seria a fidelidade das políticas da empresa para com o Direito, o segundo seria a igualdade objetivada entre as pessoas físicas ou jurídicas, ou seja, a igualdade de tratamento por meio de um sistema de *compliance*, como terceiro requisito temos que a

pessoa jurídica lhe seja atribuída a possibilidade de questionar juridicamente à norma, da mesma forma que poderia participar de assuntos públicos (MUÑOZ, 2006).

Outro ponto a ser debatido, ainda concernente à culpabilidade, diz respeito ao limite da culpa da pessoa jurídica, ou seja, se esta pratica seus atos na medida dos atos do seu representante legal ou administrador, a culpa deste deve servir como limite à culpa a ser imputada à pessoa jurídica, conforme explana Breda (2010). Contudo, diversos são os problemas como, por exemplo, a ineficiência em se comprovar a culpa do administrador ou outro responsável pelo ato criminoso impossibilitaria a punição da pessoa jurídica, visto a culpa do administrador ser o limite da culpa da empresa (BREDA, 2010).

A utilização da culpabilidade empresarial, nessa linha de pensamento, não pode vir desacompanhada de uma estrutura a ela condizente como a diferenciação entre dolo e imprudência empresarial, participação e autoria, além de questões inerentes à causas excludentes de culpabilidade (DÍEZ, 2013). A conduta humana se mostra, com base no acima exposto, como o primeiro elemento necessário para estrutura do crime. Diversos autores penalistas atribuem, assim como exclusivo do ser humano a ação ou omissão estrutural do crime, entre eles podemos citar: Basileu Garcia, Manoel Pedro Pimentel, Cezar Roberto Bitencourt, Jair Leonardo Lopes, Miguel Reale Junior, José Henrique Pierangeli, Zafaroni – Pierangeli, Juarez Tavares, Antonio De Queiroz Filho, Luiz Luisi, Julio Fabbrini Mirabete, João José Leal, Sheila Jorge Selim De Sales (DOTTI, 2010).

Em sentido oposto temos autores que entendem que as pessoas jurídicas teriam capacidade e vontade de agir, como João Marcello De Araujo Junior, Shecaira, entre outros já citados nessa obra (DOTTI, 2010).

Em relação à responsabilização criminal da pessoa jurídica à culpabilidade ser auferida a ela, como dito, é um grande problema, ou seja, como quantificar a sua culpabilidade no caso concreto e mais, até que ponto tal responsabilização não estaria encobrindo os verdadeiros autores do ato criminoso? Questões essas de difícil resolução dada à complexidade que tais agentes econômicos apresentam e que nosso Direito Penal e Processual Penal não foi desenvolvido para tanto.

5. 1. 2 Demais requisitos para a responsabilidade penal da pessoa jurídica

Superado a discussão da culpabilidade, tratada no tópico anterior, outros requisitos se fazem necessários visando tal responsabilização entre eles temos que nosso atual sistema de punibilidade penal da pessoa jurídica estabeleceu o sistema de dupla imputação, ou seja, para que possamos imputar a responsabilidade criminal ao ente coletivo, também se faz necessário imputarmos a responsabilidade criminal ao agente, pessoa física, causadora do dano (GOMES, 1999). Dessa forma para que haja a responsabilidade penal da pessoa jurídica, ou seja, o ato lesivo ao meio ambiente deve ter ocorrido de uma decisão da pessoa jurídica e que tal ato tenha sido praticado em favor da pessoa jurídica (GOMES, 1999).

Além do requisito acima, previsto em nossa legislação, outros conceitos e requisitos devem ser analisados a fim de se apurar a real possibilidade de se utilizar a responsabilidade penal em relação à pessoa jurídica. A questão referente à causalidade nos crimes ambientais também deve ser analisada com cuidado para o presente estudo. Segundo a teoria da condição, causa é tudo aquilo que sem o qual não se verificaria determinado resultado. Teoria esta adotada em nosso Código Penal, por meio do artigo 13 (COSTA, 2010).

Temos assim, que a relação de causalidade só pode ser reconhecida quando houver dados suficientes acerca das relações entre a conduta e o resultado (conhecimento natural-científico), podendo ocorrer de diversas formas, ou seja, ela pode ser **dupla alternativa** (quando duas ou mais ações ocorrem simultaneamente, mas se considerássemos apenas uma o resultado ocorreria da mesma forma), **sucessiva** (quando duas ações quando repetidas produzem determinado resultado), **sinérgica** (é a potencialização do efeito por meio de novos princípios ativos, mas se uma das ações for hipoteticamente retirada do quadro, o resultado não se concretizaria – teoria da *conditio sine qua non* – logo ambas as ações são consideradas causas), **cumulativa** (quando diversas condutas, de agentes diferentes, quando cumuladas produzem um resultado típico) (COSTA, 2010).

Em qualquer dos casos acima, fica claro que a degradação total provocada pelos diversos agentes não podem ser atribuídas a apenas um deles. Dessa forma, a responsabilização da pessoa jurídica não pode ser entendida como forma independente dos demais agentes causadores do dano, visto ser o meio ambiente um bem difuso, que atinge toda uma coletividade (COSTA, 2010). Podemos concluir que as lesões ao meio ambiente, na maioria das vezes não se dão por condutas individuais, mais sim por um complexo inter-

relacionamento em uma multiplicidade de condutas, que quando consideradas de forma individual não apresentam lesividade significativa. Nesse ponto, o Direito Penal deve ter um caráter bem reduzido (COSTA, 2010).

Dessa forma, segundo Tangerino (2010, p. 17-18) “Todas as teorias da culpabilidade da empresa coadunam-se com a adoção de programas de *compliance* como régua de fixação dessa culpabilidade”. Ainda, sobre o mesmo tema completa o autor acima que a utilização do Direito Penal Ambiental para a responsabilização dos entes coletivos, segundo nosso ordenamento, representaria um retrocesso, pois estaríamos diante da responsabilidade penal objetiva. Não se nega que devemos superar o “paradigma clássico do Direito penal”, mas isso deve ser pensado em toda a dogmática penal, não apenas em relação aos entes coletivos.

Não se pretende do presente estudo trabalhar de forma profunda em relação ao tema de *criminal compliance* acima mencionado, apenas fornecer ao leitor elementos que o facilitem no entendimento e o façam refletir sobre o assunto. Assim, podemos conceituar *criminal compliance* como mecanismo internos de gestão empresarial, com especial intenção de prevenir e localizar condutas que possam vir ser imputadas como crimes (WELLNER, 2005).

Tais modelos dessa forma, para serem viáveis para as empresas os implementarem tem que resultar em benefícios econômicos, pois sua implementação pressupõe custos, não só de implementação, mas de manutenção do programa, nesse sentido bem aponta BUONICORE (2012, p. 17-18) que tais programas são “interessantes, economicamente, para a empresa” na medida em que a utilização de políticas de prevenção de riscos legais gera custos menores do que a transgressão da lei.

De forma complementar aos requisitos acima, segundo entendimento de nossos Tribunais com base no Recurso Especial n. 610.114/RN, Quinta Turma, j. 17.11.2005, o qual é considerado o julgamento paradigmático da responsabilização criminal da pessoa jurídica, prepondera o entendimento de que a culpabilidade clássica serve para a fixação da responsabilidade pessoal e subjetiva, nascendo a da pessoa jurídica quando presentes os seguintes requisitos ditos explícitos:

“1) que a violação decorra de deliberação do ente coletivo; 2) que o autor material da infração seja vinculado à pessoa jurídica; e 3) que a infração praticada se dê no interesse ou benefício da pessoa jurídica”, somados aos

ditos implícitos “1) que seja pessoa jurídica de direito privado; 2) que o autor tenha agido no amparo da pessoa jurídica; e 3) que a atuação ocorra na esfera de atividades da pessoa jurídica”

O primeiro aqui trabalhado é o de que a infração individual deve ser praticada no interesse da pessoa coletiva, ou seja, ação útil à finalidade do ser coletivo. O segundo critério é que a infração individual não pode situar-se fora da esfera de atividade da empresa, ou seja, devem pertencer à normalidade das atividades daquela empresa, todas as demais atividades praticadas individualmente estarão excluídas não se aplicando a responsabilidade da pessoa coletiva (ex. adultério etc.). O terceiro critério é a exigência que a pessoa física que pratica o ato ilícito esteja estritamente ligada à pessoa coletiva, ou seja, que a pessoa física tenha de alguma forma vínculo com a pessoa jurídica (ex. funcionário, acionista etc).

O quarto e último requisito se relaciona com o poder que determinada pessoa coletiva detém, ou seja, sua força econômica, somente determinando tal poder é que poderíamos delimitar a abrangência da responsabilidade penal da pessoa jurídica, pois a vítima aqui é sempre difusa, ou seja, a própria sociedade. Assim, conseguimos determinar quais crimes poderiam ser cometidos apenas pelas pessoas físicas e quais crimes necessariamente precisariam de auxílio da pessoa jurídica para se concretizarem.

São esses, portanto, os principais requisitos a serem preenchidos para que possamos discutir a responsabilidade penal da pessoa jurídica, requisitos estes muito ligados com a capacidade de ação dos entes coletivos, buscando-se sempre distinguir as ações das empresas de seus funcionários e quando estas podem ser entendidas como ações não individuais.

5. 1. 3 Concurso de pessoas

Frequente justifica para a responsabilização criminal das pessoas jurídicas encontra-se nas questões de prova da autoria e participação de um grande número de ilícitos (concurso de pessoas), principalmente quando encobertos por uma pessoa jurídica. Contudo, segundo Dotti (2010), tal problema é de natureza processual, e por meio desse é que devem ser enfrentadas e solucionadas e não por meio do Direito Penal.

Assim, nosso ordenamento prevê o sistema da dupla imputação para que ocorra a responsabilização criminal da pessoa jurídica. Dessa forma, além dos requisitos já anteriormente tratados para que exista o concurso de crimes, entre a pessoa jurídica e a(s)

pessoa(s) física(s), aplica-se nesses casos a teoria do domínio do fato, ou seja, segundo essa teoria é considerado autor aquele que detém conhecimento e capacidade para intervir no fato delituoso, ou seja, aquele que tem poder de condução da ação (SHECAIRA, 1998).

Aquele que não detém esse domínio funcional sobre o ato praticado pode ser considerado partícipe, não praticando a ação típica, apenas concorrendo para a sua realização (SHECAIRA, 1998). Dessa forma, para ocorrer à punição da empresa deve ocorrer coautoria necessária, agindo de forma mediata, por meio de um coautor imediato na realização do ato, não se podendo cogitar em participação, pois a pessoa jurídica tem domínio sobre o fato (SHECAIRA, 1998).

Além disso, não se trata de caso de autoria colateral, pois esta para ocorrer faz-se necessário que não exista vínculo subjetivo entre os participantes, ou seja, cada autor age em desconhecimento da ação do outro (SHECAIRA, 1998). Nem mesmo poderíamos falar em participação de menor importância da pessoa jurídica (artigo 29, §1º do CP), pois para que exista a persecução penal contra a pessoa jurídica, esta tem que ter envolvimento predominante e preponderante (SHECAIRA, 1998). Tal posicionamento, contudo, deve ser entendido com ressalvas na medida em que só podemos considerar a pessoa jurídica como passível de coautoria necessária se entendermos esta como capaz de praticar uma ação típica, tema este já discutido na presente obra e posicionado no sentido contrário, ou seja, de que os entes coletivos não tem capacidade de exercer uma ação típica e assim serem punidos penalmente, além de outros requisitos que impossibilitam tal responsabilização como a culpabilidade a eles aplicada.

5. 1. 4 Posição favorável à responsabilidade penal

Os delitos ambientais tem como sujeito passivo não o indivíduo isoladamente considerado, mas toda a coletividade, assim o Direito Penal se faz necessário segundo Benjamin (1998), pois seria a *ultima ratio* na proteção de bens individuais e se assim o é também o deveria ser em relação aos bens coletivos, cuja repercussão e titularidade é muito maior. Os crimes contra o meio ambiente seriam os mais aversivos crimes de colarinho branco e devido sua importância seria um bem passível de ser tutelado pelo Direito Penal, além de outros ramos como o Direito Civil ou Direito Administrativo.

Nesse sentido, para os defensores tal opinião (FREITAS, V.; FREITAS, G., 2001), as sanções administrativas e civis se mostram insuficientes na proteção do meio ambiente, principalmente frente aos ilícitos cometidos pelos entes coletivos na atualidade, como aponta Rios (2010). As sanções administrativas pelo fato dos órgãos ambientais contarem com dificuldade de funcionamento, devido sua estrutura, além disso, o processo administrativo não é tão mais célere que o processo judicial, pois é possível que um processo administrativo demore anos até a decisão definitiva (possibilidade de recursos administrativos), além de possibilitar recurso ao judiciário. As civis, provavelmente a mais eficiente de todas as três, nem sempre atinge seus objetos, pois tais valores acabam diluídos por toda a cadeia do produto até o consumidor. A sanção penal, além de intimidar mais, influi na imagem da empresa frente o consumidor (FREITAS, 2000).

Na mesma linha de pensamento, temos Lecey (1998), que justifica a criminalização da pessoa jurídica devido à complexidade das relações sociais e econômicas hoje vivenciadas, em que se substitui a pessoa individual pela empresa. Tal posicionamento ganha força na medida em que o objeto a ser tutelado adquire maiores proporções, ou seja, maior reprovação social por ofender valores que a sociedade julga de maior relevância a pena (entendido como o Direito Penal) seria a técnica de maior eficácia na proteção de tais valores (LOPES, 1993). Martin (1997) assim, também, se posiciona elencando a maior eficácia dissuasória que a sanção penal possui.

Nessa linha de pensamento alguns princípios do Direito Penal não se aplicariam como o princípio do Direito Penal Mínimo na medida em que os danos ao meio ambiente geram consequências graves à coletividade presente e futura (FREITAS, V.; FREITAS, G., 2001). O princípio da insignificância também não teria eficácia plena, na medida em que somente poderia ser utilizado em casos muito específicos, pois as penas previstas na Lei 9605/98 já são leves e admitem a transação ou suspensão do processo (Lei 9.099/95, art. 76 e 89) (FREITAS, V.; FREITAS, G., 2001). Contudo, devemos ter em mente que tais princípios não são princípios oriundos do Direito Penal, mas sim princípios derivados de nossa Constituição Federal, não se podendo cogitar em sua não aplicação em determinados casos e aplicação em outros, somente podendo ser suprimidos quando em favor de outro princípio, também constitucional de igual valor e relevância.

Interessante mencionar que a punição da pessoa jurídica está associada a uma maior prevenção geral, pois se divulga a prática de tal crime na mídia, a marca, a própria empresa sofreria uma repressão por parte do mercado, a sanção penal teria um caráter mais aflitivo (SHECAIRA, 1998). Já a prevenção especial, referindo-se aqui ao autor individual do crime, seria quase inexistente, segundo Shecaira (1998, p. 93), pois as empresas os compensariam, dentre outras formas, financeiramente pela tomada de tais atitudes e responsabilização pelas consequências.

Discorda-se do posicionamento acima mencionado, pois não entendo que a prevenção especial é quase inexistente, dessa forma ela existe e funciona na medida em que foi desenvolvida, ou seja, punindo-se o autor individual dos atos que cometeu e assim sendo, os dirigentes de uma empresa podem ser reprovados, já se vão ou não ser recompensados pela própria empresa pelo fato de terem cometido tais atos, não cabe ao direito penal valorar tais atitudes.

Segundo Lopes (2010), a sanção penal é a mais eficaz de todas as sanções jurídicas, pois é a que atinge de forma mais veemente o indivíduo, privando-o da liberdade, bem jurídico de grande relevância. Contudo, para as pessoas jurídicas tais mecanismo não se mostra eficaz na mesma proporção visto serem as penas aplicáveis a elas muito semelhantes as penas administrativas. Assim, o Direito Penal não se mostra a via mais adequada na responsabilização da pessoa jurídica.

Outro ponto a ser levantado é que as penas efetivas que podem se cogitar aplicar contra a pessoa jurídica, não devem ser utilizadas no sentido de vingança, ou seja, para que a empresa deixe de obter lucro que visava com determinada atitude e tenha até prejuízos em sua decorrência, pois não é esse o enfoque do direito penal, uma coisa é visar a total reparação de um ato praticado, ou servir como estímulo à sua não ocorrência, outra coisa é punir demasiadamente assemelhando-se com a vingança (SHECAIRA, 1998).

Rios (2010) entende também que o princípio da *societas delinquere non potest* só tem razão de existir em uma sociedade em que as empresas não tem o papel que tem hoje, ou seja, desempenhando papel de fortes agentes econômicos capazes de influenciar diversos setores da econômica e política. Os fundamentos para a imputação penal à pessoa jurídica, para o autor acima estariam presentes, possibilitando tal responsabilidade, quais sejam, a capacidade da pessoa jurídica de praticar ações e omissões características do Direito Penal, a capacidade de

se imputar a culpabilidade a pessoa jurídica (no sentido de responsabilidade social), capacidade da pena em relação à pessoa jurídica (fins de retribuição e da prevenção geral e especial), tendência essa adotada por Klaus Tiedemann (RIOS, 2010).

Além disso, nosso sistema de dupla imputação, ou seja, a de responsabilização da pessoa física para então se responsabilizar a pessoa jurídica, apresenta questionamentos como o de se punir os agentes diretos em uma pessoa jurídica que se mostraria ineficaz na medida em que tais agentes possuem uma rotatividade muito maleável, além de tal punição pouco influenciar no comportamento da empresa. Não se podendo aceitar sempre a punição dos diretores da empresa, como forma de se substituir a responsabilidade dos agentes diretos do ato, pois estaríamos partindo para um direito penal objetivo, que ao nosso sistema é inadmissível (SHECAIRA, 1998).

Assim, Shecaira (1998) entende que a punição especial, na maioria das vezes não atingirá seu objetivo, ou seja, a prevenção geral, na medida em que muitas vezes o executor imediato nem sequer tem consciência que tal ato é um ato ilícito, ou muitas vezes nem mesmo é identificado. Identificar os responsáveis pela tomada de decisões dentro da estrutura da empresa se mostra como algo dificultoso, pois nesse contexto temos grande descentralização de decisões e divisões de competência, tanto de forma horizontal, como de forma vertical dentro da empresa (COSTA, 2010).

A responsabilização do agente direto, aquele que praticou a ação, representa um grande injusto, visto que este na maioria das vezes, nem mesmo tem conhecimento da ilicitude do ato que está a praticar, pois o faz para cumprir ordens hierárquicas (COSTA, 2010). A teoria desenvolvida por Roxin, da autoria mediata (domínio da organização), não tem aplicação nesse contexto, pois tal teoria foi desenvolvida para caso que a autoria é desenvolvida de modo pleno, por meio de um aparato de poder que garante a execução de determinado ato, na medida em que o executor imediato, aquele que pratica a ação, é fungível. Assim para o autor (Roxin), essa autoria se limita a situações fora da ordem jurídica (COSTA, 2010).

Nossa lei ambiental (9605/98), na tentativa de solucionar o problema da autoria, em seu artigo 2º, estendeu a posição de garante a diversos cargos possíveis de exercício dentro da empresa, como diretor, administrador, gerente etc. Responsabilizando tais pessoas, quando possuindo conhecimento da prática de condutas criminosas nada fazem. Contudo tal

dispositivo não resolve o problema, pois ainda temos que identificar a autoria por parte de um agente para então imputarmos a posição de garante a outo (COSTA, 2010).

Os argumentos acima demonstrados em si não apresentam base suficiente a ponto de se utilizar o Direito Penal para tal seara, na medida em que são argumentos falhos, frente ao nosso atual sistema penal e processual penal, ou seja, não se questiona a possibilidade de se utilizar o Direito Penal para combater crimes econômicos, o que se questiona é sua aplicação, em seu atual estágio, voltado exclusivamente para a responsabilização da pessoa física.

Da mesma forma não se quer utilizar os mecanismos civis e administrativos de forma estanque e unânime para o combate das práticas ilícitas empresariais, pois tais áreas em si não foram criadas para tal responsabilização, assim como o Direito Penal também não o foi. Pretende-se desenvolver mecanismos semelhantes aos adotados pelo Direito Administrativo, como por exemplo, o sistema CADE, que até o momento tem se mostrado eficiente em sua aplicação.

5. 1. 5 Posição contrária à responsabilidade penal

Como demonstrado acima, diversos são os pontos levantados favoráveis à responsabilização criminal da pessoa jurídica, contudo como se verá abaixo, também são diversos os pontos contrários a tal responsabilização que nos leva à adoção de outros ramos como o Administrativo.

Primeiramente ao analisar os sujeitos passivos nas infrações ambientais, sem aqui mencionarmos a pessoa jurídica como sujeito passivo, temos que em sua maioria não apresentam periculosidade social, ao ponto de tal infrator ser aceito no convívio social sem qualquer objeção, pelo contrário, sua punição é entendida como algo desnecessário pelo meio social que se identifica com o infrator, que em sua maioria pratica delitos de pequena repercussão, contudo para alguns autores a lei penal ambiental deve ser aplicada independentemente disso (FREITAS, V.; FREITAS, G., 2001).

A ressalva a ser feita nesse tópico é em relação à pouca eficácia do Direito Penal frente à matéria ambiental, pois o meio social não vê no infrator ambiental reprovação suficiente a fim de culminar uma pena a ele. Muito menos teremos tal reprovação em relação à pessoa jurídica, muito mais distante de uma identificação social da sociedade para com ela.

O argumento de que não se poderia esperar da pessoa jurídica a consciência de sua ilicitude, e que isso não excluiria um juízo de reprovação social e criminal da mesma (LECEY, 1998) entende-se como uma visão equivocada, na medida de como foi tratado acima à pessoa jurídica, em matéria ambiental, assim como a pessoa natural não goza de reprovação social frente suas condutas.

Para melhor entendermos tal posicionamento conceituo as duas teorias que tratam da pessoa jurídica, a primeira é a Teoria da Ficção de Saviny, em que as pessoas jurídicas seriam uma abstração e como tal incapazes de delinquir. Sendo que os delitos praticados pelas pessoas jurídicas sempre são praticados por seus agentes, sendo estes passíveis de punição (PRADO, 2009). A segunda teoria a da responsabilidade real considera que a pessoa jurídica tem uma personalidade real, independentemente dos agentes que a compõe. Podendo ser responsabilizada por ilícitos penais (PRADO, 2009). Diversos são os problemas dessa segunda teoria o primeiro é a capacidade de ação em sentido estrito (ação ou omissão) da pessoa jurídica, o segundo é a capacidade de culpabilidade e o terceiro diz respeito à capacidade de pena (PRADO, 2009). Assim, não é possível uma responsabilização penal sem que exista culpa, ou seja, a pessoa jurídica não poderia ser dotada de vontade própria e, portanto não infringiria a lei, mas sim seus representantes (pessoas físicas) (SHECAIRA, 1998).

Em relação à capacidade da pena, como dito anteriormente, a pessoa jurídica é incapaz de sentir os efeitos psicológicos da pena, nem mesmo de aplicação de medidas de segurança de caráter penal (PRADO, 2009). Além disso, a aplicação de sanções penais em relação à pessoa jurídica infringe o princípio da personalidade das penas, ou seja, o princípio de que a pena não pode passar da pessoa do condenado. Ao se condenar uma pessoa jurídica estaríamos condenando toda uma coletividade pertencente a essa pessoa jurídica, que podem não ter dado causa a tal fato, como por exemplo, sócios minoritários, acionistas sem poder de voto etc (SHECAIRA, 1998). Nosso Código Penal na parte geral prevê que as penas (privativas de liberdade, restritivas de direito e multa) não podem passar da pessoa do condenado, não se admitindo que atinja terceiros. Em casos inevitáveis à própria legislação previdenciária prevê institutos que amenizem tal fato, como por exemplo, o auxílio reclusão à família do detento (SHECAIRA, 1998).

Diversos expoentes como Giulio Battaglini, Miguel Bajo Fernandez, ao defenderam a responsabilidade da pessoa jurídica, defendem que a responsabilidade administrativa e a responsabilidade civil já seriam suficientes para coibirem a prática de determinadas condutas, não se fazendo necessário a punição por meio do Direito Penal (SHECAIRA, 1998).

Não se exclui aqui o posicionamento de que mesmo penas civis e administrativas violariam o princípio da personalidade das penas, porém não de forma a contrariar nosso ordenamento jurídico como na esfera penal (SHECAIRA, 1998). Sem deixarmos de analisar que um dos problemas não é ser a sanção administrativa, civil ou penal, mas sim o fato de as três ocorrerem em decorrência de um único fato e na maioria das vezes aplica-se a mesma pena nas três esferas, além de o Direito Penal estar voltado para o indivíduo pessoa física, pautando suas garantias penais e processuais em tal sistema, alterando-se sua estrutura para uma possível responsabilização de entes coletivos.

Além do questionamento acima apresentado a argumentação de que na seara empresarial a localização e identificação da pessoa física que cometeu o crime seriam difíceis devido a grau de hierarquização de distribuição de competências internas não justifica a implicação penal à pessoa jurídica, pois se não se identificou o autor o Direito Penal não pode intervir. Ou seja, enquanto não comprovada a autoria subjetiva não há que se falar em responsabilização criminal (PRADO, 2009). Uma possibilidade elencada por Prado (2009) seria a criação de crimes comissivos por omissão, em que os responsáveis pela empresa seriam responsabilizados penalmente, por representarem-se como garantes das ações da empresa, não se criando assim, um Direito Penal Objetivo, mas sim condizente com a realidade empresarial.

Assim, segundo Rios (2010), a organização hierárquica na empresa e a divisão interna do trabalho da mesma, são fatores que dificultariam a responsabilização dos agentes efetivamente responsáveis pelas tomadas de decisões, além da responsabilidade ficar pulverizada em diversos agentes dentro da empresa. Contudo, tais argumentos não servem de base única e exclusivamente como forma de legitimar a intervenção penal na pessoa jurídica, pois tais problemas são de ordem processual e não de ordem material. A apuração dos responsáveis por determinados atos não é resolvida pela incriminação penal da empresa, pois em nosso sistema vigente, esta necessita da responsabilização da pessoa física para poder se responsabilizar a pessoa jurídica.

Outro ponto a ser levantado diz respeito às penas possíveis de serem aplicadas à pessoa jurídica, excluindo-se delas a pena privativa de liberdade. Contudo, tal crítica para Shecaira (1998) a não aplicação da pena restritiva de liberdade não seria de grande relevância a ponto de inviabilizar a condenação penal, pois a prisão é, segundo ele, a forma mais extrema de controle social e como tanto, deve ser evitada a todo custo (*ultima ratio*), reservando-se aos casos mais graves.

Por fim temos o problema da aplicação do caráter “ressocializador” que a pena teria ao indivíduo, fazendo-o refletir sobre seus atos e conseguindo reinseri-lo em sociedade novamente, tais fatos não são possíveis de serem aplicados à pessoa jurídica, pois esta não tem capacidade de compreensão e entendimento da ilicitude ou não de seus atos, é um ente incapaz de arrependimento (SHECAIRA, 1998).

Shecaira (1998), contudo, entende que para os agentes que cometem crimes econômicos, ambientais, os denominados “crimes de colarinho branco” (terminologia criada por Sutherland), não necessitam de qualquer tipo de ressocialização, pois já estão inseridos no convívio social e geralmente possuem boas qualificações. Tal posicionamento, todavia, é um tanto quanto distorcido em relação à aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, pois o autor acima citado faz-se entender que a ressocialização seria dos dirigentes da pessoa jurídica e não da própria pessoa jurídica, mas se assim o for, por que então haverá de se responsabilizar penalmente à pessoa jurídica se o quem se deseja ser atingido são seus dirigentes e responsáveis pelos atos por ela praticados?

Assim, a denúncia em face das pessoas jurídicas enfrenta questões de natureza material e processual no Direito Penal, principalmente em relação ao princípio da estrita legalidade, segundo Pitombo (2010). Nessa seara, em resumo, temos problemas como a realização da ação típica pela pessoa jurídica, visto ser ela incapaz de realizar tal ação, como autora mediata ou direta. Não se pode cogitar em coautoria também, nem mesmo participação, pois lhe falta a conduta típica convergente à ação humana (PITOMBO, 2010).

Assim, nossa legislação (art. 3º da Lei 9605/98) exige que primeiro se caracterize a responsabilidade penal da pessoa física, para então se cogitar na responsabilidade penal da pessoa jurídica, contudo nessa última os princípios constitucionais ligados ao direito e processo penal não deixam de ser violados também.

A culpabilidade a ser imputada à pessoa jurídica também se mostra duvidosa, segundo Pitombo (2010), na medida em que sua aplicação é impossível em relação às empresas, da mesma forma como é aplicada em relação às pessoas físicas, pois somente estas tem capacidade de conhecer a ilicitude de seus atos e se exigir uma conduta diversa. Dessa forma, tem se utilizado como forma de se imputar tal responsabilidade às pessoas físicas à responsabilidade social, fundada em bens jurídicos fundamentais da comunidade, forma esta incompatível com nosso sistema penal e processual penal, que se mostra extremamente rígido em seus princípios, como o da legalidade (art. 5º, XXXIX da CF/88). Dessa forma a repressão à pessoa jurídica não adquire cunho penal, mas administrativo, sem que isso signifique um retrocesso em relação às garantias inerentes a qualquer processo, seja pena, civil ou administrativo (PITOMBO, 2010).

5. 2 Pessoa jurídica de direito público

As pessoas jurídicas de direito público apresentam outra problemática, para tais empresas questiona-se se poderia aplicar o Direito Penal ou não, pois ao contrário das pessoas jurídicas de direito privado, as de direito público só podem perseguir objetivos de interesse público. Dessa forma, caso entendamos que não se aplica a seara penal, em casos que a pessoa jurídica de direito público cometa um ato fora desse interesse seu administrador é quem deverá ser responsabilizado (FREITAS, V.; FREITAS, G., 2001).

Como defensor de tal posicionamento temos Krebs (2000), que elenca diversos pontos que possibilitam a não responsabilização penal das pessoas jurídicas de direito público, dentre eles temos: o fato de que não haveria quebra do princípio da isonomia em relação aos entes privados, uma vez que seriam entidades muito distintas; o Estado por ser o detentor do *ius puniendi* não poderia se auto punir, fato este que violaria o art. 18 de nossa Constituição Federal; por fim, qualquer demanda judicial criminal contra a pessoa jurídica de direito público deveria ser convertida contra a pessoa física responsável pelo ato em questão.

Nessa linha de pensamento não poderíamos aplicar a mesma sistemática para as pessoas jurídicas de direito privado? Como já ocorre, pois a responsabilização do administrador ou aquele que praticou o ato já se faz necessária para a responsabilização da pessoa jurídica. Não se descarta aqui a problemática da cadeia hierárquica de uma empresa, como dito anteriormente, as pessoas contratadas como “testas de ferro” para que a tomada de decisões fique concentrada em determinadas pessoas, contudo nosso Direito Penal e

Processual Penal é pautado na busca da responsabilização pessoal, ou seja, das pessoas físicas e não jurídicas. Sua utilização para a responsabilização destas se mostra contraproducente e fadado ao insucesso, devido sua dificultosa aplicação em casos concretos, conforme se verá melhor demonstrado no capítulo em que se analisará nossa jurisprudência.

Não se quer dizer aqui que o sistema da dupla imputação, ou seja, responsabilização dos agentes (pessoas físicas) e da empresa, não se justificativa. Contudo, a justificativa para tal sistema é a de considerarmos a ação da pessoa jurídica como uma ação institucional, pois esta teria um conceito de vontade distinto da dos próprios dirigentes em muitos casos, seria uma vontade independente da pessoa humana, mesmo necessitando desta para se concretizar (SHECAIRA, 1998). Além dessa via de pensamento, podemos excluir a responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público, se entendermos que o Estado detendo o monopólio do direito de punir, não deve sancionar-se a si próprio (SHECAIRA, 1998).

Contudo, as pessoas jurídicas de direito público assim, como o próprio Estado de forma direta podem ser responsabilizados civilmente, qual o óbice então de se responsabilizar criminalmente? A responsabilidade penal da pessoa jurídica carece assim, de um ordenamento mais adequado a sua aplicação, com normas específicas, tanto penais, quanto processuais capazes de atender as peculiaridades que o caso requer (PRADO, 2009). O Direito Penal, dessa forma, além de sua insuficiência no tratamento da responsabilização ambiental no contexto empresarial, causa uma disparidade de tratamento ao indivíduo e ao pequeno empresário que o direito penal para esses casos se torna extremamente mais gravoso e sancionador de bagatelas (COSTA, 2010).

5. 3 Das penas aplicáveis

Como já dito anteriormente, são três as possíveis possibilidades de responsabilização da pessoa jurídica, a primeira na seara administrativa e civil, a segunda aplicando-se medidas de segurança à pessoa coletiva e a terceira com o Direito Penal (SHECAIRA, 1998).

Segundo Shecaira (1998) as penas cíveis e administrativas são aplicadas com efetividade na prevenção de acidente e na reprovação de condutas, contudo, somente as considera serem úteis nas condutas de menor potencial lesivo, pois nessas penas não estaria presente uma reprovação ética da empresa, não apresentando a publicidade do processo criminal. Contudo, não podemos dizer que as sanções administrativas ou cíveis são apenas

para casos de menor gravidade, ou que sua efetividade é menor, pois sua reprovação ética estaria reduzida. As pessoas jurídicas buscam lucro e como tanto, não mensuram se determinadas penas são administrativas, cíveis ou penais, apenas seus valores, principalmente no Direito Ambiental, em que pouco efeito midiático se causa nas pessoas.

Além disso, não podemos dizer que um processo, seja ele, criminal, civil ou administrativo tem maior ou menor publicidade que outro, pois todos contam com a publicidade e transparência prevista em nossa Constituição Federal. Se o enfoque social se dá para os processos criminais, ou seja, se a mídia concentra suas atenções mais em questões que envolvam o Direito Penal, isso é um problema social de consciência da população em relação ao nosso sistema jurídico e para isso não podemos subverter nosso sistema utilizando-se do Direito Penal apenas com o viés de se ter um apelo social maior.

Outra possibilidade é a aplicação de medidas de segurança à pessoa jurídica, agindo em caráter preventivo frente a uma situação de periculosidade que uma empresa possa apresentar a determinado bem (SHECAIRA, 1998). Contudo a medida de segurança pressupõe um tempo indeterminado, ou seja, até o fim da periculosidade da pessoa jurídica, não apresentando sentido lógico sua aplicação à pessoa jurídica, como sua aplicação a uma pessoa natural em se tratando de medida curativa. Assim, como a própria atividade empresarial apresenta em sua essência o risco, a utilização de medidas de segurança contribuiria apenas para se aumentar tal risco e gerar insegurança em muitas atividades que possam a vir ser consideradas de risco e tenham como penalidade a utilização de medidas de segurança.

A pena assim, para os defensores da responsabilidade penal da pessoa jurídica, como Shecaira (1998), se mostra como a medida mais viável a ser aplicada aos entes coletivos, pois esta representa valores básicos protegidos pelo nosso Estado e deve ser vista e aplicada como forma de estimular seu cumprimento assimilando tais valores na sociedade em um processo de formação social. Temos assim, a prevenção geral positiva.

A defesa de tal imputação às pessoas jurídicas na função de o Direito Penal funcionar como prevenção de riscos é apenas secundária, pois não gera maior proteção aos bens jurídicos envolvidos, muito pelo contrário, o uso exacerbado de tal mecanismo pode acarretar a impunibilidade dos indivíduos envolvidos responsáveis pelos atos criminosos que ficar

mascarados pela pessoa jurídica. A ideia de prevenção geral positiva assim, não se mostra a mais adequada (CARVALHO É.; CARVALHO, G., 2010).

Dessa forma “se o Direito Penal busca figurar como um meio de controle social respeitado e eficaz, deve afastar-se dos tentáculos de um intervencionismo estéril” (CARVALHO É.; CARVALHO, G., 2010, p. 250). Os legisladores e aplicadores do direito parecem ter uma pré-disposição às pressões políticas e opiniões públicas, vinculadas principalmente por meio da mídia. Sendo a “desconfiança” de tais pessoas por outros ramos do direito, quando se trata da punição dos entes morais, acabará afetando o próprio Direito Penal, visto não ser este também o meio mais adequado a essa prevenção (CARVALHO É.; CARVALHO, G., 2010).

Assim, não se entende que o Direito Penal seja a via mais adequada a tal fim, qual seja, a de representar valores básicos protegidos pelo nosso Estado, nem a de estimular o cumprimento de determinadas condutas fazendo com que a sociedade assimile determinados valores. Pois, não só o Direito Penal, mas todo nosso ordenamento jurídico deve ter como base nossa Constituição Federal, ou seja, o instrumento jurídico que traz os valores a serem seguidos e protegidos por nosso Estado, dessa forma todo o restante de nosso ordenamento jurídico tem como base a proteção de tais valores.

Além disso, não só o Direito Penal, mas outras esferas de nosso ordenamento visam estimular determinadas condutas e coibir outras. O Direito Penal pode se mostrar como uma via importante para coibir determinadas condutas quando se trata de pessoas físicas, que se veem mais atingidas por tal ramo⁶, já para os entes coletivos o Direito Penal não passa de outro ramo jurídico capaz de lhe aplicar penas pecuniárias, não estimulando, nem desestimulando de forma eficaz determinadas condutas.

Outro problema de grande gravidade, é que nosso legislador na elaboração da Lei 9605/98 não tomou qualquer cuidado no estabelecimento de regras relativas aos prazos prescricionais em relação às pessoas jurídicas, visto que para as pessoas físicas tal regra já está estipulada em nosso Código Penal no art. 109, tendo como base a duração das penas privativas de liberdade (SANTOS, R., 2010). Problema este que não deve ser ignorado, uma

⁶ Situação que também não deve ser generalizada, pois o Direito Penal hoje já não conta com tamanha credibilidade.

vez que nossa Constituição Federal prevê a prescritibilidade de todas as infrações penais e administrativas, estabelecendo taxativamente suas exceções no art. 5º, XLII e XLIV e 37 §5º.

A utilização de analogia se mostra como uma possível solução frente à lacuna legal na Lei 9605/98, contudo o uso de analogia no Direito Penal só é possível quando utilizado *in bonam partem* (art. 5º, XXXIX da CF e art. 1º do CP) (SANTOS, R., 2010). Utilizando-se da analogia duas seriam as soluções possíveis para tal problema, segundo Muniz Santos, a primeira seria utilizar os mesmos critérios estabelecidos para a pessoa física que praticou o crime, ou seja, utilizar o lapso temporal de prescrição de sua pena para a pessoa jurídica. A segunda hipótese seria a de utilizar os prazos prescricionais às pessoas jurídicas com base nos art. 109 e 114, I do Código Penal, limitando-se a dois anos, em qualquer hipótese (SANTOS, R., 2010).

O Superior Tribunal de Justiça ao se deparar com a ausência da previsão de prescrição no âmbito das sanções disciplinares (Lei de Execuções Penais) elaborou o entendimento que se deve utilizar, por analogia, o menor dos prazos estabelecidos pelo Código Penal (art. 109, IV), ou seja, 02 (dois) anos. (HC 56.053/SP, 5ª T., rel. Min. Laurita Vaz, DJ 16.04.2007, p. 219.) (SANTOS, R., 2010)

5. 3. 1 Penas em espécie

As penas dos crimes ambientais, normalmente são penas restritivas de direitos, e não há de ser diferente disso, na medida em que o delinquente ambiental, na maioria das vezes, não apresenta periculosidade, ou seja, não há interesse na sociedade que ele receba uma pena restritiva de liberdade, mas sim que restaure o dano causado ao bem em questão, principalmente quando relacionada aos entes coletivos infratores ambientais (FREITAS, 2000).

São diversas as penas possíveis de serem aplicadas à pessoa jurídica, dentre elas temos a aplicação de advertências, destinadas aos casos de menor gravidade, além dela temos a pena da multa (1/30 do mês, ou 1/365 do faturamento anual, podendo ser dobrados ou triplicados em caso de reincidência, as penas podem variar de 10 a 360 dias multa) (SHECAIRA, 1998).

Além dessas penalidades é plenamente possível à perda de bens ou confisco, a imposição de administrador, por meio da intervenção para monitoramento das atividades da

empresa, a prestação de serviços à comunidade, a reparação dos danos ambientais causados, a interdição de direitos (ex. proibição de contratar com o poder público, licitações etc.), o fechamento temporário da pessoa jurídica (tal medida só deve ser utilizada em casos muito graves de modo a não prejudicar demasiadamente os trabalhadores), e como desdobramento dessa última medida temos a dissolução da empresa ou fechamento definitivo. Sendo essa última medida não adotada por nosso legislador, pois se assim o fosse sua constitucionalidade certamente seria questionada (art. 5º, XLVII, “a” e “b” da CF/88) (SHECAIRA, 1998).

Shecaira (1998) destaca que a divulgação da sentença condenatória seria uma medida a ser aplicada, no sentido de abalar o crédito de mercado daquela empresa, contudo nossos processos, entendidos aqui não só como os processos penais, já contam com a publicidade e transparência prevista em nosso ordenamento. Portanto, as sentenças condenatórias já contam com a divulgação necessária, do contrário, ou seja, a divulgação da sentença condenatória por meio midiático poderia resultar em abusos, além de gerar um gasto com divulgação desnecessário, sem contar o fato que tal exposição seria uma medida irreversível caso o processo visse a se alterar futuramente, com o surgimento de novas provas por exemplo.

O que se gera consciência não é a imposição de sanções, mas o maior grau de entendimento por meio do aumento da consciência da população para com o meio em que vive, pois somente quando entender que o meio é fruto do homem e não o homem fruto do meio em que vive é que passará ter comportamentos diversos.

5. 4 Conclusão

Como se verificou no presente capítulo os requisitos necessários para a responsabilidade penal dos entes coletivos visam sempre distinguir as condutas e ações da pessoa jurídica para com as condutas e ações das pessoas físicas a ela ligadas. Ficando claro que para que ocorra tal responsabilização faz-se necessário a existência de coautoria necessária no concurso de pessoas entre o ente coletivos e os agentes pessoas físicas envolvidos, pois a pessoa jurídica tem domínio sobre o fato e outra forma de concurso não é possível de ser enquadrada. Desde que entendamos possível a aplicação do Direito Penal para os entes coletivos, conforme ressalva já feita no decorrer da obra.

A culpabilidade dos entes coletivos assim, se mostra um dos pontos de maior complexidade, pois toda a culpabilidade, com base na evolução de seu conceito até sua atual

aplicação, pode ser entendida como a culpabilidade da vontade, e assim, somente as ações do homem podem sofrer reprovabilidade e serem enquadradas como culpáveis.

Não se entende, nesse estudo, como viável a utilização da culpabilidade social proposta por Tiedemann em relação aos entes coletivos, pois mesmo tal culpabilidade pressupõe certo grau de consciência por parte da pessoa jurídica, consciência essa que é nata ao indivíduo pessoa física, gerando-se aqui os mesmos problemas em relação sua aplicação que ocorrem com a culpabilidade tradicionalmente utilizada pelo Direito Penal.

Para aqueles que defendem a posição favorável da responsabilidade penal pessoa jurídica, a defendem principalmente com base na insuficiência das searas administrativas e civis para tais problemas ambientais. Se pautando na forte carga negativa do Direito Penal como a *ultima ratio* a ser utilizada em nossa sociedade, sem, contudo se aprofundar em questões inerentes a tal seara trabalhadas aqui nessa obra. Além de jogar para o Direito Penal problemas eminentemente processuais, como a descobertas dos autores do fato.

Sendo o posicionamento contrário a tal responsabilização mais bem estruturado frente a nosso ordenamento jurídico, sem que tal posicionamento signifique a completa impunidade dos entes coletivos, pois o que se visa é a melhor adequação na forma de se prevenir e punir delitos econômicos e ambientais.

A responsabilização criminal da pessoa jurídica de direito público apresenta-se como problemática de difícil resolução, na medida em que sua punição reflete na punição do próprio Estado, contudo qualquer diferenciação com as pessoas jurídicas de direito privado poderia ocasionar em privilégio de tratamento e disparidades econômicas entre elas. Portanto, para entendendo que para maior uniformidade do sistema, devemos nos utilizar de uma via única tanto para com os entes coletivos privados, quanto para com os entes coletivos públicos, no caso pela não utilização da via criminal a ambas as esferas.

As formas de penalidade em relação aos entes coletivos também não apresenta unanimidade em sua utilização, existindo aqueles que defendem a utilização da esfera penal em detrimento das esferas administrativas e civis, e aqueles que entendem serem suficientes às duas últimas esferas. Contudo a utilização da esfera penal apresente problemas, entre eles o da prescrição acima retratada.

6. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

O presente capítulo busca realizar uma análise qualitativa de julgados em relação à responsabilidade penal da pessoa jurídica, sem, contudo deixar de trazer ao leitor dados quantitativos obtidos em pesquisa realizada pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – Direito GV (MACHADO; PUSCHEL; KIRSCHBAUM, *et al.*, 2009) a título ilustrativo.

Com a análise qualitativa busca-se levar ao leitor a compreensão mais ampla possível da matéria em estudo julgada por nosso Superior Tribunal de Justiça, com a utilização do Recurso Especial nº 610.114/RN, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ 19/12/05, que é tido como orientação firmada na jurisprudência do STJ desde 2005, julgado este que traz de forma clara os principais pontos de reflexão sobre a matéria e os requisitos utilizados desde então para se obter a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Apesar de tal julgado não ser recente, a orientação presente nele vem sendo mantida pelo Tribunal desde então, portanto sua análise se justifica.

A justificativa da escolha de tal Tribunal ocorre por ser o STJ detentor da competência de análise de matéria federal, recaindo a ele julgar os casos envolvendo crimes contra o meio ambiente em última instância em se tratando de matéria federal, seja por meio de pessoas físicas ou jurídicas. Em contraponto a tal julgado faz-se a análise do recente acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região 8.ª T. – AP 0010064-78.2005.404.7200 j. 21.08.2012 – public. 12.09.2012, que apresenta um novo entendimento em relação à matéria, divergente da linha até então adotada pelo STJ, ao considerar a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica independentemente da responsabilização criminal do agente pessoa física, ou seja, entende não se aplicar o sistema de dupla imputação.

Com tais pesquisas não se pretende demonstrar os rumos que tais tribunais estão tomando em relação à matéria penal ambiental em termos quantitativos, apenas trazer ao leitor à análise dos principais pontos discutidos pelos mesmos.

6. 1 Breve análise do estudo quantitativo – FGV

Interessante mencionar o estudo feito pelo Projeto Pensando o Direito – Série Pensando o Direito Nº 18/2009, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – Direito GV, sob a coordenação acadêmica de Marta Rodriguez de Assis Machado, na

pesquisa denominada “Responsabilização por Ilícitos Praticados no Âmbito de Pessoas Jurídicas – uma Contribuição para o Debate Público Brasileiro”.

Nesse estudo, um dos trabalhos desenvolvidos foi à análise acerca da aplicação do instituto da responsabilidade penal de pessoas jurídicas por nossos tribunais, em julgados envolvendo imputação de crimes ambientais a pessoas jurídicas (análise dos Tribunais Superiores e dos Tribunais Regionais Federais da Primeira, Segunda, Quarta e Quinta Região). Este estudo compreendeu a análise de 48 decisões entre os anos de 2001 e 2008. Embora a Lei dos Crimes Ambientais seja do ano de 1998, as primeiras decisões encontradas datam o ano de 2001.

Desse estudo diversos dados foram obtidos como o fato de que predomina a utilização de recursos em sentido estrito, habeas corpus e mandado de segurança, sendo um número muito reduzido de apelações (4 de 48). De todos os casos, o que se mais se discutia era a legitimidade da pessoa jurídica em figurar sozinha no pólo passivo da ação penal. Nesses casos o que se constatou foi a necessidade de imputação do corréu pessoa física para que se possa cogitar na responsabilização criminal da pessoa jurídica. Sendo que 75% dos casos analisados justificavam o trancamento da ação penal pela inexistência de corréu pessoa física.

Como conclusão final dessa pesquisa tem-se que a responsabilidade penal da pessoa jurídica esbarra em questões ainda pouco sedimentadas como a possibilidade ou não de sua responsabilização criminal e quando esta é aceita se poderia tal ente coletivo figurar isoladamente no polo passivo da demanda, não se apresentando como uma via adequada para prevenir comportamentos delituosos, ou seja, prevenir o cometimento de crimes, dentre outros fatores por sua inaplicabilidade prática, resultando em grande maioria na extinção processual antes da análise do mérito, conforme dados acima apresentados e o trecho abaixo:

Estes dados nos permitem afirmar que, no que tange ao modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica que temos atualmente, os Tribunais estão sendo chamados basicamente para resolver questões “primárias” quanto ao tema, como a constitucionalidade desta forma de responsabilização penal e a necessidade ou não da co-existência de réu pessoa física no pólo passivo, análises feitas ainda no início do procedimento penal. Apenas um número bastante reduzido de julgados chega a ser analisado em seu mérito. (MACHADO; PUSCHEL; KIRSCHBAUM, *et al.*, 2009, p.25)

6. 2 Análise jurisprudencial qualitativa

Iniciar-se-á o estudo qualitativo com a análise de dois julgados que sintetizam os principais temas até então aqui abordados, tendo como foco principal auxiliar no objetivo principal dessa presente pesquisa, qual seja, se a utilização do Direito Penal em relação aos delitos praticados pelos entes coletivos chega a ser uma via de prevenção adequada e eficaz.

6. 2. 1 *Resp. 610.114/RN*

Desde 2005, nosso Superior Tribunal de Justiça – STJ se posiciona no sentido de admitir a responsabilidade penal dos entes coletivos, embasando suas principais decisões no *Resp. 610.114/RN*, que aborda de forma clara tal tema, e para tanto trago a Ementa do presente acórdão:

CRIMINAL. RESP. 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. ACUSAÇÃO ISOLADA DO ENTE COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. DEMONSTRAÇÃO NECESSÁRIA. DENÚNCIA INEPTA. RECURSO DESPROVIDO.

Desse julgado assim, é possível se extrair diversas conclusões a respeito do tema, conclusões essas que o STJ vem adotando e não necessariamente conclusões próprias da presente pesquisa. O primeiro ponto analisado no julgado diz respeito à ao texto constitucional em relação à responsabilização criminal da pessoa jurídica, que segundo o Min.Gilson Dipp nossa Constituição Federal de 1988 apenas consolidou uma tendência mundial ao prever maior proteção aos interesses difusos, entre eles a questão ambiental. Prevendo dessa forma a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio ambiente.

Tal responsabilidade, como segundo ponto tratado no acórdão, seria apenas o reflexo de uma política ambiental, devendo servir a punição criminal não apenas em relação à prática

de condutas lesivas, mas também atuando de forma preventiva em relação às mesmas, ou seja, atuando como prevenção geral e especial.

O Direito Penal, seguindo uma tendência mundial, como na Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Nova Zelândia, Austrália, França, Venezuela, México, Cuba, Colômbia, Holanda, Dinamarca, Portugal, Áustria, Japão e China, ao prever a responsabilidade penal da pessoa jurídica, estaria atuando de forma eficiente, pois se atingiria a imagem da pessoa jurídica de forma estigmatizante, além de gerar condutas nos dirigentes das mesmas, evitando-se o cometimento de novos delitos.

O terceiro tema levantado diz respeito à capacidade de ação dos entes coletivos em matéria penal, além da questão da culpabilidade e penas a eles aplicadas. Indagando-se de que forma a pessoa jurídica seria capaz de realizar uma ação com relevância penal. Para tais questões o Min. Dipp entende que nosso ordenamento ao fornecer existências à pessoa jurídica, fornece à mesma a capacidade de cometer condutas típicas, sendo a questão da culpabilidade ampliada para uma responsabilidade social conforme trecho extraído de seu voto:

(...) se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal, tal como ocorre na esfera cível.

A questão da culpabilidade, por exemplo, deve transcender ao velho princípio *societas delinquere non potest*. Na sua concepção clássica, não há como se atribuir culpabilidade à pessoa jurídica. Modernamente, no entanto, a culpabilidade nada mais é do que 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. (p. 9)

O quarto ponto levantado no voto trata do sistema de dupla imputação penal previsto pela Lei 9605/98, ou seja, se para haver a responsabilização criminal da pessoa jurídica, haveria a necessidade ou facultatividade da responsabilização de um agente, pessoa física, ligada à empresa. De forma clara o Min. Dipp expõe em seu voto que nossa legislação previu o sistema de dupla imputação como requisito necessário para a responsabilidade penal do ente coletivo, desde que a pessoa física atue em nome e em benefício do ente moral: "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.". Só podendo ser responsabilizada quando houver a responsabilização conjunta da pessoa física.

Sendo de grande relevância a identificação da atuação da pessoa física, conforme trecho do voto:

A identificação da atuação das pessoas físicas é importante como forma de se verificar se a decisão danosa ao meio-ambiente partiu do centro de decisão da sociedade ou de ação isolada de um simples empregado, para o qual a pessoa jurídica poderia responder por delito culposo (*culpa in eligendo* e *culpa in vigilando*), recebendo penalidades menos severas daquelas impostas a título de dolo direto ou eventual, advindos da atuação do centro de decisão da empresa. (p.13)

O voto traz ainda os requisitos que nossa doutrina elenca como necessários para a responsabilidade penal da pessoa jurídica:

Os critérios para a responsabilização da pessoa jurídica são classificados na doutrina como explícitos: 1) que a violação decorra de deliberação do ente coletivo; 2) que autor material da infração seja vinculado à pessoa jurídica; e 3) que a infração praticada se dê no interesse ou benefício da pessoa jurídica; e implícitos no dispositivo: 1) que seja pessoa jurídica de direito privado; 2) que o autor tenha agido no amparo da pessoa jurídica; e 3) que a atuação ocorra na esfera de atividades da pessoa jurídica. (p.10)

Como quinto ponto estabelecido no acórdão tem-se as penas aplicáveis à pessoa jurídica, sendo que tais penas estariam adaptadas à natureza jurídica de tais entes, como exemplo teríamos as penas de multa, prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos etc.

Além dos pontos acima levantados, o voto trata ainda da questão da suposta violação do princípio constitucional de que a pena não passará da pessoa do condenado (art. 5º, XLV CF/88), não havendo ofensa a tal princípio, pois estaríamos diante de duas pessoas distintas, ou seja, a pessoa física e a pessoa jurídica e a aplicação de penas a qualquer uma delas é de se esperar que existam externalidades, porém nenhuma que justifique a não aplicação das penas.

O presente acórdão, assim, estabelece os principais parâmetros a serem seguidos para se obter a responsabilidade penal da pessoa jurídica, contudo, apesar de sua qualidade nos pontos tratados, peca ao deixar de analisar questões essenciais à concretização de tal via de responsabilização. Pois mesmo que entendamos a responsabilidade penal dos entes coletivos matéria constitucional, como resultando de uma política ambiental, sua utilização ainda é precária, faltando ao nosso ordenamento regramento específico capaz de atender peculiaridades processuais e dinâmicas dos entes coletivos, nossa Lei 9605/98 ao tentar solucionar tal problema, além de não o conseguir gera problemas como a violação do

princípio da legalidade ao prever penas genéricas aos entes coletivos, sem uma exata vinculação ao tipo penal.

Tais problemas ficam nítidos com os dados obtidos pela pesquisa da FGV acima trabalhada, em que demonstra a dificuldade de nossos tribunais em apurar a ocorrência dos delitos pelas pessoas físicas ligadas à empresa e como consequência disso responsabilizar o próprio ente coletivo. Além de temas como a culpabilidade social da empresa não ser tratado de forma tão clara a fim de compatibilizar com as minúcias do direito penal.

6. 2. 2 TRF da 4ª Região 8.ª T. – AP 0010064-78.2005.404.7200

Diferentemente do acórdão acima apresentado, o presente acórdão (Tribunal Regional Federal da 4ª Região 8.ª T. – AP 0010064-78.2005.404.7200 j. 21.08.2012 – public. 12.09.2012) trás novos parâmetros sobre a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, contudo se trata de um voto proferido por um Tribunal Regional Federal, que provavelmente irá ser submetido, via recursal, à análise de nosso Superior Tribunal de Justiça.

Entretanto, independentemente de ser uma decisão definitiva ou não, sua análise se faz relevante na medida em que aborda as questões do sistema de dupla imputação de forma diversa ao tratamento dado pela matéria no STJ, como se verá em sua análise. Assim, apesar de suas peculiaridades, o presente julgado não diverge em relação ao STJ no sentido de se aplicar o Direito Penal em relação aos entes coletivos, mas sim sua forma de aplicação.

Para início de análise trago a Ementa do presente acórdão, cujo relator é o Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz:

DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. ART. 3º DA LEI Nº 9.605/98. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. NATUREZA SUBJETIVA. POSSIBILIDADE E AUTONOMIA DA PERSECUÇÃO CRIMINAL. CONCEITO CONSTRUTIVISTA DA CULPABILIDADE. SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS. AUTORREFERENCIABILIDADE E AUTOORGANIZAÇÃO DOS ENTES MORAIS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO ADMINISTRADOR PESSOA FÍSICA. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL UNICAMENTE EM DESFAVOR DA EMPRESA CORRÉ. REJEIÇÃO DA TESE DA DUPLA IMPUTAÇÃO NECESSÁRIA. DESCONSTRUÇÃO ARGUMENTATIVA DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE.

Da mesma forma que no estudo do julgado anterior, este julgado também apresenta diversas conclusões sobre o tema, conclusões essas que serão discutidas ao decorrer dessa análise.

Em primeiro lugar o Desembargador em seu voto busca embasar sua decisão em nossa Constituição Federal, reafirmando o entendimento já pacificado pelo STJ sobre possibilidade de utilização do Direito Penal em relação aos entes morais. Porém o faz para trazer à discussão a possibilidade de tal imputação independentemente da imputação em relação à pessoa física ligada ao ente coletivo, pois o caso em questão é uma hipótese de extinção do processo sem a análise de mérito em relação ao ente coletivo, pela existência de prescrição em relação à pessoa física, conforme trecho do voto do Desembargador:

Trata-se, num passo adiante na análise do problema, de perquirir se tal imputação delitiva pode manter-se afastada dos indesejáveis contornos de uma responsabilidade objetiva e, mais importante, se o ente coletivo pode sujeitar-se à persecução criminal de forma autônoma, sem que seus administradores figurem, necessariamente, no pólo passivo da ação penal.

Prosseguindo em seu voto, discute-se a questão da culpabilidade e da ação desempenhada pelo ente moral a fim de se fazer comprovada sua total autonomia em relação ao ente pessoa física no cometimento de determinados delitos, utilizando-se, entre outras teorias, a teoria dos sistemas autopoiéticos de Niklas Luhmann (sistemas autônomos e autorreferenciados capazes de engendrar a si mesmos no contexto social e de interagir com base no todo comunicativo que integram), conforme trecho abaixo:

Em suma, não apenas as pessoas físicas, mas também as denominadas pessoas morais são, da perspectiva do ordenamento jurídico, sistemas caracterizados pela “autopoiese”, ou seja, pela capacidade de engendrar a si próprias, reproduzirem (tanto no sentido de representação de sua própria imagem como de formulação de sua própria natureza no contexto social) a si mesmas.

Dessa forma, pelo fato de nosso ordenamento jurídico, principalmente por meio de nossa Constituição Federal, conferir “aos indivíduos o direito fundamental de associarem-se, do que decorre a **garantia de auto-organização** aqueles entes coletivos que, seguindo a conformação disposta na legislação infraconstitucional relativa às exigências para sua regular criação, tornam-se **sujeitos de direito**”. Nossa legislação infraconstitucional, como o art. 3º da Lei 9605/98, não estaria por estabelecer o sistema de dupla imputação como requisito necessário para a responsabilização criminal, conforme trecho a seguir:

(...) a análise cuidadosa do dispositivo legal revela que a norma não exige, para a instauração de *persecutio criminis in iudicio* contra a pessoa jurídica, a simultânea propositura de ação penal em desfavor dos administradores pessoas físicas, mas, sim, que a prática delitiva seja decorrência de decisão desses gestores. Vagueza normativa que deve ser compreendida apenas no sentido de obstar a responsabilização do ente coletivo por atos de terceiros alheios a seu quadro diretivo, tais como empregados ou prepostos sem poder de comando.

Ainda em relação ao tema, o Desembargador faz um paralelo com o sistema autopoietico para justificar a distinção de condutas a serem imputadas aos entes coletivos e aos entes pessoas físicas:

A persecução penal do ente coletivo e de seus administradores possui natureza disjuntiva, pois "se tratam de duas autopoieses diferenciadas", na medida em que "os fundamentos últimos da responsabilidade de ambos os sistemas têm gênese em esferas totalmente diferenciadas".

Ao final de seu voto, como considerações finais, traz à discussão a necessidade de se desenvolver, para os entes coletivos, teorias em relação às suas excludentes de ilicitude, da mesma forma que ocorre com as pessoas físicas, pois de nada adianta reconhecer sua culpabilidade e autonomia de imputação penal, sem que lhes seja fornecida direitos e garantias de igual semelhança. Pois uma coisa é julgar pessoas jurídicas de grande porte como as S/A, e outro bem distinta é se analisar pessoas jurídicas, cuja decisão de controle se confunde com a do empresário que comanda tal empresa, conforme bem explana na parte final de seu voto:

Em exame perfunctório da questão, se por um lado as sociedades anônimas, com seus estatutos constitutivos, realização periódica de assembleias gerais e reuniões frequentes de conselhos fiscais e administrativos, mostram-se, **ao menos em tese**, dotadas de suficiente complexidade para que lhes seja atribuída a prática de eventuais delitos, nem sempre o mesmo se poderá dizer de pessoas jurídicas de pequeno porte, tais como as *empresas individuais de responsabilidade limitada*, recentemente introduzidas em nosso ordenamento pela Lei nº 12.441/2011, que incluiu um inciso VI no art. 44 do Código Civil, pois, nesses casos, possivelmente haverá estreitíssima identidade entre o ente moral e a pessoa física que determina a condução de seus negócios. Trata-se, como se nota, de tópico desafiador, que deve ser cautelosamente estudado tanto pela doutrina de ponta como pelos órgãos judicantes, a fim de que se formulem critérios seguros e objetivos de imputabilidade.

Com a análise do presente julgado não se pretende desconstruir toda a argumentação pelo Desembargador em questão proferida, pois um muito tal reflexão se faz útil na medida em que o estudo sobre o tema ganha maior profundidade e amadurecimento.

Em relação ao caso, interessante opinião expressa por Tangerino (2013), que entende não ser possível a interpretação feita pelo Desembargador em questão sobre o sistema da dupla imputação, não se podendo imputar à uma pessoa jurídica qualquer crime, sem que se estabeleça a pessoa física que a permitiu que agisse dessa forma. Porém, também não se discorda que o acórdão traz questões importantes para a defesa da responsabilidade penal da pessoa jurídica, contudo a forma como é utilizada demanda crítica. Para o autor acima mencionado, não se pode admitir que o Direito Penal tenha como missão garantir a validade das normas, conforme teoria de Jakobs, confrontando-se com princípios básicos constitucionais (desnaturação do instituto em favor da incriminação por simples violação à norma) e abrindo espaço para o arbítrio estatal.

Assim, temos que apesar de demonstrado no presente acórdão à possibilidade de imputação independentemente da pessoa jurídica, trazendo também a necessidade de reformulação de outros institutos para tal responsabilidade, ainda estamos diante de uma legislação pouco amadurecida em tal ponto, e que não nos permite aplicar determinados institutos em contento.

A tentativa do Desembargador em tentar promover a responsabilidade do ente coletivo a todo o custo, inclusive com a utilização de um Direito Penal Objetivo reflete apenas sua frustração em questões penais e processuais que nosso Direito Penal Econômico se esbarra, não se trata de interpretarmos nosso dispositivos legais a luz de teses objetivas, mas sim de reformulá-los, a fim de garantir a aplicação de um Direito Penal claro e condizente com nosso Estado Democrático de Direito, sem que isso represente a impunidade dos entes morais.

6. 3 Conclusão

Com base na análise jurisprudencial podemos obter diversas conclusões em relação ao tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica, primeiramente em relação ao estudo quantitativo realizado pela FGV que apesar de trazer dados apenas até 2008 é forte indicativo de como o tema tem se desenvolvido em nossos Tribunais, conjuntamente com esse estudo temos a análise qualitativa de dois julgados, um simbolizando o “marco” para as questões concernentes à responsabilidade penal da pessoa jurídica, estabelecendo-se seus requisitos e condições e o outro recente que aborda a mesma temática, mas inova em relação à responsabilidade dos entes coletivos.

Assim, com base nesses três estudos acima feitos tem-se que o tema da responsabilidade criminal dos entes morais, apesar de ter bases consolidadas no STJ em relação aos seus pressupostos mínimos, ainda demanda grandes reflexões, visto sua aplicabilidade ainda ser muito excipiente, cuja concretização demanda maiores especificidades processuais e mecanismos mais eficientes de responsabilização dos agentes pessoas físicas, principalmente por meio de programas de *compliance*.

Não só em relação à sua aplicabilidade prática podemos tirar conclusões do acima exposto, pois no que diz respeito à análise dogmática do tema, como se foi possível pela comparação dos dois últimos julgados, ainda muito se discute sobre questões como a culpabilidade da empresa, sua capacidade de ação, a fim de tais institutos não colidirem com bases sólidas de garantias do Direito Penal.

Mesmo que nossos Tribunais tentem concretizar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, todos os problemas levantados nessa obra, desde o problema do caráter simbólico até questões de maior complexidade dogmática sempre aparecem como fatos a serem trabalhados, de forma direta ou indireta por nossos juízes.

7. CRIMINAL COMPLIANCE

Conforme já levantado no presente estudo, as questões envolvendo as políticas de *criminal compliance* se mostram importantes para a melhor compreensão e elaboração do instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica, em especial para possibilitar a aplicação da culpabilidade em relação a ela (BIANCHI, 2011). Nesse capítulo assim busca-se trazer um panorama geral em relação a esse tema, para então se analisar as peculiaridades, vantagens e problemas em sua utilização.

7. 1 Panorama geral e conceito

Compreender o contexto que se insere a discussão em torno das políticas de *compliance*, se faz de suma importância, pois é um tema em voga na atualidade (ROTSCH, 2012), que segundo Bacigalupo (2012) faz relação com as crises financeiras, que não se restringem ao econômico e ao financeiro, mas abrangem também questões de ilegalidade, legalidade e problemas éticos. Tendo origem nas políticas americanas *follow the money*, em que se busca descobrir a origem do dinheiro obtido ilicitamente, a fim de se evitar tal prática

por meio da análise custo resultado, onde os custos superariam o resultado vantajoso da operação ilícita (CORDERO, 2009).

Gerando nesses contextos situações que provavelmente terão repercussões penais segundo o autor. Em 1930, com a crise decorrente do *crack* da Bolsa de Nova Iorque, pode-se cogitar que teríamos os primeiros modelos de *compliance*, contudo o modelo adotado foi o de agências reguladoras, não cogitando ainda na utilização de tais mecanismos (SHECAIRA; ANDRADE, 2011).

Mais especificamente, o conceito de *compliance* tem sua origem na década de 1990 (SHECARIA; ANDRADE, 2011), passando a ser objeto de análise e estudo jurídico no Brasil, segundo Saavedra (2012), apenas nos últimos anos em especial com a entrada em vigor da Lei 9313/98 e com a Resolução 2554/98 do Conselho Monetário Nacional, surgindo o dever das “instituições financeiras e as empresas de capital aberto” de colaborarem com as questões referentes aos crimes de lavagem de dinheiro. Contudo, o conceito e discussão não tem origem no Brasil (SAAVEDRA, 2012, p. 22).

Cordero (2009) assim coloca que tais políticas, iniciadas nos EUA como forma de combate aos crimes de lavagem de dinheiro, hoje estão a se expandir pelo restante do mundo, aplicando-se a outros regramentos como a proteção do meio ambiente. Assim, as obrigações estabelecidas nesse âmbito, como diretrizes impostas pelo Grupo de Ação Financeira Internacional-GAFI (*Financial Action Task Force-FATF*) na década de 90 e seguintes para com o combate à lavagem de dinheiro apresentou pontos negativos em relação à maximização de lucros, todavia passou a ser utilizada também como uma publicidade positiva para as empresas que estavam enquadradas nas normas (CORDERO, 2009).

Nesse sentido, temos que as questões envolvendo políticas de *compliance* são mais abrangentes que apenas à questão da lavagem de dinheiro, pois compreendem diferentes esferas empresariais, abarcando também os códigos em matéria ambiental, de defesa do consumidor, além das questões financeiras referentes à lavagem de dinheiro (SHECAIRA; ANDRADE, 2011).

Contudo, a utilização do Direito Penal é muito discutível, pois quando utilizado de forma prioritária nem sempre se terá os melhores resultados, conforme já explorado nessa obra. Em relação aos crimes cometidos pelos agentes de mercado, não só os entes coletivos,

como os crimes de lavagem de dinheiro cuja dinamicidade, velocidade e complexidade são cada vez maiores, o Direito Penal pautado em um sistema garantista, pode não ser a via mais eficiente (LIMA, 2011).

A repercussão penal, todavia quando utilizada, pode ser dividida em dois momentos, o primeiro seria aquele relacionado com os danos já ocasionados e o segundo em relação a políticas futuras, principalmente em relação ao aumento de deveres empresariais e suas sanções penais e administrativas, tendo como base sistemas de prevenção de risco em último caso sempre na tentativa de se obter a responsabilidade penal da pessoa jurídica (BACIGALUPO, 2012).

Da mesma forma as políticas de *criminal compliance* estão relacionadas às prevenções primárias e secundárias. Primárias, pois está relacionada ao conjunto de ações que visam à ocorrência do crime no âmbito empresarial, secundária, pois está voltado para a identificação de práticas específicas em determinados setores empresariais, como o ambiental, tributária, econômica etc. (CABETTE; NAHUR, 2013).

Bacigalupo (2012) ao fazer referência ao direito penal econômico, apesar de ter objeto diverso do direito penal clássico, pois não sanciona a liberdade do indivíduo, não entende que as características inerentes ao direito penal seriam suprimidas, como o princípio da subsidiariedade, *ultima ratio*, legalidade e culpabilidade, apenas se criaria mecanismo capazes de se aplicar tal instituto à realidade econômica. A principal característica, dessa nova seara, está pautada na racionalidade do homem, tendo um comportamento intencional na análise de riscos envolvidos, ainda mais em relação aos agentes econômicos, compreendendo os entes coletivos (CORDERO, 2009).

Nesse contexto, portanto, envolvendo riscos empresariais, como a prevenção de riscos de responsabilidade penal empresarial pelo não cumprimento de regras legais, se insere as políticas de *criminal compliance*, que são a primeira linha de defesa para com a prevenção e repressão, seja em relação aos crimes ambientais, seja em relação aos crimes de lavagem de dinheiro conforme Lima (2011). Funcionando como um impeditivo à atividade criminosa, pois dificulta sua execução, e é utilizado posteriormente como um importante meio de prova, entre outras funções (LIMA, 2011). Tema este muitas vezes confundido com o próprio Direito Penal Econômico, que apesar de muito próximo, pois geralmente as questões de *criminal*

compliance estão relacionadas a crimes econômicos e empresariais, não podem ser utilizados como sinônimos (SAAVEDRA, 2012).

Por meio dessas explicações podemos analisar o conceito do termo *compliance*, que pode ser entendido como: conformidade; cumprir; satisfazer uma determinação; pois deriva do verbo inglês *to comply* (CABETTE; NAHUR, 2013). Conforme expõe Lima (2011, p. 53) “*compliance* é a conformidade da empresa com regulamentos, especialmente com aqueles de fonte externa à própria instituição, e leis do país e de outros países que a ela estendam vigência”. Bianchi (2011) por sua vez apresenta o conceito de *criminal compliance* muito semelhante ao conceito anterior, o qual é visto como mecanismo para evitar a imputação criminal do próprio ente coletivo, como de seus administradores e funcionários. Se tratando em última análise de um princípio estatal em que as empresas devem atuar harmonicamente em relação ao ordenamento jurídico (ROTSCH, 2012).

Da mesma forma Saavedra (2011) considera o estudo do *criminal compliance* como o estudo de todas as questões envolvendo a prevenção de riscos, seja por meio de mecanismos internos da empresa, seja por meio de outras medidas externas. Entretanto, o autor entende que o conceito de *compliance*, pelo menos no Brasil, tem sido entendido de duas formas, a primeira como mecanismo de implementação de boas práticas, ou *corporate governance*, entendido aqui muito mais como uma questão ética da própria empresa visando bom relacionamento com os agentes de mercado. A segunda forma de visualizar a figura do *compliance* seria por meio das ciências criminais, que ainda é muito pouco explorado no Brasil, sendo desconhecidos os debates sobre *criminal compliance* fora do âmbito nacional (SAAVEDRA, 2012).

Assim, *compliance* está intimamente relacionado com a questão do risco empresarial, ou seja, no risco de sanções regulatórias, de perda financeira por meio dos mecanismos de repressão como o Direito Penal, que atinge a imagem e reputação do ente coletivo por meio de uma publicidade negativa (BIANCHI, 2012; CABETTE; NAHUR, 2013). Esse “*risk criminal law*” assim faz com que se utilize cada vez mais o Direito Penal, contudo, quando políticas de *criminal compliance* não são bem aplicadas gera-se um apenas a função simbólica do Direito Penal sem que seja realmente efetivo na aplicação de sanções em relação aos agentes causadores dos danos (LLADÓS; PETIT, 2013).

Não se confundindo o risco de *compliance* com o risco empresarial de mercado, ou seja, com os riscos inerentes à atividade financeira do agente de mercado, como os riscos de capital e crédito. Não se confundindo também com controles internos das empresas, que podem ou não conter mecanismos de *compliance*, pois os controles internos são mais dinâmicos e os controles de *compliance* são mais estáticos, muito mais presos à disposição legal (LIMA, 2011). Aqui muitas vezes é possível se identificar mecanismos interno de controle ético da própria empresa norteados tais políticas (RIBEIRO, 2011).

As obrigações de *compliance* por estarem relacionadas com regulamentos e com a lei “visam impedir a utilização de setores econômicos relevantes da economia para a transformação de bens econômicos de origem ilícita em bens econômicos aparentemente lícitos” (LIMA, 2011, p. 57). E na medida em que a repressão penal ganha maiores proporções no âmbito empresarial, seja por meio de sanções individuais, seja por meio de sanções coletivas, os sistemas internos de *criminal compliance* começam a fazer parte de um fenômeno mundial dos entes coletivos em sua adoção como forma de prevenção e fiscalização (CABETTE; NAHUR, 2013).

Tais sistemas assim passam a compor a estrutura interna das empresas, independentemente do seu tamanho, ou seja, está presente tanto nas pequenas empresas, quanto em grandes corporações, porém a depender do ordenamento jurídico em que está inserida pode haver ou não um regramento específico para as políticas de *criminal compliance*. Quando este não existe é possível que tenhamos alguns exageros na complexidade de tal sistema, situação essa que nos leva a ironia de falarmos em mecanismos de *compliance* dentro de um mecanismo de *compliance* (ROTSCH, 2012).

Não se restringindo tais mecanismos à seara econômica, como dito, pois sua aplicação em relação à preservação do meio ambiente como expõe Vandenberg (2003) se faz de forma essencial e muito produtiva, pois com pequenas alterações nos padrões de *compliance*, ou seja, com pequenas questões em seu aperfeiçoamento é possível se obter grandes ganhos para a saúde humana, qualidade do meio ambiente. Alterações essas que se dão essencialmente por meio do *law enforcement*, agindo de forma positiva para com os responsáveis pelas políticas de *criminal compliance*, os *compliance-officers* (VANDENBERGH, 2003).

7.2 Características

Feita a contextualização acima, para se implementar as políticas de *compliance* um complexo sistema normativo se faz necessário com uma adequada gestão das normas, entendido como “compliance management” (GACIGALUPO, 2012, p. 39). Apresentando também uma rede de troca de informações entre os órgãos públicos e os privados, tendo como uma de suas funções o combate à criminalidade financeira, como crimes ambientais e lavagem de dinheiro (LIMA, 2011).

Esse grupo de interesses, quais sejam, os interesse público e o interesse privado, podem como ser compreendidos como sendo este o interesse na prevenção e identificação de atividades suspeitas, e aqueles na detecção e sanção de ações contrárias ao ordenamento (CORDERO, 2009). Tendo como característica principal a prevenção, diferenciando-se do Direito Penal Clássico, como acima referido, pois este é voltado *ex post*, ou seja, trabalha após o crime ter sido cometido prioritariamente, não se excluindo as funções da pena, entre elas a de prevenção geral. O *criminal compliance* realiza uma análise *ex ante* das ações para se evitar o cometimento do crime (SAAVEDRA, 2012).

Podendo se dividir a prática de *compliance* em dois pontos segundo Cabette e Nahur (2013), ou seja, o primeiro seria a do interesse eminentemente da própria empresa, que por meio da fiscalização interna tentaria se evitar o cometimento de práticas delituosas, mas com o interesse eminentemente privado, com ênfase nas questões que possam lesar o patrimônio desse ente.

O segundo ponto seria o equilíbrio entre esse interesse privado e o interesse social por detrás das normas penais, situação essa muito mais relacionada às questões éticas e de “consciência da empresa”, no direito brasileiro, por exemplo, para com questões ambientais e financeiras (CABETTE; NAHUR, 2013, p. 22). Nessa linha tênue entre o interesse privado e o coletivo ou social, discute-se quais seriam os limites e amplitudes daqueles responsáveis pela implementação e fiscalização dos programas de *compliance* dentro da empresa, ou seja, quais seriam os fatos criminosos que ensejariam a comunicação às autoridades competentes e qual a responsabilidade penal desse agente frente a essas situações (SAAVEDRA, 2011).

Devido a essa complexidade, no âmbito empresarial, é comum que essa gestão de risco seja terceirizada, sempre na tentativa de se evitar a difusão pública de um processo penal

que venha expor negativamente a empresa ou seus representantes. Sendo comum também o uso de códigos de ética internos da pessoa jurídica e por consequência sistema de *compliance* (GACIGALUPO, 2012). Assim, as questões éticas de conduta empresarial são comumente utilizadas, contudo, a ética empresarial pode ser diversa daquela que o Direito prevê como uma conduta a ser seguida e respeitada, devendo esta adquirir um sentido econômico a fim de ser incorporada nesse contexto (GACIGALUPO, 2012).

Por meio de tais questões deve ser estabelecido um código de conduta, abarcando, entre outras questões, sistemas de exclusão de conflito de interesses, corrupção, competências, observação de direitos humanos, questões de ética, confidencialidade, regulação das denúncias internas de irregularidades etc. Códigos de conduta ética são importantes mecanismos a serem adotados para esse fim, orientando os comportamentos adequados em relação aos diferentes níveis de atuação dentro da empresa (GACIGALUPO, 2012). Sendo assim, a gestão de diminuição de riscos está dirigida a se evitar danos, sejam estes privados (eminentemente econômicos) ou sociais (RIBEIRO, 2011).

Códigos esses, que “independentemente da motivação ética ou utilitária”, têm sido adotados por grandes grupos econômicos, como os grupos financeiros, pois tais entes buscam preservar um de seus ativos mais importantes que é a sua credibilidade perante o mercado, essencial para sua manutenção no mesmo. Dessa forma a regulação por meio do legislador não deve ser independente dos agentes atuantes no mercado, atuando de forma cooperativa, como ocorre na Grã-Bretanha (LIMA, 2011).

Outra característica é que o uso de tais mecanismos possibilita a identificação dos verdadeiros autores dos atos empresariais, que muitas vezes devido a sua hierarquização de condutas, uma ação é multifacetada com diversas pessoas executando pequenas partes do todo. Com as políticas de *criminal compliance* não se evitara tal situação de decisões multisetoriais, apenas se possibilitara identificar essas decisões e seus autores. Assim, as pessoas jurídicas, por se tratarem de organizações legais previstas pelo Direito, pode-se estender a teoria do domínio do fato de Roxin, pois se trata de um aparato organizado de poder (GACIGALUPO, 2012).

Contudo, não se nega que ao tratarmos de grandes empresas, sua estrutura organizacional é muito mais complexa que apenas uma rede hierarquizada de poderes, composto por inúmeros subsistemas empresariais, devendo assim, se estabelecer um sistema

de individualização de posições dentro dessa estrutura, não ferindo dessa forma o princípio da responsabilidade pessoal ou individual. Um controle interno da juridicidade da atuação dos setores da empresa e das pessoas a ela ligados se mostra como interessante ponto a ser estabelecido, ou seja, deveres de supervisão e controle da pessoa jurídica como forma de se concretizar as políticas de *criminal compliance* (GACIGALUPO, 2012).

Outro ponto de interessante menção se faz em relação à obrigatoriedade ou não dos sistemas de *criminal compliance*, que a depender da estrutura da empresa representaria um custo de implantação e manutenção muito mais alto que o próprio risco do cometimento e condenação em delitos futuros, inviabilizando sua implementação. Dessa forma, não se justifica a obrigatoriedade de tais medidas, não podendo ser prejudicada uma empresa apenas por não possuir mecanismos internos de prevenção, contudo, quando estes existirem e se puder comprovar sua eficácia, poderia sim ser utilizado em seu benefício (GACIGALUPO, 2012). Por meio disso, a empresa na implementação dos programas de *criminal compliance* deve realizar um estudo no que concerne aos riscos inerentes à sua atividade relacionados à lei penal, determinando-se as possíveis medidas a serem tomadas para evitar esse risco de responsabilização e avaliar assim sua viabilidade (BUONICORE, 2012).

A existência de responsáveis pelo gerenciamento de tais políticas, denominados *compliance-officer*, também se mostra como um mecanismo útil na identificação e responsabilização, pois se delega a uma pessoa, ou a um grupo delimitado de pessoas a responsabilidade de vigilância, assessoramento, advertência e avaliação dos riscos de gestão, que pode ou não fazer parte do setor responsável pela gestão de risco empresarial, mas de forma independente com qualquer auditoria que possa ser realizada (GACIGALUPO, 2012; LIMA, 2011; SAAVEDRA, 2012).

Segundo Saavedra (2011, p. 11) os *compliance-officer* tem a função de “avaliar os riscos de *compliance* e de criar controles internos com o objetivo de evitar ou diminuir os de sua responsabilização penal”, além de serem utilizados como identificadores de “potenciais criminosos” no âmbito empresarial (SAAVEDRA, 2012). Por exercerem tais atividades é de se supor que ocupem uma posição diferenciada dentro da empresa que possibilite o melhor desempenho dessa atividade, com independência e eficácia. A independência organizacional, assim é fundamental em uma posição tão delicada dentro do seio da empresa, com a

possibilidade de responsabilização de pessoas físicas até mesmo superiores hierarquicamente, como no caso de sócios e gestores (FURTADO, 2012).

Posição essa que resulta no acréscimo de responsabilidade perante as atividades de vigilância, pois assume a posição de garante (art. 13, §2º “a” e “b” do Código Penal) (CABETTE; NAHUR, 2013). Saavedra (2012) da mesma forma entende que o descumprimento dos deveres de *compliance* estariam associados à posição de garante, ensejando a responsabilidade penal do agente. Contudo, conforme se verá demonstrado no item referente aos problemas de tais mecanismos, a existência dos *compliance-officer* não está imune a críticas.

Muito relacionado à atividade dos responsáveis pela fiscalização e vigilância, acima referida, se encontra a figura da delação interna ao âmbito empresarial, ou seja, sistemas que sejam criados a fim de proporcionar a formulação de denúncias, sem que exista qualquer represália ou vingança (FURTADO, 2012). Shecaira e Andrade (2011) trazem ainda a figura do *whistleblower*, ou seja, delações que partiriam da esfera cívica, muito semelhante à figura da delação interna, se não igual, pois as pessoas teriam incentivos de levar a conhecimento interno questões envolvendo o desrespeito à ética empresarial e políticas de *compliance*.

Tais situações de delação tem que estar assim previstas, de preferência legalmente e não apenas como códigos internos das empresas, de forma a assegurar a correta responsabilização dos envolvidos, diferenciando-se aqueles que representam a corporação e coordenam os programas de *compliance* (preferencialmente de fora da instituição) daqueles que estão sendo investigados por condutas suspeitas (MILLER, 1996).

Ainda como característica de tais programas temos o custo envolvido em sua implementação, pois quando realizado de forma exclusivamente privada estes serão de acordo com a capacidade e necessidade da empresa, pois tem como objeto principal o interesse privado. Contudo, quando estamos diante de programas de implementação compulsória, ou quando suas peculiaridades são previstas em lei, o custo de sua implementação pode muitas vezes não ser viável para determinada empresa a depender de seu porte.

Nesse sentido se posiciona Buonicore que entende que os custos de implementação dos programas de *compliance* tem que estar intimamente relacionados com o risco do cometimento da infração penal, pois tais programas se pautam pela “racionalidade entre os

interesses de segurança e os objetivos financeiros e a viabilidade econômica”, sendo viáveis economicamente os programas que o custo de sua implementação e manutenção sejam menores que os custos possíveis e futuros com a responsabilização criminal que venha a sofrer (2012, p. 18). Utilizando-se do posicionamento acima, estamos nada menos do que fazendo os cálculos para se saber “se o crime vale a pena”, visão esta que apesar de inconsequente, pois desconsidera qualquer valor ético e moral por detrás da norma, é a que está presente em nossa sociedade, seja ela a empresarial ou não (CABETTE; NAHUR, 2013, p. 32).

Outra característica muito ligada ao estabelecimento ou não de forma compulsória de políticas de *criminal compliance* está o fato de se gerar uma indústria em torno de tais programas, ou seja, empresas especializadas para fornecer essa assessoria às empresas como forma de prevenção de riscos. Situação essa de maior repercussão, quanto maior o rigor da legislação e obrigatoriedade de seu cumprimento (CORDERO, 2009).

Em suma, podemos entender que para a existência da responsabilidade penal da pessoa jurídica, uma intervenção no âmbito de organização e gerência das empresas deve existir, ainda que exclusivamente por meio de leis prevendo sistemas de *compliance*, beneficiando as empresas por reduzir os riscos inerentes de sua atividade e por reduzir sua responsabilidade em um possível cometimento de um delito (GACIGALUPO, 2012).

Situação essa, que segundo Cabette e Nahur (2013), para o melhor desempenho dos mecanismos de *criminal compliance*, este deve ter origem pública, ou seja, imposto de forma compulsória, ainda que em equilíbrio com a iniciativa privada e compreendendo as peculiaridades empresariais, pois do contrário, tais mecanismo estariam sujeitos à parcialidades e seus objetivos preventivos poderiam ser manipulados em favor dos agentes de mercado. Nesse sentido interessante paralelo faz Ambos (2011) com a teoria do domínio da organização desenvolvida por Roxin, pois mediante o domínio e controle do aparato de poder os mecanismos de *compliance* poderiam ser utilizados de forma destorcida, a fim de favorecer a instituição de forma a acobertar o cometimento de atos ilícitos.

7.3 Aplicação estrangeira

Em relação à aplicação das políticas de *criminal compliance* em outros países alguns modelos na atualidade se fazem importante menção por estabelecerem regras melhor

elaboradas que as do ordenamento jurídico brasileiro, assim, será analisado os modelos chilenos, suíço, italiano entre outros de forma pontual.

Essa análise se mostra relevante na medida em que nosso contexto caminha cada vez para os sistemas de prevenção de risco, em especial quando envolvendo questões empresariais. Sendo que nos EUA e nos países da Europa ocidental, como a Alemanha, os mecanismos de *compliance* e os *compliance-officers* adquirem funções abrangentes, não se limitando às instituições financeiras (SAAVEDRA, 2012). Dessa forma temos a legislação britânica que apresenta um esforço contínuo na elaboração de leis e procedimentos administrativos, sempre na relação dos entes públicos com os privados, visando à atuação preventiva e evitando o cometimento de crimes (LIMA, 2011).

O modelo suíço a responsabilidade penal da pessoa jurídica é condicionada à omissão de medidas organizativas para prevenção de tais delitos, contudo tal modelo não especifica quais medidas seriam estas. Diferentemente temos a lei italiana que detalha os critérios de organização do ente coletivo, e especifica as hipóteses que a pessoa jurídica não responderá pelos delitos cometidos por seus administradores e subordinados, desde que tenha atuado de forma preventiva, adotando os modelos de organização e gestão para prevenir os delitos (GACIGALUPO, 2012).

Assim, o modelo italiano ao prever os modelos de organização estabelece os critérios mínimos que tais modelos devem conter a fim de poderem ser utilizados como exclusão da culpabilidade empresarial, quais sejam: permitir individualizar condutas; prever protocolos específicos em relação aos delitos ao prevenir; prever obrigações de informações; instituir um mecanismo para impor disciplina e sancionar o não respeito ao modelo de prevenção; etc (GACIGALUPO, 2012).

Dessa forma, tanto a lei chinela, quanto a lei italiana condicionam a responsabilidade penal dos entes coletivos aos deveres de fiscalização e prevenção, situações essas entendidas como *compliance-officer*, ou seja, um encargo de prevenção com a possibilidade de se obter um certificado⁷ de comprovação da adoção de modelos efetivos para a prevenção de delitos no âmbito empresarial. Tais certificados podem ser emitidos por empresas de auditoria

⁷ Certificados esses previstos na lei chilena N. 20.393.

externa, sociedades classificadoras de riscos, ou outras que estejam regularmente inscritas e autorizadas para tanto pela “*Superintendencia de Valores y Seguros*” (GACIGALUPO, 2012).

A comprovação e avaliação de tais mecanismos também deve ser regulada a fim de se constatar a eficácia de tais modelos, assim, diversas medidas podem ser tomadas para tanto, como o uso de entrevistas informativas com os administradores e com os *compliance-officer*, além da análise das documentações pertinentes (GACIGALUPO, 2012).

Em ambas as leis acima referidas (italiana e chilena), assim como no direito norte americano, uma vez comprovada a existência de mecanismos efetivos de prevenção de risco, de acordo com suas respectivas legislações, pode-se excluir a responsabilidade penal da pessoa jurídica, desde que esta não esteja envolvida de forma expressa e voltada para o cometimento do delito. Pois em tais legislações se entende que os programas preventivos são considerados para atenuar ou agravar as sanções a serem impostas, sendo lógico sua utilização também para excluir a culpabilidade da empresa (GACIGALUPO, 2012; LIMA, 2011).

Nos EUA, dessa forma, as principais questões a serem analisadas na persecução penal dos entes coletivos é se o programa de prevenção de riscos por eles adotados é adequado e se foi desenvolvido para a máxima efetividade na prevenção do cometimento de delitos por parte de seus funcionários e administradores. Além de verificar, quando presente tais programas, se eles estão realmente sendo aplicados e ao serem aplicados se desencorajam o cometimento de delitos (LIMA, 2011).

Diferentemente, no sistema espanhol, assim como no alemão, não existe uma norma que regule as programas e protocolos de prevenção, nem os efeitos em relação ao seu cumprimento ou não em face da responsabilidade penal da pessoa jurídica, ou seja, não são claros se haveria exclusão, ou mesmo se atenuaria a culpabilidade da mesma (GACIGALUPO, 2012). Tais diplomas assim, não instituem de forma compulsória as políticas de *criminal compliance*, deixando ao livre critério dos agentes de mercado (FURTADO, 2012).

A discussão na Espanha ganha maior destaque principalmente por meio de reformas legislativas passou a prever a responsabilidade penal da pessoa jurídica a partir de 2010, adotando o modelo de transferência de responsabilidade, ou seja, transferindo ao ente coletivo a responsabilidade por atos de seus dirigentes e prepostos (RIPOLLÉS, 2012). Tendo, como

pano de fundo, questões relacionadas às políticas de prevenção contra o tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, entre outros pontos, agindo o Direito Penal de forma negativa ao cometimento de tais ações. Fato este que acaba por gerar um sistema não tão bem elaborado para situações complexas como as do âmbito coletivo empresarial, que muitas vezes a sanção penal não é a melhor via a ser utilizada (RIPOLLÉS, 2012).

Contudo a doutrina espanhola caminha à considerar a utilização de um sistema sério de *compliance*, a fim de ser utilizado para se obter até mesmo a completa irresponsabilidade penal da pessoa jurídica, desde que a conduta desta tenha sido suficientemente comprovada como tendo agido contrariamente ao ato praticado, na tentativa de prevenir este com um sistema adequado e eficiente (FURTADO, 2012).

Tendo, o sistema espanhol como base as diretrizes de União Europeia de 1991, 2001 e 2005, sendo estas com base nas recomendações do GAFI, adotando um sistema proativo na persecução de operações suspeitas, ou seja, com a comunicação de tais atividades pelas empresas privadas. Quatro assim são as obrigações impostas por tal sistema normativo, quais sejam, a obrigação de identificação de tais operações, obrigação de colaboração, estabelecimento de medidas de controle interno para evitar o cometimento de crimes, além da obrigação de declarar da origem e destino do capital. Existindo também a figura do *compliance-officer* como pessoa responsável pela comunicação de tais operações às autoridades competentes (CORDERO, 2009).

Contudo, o que se constata no ordenamento jurídico espanhol é que o sistema de *compliance* por ele previsto não se mostrou tão eficiente como se previa, além de ocasionar altos custos de implementação para o setor privado, necessitando maior aperfeiçoamento (CORDERO, 2009).

7. 4 Aplicação direito brasileiro

No Brasil, assim como no mundo, quando estamos a tratar de temas como os relacionados como o sistema corporativo é de fácil constatação a preocupação dos agentes de mercado em adotar métodos preventivos em relação às possíveis responsabilizações criminais ou administrativas frente a diversas normas para esse fim, como ilustração desse cenário podemos citar diversas leis no Brasil que buscam criminalizar condutas empresariais, como a Lei 9605/98 em relação os crimes ambientais, a Lei 9613/98 em relação aos crimes de

lavagem de dinheiro, a Lei 7492/86 ao abordar os crimes contra o sistema financeiro nacional, a Lei 8137/90 fazendo referência aos crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo, etc. (RIBEIRO, 2011).

Muito dos tipos penais previstos por tais legislações têm como característica serem crimes de mero descumprimento de um dever legal, tendo como função a proteção de questões eminentemente estatais, constituindo o fenômeno da “administrativização” do Direito Penal, ou seja, passa a exercer função reguladora com o uso de tipos penais abertos e vagos (RIBEIRO, 2011).

Esse estudo, para análise dos mecanismos de *criminal compliance*, duas são as principais leis que se propõe para tal fim, a primeira a Lei 9613/98, em que os deveres de *compliance* estão intimamente ligados com a prevenção de práticas de lavagem de dinheiro (SAAVEDRA, 2011), a segunda por sua vez é a Lei 9605/98 que dispõe sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica em relação aos crimes ambientais.

A Lei 9613/98, alterada pela Lei 12683/12, apesar de ser a norma que traz dispositivos que mais se assemelham com sistema de *compliance*, ao trabalhar tal tema o faz de forma tênue, não prevendo um sistema completo capaz de regular e estabelecer parâmetros como outras leis em ordenamentos diversos como o chileno e o italiano. Contudo, essa omissão acaba sendo suprimida por meio da atuação dos órgãos reguladores, no caso das instituições financeiras, o Banco Central do Brasil (LIMA, 2011).

Mesmo que pequena a atuação do Banco Central nesse aspecto, é possível se identificar obrigações de estabelecimento de mecanismos internos, a fim de se gerar deveres de controle, além de outras questões como o treinamento de funcionários (circular n. 3461/2009). Situações essas que podem ser de grande utilidade para os agentes de mercado, pois a existência de deveres de controle e de formação para levar à exclusão da responsabilidade empresarial no cometimento de uma infração. Contudo estamos, aqui a tratar de infrações administrativas, pois em nosso ordenamento a criminalização da pessoa jurídica ainda que prevista para os delitos ambientais, não vingou segundo Lima (2011).

A Resolução 2554/98 do Conselho Monetário Nacional da mesma forma como a Lei 9613/98 é de grande importância para o cenário nacional na discussão de mecanismos de *criminal compliance*, pois tais normas estabelecem os deveres de colaboração e investigação,

especificamente nos crimes de lavagem de dinheiro, mas que poderiam ser estendidos para outras searas, na medida em que podem ser entendidos como deveres de *compliance* (CABETTE; NAHUR, 2013).

A Lei 9613/98 assim apresenta como características principais o dever de informação aos órgãos estatais em relação às operações consideradas suspeitas quando relacionadas à lavagem de dinheiro. Dessa forma, estamos diante de um sistema compulsório de comunicação com os órgãos públicos, tanto em relação às pessoas físicas ou jurídicas previstas na lei. Especificamente em relação às políticas de *compliance* a lei prevê que as pessoas obrigadas ao fornecimento de informações adotem mecanismos de controle interno adequados à sua estrutura física e financeira (art. 10, III da Lei 9613/98) (CABETTE; NAHUR, 2013; SAAVEDRA, 2012).

Por meio de tais políticas é possível se falar, ainda que timidamente, que estamos diante de um sistema de *criminal compliance* conforme expõe Cabette e Nahur “Trata-se indubitavelmente de uma modalidade de “Criminal Compliance” voltada especificamente para o delito de lavagem de dinheiro, mas sua natureza é pública (não privada) e sua adoção pelas pessoas é compulsória [...]” (2013, p. 26). As regras a serem seguidas dessa forma estão previstas em lei, até mesmo o rol de pessoas obrigadas a prestar informações está previsto em lei (art. 9º da Lei 9613/98), sendo fiscalizadas pelos órgãos públicos, entre eles o COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) (CABETTE; NAHUR, 2013).

Como consequência ao descumprimento dessas regras, ou seja, consequência ao descumprimento das obrigações previstas na lei 9613/98, temos três correntes principais, a primeira entende que deveria se aplicar a Lei 7492/86, em especial os artigos 16 e 22 da lei. Em oposição a esse posicionamento, há a corrente que entende que a Lei 7492/86 e a Lei 9613/98 estariam a tratar de assuntos distintos e por isso não poderiam ser utilizadas de forma complementar, sendo apenas a última a trabalhar com os deveres de *compliance*, pois para essa posição tal instituto estaria restrito à identificação de questões financeiras relacionadas com o crime de lavagem de dinheiro e não relacionada com o sistema financeiro como um todo, necessitando dessa forma da elaboração de um tipo penal específico, que nem mesmo a nova lei de lavagem de dinheiro teria previsto (SAAVEDRA, 2012).

Já o terceiro posicionamento exclui a aplicação do Direito Penal em relação a não observação dos deveres de *compliance*, aplicando-se o Direito Administrativo para tanto.

Tendo como base os artigos 12 e 13 da Lei 9613/98, com a aplicação de sanções de advertência e ou multa pela autoridade competente, que no caso seria o órgão regulador da instituição, ou em sua ausência o próprio COAF (SAAVEDRA, 2012).

Em relação à Lei 9605/98 ao prever a responsabilidade penal da pessoa deixou de prever questões relacionadas às políticas de *criminal compliance* não prevendo hipóteses mais claras em relação à própria responsabilidade penal da pessoa jurídica, formas atenuantes e agravantes de sua responsabilidade, nem medidas internas a serem adotadas pelas empresas preservando a ética empresarial preventiva (SHECAIRA; ANDRADE, 2011).

Para essa lei, por ser a única em nosso ordenamento de trazer a responsabilidade penal da pessoa jurídica, deveria estar previsto um sistema de *compliance* bem elaborado a fim de se evitar dúvidas e contradições em sua aplicação. Devendo àqueles que fossem decidir sobre tal imputação no caso concreto se utilizar de algumas perguntas como norte de sua atuação e responsabilização ou não do ente coletivos, quais sejam, se a pessoa física estava a atuar representando a pessoa jurídica, se nessa atuação sua ação foi em benefício desse ente, respondidas essas questões partir-se-ia para a análise jurídica, questionando-se se a pessoa jurídica possuía uma organização adequada juridicamente na tentativa de se evitar o cometimento dos ilícitos em questão e se há uma cultura interna da própria empresa de se evitar e reprimir tais condutas contrárias ao direito (DÍAZ, 2013).

A justificativa para tanto por sua vez se dá na medida em que diversas empresas ao se estruturarem adquirem uma organização tão complexa a ponto de se pode falar tanto em sua responsabilização penal, por deter autonomia de vontade, quanto em um possível sistema de *criminal compliance*, não se restringindo tais características apenas às grandes empresas e corporações (DÍEZ, 2013).

A todas essas características de lei 9605/98, somam-se diversos outros problemas trabalhados no início dessa obra com o enfoque maior em relação à responsabilidade penal da pessoa jurídica, demonstrando nada menos que o despreparo de nossa legislação para a concretização de tal responsabilidade.

7. 5 Vantagens e desvantagens

Diversos são os pontos positivos e negativos em relação às políticas de *criminal compliance*, sendo apresentando os principais pontos concernentes à sua aplicação.

7. 5. 1 Vantagens

Uma importante vantagem dos sistemas de *compliance*, no âmbito empresarial, reside no fato de tais mecanismos, muito associados a questões éticas de conduta, evitarem a incorporação de um comportamento desviante como correta, desencadeando um ambiente propício para a corrupção (LIMA, 2011). Nesse sentido coloca Sidhu (2009), considerando os mecanismos de *criminal compliance* como principais agentes no combate a corrupção, pois coloca o Direito Penal em posição central nesse combate estimulando a uso e práticas de *compliance* ainda que não estejam previstas de forma obrigatória aos agentes de mercado, elencando como principal exemplo disso o caso da *Siemens Company*, empresa que apresenta políticas nessa área (SIDHU, 2009).

A implantação de tal sistema na Siemens se deu em grande medida por questões de corrupção e suborno que abarcavam as relações tanto internas, quanto externas da empresa, envolvendo até mesmo altos cargos de gerência, por tal fato a partir de 2006 começou-se a implantar os programas de *compliance*, com a utilização de nada menos que 500 *compliance-officers* de tempo integral, além de fundar unidades de investigação de *compliance*, liderada por um agente de formação da Interpol (SIDHU, 2009).

Sendo que as mudanças sofridas pela Siemens não ficaram restritas a ela própria, na medida em que as políticas anticorrupção foram sendo implementadas as demais empresas que de alguma forma se relacionavam com a Siemens passaram a adotar mecanismos semelhantes, pois se gerou o risco de possíveis condenações criminais de tais empresas também. Outro resultado foi a criação do “*certifying business coalition*”, ou seja, um mecanismo que coloca a empresa como sendo o máximo da lealdade e transparência nas relações entre as corporações (SIDHU, 2009). Portanto, o modelo da Siemens, apesar de ter suas origens nas políticas dos EUA dos anos 90, representa hoje um importante modelo a ser seguido no mundo corporativo, em especial pelo impacto positivo que trouxe para esse cenário (SIDHU, 2009).

Outro ponto positivo, que vem sendo mencionado no decorrer dessa obra faz relação com a possibilidade de tal instrumento (*compliance*) funcionar como prevenção e repressão à prática de crimes no âmbito empresarial, além de permitir a individualização das condutas, seja esta coletiva ou individual. Situação esta que permite a persecução penal em relação aos entes coletivos de forma mais adequada, pois é possível a identificação dos reais infratores da

norma e como consequência apurar o grau de participação e culpabilidade do ente coletivo. Não querendo nos referir à prevenção do risco, com a adoção de tais sistemas, que estamos a gerar um risco zero da ocorrência dos delitos (CABETTE; NAHUR, 2013).

A individualização de condutas e responsabilidade é de suma importância em um contexto empresarial que devido ao fracionamento dos processos causais da ação muitas vezes se acaba por gerar perseguições penais em relação a cargos de direção ou sócios cotistas das empresas sem mesmo tais pessoas terem participado das atividades a eles incriminadas, ou nem mesmo terem o conhecimento de tais atos (RIBEIRO, 2011).

Um exemplo de tal situação nos é trazido por Ribeiro (2011), qual seja, os cartões “flexcard” que as empresas utilizavam para conceder bônus por bom desempenho aos funcionários, mas que com o tempo passou-se a entender que tais bônus integrariam o salário dos funcionários, e dessa forma haveria incidência de contribuição previdenciária. Fato este que desencadeou uma série de inquéritos apurando tais condutas, pois a polícia federal entendia que estaria configurado o crime de sonegação fiscal e apropriação indébita previdenciária. Incriminando-se pessoas nas empresas que sequer poderiam imaginar estar cometendo um ato ilícito, situação que poderia ser evitada com a existência de um eficiente sistema de *compliance*.

Dentre as vantagens ainda temos que os mecanismos de *criminal compliance* na medida em que diminuem os riscos da atividade no cometimento de atos delituosos, inclusive com a possibilidade de exclusão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, a depender de sua forma de atuação, paradoxalmente acaba por aumentar a responsabilização daqueles envolvidos na investigação penal, pois sua identificação é mais fácil e clara dentro do âmbito empresarial (SAAVEDRA, 2012). Fato este que apesar de negativo para as pessoas envolvidas nesse processo é positivo para o ente coletivo, uma vez que o um processo penal que venha a sofrer pode representar em grandes custos, não só em relação ao próprio processo, mas representa um custo em relação ao risco de suas operações perante o próprio mercado (BUONICORE, 2012).

A aplicação da culpabilidade empresarial se mostra ainda como uma das mais importantes vantagens de tal instituto, pois é por meio de dela que se é possível falar em responsabilidade penal aos entes coletivos, pois do contrário não há como se identificar quais condutas poderiam ser submetidas à responsabilidade do ente coletivo, nem mesmo se

identificar em que medida o próprio ente contribuiria ou não para a prática de tais ações (DÍEZ, 2013). Apesar do pouco consenso, segundo Díez (2013), em relação à aplicação da culpabilidade empresarial, esta se mostra como inevitável para a utilização da via penal, mesmo que apresente peculiaridades diversas da culpabilidade da pessoa física.

No mesmo sentido Muñoz (2006) expõe o pensamento do Gómez-Jara pela aplicação da culpabilidade empresarial se pautando que os entes coletivos seriam dotados de uma capacidade distinta da individual capaz de lhe atribuir determinadas responsabilidades, além de sofrer uma reprovação ética suficiente para impor-lhe uma sanção penal, sempre se pautando em um sistema social autopoietico. Não se excluindo dessa forma a responsabilização dos agentes pessoas físicas responsáveis pelo ato delituoso. Dessa forma, portanto, para o autor acima, somente se atribuiria a culpabilidade às empresas que apresentassem condições de ter uma estrutura capaz de realizar uma auto-observação de suas atividades, se podendo falar assim em autorreferencialidade, traduzindo-se em programas de *compliance* (MUÑOZ, 2006).

Dessa forma, para ocorrer à aplicação da culpabilidade empresarial alguns requisitos seriam necessários para Gómez-Jara, o primeiro seria a fidelidade das políticas da empresa para com o Direito, o segundo seria a igualdade objetivada entre as pessoas físicas ou jurídicas, ou seja, a igualdade de tratamento por meio de um sistema de *compliance*, como terceiro requisito temos que a pessoa jurídica lhe seja atribuída a possibilidade de questionar juridicamente à norma, da mesma forma que poderia participar de assuntos públicos (MUÑOZ, 2006).

Porém, a utilização da culpabilidade empresarial não pode vir desacompanhada de uma estrutura a ela condizente como a diferenciação entre dolo e imprudência empresarial, participação e autoria, além de questões inerentes às causas excludentes de culpabilidade (DÍEZ, 2013).

7. 5. 2 Desvantagens

Tais situações, na característica essencial de se prevenir riscos e se identificar culpados, apesar de benéfico, apresentam, contudo pontos desfavoráveis, pois tais mecanismos podem ser utilizados, quando não bem regrados, para mascarar situações

favoráveis a não responsabilização do ente coletivo e dos verdadeiros responsáveis pelo ato ilícito (ROTSCH, 2012).

Sendo vários os pontos desfavoráveis do instituto do *criminal compliance*, além da situação acima, como o limite de sua abrangência, ou seja, na medida em que é concebido como um sistema de prevenção de risco e fiscalização de atividades estaria abarcando qualquer forma de regulação, recaindo aos *compliance-officers* o dever de avaliar quaisquer atividades da empresa que possam ensejar alguma responsabilização criminal, seja ela tributária, ambiental, trabalhista, previdenciárias etc., pois estaria na posição de garante (SAAVEDRA, 2012).

Tal fato enseja algumas discussões como a da proporcionalidade da pena em relação ao agente responsável e em relação à própria instituição sancionada, isso com base nos art. 1º da Lei 9613/98 e art. 16 da Lei 7492/86 em relação aos crimes de lavagem de dinheiro, pois preveem sanções mais gravosas para as instituições autorizadas do que para os gestores das instituições clandestinas. A segunda discussão é processual em relação ao art. 5º, LXIII da CF/88, em que a lei não poderia exigir que as empresas prestassem determinadas informações e com base nelas punisse as mesmas, ou seja, as próprias empresas estariam fazendo prova contra elas mesmas (SAAVEDRA, 2012). Entretanto, a autoincriminação da empresa é apenas aparente, na medida em que a faz para se isentar de responsabilidades futuras (FURTADO, 2012).

Por fim, temos a discussão da responsabilidade penal objetiva, em que a figura do garante deve estar mais bem delimitada materialmente, e não apenas formalmente, a fim de se especificar as suas reais obrigação e deveres sob pena de se gerar uma responsabilidade penal objetiva em face de sua não atuação no caso concreto (SAAVEDRA, 2012).

Outra crítica ao sistema de *criminal compliance* diz relação com a Lei 9605/98, que ao prever a responsabilidade penal da pessoa jurídica o fez com base no sistema de dupla imputação, ou seja, para a responsabilização do ente coletivo se faz necessário à responsabilização do ente pessoa física responsável pelo ato. Dessa forma tal mecanismo dificultaria a utilização de “testas de ferro” ou “bode expiatório” que arcariam com a responsabilidade do ato em favorecimento de outrem, contudo com a utilização dos *compliance-officer* isso seria possível, na medida em que existiria a figura dos “culpados profissionais” ou “responsáveis de aluguel” que seriam remunerados para assumir a culpa

pelo cometimento de ilícitos das empresas, preservando a imagem desta (CABETTE; NAHUR, 2013).

A justificativa para a responsabilização desses agentes resulta do fato de se apresentarem na posição de garante (BIANCHI, 2011), conforme já exposto mais acima, e, além disso, por deterem o conhecimento técnico suficiente para detectar se as condutas adotadas são típicas ou não, e por estarem em posição de privilégio de alertar às autoridades competentes e os responsáveis pela tomada de qualquer medida no âmbito empresarial (RIBEIRO, 2011). Todavia, conforme expõe Bianchi (2011) estamos diante de uma situação temerosa, pois pode ocorrer no caso concreto uma situação que mesmo havendo assessoramento jurídico, este foi deficiente ou incompleto, resultando na responsabilização do gestor ou do responsável pelo *compliance-officer* sem que este tenha tido a intenção de cometer qualquer ato ilícito. Não se excluindo a possibilidade de ser alegado erro de tipo, ou erro de proibição, desde que cabível (BIANCHI, 2011).

Outro ponto também discutido em relação à implementação de tais políticas faz relação com a possibilidade de se engessar a atividade da empresa, por meio do estabelecimento da responsabilidade daqueles que tem o dever de fiscalização e vigilância e deveriam agir no caso concreto, figura essa desenvolvida principalmente pelos gestores da empresa, adentrando na discussão da responsabilidade objetiva e na discussão dos interesses empresariais (BIANCHI, 2011). Por tal fato e por estarmos a estabelecer a responsabilização de agentes de mercado dotados de grande racionalidade econômica, questiona-se se uma atuação honesta por parte dos entes coletivos seria viável (CABETTE; NAHUR, 2013).

As empresas, nessa linha de pensamento, agem de acordo com tal racionalidade (CORDERO, 2009). Respondendo a incentivos, e nada melhor que incentivos financeiros às pessoas jurídicas para que determinada finalidade seja atingida, aplicando-se um dos principais postulados econômicos, ou seja, o de que as pessoas, e não somente agente de mercados, respondem a incentivos, comparando os custos e benefícios com a tomada de determinada atitude (MANKIW, 2001).

Além do postulado acima, outro de grande relevância para a tomada de decisões é o princípio de que as pessoas enfrentam *tradeoffs* (MANKIW, 2001), ou seja, para obtermos algo que desejamos, em geral temos que abrir mão de outra coisa que também gostamos e desejamos. A visão acima, qual seja, a de cálculo custo benefício muitas vezes se mostra

incompatível sob o ponto de vista ético e moral, que segundo Cabette e Nahur “Equivale a nada menos do que conformar-se com algo abaixo do “mínimo ético” exigível de qualquer pessoa física ou jurídica” (2013, p. 21). Ainda os mesmos autores ressaltam que nossa Constituição Federal (art. 5º, XVII) ao permitir a existência e criação dos entes coletivos a permite desde que tenha um fim lícito dentro das diretrizes previstas em no ordenamento, interessante menção se faz também do artigo 24 da Lei 9605/98 que prevê a liquidação forçada da pessoa jurídica, quando dentre os seus fins permitir, facilitar ou ocultar a prática de crimes ambientais, corroborando com os ditames constitucionais (CABETTE; NAHUR, 2013).

Essa burla ao sistema ético favorece, entre outras coisas, a corrupção potencial do sistema de *criminal compliance*, que apesar de desenvolvido para o favorecimento de uma ética empresarial pode ser distorcido e utilizado nos casos de necessidade e conveniência para se evitar danos econômicos. Uma sociedade que coloca como valores maiores o dinheiro ao ético, ou seja, “o “ter” ao “ser”, a vantagem aos dever, torna-se hermética e excludente de quaisquer “questões políticas e morais de determinada profundidade””. Tal situação propicia não só o cometimento de atos errados, mas também o de atos certo por motivos errados (CABETTE; NAHUR, 2013, p. 33).

O desenvolvimento não pode ser visto apenas sob a ótica econômica, sem qualquer respaldo ético, ambos devem caminhar para um objetivo comum. O que se percebe é que o desenvolvimento tecnológico, econômico, científico, muitas vezes não é acompanhado por um desenvolvimento moral da sociedade, gerando situações de incompatibilidade e desigualdade cada vez mais acentuadas, por isso instituições corretivas como a do *criminal compliance* (se utilizada para esse fim) se fazem importantes (CABETTE; NAHUR, 2013).

Contudo, o Direito, nos últimos tempos, tem sido utilizado fortemente sob o prisma econômico, sendo manipulado com a utilização de postulados econômicos já ilustrados nessa obra. Os mecanismos de *compliance* ao visarem maior transparência, tal deve ser feita “sob o ângulo jurídico-penal” e “sob o enfoque ético-moral” (CABETTE; NAHUR, 2013, p. 52).

Dessa forma, discute-se formas de se flexibilizar os parâmetros éticos, ou o “alargamento de escolhas “éticas””, como forma de se reduzir barreiras e entraves econômicos, na busca pelo lucro. Falar de ética nessa atual sociedade passou a ser considerado algo fora de contexto, “quadrado” ou “ultrapassado”, onde tudo é relativo ou

pode ser relativizado sob os olhares da economia, onde o pensamento que os fins justificam os meios muitas vezes é utilizado, mas com critérios distintos para os fins e para os meios (CABETTE; NAHUR, 2013, p. 49 - 51).

7. 6 Conclusão

Os mecanismos, ou políticas de *criminal compliance*, se apresentam hoje como instrumentos de uso crescente quando estamos a falar de situações envolvendo atividades empresariais, seja como forma de prevenção e fiscalização interna da própria empresa, seja por exigências externas (por meio de leis que a obriguem). Situação essa que se mostra favorável na utilização do Direito Penal para com a responsabilização dos agentes envolvidos, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, possibilitando a aplicação da culpabilidade ao ente coletivo, determinando em que medida suas ações contribuem de forma negativa ou positiva na prevenção do delito.

Contudo, por se tratar de um mecanismo de recente utilização, visto ter seu início na década de 90, ainda apresenta diversos pontos negativos em sua aplicação, como os problemas concernentes à figura dos *compliance officers*. Todavia seu uso tem se mostrado indispensável, apresentando no Direito brasileiro aplicação muito tênue comparado com países como Chile, Alemanha etc, sendo que a Lei 9605/98 em nada se refere a tal instituto, apresentando pequenas referências na Lei 9613/98 ao abordar o tema de lavagem de dinheiro.

8. CONCLUSÃO FINAL

Com base em todos os estudos apresentados nessa pesquisa é possível se constatar que após a segunda metade do século XX o conceito de crime deixou de ser algo unívoco, compreendendo em sua construção questões como a danosidade social e a violação de direito humanos, isso com base nas escolas criminológicas de inspiração marxista e interacionista. Isso se deve entre outros fatores a questão de os crimes econômicos poderem atingir tanto bens jurídicos individuais, quanto bens jurídicos coletivos, cujas vítimas não são determinadas (SARCEDO, 2012).

A criminalidade do colarinho branco, proposta por Sutherland, tem efeito muito mais prejudiciais à sociedade, pois pode atingir um número indeterminado de pessoas. Não sendo a atuação dessa criminalidade de forma desorganizada, na medida em que age de acordo com

padrões de condutas aceitáveis no meio econômico em que está inserida, ou seja, há respeito ao “código de honra do negócio” (SARCEDO, 2012, p. 120). Adentrando aqui os crimes ambientais cometido pela pessoa jurídica, pois o meio ambiente como um bem difuso tem repercussões amplas.

Contudo temos que analisar a utilização do Direito Penal com cautela em tal âmbito, pois este deve atuar assim para amenizar as desigualdades sociais, em especial nos crimes econômicos de bens jurídicos difusos, contudo deve permanecer atuando de forma mínima e garantista, do contrário se tornaria social e constitucionalmente ilegítimo. Nosso Direito Penal, dessa forma, além de sua finalidade no controle social, também exerce outras tantas que lhe são atribuídas por meio da política criminal, realizando assim outros valores também essenciais na sociedade (PONTES, 2007; SARCEDO, 2012).

O fato de em tais delitos existir grande cifra negra, situação que impossibilita de sabermos a real dimensão desses delitos e seu real malefício à sociedade (SARCEDO 2012), por si só não justifica o aumento de meios de controle formais, como o alargamento do Direito Penal, necessitando em grande medida da interação com o controle social informal, como a maior consciência na população da necessidade de preservação do meio ambiente.

Não se pretende fazer entender que o Direito Civil e o Direito Administrativo isoladamente seriam capazes de resolver tal problemática, pois como se demonstrou ambos apresentam suas vantagens, mas também limitações devido a função típica de cada ramo. Contudo o Direito Penal, da forma como está estabelecido hoje em nossa sociedade apresenta limitações ainda maiores, que inviabilizam sua utilização para com os entes coletivos. Sendo assim, parto para a análise das quatro questões (hipóteses) iniciais a qual essa pesquisa visou solucionar: é possível se aplicar o Direito Penal à PJ?; deve ser utilizado o Direito Penal para a PJ? (questão de política criminal); nosso ordenamento jurídico comporta tal responsabilidade? existem outras vias capazes de realizar tal responsabilização?

A primeira delas, ou seja, a possibilidade de aplicação do instituto do Direito Penal aos entes coletivos, tendo hoje aplicação por parte de nossos tribunais, mesmo que sua utilização seja temerária, esbarando em diversas problemáticas, como a questão da culpabilidade, sistema de dupla imputação, questões processuais entre outras, que como demonstrado resultam em sua baixa efetividade. Portanto, é possível a aplicação do Direito

Penal às pessoas jurídicas, desde que seja elaborado um sistema específico para tanto, visando se adequar às peculiaridades de tais entes.

O segundo questionamento, cuja repercussão maior é voltada para questões de política criminal, ou seja, se deve ou não ser utilizado o Direito Penal para com os entes coletivos, é de difícil resposta, sujeita a muito subjetivismo, mas tendo como base nosso atual sistema penal e processual penal, entendo que não seria uma via interessante de ser utilizada. Pois, estaríamos criando apenas a falsa sensação de punibilidade, agravando ainda mais o problema da responsabilização frente ao cometimento de ilícitos penais. A função pedagógica dessa seara, assim como a função preventiva dada a sua carga valorativa negativa, não seriam suficientes para legitimar sua utilização.

A terceira questões, qual seja, se nosso ordenamento jurídico é adequado para a responsabilização criminal da pessoa jurídica, como bem trabalhado quase no decorrer de toda a obra, fica claro que pelas leis que regulam o tema, como a Lei 9605/98 e mesmo a própria Constituição Federal, o ordenamento brasileiro não é adequado para a aplicação da responsabilidade penal à pessoa jurídica, pois é um sistema voltado eminentemente para a punição das pessoas físicas, sem se fazer qualquer alteração para se adequar às peculiaridades que os entes coletivos requerem, tanto em questões processuais, quanto em questões de direito material.

Por fim temos o último questionamento, qual seja, se existiriam outros meios capazes de serem utilizados visando tal responsabilização. Como foi demonstrado, uma importante via alternativa ao Direito Penal seria a criação de um Direito Administrativo Sancionador, capaz de abarcar as peculiaridades da pessoa jurídica, sem que isso represente uma agressão aos direitos e garantias constitucionais em nosso Estado de Direito, contudo mesmo tal sistema apresenta problemas, como exemplo podemos citar a teoria de Hassemer e de Silva Sánchez, que apesar de apresentarem particularidades, acabam por reforçar o estigma negativo do Direito Penal para populações negras e pobres. Porém, mesmo assim, seria uma via mais adequada que a via penal atual.

Uma via complementar ao Direito Administrativo sancionador seria a utilização eminentemente de políticas econômicas, como incentivos fiscais, conscientização da população, entre outras medidas exploradas, ainda que de forma breve, na presente obra, pois estamos tratando de entes cuja principal característica reside em sua racionalidade econômica.

Outra possível solução seria a utilização de mecanismos de *criminal compliance*, instituto que cada vez se faz necessário em uma sociedade e realidade em que o público e o privado se dividem de forma muito tênue, pois muito, se não tudo, que se faz no âmbito privado gera repercussões no âmbito social (CABETTE; NAHUR, 2013). E apesar dos pontos desfavoráveis em sua utilização, quando tais políticas são bem desenvolvidas o ganho em sua aplicação atenuando-se os riscos de responsabilização se mostram positivos, vide caso Siemens.

Sua utilização, entretanto deve estar bem delimitada dentro do âmbito de aplicação do Direito Penal Econômico, sendo utilizado apenas quando de forma essencial na antecipação da responsabilização criminal dentro do âmbito empresarial, pois do contrário corre-se o risco de alargar demasiadamente a utilização do Direito Penal em face de uma suposta responsabilidade penal que poderia a passar a punir diversos agentes que nem mesmo tivessem o real conhecimento dos atos cometidos (ROTSCH, 2012).

No Brasil, apesar da Lei 9613/98 não podemos dizer que exista programas de *criminal compliance* bem elaborados e previstos legalmente, apenas situações esparsas na tentativa de se individualizar e estabelecer responsabilidade aos reais infratores. Ao fazermos referência a Lei 9605/98 a situação se mostra ainda mais precária, pois apesar de prever a responsabilidade penal da pessoa jurídica, tal lei não faz qualquer menção às políticas de *compliance*.

9. REFERÊNCIAS

AMBOS, Kia. Sobre la “organización” em el dominio de la organización. **Revista Indret**, Barcelona, jul. 2011.

ANJOS, Fernando Vernice dos. Direito penal simbólico e finalidade da pena. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 14, n. 171, p.2-3, fev. 2007.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Curso de direito ambiental: doutrina, legislação, jurisprudência. **Renovar**, Rio de Janeiro, 1990.

BACIGALUPO, Enrique. "Compliance" y derecho penal: prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas. **Hammurabi**, Buenos Aires, 2012.

BARANDAS, Aline. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista brasileira de ciências criminais**, ano 20, vol. 96, maio - junho, p. 385 - 424. 2012.

BARANDIER, Marcio. Repressão criminal após o termo de ajustamento de conduta ambiental. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 20, n. 238, p.14-15, set. 2012.

BENJAMIN, Antonio Herman V. Crimes contra o meio ambiente: uma visão geral. In: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ministério Público e democracia. **Livro de teses**, Fortaleza t. 2, p. 391, 1998.

BIANCHI, Eliza. "Criminal compliance" sob a ótica do estudo do risco. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2843, 14 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18901>>. Acesso em: 6 abr. 2013.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 9605, 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**, Brasília, DF, 13 fev. 1998 e retificado no DOU de 17.2.1998.

BRASIL. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 5172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 outubro. 1966.

BRASIL. Decreto Nº 6.514, de 22 de julho de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 julho. 2008.

BRASIL. Decreto Nº 99274, de 06 de junho de 1990. Regulamenta a Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981, e a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõem, respectivamente sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental e sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 07 junho. 1990.

BREDA, Juliano. A inconstitucionalidade das sanções penais a pessoa jurídica em face dos princípios da legalidade e da individualização da pena. In: Prado, Luiz Regis; Dotti, René Ariel (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. **RT**, São Paulo 2ª ed. 2010.

BUONICORE, Bruno Tadeu. Criminal compliance como gestão de riscos empresariais. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 20, n. 234, p.17-18, maio. 2012.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. **Teoria pura e mínima do direito penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1799, 4 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11341>>. Acesso em: 16 abr. 2013.

CALDEIRA, Felipe Machado. A conformação constitucional do direito penal econômico e a impossibilidade de sobreposição de sanções administrativa e penal. **Revista brasileira de ciências criminais**, ano 20, vol. 95, mar.-abr., p. 327- 356. 2012.

CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Direito penal de risco e responsabilidade penal das pessoas jurídicas: a propósito da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. In: Prado, Luiz Regis; Dotti, René Ariel (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. **RT**, São Paulo 2ª ed. 2010.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JUNIOR, Paulo José. Direito penal e constituição. 2ª Ed. **RT**, São Paulo, 1991.

COSTA, Helena Regina Lobo da. O direito penal ambiental e normas administrativas. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 13, n. 155, p.18-19, out. 2005.

_____. Proteção penal ambiental: viabilidade-efetividade. Tutela por outros ramos do direito. **Saraiva**, São Paulo 2010.

CONSTANTINO, Carlos Ernani. Delitos ecológicos: A lei ambiental comentada artigo por artigo. Aspectos penais e processuais penais. **Ed. Atlas**, São Paulo, 2001.

CORDERO, Isidoro Blanco. Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica. **Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología**, San Sebastian, n. 23, p.117-138, 2009.

DERANI, Cristiane. **Direito econômico e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**. Tese Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FD/USP, 1996.

_____. Direito Ambiental Econômico. **Ed. Max Limonad**, 2 ed. 2001.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. O conceito construtivista de culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: exposição e resposta às críticas formuladas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 21, n. 100, p.416-451, jan./fev. 2013.

DOTTI, René Ariel. Meio ambiente e proteção penal. **RT**, São Paulo, 655/250, 1990.

_____. Atentados ao meio ambiente: responsabilidade e sanções penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a. 2, v. 7. São Paulo: RT, 1994.

_____. A incapacidade criminal da pessoa jurídica, in *Cadernos de Ciências Criminais* nº.11, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ps.185/207, 1995.

_____. A incapacidade criminal da pessoa jurídica – uma perspectiva do direito brasileiro. In: Prado, Luiz Regis; _____ (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. **RT**, São Paulo, 2ª ed. 2010.

DUARTE, Júlio Gomes Neto. **O Direito Penal simbólico, o Direito Penal mínimo e a concretização do garantismo penal**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 66, jul 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6154>. Acesso em fev 2013.

FERREIRA, Ivete Senise. A tutela penal do patrimônio cultural. **RT**, São Paulo, p. 67-68, 1995.

FERREIRA, José Eduardo de Almeida Leonel. **Tipicidade e crimes de perigo abstrato**. Tese Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo FD/USP. Ano da obtenção 2006.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. **Ed. Lumen Juris**, 23ª ed, p. 54-55. 2010.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir - história da violência nas prisões. **Editora Vozes**, 34ª ed. 2007.

FRAGOSO, Heleno Claudio. Direito penal e direito humanos. **Forense**, Rio de Janeiro, 1977.

FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. **RT**, São Paulo, 3ª ed., p. 36 – 37, 1994.

FREITAS, Vladimir Passos de. A constituição federal e a efetividade das normas ambientais. **Ed. Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2000.

_____; FREITAS, Gilberto Passos de. Crimes contra a natureza. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 7. Ed. 2001.

FURTADO, Regina Helena Fonseca Fortes. A importância do compliance no novo direito penal espanhol. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 20, n. 235, p.11-12, jun. 2012.

GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira. Crimes contra o meio ambiente - responsabilidade e sanção penal. **Ed. Juarez de Oliveira**, 1999.

GONZAGA, João Bernardino. O direito penal indígena à época do descobrimento do Brasil. **Max Limonad**, São Paulo, 1986.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1998: interpretação e crítica. **Ed. Malheiros**, São Paulo, 12 ed., p. 224, 2007.

GUIMARÃES, Jayne; VERÍSSIMO, Adalberto; AMARAL, Paulo; DEMACHKI, Adnan. Municípios Verdes: caminhos para a sustentabilidade. **Imazon**, Belém, PA, 2011.

HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 28, abr./jun. 1998.

_____. Características e crises do moderno direito penal. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 18, p.144-157, fev./mar. 2003.

_____. Direito penal: fundamentos, estrutura, política. Org. e rev. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Tradução de Adriana Beckman Meirelles et al. **Sergio Antonio Fabris Ed.**, Porto Alegre, p. 243-262 e 287-314, 2008.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. **Forense**, Rio de Janeiro, 4ª ed., Vol. V. 1958.

KREBS, Pedro. A (ir) responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público interno. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 8, n. 88, p.3-4, Editorial, mar. 2000.

LECEY, Eládio. A proteção do meio ambiente e a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: FREITAS. Valdimir Passos de (Org.). Direito ambiental em evolução. **Juruá**, Curitiba, 1998.

LEMOES, Patrícia Faga Iglecias. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Tese Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo FD/USP, ano de obtenção 2002.

_____. Meio Ambiente e Responsabilidade Civil do Proprietário, análise do nexos causal. **Ed. RT**, 2008.

LIMA, Carlos Fernando dos Santos. O sistema nacional antilavagem de dinheiro: as obrigações de *compliance*. In: CARLI, Carla Veríssimo de. (Organ.). Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal. **Ed. Verbo Jurídico**, Porto Alegre, p. 47-88, 2011.

LLADÓS, Joan Baucells. PETIT, Benoît. Possibilities and limits of environmental criminal protection. Reflection on the Erika and Prestige cases (or how an organized irresponsibility system carries on). **Revista Indret**, Barcelona, jul. 2013.

LOPES, Jair Leonardo. Curso de direito penal. **RT**, São Paulo, 1993.

_____. Responsabilidade penal incompatível com a natureza da pessoa jurídica. In: Prado, Luiz Regis; Dotti, René Ariel (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. **RT**, São Paulo, 2ª ed. 2010.

LUISI, Luiz. Notas sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: Prado, Luiz Regis; Dotti, René Ariel (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. **RT**, São Paulo, 2ª ed. 2010.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PUSCHEL, Flávia Portella; KIRSCHBAUM, Deborah; *et al.* Responsabilização por ilícitos praticado no âmbito de pessoa jurídicas – uma contribuição para o debate público brasileiro. **Série Pensando o Direito** – responsabilidade

penal da pessoa jurídica, N. 18. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – Direito GV. 2009.

MANKIW, N. Gregory. Introdução à Economia – princípios de micro e macroeconomia. **Editora Elsevier**, 2ª ed. americana. 22ª triagem. Trad. Maria José Cyhlar Monteiro. 2001.

MARTIN, Eduardo Ortega. Os delitos contra a fauna e a flora. Direito penal administrativo. **Conares**, Granada, 1997.

MAZZILLI, Hugro Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. **Ed. Saraiva**, 25 ed. P.160. 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de direito administrativo. **Malheiros**, São Paulo, 14 ed. refun., ampl. E atual., 2002.

MILARÉ, Edis; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Direito penal ambiental: comentários à lei 9605/98. **Millenium**, Campinas, 2002.

MILLER, Steven A. How Daiwa Self-Destructed [article]. **Banking Law Journal**, Vol. 113, Issue 6, pp. 560-577. Jun. 1996. Content downloaded/printed from HeinOnline (<http://heinonline.org>) Tue Jul 23 11:21:14 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal, Parte Geral: Arts. 1º a 120 do CP. **Atlas**, São Paulo, v. 1. 22 ed. rev. e atual., 2005.

MIRANDA, Jorge. “Sobre a reserva constitucional da função legislativa”. Perspectivas constitucionais nos 20 anos da constituição de 1976. **Coimbra**, v. II, 1997.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o sistema processual brasileiro. In: Prado, Luiz Regis; Dotti, René Ariel (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. **RT**, São Paulo, 2ª ed. 2010.

MUÑOZ, Nuria Pastor. ¿Organizaciones culpables? Recensión a Carlos Gomez-Jara, La culpabilidad penal de la empresa, Marcial Pons, Madri, 2005, 365 págs. **Revista Indret**, Barcelona, abr. 2006.

PASCHOAL, Janaína Conceição. Constituição, criminalização e direito penal mínimo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2003.

PEREIRA, Marcelo Augusto Paiva. **Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**. Disponível em http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090622112428424&query=oberto. 02 de julho de 2009. Visualizado em 07/02/2013.

PITOMBO, Antonio Sérgio Altieri de Moraes. Denúncia em face da pessoa jurídica, na perspectiva do direito brasileiro. In: Prado, Luiz Regis; Dotti, René Ariel (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. **RT**, São Paulo, 2ª ed. 2010.

PONTES, Daniel Pacheco. **Direito Penal, Sanções penais e Política Criminal na Sociedade Contemporânea**. Tese de doutorado, obtida pela Faculdade de Direito de São Paulo da Universidade de São Paulo – FD/ USP. Ano de obtenção: 2007.

PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico penal e constituição. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1996.

_____. Bem jurídico penal e constituição. **Editora Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2. Ed. rev. E ampl., 1997.

_____. Crimes contra o meio ambiente. **Editora Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2. Ed. rev. E ampl., 2001.

_____. Curso de direito penal brasileiro, parte geral: arts. 1º a 120. **Editora Revista dos Tribunais**, São Paulo, 8. Ed. rev., atual. e ampl., 2008.

_____. Direito Penal do Ambiente. **Editora RT**, São Paulo, 2ª ed. 2009.

_____. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: _____; Dotti, René Ariel (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. **RT**, São Paulo, 2ª ed. 2010.

REALE JR., Miguel. Teoria do delito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1998.

_____. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: Prado, Luiz Regis; Dotti, René Ariel (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. **RT**, São Paulo, 2ª ed. 2010.

RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. **A importância do “criminal compliance”**. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI126295,11049-A+importancia+do+criminal+compliance>, publicado em 08/02/2011, acessado em 16/07/2013.

RIOS, Rodrigo Sánchez. Indagações sobre a possibilidade da imputação penal à pessoa jurídica no âmbito dos delitos econômicos. In: Prado, Luiz Regis; Dotti, René Ariel (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. **RT**, São Paulo, 2ª ed. 2010.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española. **Revista Indret**, Barcelona, jan. 2012.

ROTHENBURG, Walter Claudius. A pessoa jurídica criminosa. **Juruá**, Curitiba, 1997.

ROTSCH, Thomas. Criminal Compliance. **Revista Indret**, Barcelona, jan. 2012.

ROXIN, CLaus. Derecho Penal. Parte General. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et alii. **Civitas**, Madrid, T. I. P. 797 e ss., 1997.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Reflexões iniciais sobre o controle penal dos deveres de compliance. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 19, n. 226, p.13-14, set. 2011.

_____. Compliance na nova lei de lavagem de dinheiro. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 13, n. 75, p.22-30, ago./set. 2012.

SÁ, Alvino Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Organizadores). Criminologia e os Problemas da Atualidade. **Atlas**, São Paulo, p. 197-215, 2008.

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: Prado, Luiz Regis; Dotti, René Ariel (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. **RT**, São Paulo, 2ª ed. 2010.

SAMPAIO, Francisco José Marques. Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente. **Lumen Juris**, Rio de Janeiro, 1998.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal. Parte Geral. **ICPC/Lumens Juris**, Curitiba, 3. Ed, 2008.

_____. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: Prado, Luiz Regis; Dotti, René Ariel (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. **RT**, São Paulo, 2ª ed. 2010.

SANTOS, Rodrigo Muniz. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas e prescrição. In: Prado, Luiz Regis; Dotti, René Ariel (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. **RT**, São Paulo, 2ª ed. 2010.

SARCEDO, Leandro. Política criminal e crimes econômicos - uma crítica constitucional. **Alameda**, São Paulo, 2012.

SCALCON, Raquel Lima. Promoção de fins por meio de normas penais: possíveis mecanismos de um necessário controle. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 21, n. 244, p.06-07, mar. 2013.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. **RT**, São Paulo, 1998.

_____; ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. Compliance e o direito penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 18, n. 222, p.2, maio. 2011.

_____. Criminologia. **Ed. Revista dos Tribunais**, São Paulo, 4ª ed. 2012.

SIDHU, Karl. Anti-Corruption Compliance Standards in the Aftermath of the Siemens Scandal [notes]. **German Law Journal**, Vol. 10, Issue 8, pp. 1343-1354, agosto, 2009. Content downloaded/printed from HeinOnline (<http://heinonline.org>) Tue Jul 23 10:49:24 2013.

SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. **Ed. Malheiros**, 8 ed. 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. **RT**, São Paulo, P. 136-147 (Série As Ciências Criminais no Século XXI, vol. 11.), 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal supra-individual: interesses difusos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, P. 173, 2003.

_____. Direito penal econômico como direito penal de perigo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, P. 74 e ss, 2006.

_____. A busca de legitimidade dos crimes de perigo abstrato no direito penal econômico. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 20, n. 238, p.6-7, set. 2012.

SOUZA, Arthur César de. A decisão do juiz e a influência da mídia: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil. **RT**, São Paulo, 2011.

SOUZA, Alípio de Filho. Medos, Mitos e Castigos: notas sobre a pena de morte. **Cortez**, São Paulo, p. 37, 1995.

SOUZA, Luciano Anderon de. Direito Penal Econômico - fundamentos, limites e alternativas. **Ed. Quartier Latin**, 2012.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. A responsabilidade penal da pessoa jurídica para além da velha questão de sua constitucionalidade. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 18, n. 214, p.17-18, set. 2010.

_____. O DIREITO PENAL POR QUEM FAZ – Direito Penal. Crimes Ambientais. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Teoria da dupla imputação. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 21, n. 243, p. 1629-1632, fev. 2013.

TAVARES, Juarez. A responsabilidade dos dirigentes dos entes coletivos: uma delimitação funcional. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 20, n. 238, p.9-11, set. 2012.

TIEDEMANN, Claus. Responsabilidade penal de las personas jurídicas y empresas en derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 11, p. 21 et seq., 1995.

_____. Princípios Básicos de Direito Penal. **Saraiva**, São Paulo, 5ª ed., p. 14, 1994.

VANDENBERGH, Michael P. Beyond Elegance: A Testable Typology of Social Norms in Corporate Environmental Compliance [article]. **Stanford Environmental Law Journal**, Vol. 22, Issue 1, pp. 55-144, 2003. Content downloaded/printed from HeinOnline (<http://heinonline.org>) Tue Jul 23 11:10:30 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no Direito Penal. Trad. Sérgio Lamarão. **Revam**, Rio de Janeiro, p. 184-185, 2007.

WELLNER, Philip A. Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions. **Cardozo Law Review**. New York, v. 27-1, p. 497, out. 2005.

WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico penal - uma introdução à teoria da ação finalista. Tradução Luiz Regis Prado. **Ed. RT**, São Paulo, 2 ed. 2009.