



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO**

MISAEEL NETO BISPO DA FRANÇA

**IMPUTAÇÃO INDIVIDUAL DE CRIMES AMBIENTAIS
SOCIETÁRIOS: UM ESTUDO SOB O PRISMA DO GARANTISMO
PENAL**

Salvador
2012

MISAEEL NETO BISPO DA FRANÇA

**IMPUTAÇÃO INDIVIDUAL DE CRIMES AMBIENTAIS
SOCIETÁRIOS: UM ESTUDO SOB O PRISMA DO GARANTISMO
PENAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público.

Orientadora: Profa. Dra. Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado

Salvador
2012

F814

França, Misael Neto Bispo da,

Imputação individual de crimes ambientais societários: um estudo sob o prisma do garantismo penal / por Misael Neto Bispo da França. – 2012. 216 f.

Orientador: Professora Dra. Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia
Faculdade de Direito, 2012.

1. Crime contra o meio ambiente 2. Culpa (Direito) 3. Garantia (Direito)
4. Responsabilidade por danos ambientais I. Universidade Federal da Bahia

CDD- 344.046

MISAEI NETO BISPO DA FRANÇA

**IMPUTAÇÃO INDIVIDUAL DE CRIMES AMBIENTAIS
SOCIETÁRIOS: UM ESTUDO SOB O PRISMA DO GARANTISMO
PENAL**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público.

Aprovada em ____ de _____ de 2012.

Banca Examinadora

Profa. Dra. Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado – Orientadora
Doutora em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)
Universidade Federal da Bahia

Examinador
Titulação
Instituição

Examinador
Titulação
Instituição

Em memória de Alleluia da Conceição Fernandes Netto e
Guiomar Conceição da França, majestosas na arte de
ensinar.

AGRADECIMENTOS

SOU PROFUNDAMENTE GRATO à minha mãe e ao meu pai, por terem-me proporcionado uma formação intelectual de qualidade. Todo o mérito alcançado é de vocês.

Ao meu querido irmão, pela idolatria a mim dispensada que, embora não compreendida, é fonte de estímulo quando o fardo parece pesar.

À minha amada esposa, pelo companheirismo de todas as horas, pelas palavras de incentivo e pela paciência para esperar os intervalos entre uma leitura e outra...

Ao sobrinho e afilhado favorito, João Gabriel, que me mostra, a cada dia, a ternura por entre as batalhas da vida.

À Faculdade de Direito da UFBA, por estes quase oito anos contínuos de convivência profícua. Transborda-me o orgulho de ser cria desta Egrégia Casa.

À Professora Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado, pela gentileza com que recebeu o nobre encargo de Orientadora para a realização deste trabalho.

Aos funcionários e funcionárias do Programa de Pós-graduação em Direito da UFBA, pela dedicação incansável a todo o seu corpo discente. “Como sou feliz, eu quero ver feliz quem andar comigo...VEM!”

Ao amigo Dejair dos Anjos Santana Júnior, pela parceria que me conduziu ao Mestrado, levou-me a estrear no magistério superior e proporcionou-me sentir o sabor de tão grandioso ofício.

A Leonardo Miranda Azevedo, pela diligência certa e incondicional.

A Santo Antônio, Bendito e Louvado!

Glórias sejam sempre dadas ao Pai, ao Filho e ao Espírito Santo, como era no princípio, agora e sempre. Amém!

“Se você acha que educação é caro, experimente a ignorância.”

Derek Bok

“Se o conhecimento pode criar problemas, não é através da ignorância que podemos solucioná-los.”

Isaac Asimov

“Há escolas que são gaiolas e há escolas que são asas

[...]

Escolas que são asas não amam pássaros engaiolados. O que elas amam são pássaros em voo.

Existem para dar aos pássaros coragem para voar. Ensinar o voo, isso elas não podem fazer, porque o voo já nasce dentro dos pássaros. O voo não pode ser ensinado. Só pode ser encorajado.”

Rubem Alves

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a analisar as formas que o Direito Penal contemporâneo tem adotado para individualizar condutas, em sede de crimes ambientais decorrentes das atividades de corporações de alta complexidade funcional, a fim de constatar se há o respeito aos direitos fundamentais das pessoas físicas envolvidas, como determina o Garantismo Penal. A partir do final do século XIX, novos riscos acometeram o meio ambiente, em prol dos interesses das grandes empresas, com o que surgiu a necessidade de tutelar penalmente este que passou a ser reconhecido como direito fundamental de Terceira Geração. Não obstante, a atual configuração das citadas empresas lançou sério desafio aos sistemas punitivos da pós-Modernidade. Movidas pela dificuldade de identificar um responsável, doutrina e jurisprudência nacionais e estrangeiras recomendam a imputação do crime ambiental societário a quem tinha o dever de cuidado e não atuou neste sentido. Neste contexto, a responsabilidade penal recai sobre os administradores, diretores, gerentes e afins da entidade, isentando-se os executores da ação que pôs a descoberto o equilíbrio meioambiental. Muito contribuem, para tanto, teorias cunhadas no Direito estrangeiro, como a do “atuar em nome de outro” e a “dos aparatos organizados de poder”, que ressoaram em solo nacional através da estratégia da “dupla imputação necessária”. Tal forma de responsabilizar contrapõe-se a um Direito Penal de garantias, na medida em que imputa o crime ambiental sem observar um mínimo nexos de subjetividade entre conduta e resultado, satisfazendo-se com a mera função exercida pelo sujeito. Em outros termos, a tutela do ambiente na criminalidade empresarial aproxima-se de uma responsabilidade penal objetiva, não condizente com os requisitos do princípio da culpabilidade. Se, por um lado, o Direito Penal deve acorrer ao meio ambiente, bem jurídico das presentes e futuras gerações, protegendo-o das constantes agressões por parte de grandes empresas, por outro viés deve proteger os indivíduos atrás delas. A análise casuística levada a efeito pelo julgador, ponderando os interesses em jogo e considerando as normas de cada entidade bem como a natureza da conduta perpetrada, conduz a uma tutela penal eficaz e atrelada aos parâmetros da responsabilidade subjetiva, sobretudo ante a inércia do legislador.

Palavras-chave: crimes ambientais - grandes empresas - Garantismo Penal - culpabilidade

ABSTRACT

The present study aims to examine ways that the Criminal Law has been using nowadays to distinguish individual behaviors based on environmental crimes arising from the activities of high functional complexity corporations', order to see whether there is respect to the fundamental rights of the individuals involved, as required by the criminal guaranteeism. From the late nineteenth century, in the interests of big business, new risks affected the environment, which has been recognized as a fundamental right of the Third Generation arising the obligation to protect this area by criminal protection. Nevertheless, the current configuration of the aforementioned companies launched serious challenge to the punitive systems of post-modernity. By the difficulty of identifying a responsible, doctrine and national and foreign jurisprudence recommend the attribution of corporate environmental crime to those who had a duty of care and did not act in this direction. In this context, the criminal responsibility rests to the officers, directors, managers and related entity, freeing up the executors of the action that corrupted the balance of the social environment. Contributes greatly to this end, theories minted in foreign law, such as "acting on behalf of another" and "organized apparatus of power" that resonated in the national soil through the strategy of "double charging required." This form of responsibility opposes a criminal law of guarantees, as far as it attributes the environmental crime without observing a minimum of subjectivity nexus between conduct and result, being satisfied with the mere function exercised by the subject. In other words, the protection of the environment on corporate crime is close to an objective criminal liability, not consistent with the requirements of culpability's principle. If, on one hand, the criminal law should hasten to the environment, legal framework for present and future generations, protecting it from the constant aggression by large companies, from another point must protect individuals behind them. The case analysis carried out by the judge, weighing the interests involved and considering the standards of each entity and the nature of the conduct perpetrated, leads to an effective supervision and criminal responsibility tied to subjective parameters, especially compared to the inertia of the legislature.

Keywords: environmental crimes - large companies – Criminal guaranteeism - guilty

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Ação criminal
art.	artigo
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>
Câm. Crim	Câmara Criminal
CC	Código Civil brasileiro
CF, CR	Constituição Federal brasileira
Cf.	confira
Coord.	Coordenadores
CPB	Código Penal brasileiro
CPP	Código de Processo Penal brasileiro
Des. / Desa.	Desembargador / Desembargadora
D.J.	Diário de Justiça
Eco-92	Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento
HC	<i>Habeas Corpus</i>
j.	juízo
Mercosul	Mercado Comum do Sul
Min.	Ministro
MS	Mandado de Segurança
OEA	Organização dos Estados Americanos
OTAN	Organização do Tratado do Atlântico Norte
Org.	organizadores
p.	página
PCC	Primeiro Comando da Capital
REsp	Recurso Especial
RSE	Recurso em Sentido Estrito
sic	assim mesmo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TACrim	Tribunal de Alçada Criminal
TJ	Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
v.g.	por exemplo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 O CONTEXTO FÁTICO-JURÍDICO DA ABORDAGEM DO PROBLEMA: GLOBALIZAÇÃO, SOCIEDADE DO RISCO E EXPANSÃO PENAL	18
2.1 DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS INTERESSES COLETIVOS	25
2.1.1 Constituições e legislação esparsa	26
2.2 TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE	30
3 O GARANTISMO PENAL: MARCO TEÓRICO E CONTRAPONTO ALICERÇADO NOS VALORES CONSTITUCIONAIS	38
3.1 O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO PRESSUPOSTO DE UM DIREITO PENAL DE GARANTIAS	42
3.2 PRINCÍPIOS PENAIIS E GARANTISMO: UM BINÔMIO INSEPARÁVEL	44
3.3 TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE X PRINCÍPIOS PENAIIS CLÁSSICOS	50
4 A TENDÊNCIA À RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO SOB O PRISMA DAS TEORIAS DA CULPABILIDADE	59
4.1 A CONCEPÇÃO PSICOLÓGICA	59
4.2 DA CONCEPÇÃO NORMATIVA PURA AO PÓS-FINALISMO	62
5 CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS SOBRE O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE COMO IMPERATIVO DA RESPONSABILIDADE PENAL SUBJETIVA	69
5.1 CRISE DO PRINCÍPIO PENAL DA CULPABILIDADE	75
5.2 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE RESPONSABILIDADE – UMA ABORDAGEM FILOSÓFICO-JURÍDICA	78
6 RESPONSABILIDADE PENAL INDIVIDUAL E TEORIAS DA AÇÃO	85
6.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA CAUSALISTA DA AÇÃO	88
6.2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA FINALISTA DA AÇÃO	90
6.3 OUTRAS TEORIAS DA AÇÃO	92

7 CRITÉRIOS DE IMPUTAÇÃO NO DIREITO NACIONAL E ESTRANGEIRO	97
7.1 EXPRESSÕES DA CRIMINALIDADE EMPRESARIAL	99
7.2 RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA	102
7.2.1 Teoria da realidade	103
7.2.3 Teoria da ficção	104
7.3 ESFORÇO DOUTRINÁRIO EM FAVOR DA RESPONSABILIZAÇÃO INDIVIDUAL NOS CRIMES SOCIETÁRIOS	107
7.4 O “ATUAR EM NOME DE OUTRO” COMO ALICERCE DA “DUPLA IMPUTAÇÃO NECESSÁRIA” NOS CRIMES AMBIENTAIS	111
7.4.1 Dificuldades de aplicação da “dupla imputação necessária” nas empresas de alta complexidade funcional	123
7.4.2 Delitos de domínio e delitos de infração de um dever	130
7.4.3 Administrador de fato e administrador de direito	134
7.4.4 A posição de garante	137
7.5 BREVES LINHAS SOBRE A RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL NAS FORMAS SOCIETÁRIAS BRASILEIRAS	140
7.6 O AUTOR MEDIATO NA TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO	144
7.6.1 A concepção de Claus Roxin	144
7.6.2 A questão na doutrina e jurisprudência nacionais e estrangeiras	150
7.6.3 Alemanha: primeiros passos para a admissão da teoria de Claus Roxin na criminalidade econômica	154
8 UM ESTUDO DO TEMA SOB O PRISMA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA	161
9 UM ESTUDO DO TEMA SOB O PRISMA DA ADEQUAÇÃO SOCIAL	167
10 DA (IN)VIABILIDADE DE UM CONCURSO DE PESSOAS NO ÂMBITO DA COMPLEXA CRIMINALIDADE EMPRESARIAL	172
11 A PONDERAÇÃO DE INTERESSES COMO INSTRUMENTO EM PROL DA RESPONSABILIDADE PENAL SUBJETIVA	179
11.1 O CONFLITO DE INTERESSES	179
11.2 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO NO PÓS-POSITIVISMO	184
11.3 SOPESAMENTO DE INTERESSES SEGUNDO ROBERT ALEXY	188

12 IMPLICAÇÕES PROCESSUAIS DA RELATIVIZAÇÃO DAS REGRAS DE IMPUTAÇÃO NA CRIMINALIDADE EMPRESARIAL	194
12.1 RECURSO ÀS DENÚNCIAS GENÉRICAS: UMA TENTATIVA DE SOLUCIONAR AS DIFICULDADES DE INDIVIDUALIZAÇÃO DE CONDUTAS NOS CRIMES AMBIENTAIS SOCIETÁRIOS	195
13 CONCLUSÕES	205
REFERÊNCIAS	208
ANEXOS	

1 INTRODUÇÃO

A relação entre Direito Penal e Estado Social e Democrático de Direito¹ impõe que entre a conduta e o resultado ou, melhor, entre o agente e o fato lesivo medie um mínimo de subjetividade. É dizer, como corolário da responsabilidade penal subjetiva, o comportamento humano deve estar minimamente vinculado ao delito, seja por dolo, seja por simples culpa em sentido estrito.

Esta é a acepção do princípio da culpabilidade que importa, com maior vigor, ao tema em desenvolvimento, tendo em vista a tendência à sua flexibilização, presente nos critérios adotados no Direito Penal contemporâneo para a responsabilização criminal individual no âmbito da empresa. Trata-se de estratégia de imputação que muito contribui para a crise dos sistemas punitivos da atualidade, conforme as constatações de autores da lavra de Winfried Hassemer.

Consequências inevitáveis da mencionada flexibilização têm sido as responsabilizações penais objetivas, que não observam o menor liame subjetivo entre conduta e resultado, tais como caracterizadas por Cezar Roberto Bitencourt. Com isto, o Direito Penal hodierno acaba por violar direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, afastando-se da concepção garantista de Estado preconizada por Luigi Ferrajoli.

No Direito Penal do Ambiente não se tem constatado coisa diversa, sobretudo nos crimes oriundos das atividades de pessoas jurídicas, nos quais a dificuldade de individualização de condutas, com frequência, encontra solução nas imputações genéricas que homenageiam a responsabilidade penal objetiva, como atestado por Antonio Sergio Altieri de Moraes Pitombo. Os problemas processuais daí decorrentes passam pelo choque entre a garantia do indivíduo ao devido processo legal, informado pelo contraditório e pela ampla defesa, como requisito do seu direito à liberdade, e o interesse coletivo na punição da criminalidade empresarial, enquanto exigência da efetivação do direito supraindividual ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Com efeito, a prática de um delito ambiental por uma pessoa física ou, mesmo, por um grupo determinado de indivíduos não consiste, exatamente, em novo desafio para o Direito Penal clássico. É que, apesar da natureza difusa do bem jurídico-penal em tela, a autoria da

¹A expressão encontra sentido nas lições de J. J. Gomes Canotilho, assim dispostas: “No Estado de direito concebe-se a liberdade como *liberdade negativa*, ou seja, uma ‘liberdade de defesa’ ou de ‘distanciação’ perante o Estado. É uma *liberdade liberal* que ‘curva’ o poder. Ao Estado democrático estaria inerente a *liberdade positiva*, isto é, a liberdade assente no exercício democrático do poder. É a *liberdade democrática* que legitima o poder [...] o coração balança, portanto, entre a vontade do povo e a *rule of law*.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 93.)

aludida conduta é passível de determinação. Assim, as categorias tradicionais do direito de punir amoldam-se às nuances do caso prático, sem sofrerem alterações significativas.

O problema surge quando da perpetração do crime a partir de empresas. Aqui, além das dificuldades inerentes ao caráter supraindividual do bem jurídico – o que, no dizer de Paul Ricoeur, influencia no alargamento do atual conceito jurídico de responsabilidade - expõe-se o dilema quanto à individuação do autor do fato. E as agressões mais significativas ao meio ambiente, segundo se vivenciou nas últimas décadas, têm partido de atividades de indústria e comércio, como registrado por Jorge dos Reis Bravo. Grandes empresas, no afã de alcançarem elevados padrões de produtividade e, assim, aumentarem seus lucros, acabam por comprometerem o equilíbrio do meio em que estão instaladas, com reflexos para outras regiões.

Vale advertir que não é propósito deste trabalho a discussão acerca da possibilidade ou não de pessoas coletivas cometerem crimes e, por conseguinte, responderem por isto. Esta análise terá como desiderato, apenas, servir de cenário para o detalhamento das querelas oriundas da dificuldade de imputação individual do delito.

São patentes os desafios que as questões ventiladas trazem para o Direito Penal da pós-Modernidade. Para a coibição das práticas lesivas ao meio ambiente, promovidas por grandes empreendimentos em obediência aos clamores neoliberais, concebeu-se a possibilidade de responsabilizar criminalmente pessoas jurídicas.

Dificuldades dogmáticas, no entanto, aliadas a razões político-criminais, conduziram ao entendimento de que, para que o ente coletivo seja penalmente responsável, é imprescindível perscrutar acerca da responsabilidade penal de alguém que, possuindo o domínio do fato, tenha agido em nome e benefício da organização. Cuida-se de mecanismo de imputação inerente à teoria dos aparatos organizados de poder, sistematizada por Claus Roxin e adotada na criminalidade empresarial por autores como Jesús-María Silva Sánchez.

Questão de extrema relevância para este trabalho diz respeito a qual pessoa na entidade deverá ser penalmente responsabilizada pelo crime ambiental, já que a realidade empresarial de hoje caracteriza-se por instituições de perfil transfronteiriço, com extensa rede funcional. Neste aspecto, destacam-se os estudos de expoentes da doutrina penal estrangeira, a exemplo de Luis Gracia Martín e Juan Córdoba Roda; não existindo aquela pessoa, descabe a responsabilização penal da empresa, ainda que o crime tenha-se efetivado, o que causaria forte sensação de impunidade.

Para evitar que o delito ambiental fique sem elucidação e que a tutela penal do ambiente perca sua força simbólica, denunciam-se pessoas físicas, quase sempre com base na sua

atuação funcional, sem que se investigue a respeito da relação psíquica entre elas e o fato lesivo, abrindo espaço para a citada responsabilidade penal objetiva, com sérios prejuízos para o Garantismo Penal, sobretudo para o princípio da culpabilidade, em nome do qual se exige o mínimo de subjetividade entre comportamento e resultado; trata-se da adequação do Direito Penal aos direitos fundamentais dos cidadãos, que convergem para a dignidade a eles inerente, como requer a concepção garantista de sistema repressivo.

O trabalho versa, portanto, sobre a responsabilidade dos sócios nos crimes ambientais à luz do Garantismo Penal. O objetivo é verificar se a forma atual de constituição da referida responsabilidade, disciplinada na legislação e adotada pela jurisprudência, atende às exigências do Direito Penal garantista, precipuamente no que tange ao princípio da culpabilidade, enquanto garantidor da responsabilidade penal subjetiva.

Para tanto, tem-se por necessário analisar o contexto socioeconômico em que se insere a criminalidade empresarial ambiental, onde vicejam a sociedade do risco e a expansão do Direito Penal, e a conseqüente necessidade de proteção jurídica do meio ambiente. O respectivo capítulo serve como justificativa para o recorte do tema, abordando questões referentes à Revolução Tecnológica, ao consumo de massa e aos interesses neoliberais.

Na sequência, segue-se à compreensão do conceito de Garantismo Penal, como marco teórico do tema e contraponto à conjuntura que ensejou a proteção penal do ambiente. O capítulo trata do Neoconstitucionalismo, como paradigma que alicerça o Garantismo Penal, e confronta os mecanismos utilizados na tutela penal meioambiental com os princípios penais clássicos, verdadeiros cânones de um Direito Penal de garantias, servindo de introdução para a abordagem do princípio da culpabilidade.

O estudo do tema sob o prisma das teorias tradicionais da culpabilidade e da ação integra o capítulo seguinte, que visa a delimitar o conceito de culpabilidade enquanto fundamento e limite da pena e princípio de Direito Penal, demonstrando a evolução das teorias clássicas até as atuais, chegando à situação de crise, com base em Winfried Hassemer, Paul Ricoeur e Luigi Ferrajoli. Outrossim, busca o entendimento dos significados de ação, a fim de analisar como estes se adéquam à individualização de condutas na criminalidade empresarial.

São, ainda, objeto de análise no presente trabalho os critérios de imputação individual de crimes observados pelo Direito nacional e estrangeiro, sobretudo na Espanha e Alemanha, onde se sistematizou a teoria do autor mediato por domínio do fato. Aqui, o exame passa pela responsabilidade penal na pessoa jurídica e suas teorias da ficção e da realidade, pelas considerações de Claus Roxin acerca dos aparatos organizados de poder e por uma análise

breve de questões do Direito brasileiro pertinentes à responsabilidade individual nas sociedades empresárias.

O capítulo apresenta a estratégia do “atuar em nome do outro”, com seu conceito, sua correlação com a responsabilidade “por ricochete” vigente na França e com o sistema de dupla imputação necessária adotado no Brasil, expondo as críticas da doutrina ao Código Penal espanhol e abrindo espaço para, mais adiante, dar-se a discussão sobre o concurso de pessoas, tal como tratado dogmaticamente. Intenta-se analisar se é possível falar em um concurso subjetivo nas circunstâncias em estudo, valendo-se da caracterização dos indivíduos como autor, partícipe e coautor.

A imputação objetiva e a adequação social são temas que, também, merecem abordagem, tendo em vista a relação que possuem com o foco do trabalho. Assim, verifica-se como o problema da individualização de condutas na criminalidade empresarial ambiental pode ser solucionado, através da compreensão de Claus Roxin e Günther Jakobs quanto à teoria da imputação objetiva, e se esta atende aos clamores de uma tutela penal garantista. Ao depois, examinam-se as condutas dos diversos indivíduos no contexto supraexposto, a fim de saber se são socialmente adequadas, com base na concepção de Hans Welzel.

No capítulo dedicado ao estudo da ponderação de interesses, é apresentada a técnica do sopesamento proposta por Robert Alexy, como solução para o conflito dos interesses em jogo. A abordagem flui à luz da proporcionalidade em sentido estrito e da dignidade da pessoa humana, como fundamentos para a interpretação e aplicação do Direito no pós-Positivismo, aliada à jurisprudência dos interesses e ao juspositivismo crítico.

Por fim, almejando a plena assimilação do problema estudado, analisam-se as implicações processuais da mitigação das regras de imputação no panorama da criminalidade empresarial contemporânea, com destaque para as denúncias genéricas, inquéritos genéricos, *bis in idem* e demora processual.

Algumas hipóteses tentam responder às indagações do problema, quais sejam: a compatibilização entre os interesses em jogo ocorreria por meio de um juízo de ponderação do hermeneuta; as propostas da legislação e da jurisprudência para a constituição da responsabilidade penal individual nos crimes societários ferem o princípio da culpabilidade, pois permitem que tal responsabilidade dê-se de forma objetiva, desprovida de nexo de subjetividade entre conduta e resultado; razões de celeridade processual e de respeito à dignidade dos sócios (razões de justiça, enfim), aconselham que a proteção do bem jurídico em jogo fique adstrita ao Direito Civil e ao Direito Administrativo.

Para a realização da pesquisa, utilizou-se o método dedutivo sistematizado por René Descartes, partindo-se das premissas à conclusão, através da dúvida constante. Ademais, buscou-se conciliar este método com as considerações de Karl Popper atinentes à inexistência de uma verdade científica absoluta e à falseabilidade das teorias científicas. Foram consultadas a legislação, jurisprudência e doutrina nacional e estrangeira referentes à temática. Para além disto, houve tentativa de realização de estudo de caso, por intermédio de acompanhamento processual, e aplicação de questionários no âmbito do Ministério Público e do Poder Judiciário. Tal desiderato, contudo, não foi alcançado, dada a resistência que persiste a esta forma de abordagem no meio jurídico.²

²Convém ressaltar que houve uma aplicação de questionário, que foi tempestivamente respondido pelo professor André Batista Neves.

2 O CONTEXTO FÁTICO-JURÍDICO DA ABORDAGEM DO PROBLEMA: GLOBALIZAÇÃO, SOCIEDADE DO RISCO E EXPANSÃO PENAL

Nos últimos decênios do século XIX, o liberalismo econômico encontrou campo fértil para florescer, deitando raízes nas grandes potências mundiais, com manifestações nos países economicamente menos desenvolvidos. São características desta política econômica de cariz transnacional a divisão internacional do trabalho, a formação de megablocos setoriais, a relativização da ideia de soberania, o incremento do consumo de massa e a ampliação da liberdade de trânsito entre os territórios.

Em síntese, um sensível encurtamento de distância entre os países é fruto desta espécie de liberalismo; em outros termos, a efetivação dos interesses³ dos grandes conglomerados regionais, a exemplo do Mercosul e da União Europeia, bem como a atuação de órgãos setoriais, como a Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) e a Organização dos Estados Americanos (OEA), foram acompanhadas de aproximações culturais que transformaram a configuração sociopolítica das sociedades contemporâneas.

O panorama delineado permite falar no processo de globalização, engendrado a partir dos interesses liberal-econômicos. No seu bojo, concebe-se a possibilidade de condutas perpetradas em determinada parte do planeta gerarem efeitos imediatos em outra, a centenas e centenas de quilômetros distante. O dado torna-se, ainda mais, apreensível se considerado o aprimoramento dos meios de comunicação, preconizado pela Revolução Tecnológica.

Outro fenômeno paralelo à globalização e inerente à consecução dos anseios mercadológicos do limiar do século XIX é denominado por Jesus-María Silva Sánchez⁴ de *integração supranacional*. O termo reporta a uma comunidade de países cujas fronteiras foram diluídas em prol de interesses comuns. Em decorrência disto, a noção de sujeito pertencente a um Estado cede espaço à de cidadão universal; nesta senda, a ideia de soberania, como total independência externa, é atenuada para viabilizar a subsistência da comunidade.

³Luiz Regis Prado traz uma distinção entre bem e interesse, de grande valia para o trabalho em curso: “A ideia de bem se relaciona com a de utilidade, como condição para satisfazer uma necessidade do homem. Assim, o que é um bem, por ser útil, é útil enquanto é um bem; quer dizer que a utilidade, como predicado de relação entre um sujeito que tem necessidade e um objeto que a satisfaz, é um atributo inseparável dos bens. De sua vez, interesse expressa uma relação de ordem subjetivo-objetiva entre um indivíduo e um certo bem.” (PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 17 et seq.)

⁴SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Expansão do direito penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, v. 2. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 75 et seq.

Verifica-se, nesta ambiência, o processo de evolução em que se inserem as relações humanas da contemporaneidade. A política liberal-econômica, ditando uma nova concepção de Imperialismo, permitiu ao Capitalismo Tecnológico espalhar-se pelos quatro campos do globo, unificando o pensamento acerca dos seus modo de produção e mercado consumidor.

Não obstante, a superveniência de novos riscos e o recrudescimento de outros pré-existentes surgiram como consequências inevitáveis do paradigma em questão. Com base nisto, Ulrich Beck⁵ adotou a expressão *sociedade de risco*, aludindo à herança do modelo de produção e consumo intensificado no século XX.

Impende acrescentar, nesta senda, que a formação de uma sociedade de risco não se constitui exatamente em elemento novo, haja vista que o tipo de colonização à qual se submeteu a América Latina causou-lhe sérios prejuízos, notadamente em consideração ao meio ambiente. A partilha de seus territórios entre Portugal e Espanha resultou na pilhagem de recursos naturais, através de uma prática extrativista predatória, sem qualquer compensação relevante.⁶

Sérgio Buarque de Holanda, versando sobre o referido modelo de dominação, após comparar as virtudes do trabalhador (colonizado) com as do aventureiro (colonizador) – este último caracterizado pela audácia, imprevidência, irresponsabilidade e instabilidade -, pontifica que

Nessa exploração, a técnica européia serviu apenas para fazer ainda mais devastadores os métodos rudimentares de que se valia o indígena em suas plantações. Se tornou possível, em certos casos, a fixação do colono, não cabe atribuir tal fato a esse zelo carinhoso pela terra, tão peculiar ao homem rústico entre povos genuinamente agricultores. (sic)⁷

A referida prática alicerçou-se tanto na força dos dominadores quanto na criação e difusão de mitos, como o da hospitalidade dos povos dominados, que ocultava a sua passividade. Outro folclore, o da exuberância das terras colonizadas, foi utilizado para justificar a política mercantilista europeia.⁸

⁵BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo** – Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós Iberica, 1998, passim.

⁶Sérgio Buarque de Holanda assevera que a exploração dos trópicos pelos países ibéricos “não se processou, em verdade, por um empreendimento metódico e racional, não emanou de uma vontade construtora e enérgica: fez-se antes com desleixo e certo abandono. Dir-se-ia mesmo que se fez apesar de seus autores.” (HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 43.)

⁷Ibidem, p. 49.

⁸No aspecto, convém registrar as considerações de Paulo Bezerra, quando da análise da formação cultural do povo e do legislador brasileiro e sua correlação com o direito produzido no Brasil: “Alguns desses mitos permanecem ainda no imaginário e no substrato de crenças de muitos brasileiros. A grandeza territorial e a majestade da natureza são apontadas como possibilidades de um futuro promissor para o país: a cordialidade do povo, confundida com permissividade.” (BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **A produção do direito no Brasil** – A dissociação entre direito e realidade social e o direito de acesso à justiça. 2 ed. Ilhéus: Editus, 2008. p. 111.)

Em resumo, enquanto o processo de colonização na América setentrional deu-se de forma menos invasiva, já que ali se implantaram colônias de povoamento (leia-se desenvolvimento das áreas dominadas), a parte sul do continente foi submetida às formas mais violentas de dominação, já que as colônias de exploração aqui instaladas tinham o mero intuito de sustentarem as metrópoles.⁹

Fato é que o aprimoramento do consumo de massa implicou a vulnerabilidade do consumidor; inovações nos meios de comunicação possibilitaram a prática de ofensas à distância, muitas das quais guindadas ao status de crime; lesões ao meio ambiente transcenderam a zona de epicentro, gerando impacto de grandes proporções, como o superaquecimento global e a poluição de águas pertencentes a mais de um Estado. São alguns dos exemplos que ilustram a outra face da globalização econômica e da integração supranacional, como frutos do paradigma de produção e consumo de raiz oitocentista.

No ponto, vale a percepção de Luiz Luisi que, após constatar a facticidade do panorama susodelineado, indaga sobre o papel do Direito face à problemática social dali oriunda:

[...] a revolução tecnológica destes últimos decênios deu ao fim do século um ambiente de crise. É inquestionável que os progressos trazidos pela tecnologia criaram novos costumes sociais, condições melhores de vida, mas, também, uma série de preocupações e problemas [...] As ameaças à própria sobrevivência da espécie humana, conseqüente do atendimento desordenado das necessidades do progresso, têm trazido a assustadora poluição dos mares e da atmosfera, e a devastação das florestas. E têm ensejado perspectivas preocupantes para o futuro [...] Como, então, ajustar o direito a este mundo em transformação trepidante? Como superar a crise?¹⁰

Em face de tais riscos, que puseram em xeque a segurança jurídica internacional, o Direito foi instado a regular as relações sociais dos novos tempos.¹¹ Do ponto de vista

⁹Eduardo Galeano expõe, bem claramente, a problemática, inclusive ressaltando que a exploração da América Latina não se restringiu às invasões européias de 1500: “É a América Latina, a região das veias abertas. Desde o descobrimento até nossos dias, tudo se transformou em capital europeu ou, mais tarde, norte-americano, e como tal tem-se acumulado e se acumula até hoje nos distantes centros de poder. Tudo: a terra, seus frutos e suas profundezas, ricas em minerais, os homens e sua capacidade de trabalho e de consumo, os recursos naturais e os recursos humanos. O modo de produção e a estrutura de classes de cada lugar têm sido sucessivamente determinados, de fora, por sua incorporação à engrenagem universal do capitalismo. A cada um dá-se uma função, sempre em benefício do desenvolvimento da metrópole estrangeira do momento, e a cadeia das dependências sucessivas torna-se infinita, tendo muito mais de dois elos, e por certo também incluindo, dentro da América Latina, a opressão dos países pequenos por seus vizinhos maiores e, dentro das fronteiras de cada país, a exploração que as grandes cidades e os portos exercem sobre suas fontes internas de víveres e mão-de-obra [...]” (GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. 11 ed. Tradução de Galeano de Freitas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980. p. 14.)

¹⁰LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 318.

¹¹Cf. Luiz Regis Prado, “A idéia de bem jurídico é de extrema relevância, já que a moderna ciência penal não pode prescindir de uma base empírica nem de um vínculo com a realidade que lhe propicia a referida noção. Também não pode renunciar a um dos poucos conceitos que lhe permitem a crítica do direito positivo.”

constitucional, houve a ampliação do rol dos direitos fundamentais, com o reconhecimento de uma “Terceira Dimensão” ou “Geração”, classificando-os a partir do caráter supraindividual que os distingue. São bens jurídicos reunidos sob o signo da solidariedade ou, ainda, da fraternidade.¹²

Assim, as Constituições mais recentes passaram a determinar a proteção das relações de consumo, do meio ambiente ecologicamente equilibrado e da paz mundial, elevando-os ao grau de direitos fundamentais de toda a coletividade, com olhos postos nos dias futuros.

E não poderia ser de outra forma, afinal, como posto por Miguel Reale,

De “experiência jurídica”, em verdade, só podemos falar onde e quando se formam relações entre os homens, por isso denominadas relações *intersubjetivas*, por envolverem sempre dois ou mais sujeitos. Daí a sempre nova lição de um antigo brocardo: *ubi societas, ibi jus* (onde está a sociedade está o Direito). A recíproca também é verdadeira: *ubi jus, ibi societas*, não se podendo conceber qualquer atividade social desprovida de forma e garantia jurídicas, nem qualquer regra jurídica que não se refira à sociedade.¹³

Corroborada está a ideia de interconexão necessária entre Direito e sociedade, não se podendo conceber um sem a prévia aceitação do outro. Repensando a estruturação original da assertiva, depara-se com o impulso de querer reformulá-la, mormente se considerada a dissonância que, não raro, separa a produção do Direito e a realidade a ele subjacente.¹⁴

Paulo Cesar Santos Bezerra¹⁵ já constatara que a desarmonia entre as leis produzidas num Estado e a vida social por elas regulada tem dupla causa. Tanto o fator temporal – o Direito costuma ser estático, muito pela aspiração à segurança jurídica, enquanto as sociedades evoluem numa notória rapidez – como questões estruturais contribuem para a existência de anomias em determinado ordenamento jurídico.

Em face da referida falta de harmonia de dupla raiz, convém pugnar pela reformulação da máxima de Ulpiano, conferindo-lhe uma denotação deontológica: onde está a sociedade deve estar o Direito. Diga-se isto porque, malgrado o ideal (e a tendência) seja que os próprios particulares disciplinem suas relações sociais, sem a intervenção da força pública (do Estado), ainda não se atingiu tal estágio de liberdade.

(PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 17 et seq.)

¹²Cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 595 et seq.

¹³REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 2.

¹⁴BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **A produção do direito no Brasil** – A dissociação entre direito e realidade social e o direito de acesso à justiça. 2 ed. Ilhéus: Editus, 2008. p. 133.

¹⁵Ibidem, p. 135.

Noutras palavras, o Direito permanece como o fiel entre interesses contrapostos, a quem se recorre na falência de outra via de negociação, o que não é incomum, sobretudo se considerada a gravidade dos danos que as últimas décadas produziram para a coletividade.¹⁶

Enquanto o Direito como um todo, fincado na ideia de segurança jurídica, tende a uma estabilidade que o defasa perante a dinamicidade da vida social, no campo penal assiste-se a fenômeno diverso. O incremento dos riscos, a profusão de novos bens jurídico-penais, o advento de formas delitivas cada vez mais arrojadas e a produção em massa de microssistemas jurídicos são elementos que compõem o universo do Direito Penal do mundo globalizado.¹⁷ A razão disto acha-se na tentativa de arrefecer o sentimento de pânico que assalta a sociedade contemporânea ocidental, o que encontra o estímulo dos órgãos de comunicação, tanto os de caráter público quanto os de natureza particular.

Esta ambiência é integrada, ainda, pelo incremento do aparato policial e da construção de unidades prisionais. Neste sentido, Cento Veljanovski, ao tratar da relação entre Direito e Economia, comenta a influência da díade no âmbito das leis criminais, constatando que

Não há muita dúvida de que o crime constitui um problema econômico. Em 1988, havia 3.6 milhões de delitos registrados na Inglaterra e no País de Gales. Os gastos chegaram ao total de 1.241 milhões de libras – 8.277 milhões em polícia, 1.014 milhão em prisões e 1.886 milhão nos tribunais. Os custos da prevenção criminal para o setor privado não são conhecidos, como desconhecidos são os dados sobre as perdas sofridas pelas vítimas e a sociedade. Pode-se dizer, em termos simples, que o bem-estar material da sociedade seria consideravelmente maior se o crime não existisse.¹⁸

Exsurge das constatações do autor que a elevação dos custos com o crime, ao contrário de garantir a segurança prometida, representa um grave sintoma do pânico que assola as sociedades pós-industriais, assumindo, assim, caráter notadamente maléfico. Em abono disto, registre-se que o gasto por parte do Estado com serviços deste tipo revela a ineficácia do próprio Poder Público, face às prestações positivas que lhe são impostas no Estado Constitucional de Direito.

A produção de leis penais em larga escala é utilizada como antídoto para solucionar os elevados índices de criminalidade. E a imprensa, então, muitas vezes submissa a interesses meramente políticos, contribui para a sensação de alarme social, denunciando a “evolução da delinquência” e favorecendo a elaboração de diplomas penais de emergência.

¹⁶Cf. PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. Sobre a tipificação da poluição em face do princípio da legalidade. **Revista de ciências penais**, Salvador, n. 5, 2006. p. 161 et seq.

¹⁷Cf. MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **Direito penal** – Sistemas, códigos e microssistemas jurídicos. Curitiba: Juruá, 2004, p. 109 et seq.

¹⁸VELJANOVSKI, Cento. **A economia do direito e da lei** – Uma introdução. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994. p. 72-73.

Luiz Regis Prado, com base em Jesús-María Silva Sánchez e Winfried Hassemer, considera este recurso exacerbado à legislação penal uma solução de eficácia duvidosa, no que diz respeito à contenção dos níveis da criminalidade contemporânea. No seu modo de pensar, mais especificamente voltado à responsabilidade penal da pessoa jurídica no Direito brasileiro – o que não afasta a possibilidade de transcendência para outras questões de Direito Penal -, a previsão legal

[...] parece estar intimamente vinculada ao crescente e lamentável recurso à lei criminal como instrumento eficiente e simbólico. Para tanto convergem dois fatores relacionados com a noção de eficiência. De acordo como o primeiro, o Direito Penal é menos custoso, se comparado como emprego de mecanismos jurídico-administrativos alternativos. Pelo segundo, seus efeitos sociais sobre a opinião pública são superiores, pelo menos a curto prazo, o que faz dele um instrumento adequado para obter a confiança da população na ordem jurídica [...] Mas, na realidade, a consequência desse processo não é que o Direito Penal assim concebido esteja em condições de cumprir suas novas funções; ao contrário, está ele permanentemente acompanhado de “*déficits* de execução” específicos, reprovados por todos. Dessa postura, defluem uma tentativa de minimizar esses *déficits* com mais criminalizações ou aumento de pena e um âmbito progressivo de efeitos meramente simbólicos: dado que não podem ser esperados efeitos reais, o legislador pelo menos obtém o crédito político de ter dado uma resposta célere aos medos e perturbações sociais com os severos meios criminais. Isso significa dizer que a eficiência é apenas aparente – puramente simbólica – e incidente tão-somente no âmbito psicológico-social dos sentimentos de insegurança.¹⁹

A respeito da relação entre exposição de novos bens jurídicos aos riscos da pós-Modernidade e multiplicação de leis penais voltadas a isto, releva transcrever as palavras de Luis Gracia Martín:

Os problemas surgem quando as legislações penais introduzem novos tipos delitivos para proteger os novos bens jurídicos econômicos ou socioeconômicos. Estes novos bens jurídicos se caracterizam, entre outras coisas, porque para poder cumprir satisfatoriamente as funções sociais que lhes são próprias é preciso desenvolver em torno dos mesmos uma complexa atividade de gestão, já que a lesão a tais bens jurídicos consiste frequentemente na não realização de prestações sociais ou econômicas positivas, porque só estas dotam de pleno conteúdo e funcionalidade o bem jurídico.²⁰ (tradução nossa)

¹⁹PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 148-149.

²⁰“*Los problemas surgen cuando las legislaciones penales introducen nuevos tipos delictivos para proteger los nuevos bienes jurídicos económicos o socio-económicos. Estos nuevos bienes jurídicos se caracterizan, entre otras cosas, porque para poder cumplir satisfactoriamente las funciones sociales que les son propias es preciso desarrollar en torno a los mismos una compleja actividad de gestión, ya que la lesión de tales bienes jurídicos consiste a menudo en la no realización de prestaciones sociales o económicas positivas, porque sólo éstas dotan de pleno contenido y funcionalidad al bien jurídico.*” (GRACIA MARTÍN, Luis. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. Ibidem, p. 102.)

Neste diapasão, as considerações de Luigi Ferrajoli assumem notória relevância. Segundo este autor, uma das crises do Estado de Direito

manifesta-se na inflação legislativa provocada pela pressão dos interesses setoriais e corporativos, pela perda de generalidade e abstração das leis, pela crescente produção de leis-atos, pelo processo de descodificação e pelo desenvolvimento de uma legislação fragmentária, inclusive em matéria penal, habitualmente sob o signo da emergência e da exceção.²¹ (tradução nossa)

Todos estes elementos – incremento de riscos, novos bens jurídicos, novas maneiras de delinquir e inflação legislativa na seara penal - convergem para um processo, denominado por Jesús-María Silva Sánchez²² de *expansão do Direito Penal*. Antes, a vítima e seu agressor, um bem jurídico individual violado (vida, patrimônio, integridade física) e um Código para reger o conflito. Agora, vítimas e agressores indeterminados ou determináveis, interesses supraindividuais e múltiplos diplomas legais especificamente publicados, para além do Código Penal.²³

Quanto ao último aspecto, qual seja a existência de uma legislação robusta em paralelo ao Código Penal, Luigi Ferrajoli²⁴ constata a ofensa ao Garantismo Penal, com a fragmentação e a conseqüente relativização das regras tradicionais que orientam os sistemas punitivos modernos. A ofensa em questão, por seu turno, acarretaria abalos na própria exigência de legalidade em sentido amplo: nulo o crime e nula a pena sem lei prévia, estrita, escrita e certa.

Claus Roxin²⁵, em reflexão que se harmoniza com a de Jesús-María Silva Sánchez, já teve oportunidade de pontificar que o futuro do Direito Penal seria marcado por sua expansão. É dizer, diante da forte sensação de insegurança gerada pela sociedade do risco, aquele subsistema jurídico seria deslocado da condição de último recurso a ser adotado pelo Poder

²¹ “[...] se manifiesta en la inflación legislativa provocada por la presión de los intereses sectoriales y corporativos, la pérdida de generalidad y abstracción de las leyes, la creciente producción de leyes-acto, el proceso de descodificación y el desarrollo de una legislación fragmentaria, incluso en materia penal, habitualmente bajo el signo de la emergencia y la excepción.” (FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías** - La ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 16.)

²² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Expansão do direito penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, v. 2. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 27.

²³ Cf. MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **Direito penal** – Sistemas, códigos e microsistemas jurídicos. Curitiba: Juruá, 2004. p. 109 et seq.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. Tradução de Fauzi Hassan Choukr et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, passim.

²⁵ Questionando acerca do futuro do Direito Penal, Roxin pontifica que “[...] os novos desenvolvimentos trazem consigo imediatamente uma enxurrada de novos dispositivos jurídicos. Isto é válido não só para decisões políticas, tais como medidas de boicote no direito do comércio exterior, mas também para as crescentes ameaças ambientais e para a tecnologia moderna, em especial na forma do processamento de dados.” (ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1-30.)

Público para a manutenção do controle social e, então, esgrimido como principal escudo contra as lesões aos bens jurídicos.

Convém aduzir que o próprio Roxin²⁶ sustentou uma concepção de Direito Penal funcionalizado no sistema social, isto é, informado por questões externas às categorias dogmáticas que lhe servem de objeto – tipicidade, ilicitude, culpabilidade, punibilidade -, sobretudo por contributos de política criminal. Isto equivale a asseverar que o Direito Penal roxiniano é tributário do Estado Social e Democrático de Direito, nele encontrando a fundamentação para legitimar-se.

A ideia aqui exposta é muito próxima da que habita as considerações de Ferrajoli, no que tange à função do Direito Penal num Estado daquele jaez, conforme demonstra a abordagem contida no tópico dedicado à definição de Garantismo. Convém, no entanto, antes disto, analisar a proteção jurídica dos interesses coletivos e, em especial, do meio ambiente, como decorrência do contexto sociopolítico susodescrito.

2.1 DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS INTERESSES COLETIVOS

Aduziu-se que a pós-Modernidade encontra-se imersa em um mar de ameaças que são fruto do próprio progresso das sociedades pós-industriais.²⁷ Consistem no ônus que, inevitavelmente, acompanha os benefícios da evolução social. A estreiteza da distância entre os diversos pontos do globo, como consequência dos processos de globalização econômica e supranacionalização política²⁸, permitiu um maior contato entre os povos, satisfazendo os anseios dos Estados envolvidos e da política liberal-econômica.

Por outro viés, e como visto, esta mesma aproximação implicou o surgimento de riscos a uma totalidade de indivíduos, inclusive de mais de uma nacionalidade, assumindo um caráter coletivo. Desta forma, coube ao Direito amparar a sociedade perante tal conjuntura, juridicizando interesses até então alheios ao seu campo de incidência. O meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto direito fundamental de Terceira Geração, encontrou guarida nos textos constitucionais e nas leis esparsas dos pós-Guerras, para além de constituir objeto de uma tutela penal específica, conforme se aduz a partir do tópico seguinte.

²⁶ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Valencia: Tirant lo blanch alternativa, 2000. p. 58.

²⁷BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo** – Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós Iberica, 1998, passim.

²⁸SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Expansão do direito penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, v. 2. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 75.

2.1.1 Constituições e legislação esparsa

As Constituições mais modernas, especialmente após os dois conflitos mundiais, atentas às perdas sociais deles decorrentes, passaram a tutelar os interesses coletivos e os bens jurídicos metaindividuais, guindando-os à categoria de direitos fundamentais, em nome da solidariedade ou fraternidade entre as nações.²⁹

Daí os constitucionalistas fazerem referência a uma Terceira Dimensão dos citados direitos, classificados sob a perspectiva da coletividade, transcendendo as pessoas individualmente consideradas. A paz mundial, as relações de consumo e a autodeterminação dos povos configuram exemplos de bens que foram reconhecidos como liberdades públicas pelas Constituições no século XX.

Com o meio ambiente não se deu coisa diversa.

Tratando-se, como se trata, de interesse das gerações presentes e futuras, o equilíbrio ambiental foi abarcado pelas Leis Fundamentais, delas merecendo a proteção digna dos direitos básicos da humanidade. E com muito acerto, haja vista as lesões de relevo que, no bojo do processo de globalização, foram perpetradas ao meio ambiente.

Luigi Ferrajoli, tratando da dicotomia entre democracia formal e democracia substancial, com o fito de dar corpo à sua concepção de Garantismo, atesta que

A área que se respira não foi nunca no passado um bem jurídico ou um direito, porque nunca foi ameaçada; mas está se tornando hoje com os perigos de guerra atômica, de poluição radioativa e de outras catástrofes artificiais. Se durante a era liberal foram considerados vitais apenas os direito à vida e à liberdade, e neste século os direitos a um lar, ao trabalho, à educação etc., hoje o elenco dos bens fundamentais está mais extenso, tendo crescido o número de ameaças às condições naturais de vida.³⁰

É com base em tais constatações que se conclui que

Assim, com o risco de interrupção da continuidade da vida, desperta-se a consciência sobre a necessidade de se proteger o meio de sobrevivência da espécie humana; clama-se pelo reconhecimento de um direito do ser humano enquanto integrante do meio – o direito a viver em um ambiente sadio, para que sua dignidade seja respeitada e sua personalidade desenvolva-se em plenitude.³¹

²⁹Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 116.

³⁰FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. Tradução de Fauzi Hassan Choukr et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 798.

³¹Cf. PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. Sobre a tipificação da poluição em face do princípio da legalidade. **Revista de ciências penais**, Salvador, n. 5, 2006. p. 162.

A Constituição Federal brasileira (CF), de 1988, cuida do assunto no seu Título VII: “Da ordem econômica e financeira”, cujos princípios reitores incluem a proteção ambiental, como reza o artigo 170, VI, *in verbis*:

Art. 170. [omissis]

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação [...]

Como diplomas infraconstitucionais voltados a tutelar o meio ambiente, podem ser citadas as Leis n. 4.771/1965 (Código Florestal brasileiro) e n. 6.938/1981 (Política nacional do meio ambiente), com as suas respectivas alterações, ambas portando regulamentações de caráter administrativo.

Compulsando-se o corpo da CF, observa-se, também, que o artigo 225 - “Do meio ambiente” – dispõe acerca de condutas da sociedade civil e de ações do Poder Público com vistas a regular as intervenções econômicas no meio ambiente. E é a partir da leitura do *caput* de tal dispositivo que se depreende a sua natureza de direito fundamental coletivo (extra-artigo 5º): “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.”

Persistindo-se na abordagem constitucional da temática, é digna de nota a amplitude da preocupação a ela referente, não se restringindo ao Direito pátrio. Outras Constituições dispensaram ao meio ambiente ecologicamente equilibrado o mesmo tratamento dado no Brasil, uma vez que está em jogo direito fundamental de cunho transindividual, com implicações internacionais, inclusive. Giza-se, com isto, o seu pertencimento à mencionada Terceira Dimensão ou Geração dos direitos fundamentais, identificada pelo interesse na solidariedade universal.

Assim, convém trazer à colação o seguinte trecho da Constituição Federal da Bolívia, também de 1988, a fim de demonstrar a relevância atribuída ao bem jurídico em comento, sobretudo a partir do século XX:

Artigo 9. São fins e funções essenciais do Estado, além dos que estabelece a Constituição e a lei

[...] 6. Promover e garantir o aproveitamento responsável e planejado dos recursos naturais, e estimular sua industrialização, através do desenvolvimento e do fortalecimento da base produtiva em suas diferentes dimensões e níveis, assim como a conservação do meio ambiente, para o bem estar das gerações atuais e futuras.³² (tradução nossa)

³²“Artículo 9. Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley [...] 6. Promover y garantizar el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales, e impulsar su industrialización, a través del desarrollo y del fortalecimiento de la base productiva en sus

A mesma atenção ocupou o constituinte peruano, quando da elaboração do Texto de 1993, que assim estabelece:

Artigo 66°. - Os recursos naturais, renováveis e não renováveis, são patrimônio da Nação. O Estado é soberano em seu aproveitamento. Por lei orgânica fixam-se as condições de sua utilização e de sua outorga a particulares. A concessão outorga a seu titular um direito real, sujeito à referida norma legal.

Artigo 67°. - O Estado determina a política nacional do ambiente. Promove o uso sustentável de seus recursos naturais.

Artigo 68°. - O Estado está obrigado a promover a conservação da diversidade biológica e das áreas naturais protegidas.

Artigo 69°. - O Estado promove o desenvolvimento sustentável da Amazônia com uma legislação adequada.³³(tradução nossa)

A Constituição do Paraguai, também, dispõe acerca da proteção meioambiental, conforme dispõe o seu artigo 7°:

Toda pessoa tem direito a habitar em um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado. Constituem objetivos prioritários de interesse social a preservação, a conservação, a recomposição e o melhoramento do ambiente, assim como sua conciliação com o desenvolvimento humano integral. Estes propósitos orientarão a legislação e a política governamental pertinente.³⁴ (tradução nossa)

A questão ambiental, portanto, sempre foi uma constante na história de países como Brasil, Bolívia, Peru e Paraguai, seja em decorrência da falta de compromisso dos seus desbravadores, como registrado alhures, seja no valor jurídico a ela atribuído pelas suas respectivas Constituições.

Isto, todavia, não se restringe ao ocidente do Atlântico. Países europeus também elevaram o equilíbrio do meio ambiente à condição de direito fundamental coletivo, tutelando-o em suas Cartas Magnas.

diferentes dimensiones y niveles, así como la conservación del medio ambiente, para el bienestar de las generaciones actuales y futuras.” (Disponível em <<http://www.presidencia.gob.bo/download/constitucion.pdf>> Acesso em: 21 jun. 2011.)

³³“*Artículo 66°.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal. Artículo 67°.- El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales. Artículo 68°.- El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas. Artículo 69°.- El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada.*” (Disponível em <<http://www.congreso.gob.pe/ntley/ConstitucionP.htm>> Acesso em: 22 jun. 2011.)

³⁴“*Toda persona tiene derecho a habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado. Constituyen objetivos prioritarios de interés social la preservación, la conservación, la recomposición y el mejoramiento del ambiente, así como su conciliación con el desarrollo humano integral. Estos propósitos orientarán la legislación y la política gubernamental pertinente.* Trata-se, aí, de dever ínsito a todo Estado Social de Direito. (Disponível em <<http://www.diputadosmercosur.gov.ar/paises/paraguay/constitucionparaguay.pdf>> Acesso em: 22 jun. 2011.)

E não poderia ser diferente, haja vista que o próprio ideal de fraternidade – da tríade *Liberté, Égalité, Fraternité*, imortalizada em personificação de Eugène Delacroix –, que marca a Terceira Geração das liberdades fundamentais, advém do centro da Europa, fruto dos ideais iluministas que engendraram a Revolução de 1789.

A propósito, o texto da Constituição francesa, de 1958, é finalizado com uma “Carta para o meio ambiente” que dispõe de dez artigos.³⁵

Também, a Espanha, no Texto alterado em 1992, vislumbra na tutela do meio ambiente uma garantia para a sobrevivência da geração atual e do porvir, quando estabelece, em sua Seção 45, que

(1) Todos têm o direito de desfrutar de um ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa, bem como o dever de preservá-lo. (2) As autoridades públicas devem velar por uma utilização racional dos recursos naturais com vista a proteger e melhorar a qualidade de vida e preservação e restauração do meio ambiente, contando com uma indispensável solidariedade coletiva.³⁶ (tradução nossa)

Releva alertar para o fato de que a questão ambiental não diz respeito ao âmbito interno das soberanias, unicamente, sobretudo no contexto sociopolítico contemporâneo, onde o conceito mesmo de soberania resta mitigado em razão do esmaecimento de fronteiras determinado pelo fenômeno da globalização e seus corolários.

A gravidade dos riscos a que se tem submetido o meio ambiente nas últimas décadas, como efeito do progresso no campo da política liberal-econômica, é assunto que desperta a atenção de diversos países.

Ainda que a agressão ocorra em um determinado território, seus efeitos, não raro, são sentidos em outros lugares, muito pela natureza das lesões perpetradas - poluição de águas intercontinentais, desmatamentos e lançamento de resíduos tóxicos na atmosfera, solapando a camada de ozônio e, conseqüentemente, contribuindo para o superaquecimento global.

³⁵“O Povo Francês, considerando que: Os recursos naturais e seu equilíbrio condicionam o surgimento da humanidade; A existência futura da humanidade, em muito, está intrinsecamente ligada ao seu ambiente natural; O meio ambiente é patrimônio comum de todos os seres humanos; O homem exerce cada vez mais influência sobre as condições de vida e sobre sua própria evolução; A diversidade biológica, a plena realização da pessoa e do progresso das sociedades humanas são afetadas por certos tipos de consumo ou de produção e pela exploração excessiva dos recursos naturais; A salvaguarda do meio ambiente é um objetivo a ser perseguido da mesma forma como outros interesses fundamentais da Nação; A fim de assegurar o desenvolvimento sustentável, as escolhas e projetos para atender às necessidades da geração presente não devem comprometer a capacidade das gerações futuras e de outros povos de atenderem às suas próprias necessidades; Proclama [...]” (Disponível em <<http://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&langpair=en%7Cpt&u=http://www.assemblee-nationale.fr/english/8ab.asp>> Acesso em: 27 nov. 2011.)

³⁶“(1) *Everyone has the right to enjoy an environment suitable for the development of the person, as well as the duty to preserve it. (2) The public authorities shall watch over a rational use of all natural resources with a view to protecting and improving the quality of life and preserving and restoring the environment, by relying on an indispensable collective solidarity.*” (Disponível em <http://www.senado.es/constitu_i/indices/consti_ing.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2011.)

Vale dizer que é esta abrangência que justifica a proteção do equilíbrio do meio ambiente, como direito fundamental de caráter transindividual.³⁷

Em atenção a isto, foram firmados vários atos internacionais, com o intuito de cooperação para o estabelecimento de políticas regulatórias da intervenção no meio ambiente. Tal intento reflete a tentativa de harmonizar interesse econômico e proteção da natureza, pressupondo-se que ambos são necessários para o progresso social.

Assim, apenas para ilustrar, em 1972, foi firmada a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo; em 1987, foi assinado o Protocolo de Montreal sobre as substâncias que esgotam a camada de ozônio; em 1992, enquanto o Brasil vivia sério clima de instabilidade política, assistia-se ao que ficou conhecido por “Eco-92” (Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento), um conjunto de iniciativas voltadas para o desenvolvimento sustentável, declaradas na cidade do Rio de Janeiro, visando ao implemento, tempos mais tarde, da “Agenda 21”; já no ano de 2002, a Cúpula da Terra reuniu-se, em Johannesburgo, para a realização da “Rio + 10”.³⁸

Em 2005, após a adesão da Rússia, entrou em vigor o Protocolo de Kyoto, um conjunto de ações destinadas a contribuir para a redução da emissão de gases causadores do efeito estufa.

2.2 TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE

Sucedo que a tutela do meio ambiente não ficou adstrita às searas constitucional e administrativa. Além das Constituições, das leis infraconstitucionais, dos acordos e protocolos internacionais, os diplomas penais, também, passaram a tipificar condutas lesivas a este bem jurídico. E isto se deu não apenas com os Códigos Penais – como centro do sistema punitivo estatal –, mas, ainda, no âmbito da legislação extravagante.

Esta superproteção só corrobora o fenômeno constatado por Jesús-María Silva Sánchez³⁹, como mencionado em outras linhas. A expansão do Direito Penal, com a criminalização em massa diante dos novos riscos trazidos pela pós-Modernidade, é a consequência inexorável do reconhecimento de novos bens jurídico-penais.

³⁷Em corroboração à assertiva, convém visitar o teor do artigo 69º, da Constituição peruana de 1993, transcrito alhures.

³⁸SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, passim.

³⁹SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Expansão do direito penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, v. 2. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 75 et seq.

A defesa penal meioambiental surge com base na constitucionalização do interesse a ela atrelado, reconhecido em sua qualidade de direito fundamental da coletividade. Fala-se de ideia vinculada à exclusiva proteção de bens jurídicos essenciais à sociedade, que disciplina o Direito Penal num Estado Constitucional e Democrático de Direito, assinalando o seu caráter fragmentário.

Se, por um lado, premiar o meio ambiente ecologicamente equilibrado com a blindagem do Direito Penal é expressão do processo de hipertrofia deste ramo do ordenamento jurídico na contemporaneidade, em outro giro tal consiste numa exigência de sintonia entre ele e a realidade hodierna.

Com efeito, Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado assevera que

Dada a relevância do bem jurídico a ser protegido, o recurso não apenas ao direito administrativo ou civil, mas também ao direito penal faz-se inevitável para a prevenção e repressão das lesões mais graves causadas ao meio ambiente. O direito penal não pode ser paralisado em sua função de proteção de novos bens jurídicos a pretexto de, com isso, violar dogmas do pensamento liberal. Aliás, esse é o grande desafio do direito penal contemporâneo, que não pode deixar de assegurar as garantias e liberdades individuais, mas, de outro lado, deve estender-se, quando necessário, para impedir lesões que podem assumir proporções catastróficas.⁴⁰

Já se disse, com lastro em Paulo Cesar Santos Bezerra⁴¹, que o Direito, enquanto instrumento de regulação das relações sociais, não pode dissociar-se delas, sob pena de se incorrer em odiosa anomia. Pela mesma razão, não é dado ao Direito Penal, como parte do Direito, andar aquém da vida em sociedade; sua renovação é, pois, imperativo de efetividade (legitimidade) normativa – malgrado isto implique, por vezes, a sua dilatação.

Em outras palavras, supervalorizar bens jurídico-penais do indivíduo, em si mesmo considerado, a exemplo da vida, da integridade física e do patrimônio, olvidando-se daqueles que pertencem a uma gama de indivíduos, como o meio ambiente – donde aludir ao seu caráter metaindividual -, consiste em deslegitimar o Direito Penal em face das vicissitudes da atualidade.⁴²

⁴⁰Cf. PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. Sobre a tipificação da poluição em face do princípio da legalidade. **Revista de ciências penais**, Salvador, n. 5, 2006. p. 163-164. No mesmo sentido e fundamentando as considerações da autora, Maria Auxiliadora Minahim pondera: “Para atender às demandas de prevenção de riscos causados pela sociedade pós-industrial e, mais especificamente, pela biotecnologia o direito penal precisa sofrer reajustes, sem que suas teses centrais sejam desconfiguradas.” (MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal e biotecnologia**, v. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 210.)

⁴¹BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **A produção do direito no Brasil** – A dissociação entre direito e realidade social e o direito de acesso à justiça. 2 ed. Ilhéus: Editus, 2008. p. 135.

⁴²Digna de nota é a ressalva de Luiz Regis Prado: “De logo, e para espantar qualquer dúvida, convém advertir que não há num Estado Democrático de Direito nenhuma preponderância do bem jurídico transindividual sobre o individual. Muito ao contrário. O que está em debate aqui nada mais é que a tutela de bens jurídicos que se encontram além do indivíduo em si, que se fazem presentes em uma dimensão mais ampla, grupal ou

Nesta linha de raciocínio, releva transplantar a correlação atribuída a Luigi Ferrajoli⁴³ entre efetividade normativa e Estado substancialmente Democrático de Direito, não obstante as suas considerações a respeito sejam detalhadas em capítulo próprio. Para o autor, o Garantismo, enquanto orientação jurídico-política que conduz àquela configuração de Estado, não se contenta com a validade das normas que compõem o ordenamento jurídico.

É da efetividade dos preceitos normativos, precipuamente se respeitada a vontade da minoria vencida (democracia substancial), que emerge um Estado verdadeiramente estribado na observância dos interesses inalienáveis dos múltiplos setores da sociedade. É com a legitimidade do Direito, portanto, que se desenvolve o Garantismo, a conformar as atuações do Poder Público perante os reclames sociais.

E se a proteção do meio ambiente ganhou o apoio do Direito Penal, agradeça-se ao coro que ressoou neste sentido. No bojo da elaboração dos já referidos atos internacionais, com o objetivo de estabelecer políticas de bom uso dos recursos da natureza, pugnou-se pela criminalização de condutas lesivas ao equilíbrio ambiental. Para tanto, contribuiu a abundância de riscos que as sociedades pós-industriais herdaram ao bem jurídico em tela.⁴⁴

Ilustrando o esforço neste sentido, pode ser citado o VIII Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delincente, ocorrido em Havana, entre 27 de agosto e 7 de setembro de 1990. Outro exemplo é o XV Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em 1994, no Rio de Janeiro.⁴⁵

No mesmo nexu, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, firmado em 1998 e promulgado no Brasil por conduto do Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002, ao dispor sobre o crime de guerra, no seu artigo 8º, 2, “b”, caracteriza-o por condutas como:

iv) Lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil *ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente* que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa [...]. (grifo nosso)

Ressaltando a necessidade da proteção penal meioambiental, a partir da compreensão sobre os principais ofensores do bem jurídico em comento, Bernardo Feijóo Sánchez vaticinou como segue:

comunitária, e não sobre o indivíduo, no sentido de lhe ser hierarquicamente superior.” (PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 94.)

⁴³FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. Tradução de Fauzi Hassan Choukr et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 786.

⁴⁴Cf. SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 91.

⁴⁵Cf. PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. Sobre a tipificação da poluição em face do princípio da legalidade. **Revista de ciências penais**, Salvador, n. 5, 2006. p. 165-166.

Não é uma casualidade que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas tenha sua primeira aparição no ordenamento jurídico brasileiro mediante uma Lei de Crimes Ambientais. O meio ambiente se vê mais em perigo por atividades coletivas que por atuações individuais.⁴⁶ (tradução nossa)

Tem-se, portanto, com votos semelhantes, a consagração do Direito Penal do Ambiente, como parcela do poder repressivo do Estado voltada à defesa de um bem coletivo específico, em face da gravidade dos ataques a que se tem submetido em prol do progresso econômico.

O Código Penal do Chile, no seu artigo 476, pune aquele “que incendiar bosques, culturas, pastos, monte, cercas ou plantios”, como exemplo da preocupação em solo sul-americano. (tradução nossa)⁴⁷

Em território europeu, o Código Penal da Alemanha, no elenco da Seção 29^a, traz dispositivos com tipificações atinentes à contaminação da água, do solo e do ar, à produção de ruídos, vibrações e radiações ionizantes, ao manejo não autorizado de dejetos perigosos, à operação não autorizada de plantas, ao manejo não autorizado com materiais radioativos e outras substâncias ou bens perigosos, dentre outros.⁴⁸

Impende repisar que, não obstante a criminalização de condutas prejudiciais ao equilíbrio meioambiental esteja no cerne dos próprios Códigos Penais, uma gama de leis extravagantes⁴⁹, versando sobre a temática, surgiu em resposta aos clamores das sociedades contemporâneas, imersas num oceano de riscos cada vez mais sensíveis.

Um exame no âmbito da legislação do Mercosul (Mercado Comum do Sul) permite detectar o fenômeno. O Código Penal argentino já tipificava, mesmo de soslaio, o envenenamento ou adulteração de águas potáveis. Não obstante, em 1992, a Lei n. 24.051 passou a dispor, mais especificamente, sobre resíduos perigosos; em 2002, dando continuidade ao processo de exorbitância da codificação, promulgou-se a *Ley General del Ambiente*, de n. 25.675.⁵⁰

⁴⁶“No es una casualidad que la responsabilidad penal de las personas jurídicas tenga su primera plasmación el ordenamiento jurídico brasileiro mediante una Ley de Crimes Ambientais. El medio ambiente se ve más en peligro por actividades colectivas que por actuaciones individuales.” (FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo J. Cuestiones Basicas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de otras personas morales y de agrupaciones y asociaciones de personas. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, n.27, 1999. p. 22.)

⁴⁷“[...]que incendiar bosques, mieses, pastos, monte, cierros o plantios[...]”. (Disponível em <<http://www.servicioweb.cl/juridico/Codigo%20Penal%20de%20Chile%20libro2.htm>>. Acesso em: 28 jun. 2011.)

⁴⁸Disponível em <http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2011.

⁴⁹MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **Direito penal** – Sistemas, códigos e microsistemas jurídicos. Curitiba: Juruá, 2004. p. 109 e et seq.

⁵⁰PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. Sobre a tipificação da poluição em face do princípio da legalidade. **Revista de ciências penais**, Salvador, n. 5, 2006. p. 165-166.

No Uruguai, onde já havia tipificação codificada do envenenamento ou adulteração de águas destinadas ao consumo humano, a Lei especial n. 17.220/99 passou a prever, em seu “Artículo 9º” que “Quem introduzir, de qualquer forma ou sob qualquer regime, em zonas submetidas à jurisdição nacional, os dejetos perigosos definidos no artigo 3º da presente lei, será castigado com doze meses de detenção a doze anos de reclusão [...]”.⁵¹ (tradução nossa)

É a clara expressão do processo de agigantamento do Direito Penal, prenunciado por autores, a exemplo de Jesús-María Silva Sánchez⁵² e Claus Roxin.⁵³ É, ainda, a prova de que o recurso exacerbado à criminalização de condutas na pós-Modernidade conduz o rompimento das fronteiras do Código, como centro do regramento penal, confirmando as constatações de Luigi Ferrajoli⁵⁴ a respeito da crise de legalidade.

Neste ponto, é oportuna uma análise no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. As forças engendradas⁵⁵ em favor de uma mais direta guarnição do meio ambiente, aterrorizadas perante o incremento de riscos que passaram a ameaçá-lo, de forma mais intensa, no início do século XX, resultaram na publicação de um diploma estritamente pensado para criminalizar, em solo nacional, as lesões àquele bem jurídico-penal.

Saliente-se que a própria Constituição Federal em vigor lançou a semente⁵⁶ para que, a 12 de fevereiro de 1998, fosse sancionada a Lei ordinária n. 9.605, tipificando diversos procedimentos que atacam a fauna, a flora, o ordenamento urbano, o patrimônio cultural e a própria administração ambiental, para além de trazer disposições de caráter meramente administrativo.

Uma análise pormenorizada dos dispositivos da citada lei revela peculiaridade que, inclusive, parece ser uma constante entre os diplomas destinados a criminalizar condutas

⁵¹ “*El que introdujere en cualquier forma o bajo cualquier régimen en zonas sometidas a la jurisdicción nacional, los desechos peligrosos definidos en el artículo 3º, de la presente ley, será castigado con doce meses de prisión a doce años de penitenciaría [...]*” (PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. Sobre a tipificação da poluição em face do princípio da legalidade. **Revista de ciências penais**, Salvador, n. 5, 2006. p. 165-166.)

⁵² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Expansão do direito penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, v. 2. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 75 et seq.

⁵³ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1-30.

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. Tradução de Fauzi Hassan Choukr et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. passim.

⁵⁵ Cf. PRADO, op. cit, loc. cit.; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo J. Cuestiones basicas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de otras personas morales y de agrupaciones y asociaciones de personas. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, n. 27, 1999. p. 22.

⁵⁶ Cf. o Artigo 225, §3º da Constituição de 1988, “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.”

lesivas ao meio ambiente. É a adoção de técnica legislativa mais flexível, que almeja a efetiva proteção do bem jurídico-penal.⁵⁷

Considerando-se que o Estado Social e Democrático de Direito deve estar calcado no respeito aos direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade, poder-se-ia argumentar no sentido do cabimento de peculiaridade como aquela. E se é função do Direito Penal proteger os bens jurídicos mais importantes de determinada sociedade, há de se convir que dele é exigido moldar-se à tutela de ambas as espécies de interesses, individuais e metaindividuais.

Assim, os tipos penais que constituem as leis que visam a punir agressões à fauna, à flora, à água e ao ar, por exemplo, são especialmente revestidos para atender à natureza difusa de tais elementos. Saliente-se que o meio ambiente é bem jurídico que transcende o indivíduo isoladamente considerado e pertence a toda a humanidade, no presente e no porvir.⁵⁸

Justificada estaria a necessidade de tipos penais abertos, com a utilização de expressões normativas e normas penais em branco, bem como de crimes de perigo abstrato, que permitem a punição de ilícitos - mais administrativos do que penais -, muito antes de tocado o bem jurídico-penal em questão.

No que pertine a este último aspecto, Gianpaolo Poggio Smanio⁵⁹ já teve oportunidade de considerar que a criminalização de condutas aquém da lesão propriamente dita ao meio ambiente fundamenta-se na presunção do dano, o qual decorreria do risco que a perpetração destas condutas ofereceria à diversidade de indivíduos. Em palavras mais exatas, presume-se o dano à coletividade a partir da causação de riscos ao equilíbrio do meio ambiente, sobretudo em face da essência difusa do interesse.

Esta criminalização antecipada de condutas coaduna-se com o que Jesús-María Silva Sánchez nomeou de *administrativização* do Direito Penal, na medida em que visa a, através da pena, sancionar comportamentos que ficam um grau abaixo da faixa de ilicitude mais grave que infringe determinado ordenamento jurídico.⁶⁰

⁵⁷Sobre o que atribui dignidade penal ao bem jurídico, PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, passim. Sobre uma análise do tema à luz do princípio da legalidade, cf. PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. Sobre a tipificação da poluição em face do princípio da legalidade. **Revista de ciências penais**, Salvador, n. 5, 2006. p. 160 et seq.

⁵⁸O artigo 54, da Lei n 9.605/98, serve de demonstrativo da especificidade da tipificação em comento: “Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa [...]”.

⁵⁹SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela penal dos interesses difusos**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 26 et seq.

⁶⁰“[...] é possível afirmar que é uma característica do Direito Penal das sociedades pós-industriais a assunção, em ampla medida, de tal forma de racionalizar, a da lesividade global derivada de acumulações ou repetições, tradicionalmente própria do administrativo. É isso que se quer indicar quando se alude ao processo de ‘administrativização’, em que, a nosso juízo, se acha imerso o Direito Penal. E tal poderia nos levar ainda mais longe: assim, não somente a afirmar que o Direito Penal assume o modo de racionalizar próprio do Direito Administrativo sancionador, senão que inclusive, a partir daí, se converte em um Direito de gestão ordinária de

Para este autor, na referida espécie de Direito – identificada como “Direito de Intervenção” ou “Direito Administrativo Sancionador” - admite-se a mitigação de garantias fundamentais compensada pela suavização da sanção imposta (afastar-se-ia a incidência de penas privativas de liberdade). É o que denominou “Direito Penal de Segunda Velocidade”, em contraposição a um Direito Penal que, por permitir a restrição celular, não abre mão da mais elementar das garantias penais clássicas (“Direito Penal de Primeira Velocidade”).⁶¹

Luiz Regis Prado, por seu turno, defendeu o emprego de elementos normativos no Direito Penal Ambiental, entendendo que isto evitaria o engessamento do tipo e a punição de lesões ínfimas ao bem, na medida em que ensejaria um exame tópico, valorizando a interpretação judicial. Segundo o autor, trata-se aí de *corretivos típicos*, isto é, elementos que afastam “do âmbito do injusto típico as condutas escassamente lesivas ou de pouca relevância para o bem jurídico tutelado [...]”.⁶²

Uma outra característica do Direito Penal do Ambiente é a relativização das regras de imputação, ponto que, por constituir o âmago do presente trabalho, será examinado, com maior detença, em linhas adiante.

A beleza da Ciência do Direito, todavia, está em não ser este um elemento estanque ou extreme de interpretações, em não seguir nenhum esquema matemático que leva a uma e somente uma solução, mesmo porque não há ciência que goze da certeza absoluta, que não possa ser submetida à falseabilidade, na esteira do que pregou Karl Popper.⁶³ O Direito, por estar inserido no rol das ciências humanas, admite uma multiplicidade de pontos de vista que variam de acordo com a relação sujeito-objeto, em bases fenomenológicas, conforme proposta de Edmund Husserl.⁶⁴

grandes problemas sociais.” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Expansão do direito penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, v. 2. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 120.)

⁶¹Ibidem, loc. cit. Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado critica tais expressões, entendendo que a adequação do Direito Penal às vicissitudes da sociedade contemporânea passa pelo respeito aos princípios clássicos que o informam, sem necessidade de ser desnaturado. A autora em comento parte “do pressuposto de que, na atual sociedade de riscos, em que novos desafios são lançados às ciências, à razão e à ética, o direito penal não pode eximir-se de rever alguns de seus conceitos e procurar meios de atender às novas exigências de intervenção para a proteção de bens jurídicos transindividuais, sem que precise abdicar dos seus princípios reitores e sem que seja necessário atribuir-lhe outros qualificativos, como direito de intervenção (*Interventionsrecht*), direito penal de duas velocidades, direito sancionador ou direito de mera ordenação social.” (PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. Sobre a tipificação da poluição em face do princípio da legalidade. **Revista de ciências penais**, Salvador, n. 5, 2006. p. 167.)

⁶²PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território, biossegurança (com análise da Lei 11.105/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 418.

⁶³POPPER, Karl Raymund. **Lógica das ciências sociais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004. p. 27

⁶⁴Cf. HUSSERL, Edmund. **Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**: introdução geral à fenomenologia pura. Tradução de Márcio Suzuki. São Paulo: Idéias e Letras, 2006, passim.

O registro serve de intróito para a abordagem das críticas que, em respeito aos princípios clássicos do sistema punitivo moderno, surgiram em paralelo à instituição do Direito Penal do Ambiente. Antes, porém, de adentrar a relação concebida entre tais críticas e princípios, impende estabelecer a compreensão do que seja Garantismo e como este se relaciona com a ideia de proteção penal de bens jurídicos transindividuais.

3 O GARANTISMO PENAL: MARCO TEÓRICO E CONTRAPONTO ALICERÇADO NOS VALORES CONSTITUCIONAIS

Luigi Ferrajoli propõe um sistema penal que conforma o Estado em sua sanha punitiva, a fim de fazer valer-lhe a chancela “Democrático de Direito”. A este sistema, constituído por dez axiomas, atribui a denominação *garantista, cognitivo* ou *de legalidade estrita*. Quanto aos citados axiomas, o autor entende serem verdadeiras implicações deônticas tendentes à plena satisfação que, ao condicionar o Direito Penal, acaba por deslegitimá-lo.⁶⁵

Dentre os componentes do decálogo, desponta a máxima *Nulla actio sine culpa* - bem como as dela decorrentes: *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla iniuria sine culpa* - donde, segundo o garantista italiano, promana o princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal.

Para Ferrajoli, um Estado que se queira, materialmente, Democrático e de Direito deve buscar sua legitimação nos interesses dos diversos grupos que compõem a sociedade por ele regida. Valendo-se das teorias de Niklas Luhmann, defende que aquele Estado consiste num sistema heteropoiético, ou seja, que necessita observar fatores a ele externos para se sustentar; diferentemente, num sistema autopoiético, o Poder Público encontraria fundamento nos seus próprios interesses.⁶⁶ Esta mesma linha de pensamento foi adotada por Enrique Bacigalupo, quando tratou da observância dos direitos fundamentais como condição imposta ao Estado de Direito, a teor da transcrição seguinte:

[...] não é o Estado quem outorga os direitos fundamentais, mas quem deve criar as condições para a sua realização. Desta maneira, o Estado se legitima, dentre outros critérios, pela realização dos direitos fundamentais. Nesta noção de Estado, os direitos fundamentais são reconhecidos, segundo a tradição do direito natural, como próprios do indivíduo, prévios e independentes daquele.⁶⁷ (tradução nossa)

⁶⁵FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. Tradução de Fauzi Hassan Choukr et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 91.

⁶⁶Luigi Ferrajoli arremata suas considerações a respeito nos seguintes termos: “O garantismo, num sentido filosófico-político, consiste essencialmente nesta fundação heteropoiética do direito, separado da moral nos vários significados da tese que vai explicada no parágrafo 15. Precisamente, ele consiste, de um lado, na negação de um valor intrínseco do direito somente porque vigente, e do poder somente porque efetivo, e no primado axiológico relativamente a eles do ponto de vista ético-político ou externo, virtualmente orientado à sua crítica e transformação; e, por outro, na concessão utilitarista e instrumental do Estado, finalizado apenas à satisfação das expectativas ou direitos fundamentais.” (Ibidem, p. 815.)

⁶⁷“[...] el Estado no es quien otorga los derechos fundamentales sino quien debe crear las condiciones de su realización. De esta manera, el Estado se legitima, entre otros criterios, por el de la realización de los derechos fundamentales. En esta noción del Estado, los derechos fundamentales son reconocidos, igual que en la tradición del derecho natural como propios del individuo, previos e independientes de aquél.” (BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. p. 13.)

Foi nestes termos que se concebeu o Garantismo: uma orientação político-jurídica de Estado que se legitima na observância dos direitos e garantias fundamentais da coletividade e do indivíduo. Segundo tal concepção, cabe ao Poder Público tanto a abstenção em face dos referidos direitos e garantias, quanto o dever de implementar ações para a sua consecução. Trata-se de orientação que mais se coaduna com a ideia de Estado Social e Democrático de Direito.

Ferrajoli afiança que o Garantismo identifica-se com o paradigma de Estado Constitucional de Direito, que

[...] não é outra coisa que esta dupla *sujeição do direito ao direito*, que afeta a ambas as dimensões de todo fenómeno normativo: a vigência e a validade, a forma e a substância, os signos e os significados, a legitimação formal e a legitimação substancial ou, se se quiser, a “racionalidade formal” e a “racionalidade material” weberianas.⁶⁸ (tradução nossa)

Segundo o autor, o Estado garantista é atento à dissociação entre validade (normatividade) e vigor (efetividade) das normas, tratando-as como coisas distintas. O propósito de tal perfil estatal – tutelar direitos fundamentais da coletividade por meio da efetivação de suas garantias – passa, então, pelo reconhecimento de que as normas jurídicas são legítimas se, para além de válidas, forem materialmente observadas.

A concepção de Estado em questão submete-se à lei, conduzindo as ações do Poder Público através dos meandros da estrita legalidade que, “subordinando todos os atos, inclusive as leis, aos conteúdos de direitos fundamentais, coincide com a sua legitimação substancial.”⁶⁹ Em suma, esta orientação vislumbra a sujeição do Direito ao Direito, como gizado em outras linhas.

Daí se extrai que o Estado de Direito será verdadeiramente Democrático se assumir uma feição substancial de democracia. Noutros termos, o Garantismo não se satisfaz com a democracia puramente formal – atendimento à vontade da maioria -, exigindo que sejam, de fato, levados em consideração os interesses da minoria vencida.

⁶⁸ “no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la ‘racionalidad formal’ y la ‘racionalidad material’ weberianas.” (FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías** - La ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 22.)

⁶⁹ Idem. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. Tradução de Fauzi Hassan Choukr et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 791.

Deflui, outrossim, dos argumentos de Ferrajoli, “que a democracia substancial incorpora valores mais importantes, e de tal maneira prejudiciais à formal”, tamanha a sua relevância num Estado de Direito que se intitule Democrático.⁷⁰

J. J. Gomes Canotilho, em passagem que serve de fundamento para a ideia de Democracia segundo o Garantismo, afirma que

O Estado constitucional não é nem deve ser apenas um Estado de direito. Se o princípio do Estado de direito se revelou como uma “linha Maginot” entre “Estados que têm uma constituição” e “Estados que não têm uma constituição”, isso não significa que o Estado Constitucional moderno possa limitar-se a ser apenas um Estado de direito. Ele tem de estruturar-se como Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo.⁷¹

É, também, corolário das ideias em comento o repúdio ao legalismo puro como consequência de uma visão acrítica do Positivismo Jurídico (juspositivismo dogmático). Não há pensar a efetivação de garantias fundamentais quando o intérprete engessa-se nos exatos termos da lei. A aplicação do Direito é atividade criativa e, portanto, pressupõe uma hermenêutica livre (juspositivismo crítico), ainda que minimamente controlada.⁷²

Neste sentido, Ferrajoli acentua que “é tarefa – não só civil e política, mas antes científica – do jurista valorar a validade ou invalidade das normas sob a base dos parâmetros de validade, tanto formais quanto substanciais, ditadas pelas normas jurídicas a elas superiores.”⁷³

Interpretar o Direito, antes de aplicá-lo às cegas, é um esforço no sentido de aproximá-lo da realidade social, o que sequer se tangencia com o apego a um legalismo reducionista.

É com base nestas constatações que se propõe uma concepção de Direito Penal racionalizado em face (e em abono) dos direitos e garantias fundamentais. Trata-se da confirmação de um poder de punir em bases clássicas, como proposto por Beccaria em célebre obra; da disciplina da imposição da pena contra o arbítrio do precitado poder. O Garantismo Penal, então, consiste na racionalização dos procedimentos criminalizantes (da

⁷⁰FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. Tradução de Fauzi Hassan Choukr et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 798.

⁷¹CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 91-92.

⁷²Larenz, a respeito da atividade interpretativa na Ciência do Direito, aduz que seria “um erro aceitar-se que os textos jurídicos só carecem de interpretação quando surgem como particularmente ‘obscuros’, ‘pouco claros’ ou ‘contraditórios’; pelo contrário, em princípio *todos* os textos jurídicos são susceptíveis e carecem de interpretação.” (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 283-284.)

⁷³FERRAJOLI, op. cit., p. 806.

tipificação de condutas à responsabilização do delinquente), visando a evitar a tirania do Estado em sua sanha punitiva.

Bem verdade que se costuma restringir o Garantismo Penal à imagem de um manto protetor sobre os direitos e garantias fundamentais individuais, reduzindo-o à tutela do sujeito passivo da persecução criminal.

A tese é sustentada, sobretudo, com base na hipossuficiência do delinquente submetido ao processo, tendo em vista que este mesmo processo, em si, representa um desequilíbrio flagrante, com o indivíduo em uma extremidade e a vítima, a sociedade e o Estado-acusador do outro. Sem falar que é ao próprio Estado (juiz) a quem se incumbe a resolução do conflito oriundo do crime.

As anotações de Aury Lopes Júnior, atinentes à teoria do Garantismo no processo penal, ilustram tal constatação. Segundo o autor,

No momento do crime, a vítima é o débil e por isso, recebe a tutela penal. Contudo, no processo penal opera-se uma importante modificação: o mais débil passa a ser o acusado, que frente ao poder de acusar do Estado, sofre a violência institucionalizada do processo e, posteriormente, da pena. O sujeito passivo do processo, aponta Guarnieri, passa a ser o protagonista, porque ele é o eixo em torno do qual giram todos os atos do processo.⁷⁴

A partir de tal constatação, passou-se a objetar uma série de garantias do indivíduo, quando da sua submissão à *persecutio criminis*. O próprio sistema acusatório e seus corolários foram estruturados para esta finalidade, em contraposição ao fustigado sistema inquisitorial, cujas arbitrariedades marcaram, indelevelmente, a Idade Média com reminiscências na atualidade.

A imparcialidade do julgador, a paridade de armas, o direito de não se autoincriminar, por si sós, são evidências de uma acepção limitada do que se propõe denominar Garantismo processual penal. Não se pretende com isto afastar a defesa dos direitos e garantias individuais em Direito Penal, como um dos influxos da multicitada orientação jurídico-política na espécie, mas alertar para a maior abrangência que esta tem.

Sucedem que, conforme Ferrajoli, o Garantismo representa a proteção dos interesses fundamentais dos diversos setores da sociedade, através de ações do Estado e contra ele próprio. É o que constitui o sentido *integral* de Garantismo, com a extensão das suas fronteiras para além do indivíduo.⁷⁵

⁷⁴LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 15.

⁷⁵FICHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, B. et al. (Org.). **Garantismo penal integral** – Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: Juspodivm, 2010. p 25 et seq.

Na seara penal, a observação mantém-se íntegra, visto que a ideia de Estado em exame serve, também, para sustentá-la. Explica-se. Tomada a função de exclusiva proteção de bens jurídicos essenciais, que preenche o Direito Penal moderno, resta verificado que esta corresponde a um aspecto garantista, agora em prol da coletividade.

Em termos mais incisivos, portanto, o Garantismo à Ferrajoli e o modelo de Direito Penal jungido a ele admitem a tutela individual e supraindividual. Se, por um lado, o sujeito passivo da perseguição pública, em decorrência do cometimento da infração penal, merece a proteção do Estado, por outro viés a sociedade, ávida pelo combate à impunidade do mesmo fato, carece de ser protegida.

E, sendo o Garantismo uma concepção de Estado submetida aos direitos fundamentais individuais e coletivos, atesta-se que ele tem raízes em valores constitucionais. Com maior detença, pode-se dizer que a multicitada orientação estatal, surgindo com as Constituições modernas, delas extraiu a carga axiológica que serviu como pressuposto para a sua estruturação; daí porque a necessidade de uma análise do Neoconstitucionalismo, o que compete ao tópico seguinte.

3.1 O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO PRESSUPOSTO DE UM DIREITO PENAL DE GARANTIAS

O Positivismo Jurídico, enquanto paradigma de produção do Direito fundamentado na racionalidade e na segurança jurídica, impôs o respeito à lei como unidade reitora do pensamento jurídico ocidental. Com isto, todo labor que se destinasse a aplicar o Direito deveria fazê-lo tendo a lei como parâmetro e como âmbito de atuação previamente delimitado.

Ocorre que, sob o império da lei e, portanto, com a legitimação devida, foram perpetrados diversos abusos por parte do Estado. Não é desconhecido que governos totalitários, como o da Alemanha nazista, atentaram contra os direitos humanos, submetendo grupos de indivíduos aos mais severos tratamentos, para consolidarem sua hegemonia. E tudo isto em observância das leis.

Foi este o fator que desencadeou uma transformação no pensamento jurídico do ocidente, sobretudo a partir do caos que o segundo pós-Guerra representou para esta parte do mundo. Viu-se que o respeito à lei, tão somente, não era o bastante para o restabelecimento da ordem abalada pelos conflitos mundiais na primeira metade do século XX, bem assim para a garantia dos direitos fundamentais por eles aviltados.

Deste pensamento partiu a ideologia que elevou a Constituição ao posto de norma superior do ordenamento jurídico. O Neoconstitucionalismo, como ficou concebida referida ideologia, modificou o ponto de vista sobre as normas constitucionais, deixando de atribuir às mesmas um papel meramente supletivo no universo do Direito. Com esta modificação, toda atividade de aplicação do Direito deveria estribar-se nas determinações constitucionais, principalmente no apreço aos direitos e garantias fundamentais por elas albergados.

Esquadrinhando o aludido panorama, Luigi Ferrajoli constata a mudança de enfoque do Direito, a partir da mera legalidade, como pilar positivista que cedeu espaço à legalidade estrita, com o respeito devido pelo *Welfare-State* aos direitos e garantias fundamentais dos diversos setores da coletividade:

Esta mudança de paradigma pode situar-se historicamente em um momento determinado: o que se seguiu à catástrofe da Segunda Guerra Mundial e à derrota do nazifascismo. No clima cultural e político em que veio à luz o atual constitucionalismo – a *Carta* da ONU de 1945, a *Declaração Universal* de 1948, a Constituição italiana de 1948, a Lei fundamental da República Federal Alemã de 1949 – compreende-se que o princípio de mera legalidade, considerado suficiente garantia frente aos abusos da jurisdição e da administração, seja valorado como insuficiente para fazer frente aos abusos da legislação e às involuções antiliberais e totalitárias dos supremos órgãos decisoriais.⁷⁶ (tradução nossa)

Dirley da Cunha Júnior, também, dedicando-se à análise do paradigma neoconstitucionalista, comenta:

Com efeito, até a Segunda Grande Guerra Mundial, a teoria jurídica vivia sob a influência do *Estado Legislativo de Direito*, onde a Lei e o Princípio da Legalidade eram as únicas fontes de legitimação do Direito, na medida em que uma norma jurídica era válida não por ser justa, mas sim, exclusivamente, por haver sido *posta* por uma autoridade dotada de competência normativa [...] Mas não é só. O neoconstitucionalismo também provocou uma mudança de postura dos textos constitucionais contemporâneos. Com efeito, se no passado as Constituições se limitavam a estabelecer os fundamentos da organização do Estado e do Poder, as Constituições do pós-Guerra inovaram com a incorporação explícita em seus textos de *valores* [...] e *opções políticas gerais* [...] e *específicas* [...]⁷⁷

⁷⁶“Este cambio de paradigma puede situarse históricamente en un momento determinado: el que siguió a la catástrofe de la Segunda Guerra Mundial y a la derrota del nazi-fascismo. En el clima cultural y político en el que vio la luz el actual constitucionalismo —la Carta de la ONU de 1945, la Declaración universal de 1948, la Constitución italiana de 1948, la Ley fundamental de la República Federal Alemana de 1949 — se comprende que el principio de mera legalidad, considerado suficiente garantía frente a los abusos de la jurisdicción y de la administración, se valore como insuficiente para garantizar frente a los abusos de la legislación y frente a las involuciones antiliberales y totalitarias de los supremos órganos decisoriales.” (Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías** - La ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 67.)

⁷⁷CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 40-41.

Às Constituições, então, conferiu-se uma carga axiológica que passou a condicionar a elaboração e efetivação das normas infraconstitucionais. Por via de consequência, os direitos básicos do cidadão e da coletividade, protegidos pelos textos constitucionais, também impuseram sua força valorativa sobre a legislação inferior.

Neste contexto, onde a supremacia da Constituição sagrou-se uma realidade redentora para os direitos humanos, desponta outra questão de relevo para a análise do tema em desenvolvimento. Trata-se do reconhecimento da eficácia dos princípios constitucionais como verdadeiras normas ao lado das regras jurídicas. O paradigma neoconstitucionalista difundiu e determinou que as instâncias de poder alinhassem-se a uma principiologia que protegesse o indivíduo em sua dignidade. Daí dizer que os princípios constitucionais - e por isso fundamentais - devem reconduzir-se ao princípio-fonte de todo o Direito, qual seja a dignidade da pessoa humana.

Neste ponto, algumas ideias merecem ser fixadas, para uma melhor compreensão do trabalho dissertativo. Assim, cabe perquirir acerca do conceito de princípio, bem como analisar a evolução da sua função ao longo dos tempos, a fim de compreender a sua importância em Direito Penal. Outrossim, convém confrontar os mecanismos normativos da tutela penal do ambiente com o Garantismo Penal, fundado nos princípios clássicos que norteiam seu espaço de incidência.

3.2 PRINCÍPIOS PENAIIS E GARANTISMO: UM BINÔMIO INSEPARÁVEL

Claus-Wilhelm Canaris, referindo-se ao sistema jurídico como uma ordem de valores, identifica no princípio uma densificação maior que a existente no valor, valendo-se disto para distingui-los:

Na verdade, a passagem do valor para o princípio é extraordinariamente fluida; poder-se-ia dizer, quando se quisesse introduzir uma diferenciação de algum modo praticável, que o princípio está já num grau de concretização maior do que o valor: *ao contrário deste, ele já compreende a bipartição, característica da proposição de Direito em previsão e consequência jurídica.*⁷⁸

À sua vez, Ronald Dworkin denomina *princípio* “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada

⁷⁸CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 86.

desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.”⁷⁹

Celso Antônio Bandeira de Mello, fundado em J. J. Gomes Canotilho, averba que

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.⁸⁰

O estudo da Ciência do Direito mostra que, frequentemente, o significado de princípio é dado no interior das dissociações entre princípios e regras, senão vejamos.

Humberto Ávila, partindo da doutrina de Esser, Canaris, Alexy e Dworkin, propõe uma definição de princípios como

deveres de otimização aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas: normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem; fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos.⁸¹

O conceito mais completo, no entanto, parece ser fruto das lições de Robert Alexy, ao propor que

princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.⁸²

O Direito Penal moderno, cunhado a partir dos ideais iluministas, vem informado por uma gama de princípios, verdadeiros vetores que procuram disciplinar a atuação da potestade punitiva em face dos direitos fundamentais do indivíduo. Configuram-se eles como postulados de um Estado humanizado, em lugar dos arbítrios perpetrados em nome do Absolutismo.⁸³

⁷⁹DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

⁸⁰MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 53.

⁸¹ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 29.

⁸²ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.90.

⁸³Na Europa, os tribunais da Santa Inquisição promoveram os espetáculos mais bizarros contra o indivíduo por desvios de comportamento de parca precisão conceitual. Em nome de Deus, muitos morreram na fogueira ou foram destroçados por cavalos. No Brasil, as barbaridades ecoaram através do Livro V das Ordenações Filipinas, em cujo texto “A pena de *morte natural* era agravada pelo modo cruel de sua inflicção; certos criminosos, como

A confusão entre crime e pecado ensejou as maiores barbaridades públicas contra os particulares em toda a história da humanidade, talvez equiparadas às atrocidades do nazifascismo. O Estado Absoluto, com as bênçãos da Igreja Católica, foi responsável pela imposição de penas cruéis e degradantes, como o suplício através da tortura e a própria morte em expiação da culpa (do pecado) e para a purificação da alma.⁸⁴

Segundo Claus Roxin, os princípios penais servem para protegerem o indivíduo contra e através do Direito Penal, entendendo este - para além de um mal sobre o delinquente - como um subsistema jurídico regulamentado que consta como única opção para a investida punitiva institucionalizada. É dizer, só há falar em sanção penal dentro de um regramento específico, arquitetado em observância de diretrizes que objetivam evitar manobras indevidas do *jus puniendi*.⁸⁵

Francisco Muñoz Conde, ao seu turno, correlacionando a limitação do Estado punitivo com a Revolução Francesa do século XVIII, assim consignou:

Ante esta excessiva intromissão do poder punitivo do Estado no âmbito dos direitos individuais mais sagrados, creio que não é demais, em um trabalho deste tipo, desenvolver sequer o problema dos limites ao poder punitivo estatal, limites que se baseiam, em última instância, na dignidade humana e na ideia da justiça mesma. Ao meu juízo, estes limites podem reduzir-se à vigência, não só formal, mas também material, de dois princípios fundamentais: *o principio de intervenção mínima e o principio de intervenção legalizada do poder punitivo do Estado*.⁸⁶ (tradução nossa)

É bem verdade que o autor destaca dois dos princípios penais clássicos, conforme a parte final do excerto. Isto, no entanto, não é empecilho para extrair da sua passagem que o tributo a tais princípios é inerente ao pensamento ilustrado em torno da dignidade da pessoa humana. Daí notar-se que, justamente por partir e convergir para a mencionada dignidade, é que não se pode restringir o âmbito da principiologia penal, havendo, de fato, uma multiplicidade de desdobramentos por esta admitida.⁸⁷

os bígamos, os incestuosos, os adúlteros, os moedeiros falsos eram queimados vivos e *feitos em pó*, para que nunca de seu corpo e sepultura se pudesse haver memória.” (MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**, v. 1. Campinas: Bookseller, 1997. p. 115.)

⁸⁴Cf. FOUCALT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987, passim.

⁸⁵ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3 ed. Lisboa: Vega, 1998, passim.

⁸⁶“Ante esta excesiva intromisión del poder punitivo del Estado en el ámbito de los derechos individuales más sagrados, creo que no está de más, en un trabajo de este tipo, plantearse siquiera el problema de los límites al poder punitivo estatal, límites que se basan, en última instancia, en la dignidad humana y en la idea de la justicia misma. A mi juicio, estos límites pueden reducirse a la vigencia, no sólo formal, sino material también, de dos principios fundamentales: el principio de intervención mínima y el principio de intervención legalizada del poder punitivo del Estado.” (MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. 2 ed. Buenos Aires; Montevideo: B de f, 2001. p. 107.)

⁸⁷Neste sentido, Luiz Regis Prado: “Calha aqui, por oportuno, enfatizar em apertada síntese alguns limites que o Direito Penal, enquanto instrumento de proteção de bens jurídicos, deve respeitar: a) princípio da adequação dos

Para ilustrar, impende trazer à colação as pontificações de Luiz Regis Prado, que, ao abordar a relação entre princípios penais fundamentais e bem jurídico, preleciona:

O pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade –, norteada pelos princípios fundamentais *da dignidade humana, da personalidade e individualização da pena; da humanidade; da insignificância; da culpabilidade; da intervenção penal legalizada; da intervenção mínima e da fragmentariedade*.⁸⁸ (grifo nosso)

Aliás, não cabe tratar de atenuações ao poder público de punir sem citar Cesare Bonesana. Sua obra mais expressiva revelou-se como uma epopeia ao império da lei sobre o arbítrio. Escrita alguns anos antes de estourar a insurreição de 1789, porta o gérmen dos princípios clássicos do Direito Penal, com mandamentos a respeito da humanidade das penas, da proporcionalidade entre o crime e o castigo, da pessoalidade ou intranscendência da sanção penal e da legalidade, em suas diversas nuances (lei escrita, estrita, prévia e certa), como pressuposto do delito.

O Marquês de Beccaria, não poupando esforços em seus estudos, extrapolou os limites do direito material e sustentou a necessidade das acusações públicas, da racionalização da prova em juízo e da humanização do interrogatório, como filtragem da persecução penal – para ficar em algumas das suas considerações processuais. O registro faz-se oportuno, pois é proposta deste trabalho uma abordagem biunívoca⁸⁹ do tema vertido, a conectar direito material e direito processual.

Por seu turno, Sebastián Borges de Albuquerque Mello, com respaldo na doutrina de Canaris e Dworkin, faz considerações gerais a respeito da teoria dos princípios para, em seguida, especificá-las ao âmbito do Direito Penal. Assim, o referido autor entende que

[...] o *telos* do subsistema penal é dado com base nos princípios. São os princípios protetivos da liberdade, e não o instituto da pena, que fazem o

meios do Direito Penal para uma proteção efetiva de bens jurídicos; b) princípio da utilização do meio relativamente mais grave; c) princípios da intervenção mínima; d) princípio do interesse preponderante – que considera ilegítima uma sanção penal que direta ou indiretamente provoque maiores danos do que aqueles que pretende evitar. Esses princípios, entre outros, apontam para uma limitação da tutela jurídico-penal e para uma aplicação mais correta e racional do Direito Penal.” (PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 90.)

⁸⁸Ibidem, p. 54-55.

⁸⁹Cf. a passagem a seguir: “[...] a teoria garantista constitui-se num sistema filosófico de garantias, verdadeira filosofia, capaz de concretizar a defesa e a efetivação dos direitos fundamentais. No modelo garantista de democracia constitucional exsurge o garantismo penal – como sistema jurídico escorado em duas órbitas de sólidos princípios constitucionais substanciais (penais) e instrumentais (processuais) – há uma notória relação de reciprocidade (biunívoca) entre as duas órbitas de garantias, que valem não somente por si mesmas, isoladamente, mas também, conjuntamente, como garantia recíproca de sua efetividade.” [WUNDERLICH, Alexandre; OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. Resistência, prática de transformação social e limitação do poder punitivo a partir do sistema de garantias: pela (re)afirmação do garantismo penal na contemporaneidade. In: EL HIRECHE, G. F. (Org.). **Novos desafios do direito penal no terceiro milênio** – Estudos em homenagem ao prof. Fernando Santana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 230.]

Direito Penal um subsistema único e distinto de qualquer outro ramo do Direito. Em outras palavras, se o princípio carece de concretização, não é ele aplicado de forma direta e imediata; ele se revela no texto das demais regras jurídicas, e *se expressa por intermédio da lei e da sentença*. Um princípio, na verdade, é a concretização de um valor porque traz um indício de consequência jurídica, e não a consequência jurídica propriamente dita. *E a lei, bem como a decisão judicial, será amiúde a revelação da consequência jurídica indicada pelo princípio.*⁹⁰ (grifo nosso)

Digna de nota é a interconexão entre direito material e direito processual referenciada na transcrição, como demonstram as expressões grifadas. Com isto se assimila que o princípio é destinado ao legislador e ao aplicador do Direito, já que este último, ao interpretar a lei, acaba criando a norma jurídica.⁹¹

Também Luiz Luisi teve oportunidade de apontar a importância da conformação do poder punitivo do Estado através de uma principiologia que convirja para a dignidade da pessoa humana, fruto das conquistas da França libertária. Para o autor, “os princípios liberais se traduzem, também, em programas descriminalizantes, enquanto as instâncias solidaristas do Estado social se fazem presente na criminalização em defesa de bens coletivos.” (sic)⁹²

E, com base nestes princípios,

vem surgindo um novo direito penal. Ou seja: um novo direito criminal onde os princípios inarredáveis da herança iluminista se mesclam em convívio, às vezes tenso, mas plenamente possível, com as exigências de proteção dos valores transindividuais e os imperativos de justiça material.⁹³

Enrique Bacigalupo, estudando as alterações no ordenamento espanhol, promovidas pela Constituição de 1978, sugere que a adoção de “princípios superiores” na seara penal é fruto da constitucionalização dos direitos fundamentais, como atestam as linhas *ipsis litteris*:

Até 1978, a vinculação do texto da lei penal a princípios superiores e obrigatórios era uma opção metodológica livre do intérprete [...] Desde 1978, a validade dos textos legais e das interpretações do Código penal depende, diferentemente do que ocorria antes, de sua compatibilidade com princípios superiores.⁹⁴ (tradução nossa)

⁹⁰MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. O princípio da proporcionalidade no direito penal. In: SCHMITT, R. A. (Org.). **Princípios penais constitucionais** – Direito e processo penal à luz da Constituição Federal. Salvador: Jus Podivm, 2007. p 198.

⁹¹Cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p 293 et seq.

⁹²LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 12.

⁹³Ibidem, loc. cit.

⁹⁴“Hasta 1978 la vinculación del texto de la ley penal con principios superiores y obligatorios era una opción metodológica libre del intérprete [...] Desde 1978 la validez de los textos legales y de las interpretaciones del Código Penal depende, a diferencia de lo que ocurría antes, de su compatibilidad con principios superiores.” (BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. 1999. p. 43-44.)

A ideia de arrefecimento do Direito Repressivo de determinado Estado, por conduto da observância de mandados de otimização, que enaltecem o indivíduo como pessoa dotada de uma dignidade inata, ajusta-se ao Direito Penal de garantias. É dizer, o Garantismo Penal expressa-se por meio de restrições ao Poder Público de punir, o que só é possível se seguidos os princípios informadores do trajeto que desemboca na pena.⁹⁵

Esta visão de pessoa detentora de um valor ínsito e, portanto, inalienável alude ao pensamento kantiano a respeito da dignidade humana como imperativo categórico. Segundo Immanuel Kant, todo indivíduo expressa um valor que impede sua instrumentalização em prol de qualquer finalidade; o indivíduo, por nascer digno, não pode ser utilizado como meio para a consecução de um fim, já que ele se constitui em um fim em si mesmo. Em termos literais,

[...] O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, *existe* como fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas acções, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem // a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado *simultaneamente como fim*.⁹⁶

Eis o que permite falar em dignidade da pessoa humana como um princípio de Direito, a ser observado pelo Estado em suas ações e omissões, tomando-o sempre como horizonte e guia. Diga-se isto, com muito mais razão, no que tange à potestade punitiva, tendo em vista que a instância penal deve ser a última das utilizadas, em face da severidade da sua incidência sobre a liberdade – e, por via de consequência da dignidade - humana.

A principiologia penal, portanto, visa à racionalização do Direito Penal, no sentido de conter os arbítrios do Estado, no momento da efetivação do seu poder de punir, como forma de proteger a dignidade humana. É, ainda, função dos princípios penais a redução daquele subsistema jurídico a situações extremas, que não puderam ser controladas por outras instâncias de controle social.⁹⁷

⁹⁵Esse modelo “pode ser identificado como o modelo do Estado de direito, entendendo-se por esta expressão um tipo de ordenamento no qual o Poder Público e especificamente o poder penal estejam rigidamente limitados e vinculados à lei no plano substancial (ou dos conteúdos penalmente relevantes) e submetidos a um plano processual (ou das formas processualmente vinculantes.)”. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. Tradução de Fauzi Hassan Choukr et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 101.)

⁹⁶Em continuação, “Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam *coisas* [*], ao passo que os seres racionais se chamam *pessoas*, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio [...]”. (KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Introdução de Pedro Galvão. Lisboa: Edições 70 Ltda., 2009. p. 72.)

⁹⁷Tal finalidade refere-se ao princípio da intervenção mínima.

3.3 TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE X PRINCÍPIOS PENAISS CLÁSSICOS

A referência aos princípios penais clássicos e à sua função no Estado constitucional consiste em inevitável contraponto à técnica legislativa comum ao Direito Penal do Ambiente. É que, como anotado, esta disciplina, não raramente, joga com as garantias penais clássicas (legalidade e seus corolários, ofensividade, etc.), relativizando-as em prol de uma tutela mais eficaz do bem jurídico de natureza difusa que lhe serve de objeto, ao tempo em que retira daí mesmo (caráter difuso do bem) os argumentos para sustentar mencionada relativização.

No que interessa, com maior intensidade, ao trabalho em curso, nota-se que a tutela do meio ambiente através do sistema punitivo tergiversa em face dos postulados que convergem para a responsabilidade penal subjetiva, quais sejam o da personalidade e individualização da pena e, sobretudo, o da culpabilidade. Tamanha é a relevância de tal espécie de responsabilidade para o Direito Penal constitucionalizado, que se lhe tem atribuído o grau de princípio, como promana dos estudos de Luiz Regis Prado:

Em nosso Direito, tem esse princípio (responsabilidade penal subjetiva) agasalho constitucional implícito no art. 1º, III (*dignidade da pessoa humana*), corroborado pelos arts. 4º, II (*prevalência dos direitos humanos*); 5º, caput (*inviolabilidade do direito à liberdade*); e no art. 5º, XLVI (*individualização da pena*), da Constituição Federal do Brasil de 1988. De sua vez, a responsabilidade penal *subjetiva* se encontra presente na legislação pátria desde o advento do Código Criminal do Império de 1830 (arts. 2º, §1º; e 3º), até o diploma em vigor que estabelece expressamente não haver delito sem dolo ou culpa (arts. 18 e 19 do CP).⁹⁸

Assim, o cotejo entre a proteção do meio ambiente, através do vigor da pena, e o Garantismo Penal, com base em princípios clássicos, permite detectar que, ao menos no que concerne aos direitos e garantias fundamentais em jogo, está-se diante de coisas dissociadas.

A contestação acima, inexoravelmente, provoca reações nos setores mais conservadores da doutrina penal. São vezes⁹⁹ que denunciam as mitigações de direitos e garantias fundamentais, alegando que aquelas se contrapõem a uma concepção garantista do Poder Público de punir. Aduzem, também, que, por conta disto, as relativizações de benesses clássicas põem em xeque os alicerces de um Estado Social e Democrático de Direito.

Para Maria Auxiliadora Minahim,

⁹⁸PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2009. p. 130.

⁹⁹Cf. LEONARDO, Marcelo. Crimes ambientais e os princípios da reserva legal e da taxatividade do tipo em direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 10, n. 37, jan.-mar., 2002. p. 164.

Na verdade, o direito penal é confrontado [...] com o problema relativo ao oferecimento ou não de tutela a outras situações postas pela sociedade pós-moderna, nas quais é demandado para funcionar como um sistema eficiente de gestão de riscos. Pode-se dizer que, hoje, esse ramo do direito encontra-se em face de um dilema: manter-se fiel ao paradigma do Iluminismo ou expandir-se e reformular-se para fazer face às ameaças da sociedade pós-industrial, ainda que sob o perigo de perder a própria forma ou, ao menos, a forma segundo a qual vem procurando legitimar-se.¹⁰⁰

Érika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho, neste diapasão, pontificam que

Embora a tutela do ambiente não deva ser atribuição exclusiva dos setores alheios ao Direito Penal, o mais adequado é que a atuação deste último se circunscreva aos ataques e às ameaças mais graves. A pena criminal, como recurso mais drástico, deve ser a *ultima ratio*, a fim de que se respeite de fato o caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal. Não há justificativa plausível para compelir o Direito Penal a cumprir uma função de pedagogia social ou a satisfazer necessidades de segurança ou de prevenção de riscos que, decididamente, não podem ser atendidas sem o sacrifício de princípios básicos que garantem coerência, equilíbrio e racionalidade ao sistema penal. E isso porque, em um afã de alcançar uma proteção total, a opção por uma intervenção ampla, flexível e contundente culminará em um retrocesso incompatível com um modelo penal garantista. É preciso, portanto, conciliar as exigências preventivas e de eficácia com a conservação de um Direito Penal ancorado no respeito às garantias individuais tão arduamente conquistadas.¹⁰¹

Com isto, não se combate a proteção penal do meio ambiente em si, mas a técnica legislativa não raro escolhida para tal desiderato. Admite-se que, nas últimas décadas, o meio ambiente tem sido alvo de inúmeras agressões humanas, sofrendo prejuízos – ou sérios riscos de prejuízo – no presente e para o futuro. Aceita-se que o Direito não pode ficar inerte perante tais agressões, devendo, pois, acompanhar a evolução da sociedade, no sentido de disciplinar a atuação humana sobre o meio em que se vive. O que, no entanto, não é bem vinda, ao menos para os que, como as autoras precitadas, comungam de percepções garantistas, é a defesa do meio ambiente em detrimento de direitos já consolidados na história da humanidade.

Em Direito Penal, argumenta-se¹⁰² que a defesa meioambiental através da pena é clara expressão da indevida – malgrado inevitável – hipertrofia daquele ramo do ordenamento jurídico. E indevida porque alheia à gama de princípios penais sacramentados, inclusive nos

¹⁰⁰MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal e biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 49.

¹⁰¹CARVALHO, 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: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiv. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2009. p. 252.

¹⁰²Cf. MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **Direito Penal** – Sistemas, códigos e microssistemas jurídicos. Curitiba: Juruá, 2004. p. 109 et seq.

textos constitucionais, como anteparo da dignidade pessoal contra os arbítrios na luta, muitas vezes, inventada contra a impunidade (frequentemente utilizada como discurso midiático ou eleitoreiro).

Assim, há quem se oponha à previsão de crimes de perigo abstrato, no âmbito da legislação penal do meio ambiente, sustentando que aludida técnica conflita com o princípio da lesividade ou ofensividade. Segundo este mandamento, o Direito Penal deve-se ocupar tão só de condutas que, efetivamente, lesem um bem jurídico fundamental alheio, ou ofereça-lhe perigo de lesão.¹⁰³

É dizer, de acordo com a noção em comento, somente devem ser punidos comportamentos que ingressem na esfera de determinado bem, atingindo-lhe a integridade. Com base em tal exigência, atos prévios à tentativa (cogitação e preparação) devem estar imunes à potestade punitiva, justamente por não resultarem em qualquer ofensa material.

Isto, no entanto, não é o bastante. É necessário que esteja em jogo a integridade dos bens mais nobres que ao ordenamento jurídico interessa tutelar. E não se infere a referida nobreza, senão no caráter constitucional da proteção. Diz-se, então, que o Direito Penal cuida dos bens mais expressivos de uma sociedade porque albergados no Texto Magno; é o que ocorre com a vida, a integridade física e a liberdade de locomoção.¹⁰⁴

Outrossim, para que o bem jurídico conquiste dignidade penal, é preciso que diga respeito a outrem diverso do infrator. Daí por que não se punir no Brasil, por exemplo, comportamentos meramente imorais, como o incesto (salvo nos casos de vulnerabilidade) e a autolesão pura e simples.

É em razão de mencionados aspectos do princípio em análise que se convencionou chamá-lo de *princípio da fragmentariedade* ou *da exclusiva proteção de bens jurídicos fundamentais*.¹⁰⁵

¹⁰³Segundo Sebastián Borges de Albuquerque Mello, “Os macrossistemas [...] não combatem a criminalidade, mas sim, criam crimes, criminosos e vítimas, sem nenhuma correlação com o princípio da necessidade e da lesividade, cristalizados desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 5º: ‘A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene’.” (MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **Direito Penal – Sistemas, códigos e microssistemas jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 113-114.) No aspecto, Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado constata que “Maurício Héctor Libster, por exemplo, manifesta-se a favor de uma legislação penal ambiental pautada no princípio da ofensividade, restringindo-a àqueles fatos que ocasionem ou possam ocasionar lesões graves ao meio ambiente.” (PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. Sobre a tipificação da poluição em face do princípio da legalidade. **Revista de Ciências Penais**, Salvador, n. 5, 2006. p. 174.)

¹⁰⁴Cf. MELLO, op. cit., p. 104 et seq.

¹⁰⁵Cf. Francesco C. Palazzo, “[...] pode-se dizer que da influência desses princípios constitucionais deve originar-se uma tendência à *secularização* do direito penal, secularização não identificada apenas na vitória de certas incrustações do sistema, de feição especificamente religiosa, mas como uma tendência bem mais racional que busca ajuntar a intervenção penal a situações efetivamente ofensivas das condições objetivas de existência da

Os detratores dos abusos no Direito Penal do Ambiente, valendo-se do princípio da lesividade, denunciam a multiplicidade de tipificações que não expressam uma ofensa concreta ao bem albergado. Este fetiche pelos crimes de perigo abstrato implica, segundo aqueles, a desnaturação do Direito Penal mesmo, e a sua conversão em uma faceta do Direito Administrativo.¹⁰⁶

Administrativização do Direito Penal é o termo eleito por Jesús-María Silva Sánchez, como dito, para atestar o processo consistente em infligir pena ante condutas que criem um risco remoto ao bem tutelado, muito antes de efetivar-se qualquer ofensa a este último. Referido processo, ainda de acordo com as considerações do autor, dá ensejo à tipificação de *delitos de acumulación*, por força da considerável distância entre ato humano e bem-jurídico.¹⁰⁷

O artigo 60, da Lei n. 9.605/98, ilustra bem a falta de atenção do legislador brasileiro para com o princípio da lesividade ao punir, com “detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente” quem

Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes.

Outro mandamento do Direito Penal clássico que, de acordo com os opositores do modo de legislar *sub examine*, viu sua importância diminuída no âmbito da proteção penal meioambiental, foi o caro princípio da legalidade. Dentre os seus corolários, destaca-se a taxatividade¹⁰⁸, como pressuposto comumente esquecido pelo legislador, no afã de dar guarida a um bem de natureza difusa, como é o meio ambiente.

A exigência de termos taxativos no tipo penal coaduna-se com o dever de o Estado garantir a segurança jurídica, sobretudo num campo tão delicado como aquele onde incide a potestade punitiva pública. Em seu nome, os tipos penais devem ser o mais claros possíveis, a fim de permitirem ao cidadão compreender o que a lei penal quer ou não quer que ocorra. Cuida-se, aí, de noção vinculada à função preventiva negativa da pena, no sentido de que,

sociedade civil, e a excluir, em consequência, os fatos reprováveis de um ponto de vista apenas ideológico.” (PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal** – Um estudo comparado. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 87.)

¹⁰⁶Cf. Paulo de Souza Queiroz: “[...] ao se presumir, prévia e abstratamente, o perigo, resulta que, em última análise, perigo não existe, de modo que se acaba por criminalizar a simples atividade, afrontando-se o princípio de lesividade, bem assim o caráter de *extrema ratio* (subsidiário) do direito penal.” (QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal** – Introdução crítica. Saraiva: São Paulo, 2001. p. 121.)

¹⁰⁷SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Expansão do direito penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, v. 2. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2002, passim.

¹⁰⁸Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 29.

para que se tenham comportamentos adequados, é imprescindível prévio e real conhecimento das expressões legais.

Em face disto, argumenta-se¹⁰⁹ que a utilização massiva de expressões normativas e de leis penais em branco inibe a sintonia entre Direito Penal do Ambiente e Garantismo Penal, resultando em sérios prejuízos para o indivíduo e dificultando a própria tutela prometida por aquele subsistema jurídico.

Ademais, assevera-se que a adoção de elementos normativos em excesso acaba por submeter a integração do tipo ao hermeneuta, o que afrontaria, inevitavelmente, a separação dos poderes, na medida em que representaria a usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário.¹¹⁰

Há, ainda, abordagens desta problemática, à luz do postulado da proporcionalidade, que não revelam coisa diferente do até então anotado. A tutela penal do ambiente, por não ser, em muitos dos seus aspectos, adequada ou necessária e não guardar a menor harmonia entre meio (pena) e fim (manutenção do equilíbrio meioambiental), restaria desprovida de razoabilidade. Desta forma, não atenderia aos ditames de um Direito Penal garantista e, por via de consequência, não obedeceria aos requisitos do Estado Social e Democrático de Direito.

De fato, o postulado da proporcionalidade é doutrinariamente tripartido em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Quanto à primeira nuance dir-se-ia que, considerada a crise das funções tradicionais da pena (retribuição e prevenção), ela estaria a quilômetros da finalidade ansiada pelo Direito Penal do Ambiente. Dizem os adeptos da criminologia crítica que, se ninguém deixa de cometer delitos porque tipificados como tais e por temer a reprimenda correlata, o *ius poenale* e a pena mesma passam a ter função meramente simbólica.¹¹¹ Com isto, aduz-se que a proteção penal do ambiente é desproporcional, já que inadequada.

Por outro viés, admitindo-se alguma adequação desta disciplina penal, a afronta ao postulado da proporcionalidade não desapareceria. É que, por existirem outras formas de o

¹⁰⁹Cf. REALE JÚNIOR, Miguel. Meio ambiente e direito penal brasileiro. Ciências Penais – **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, São Paulo, n. 2, ano 2, jan.-jun., 2005. p.70.

¹¹⁰Discorrendo sobre o princípio da taxatividade, de certeza ou, ainda, de determinação, Paulo de Souza Queiroz assevera que o Estado pode “iludir semelhante garantia constitucional por meio da edição de leis penais de conteúdo impreciso, vago, obscuro ou singularmente amplo, como ocorreu, e.g., na Alemanha nazista, em que determinada lei previa a punição de ‘quem atente contra a ordem jurídica ou atue contra o interesse das Forças Aliadas’, bem assim diversas das disposições da [então] recente Lei de Crimes Ambientais [...]”. (QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal** – Introdução crítica. Saraiva: São Paulo, 2001. p. 23.)

¹¹¹Cf. BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 34 et seq.

Estado coibir transgressões ao meio ambiente, não haveria necessidade de o Direito Repressivo intervir neste sentido. Tal concepção espelha o já mencionado princípio da intervenção mínima, que faz daquele apêndice do ordenamento a *ultima ratio* do controle social.¹¹²

Referida coibição poderia caber ao Direito Administrativo ou, mesmo, ao Direito Civil, sem apelar para a maneira mais brutal de garantir o equilíbrio do meio ambiente. E diga-se isto em face de muitos dos tipos constantes das leis ambientais que, como registrado, não se referem a uma lesão ou ameaça de lesão propriamente dita e, portanto, duela com o princípio penal da lesividade.

Para arrematar a análise do tema sob o enfoque da proporcionalidade, convém considerar a terceira face do postulado, qual seja a proporcionalidade em sentido estrito. Com base nesta, denuncia-se a incidência da pena sobre condutas que, em tese, agrediriam o ambiente, por não haver correspondência entre o meio eleito e o fim desejado. A Lei n. 9.605/98, v.g., em seu artigo 49, comina pena privativa de liberdade (detenção, de três meses a um ano), além da previsão de pena pecuniária, para quem danifica planta ornamental.¹¹³

Em contrapartida, as mesmas penas são cominadas para quem danifica uma floresta inteira (art. 50), o que reforçaria o caráter desproporcional na espécie. Não bastasse isto, vale salientar que o limite máximo em um ano equivale ao mínimo estipulado para o homicídio culposo, conforme o artigo 121, §3º, do Código Penal brasileiro (CPB). É dizer, em tese, quem, por exemplo, maltratar uma begônia no jardim do vizinho¹¹⁴ pode ser punido com a mesma sanção daquele que, por imperícia, dar cabo à vida de outrem.

Ante o exposto, não se duvida de que se está diante de grande problema a ser enfrentado pelo Direito Penal na contemporaneidade: a compatibilização entre a proteção de

¹¹²Cf. MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**, v. 1. Campinas: Bookseller, 1997. p. 31-32.

¹¹³“Art. 49. Destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. No crime culposo, a pena é de um a seis meses, ou multa.

Art. 50. Destruir ou danificar florestas nativas ou plantadas ou vegetação fixadora de dunas, protetora de mangues, objeto de especial preservação:

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

¹¹⁴Impende, no ponto, registrar a crítica feita por Luiz Luisi à lei em estudo; segundo este autor, “a pletora de leis repressivas, contendo dezenas de infrações administrativas e penais tem sido a marca da atuação legislativa especialmente entre nós. Emblemática neste sentido a Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, relativa ao ambiente, que foi definida, sem exageros semânticos, de ‘A Lei Hedionda dos Crimes Ambientais’, e pelo firmatário do presente trabalho como ‘Patológica Criminalização do Verde’. Tal lei acresce a nossa ‘opulenta’ legislação, 61 novos tipos penais. Alguns deles com conotações ridículas. Basta lembrar que se alguém, por descuido, pisar na begônia do jardim do vizinho passa a ser um delinquente ecológico. Também o será quem perturbar o sono de uma capivara deitada no leito de uma estrada, para que a desobstrua.” (LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 326.)

bens jurídicos de natureza difusa – e mais especificamente o meio ambiente - e a preservação de princípios básicos, que conferem ao subsistema jurídico em voga um perfil garantista.

Tutelar o multicitado bem jurídico consiste em tarefa difícil para o legislador penal, na medida em que necessita relativizar princípios tradicionais, como lesividade, legalidade e proporcionalidade, em razão da especificidade do objeto acobertado. É este o motivo por que se sustenta a atuação de um microssistema jurídico *sui generis*, denominado de Direito de Intervenção, ou Administrativo Sancionador.¹¹⁵ O raciocínio é de que, se a incidência do Direito Penal ficaria comprometida, em face das multicitadas mitigações, evitar-se-ia sua desnaturação com a chamada de outro ramo do Direito para regular as investidas humanas no meio ambiente.

Quem, como visto, critica a referida atuação¹¹⁶ aduz que a solução do problema passa pela revisão dos dogmas clássicos do Direito Penal, visando a adequá-los às necessidades da pós-Modernidade. A saída, pois, não estaria na criação de uma outra categoria jurídica, ou na transformação das características do Direito Repressivo, mas numa reflexão acerca deste ramo do ordenamento, pautada nas aspirações da sociedade ocidental hodierna.

Sucedem que existe outro aspecto do Direito Penal do Ambiente que põe a descoberto a liberdade individual, em prol da segurança da coletividade. Se o aludido subramo do poder de punir estatal é conhecido por suas severas intromissões no seio da legalidade, da ofensividade e da proporcionalidade em sentido amplo, também compromete um quarto mandado caro à concepção garantista de Direito Penal, qual seja o princípio da culpabilidade.

Esta verificação passa pela análise do artigo 2º, da Lei n. 9.605/98, *in verbis*:

Art. 2º. Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, *bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica*, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Decerto que as expressões “na medida da sua culpabilidade”, “sabendo da conduta criminosa de outrem” e “podia agir para evitá-la” demonstram certa preocupação do legislador infraconstitucional com a higidez do princípio da culpabilidade; no entanto, o cotejo entre os termos destacados e as características do modo de produção globalizado da

¹¹⁵SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Expansão do direito penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, v. 2. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 120.

¹¹⁶Cf. nota 61.

atualidade aponta para o risco que se oferece ao aludido princípio e, assim, à tutela penal do ambiente fundada em foros garantistas.

O problema reside no âmbito da criminalidade empresarial ambiental, num mundo globalizado, como o de hoje. O liberalismo econômico fomentou a constituição de grandes companhias, muitas de caráter multinacional, onde, bastantes vezes, não se consegue precisar o centro de decisões. Assim, no caso de delito contra o ambiente, neste contexto, identificar quem tinha o domínio do resultado, por exemplo, pode consistir em missão espinhosa para a justiça penal.

Luis Gracia Martín, ao abordar o tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica, trata da questão referente à criminalidade empresarial, como verdadeiro desafio ao Direito Penal contemporâneo, sobretudo no que toca à integridade dos princípios e categorias dogmáticas que estruturam o sistema punitivo clássico.¹¹⁷

Ilustrativa, neste ponto, é a inquietação de Rodrigo de Grandis. Investigando os critérios utilizados em Direito para o estabelecimento da responsabilidade da pessoa física, decorrente de crimes perpetrados em nome de pessoas jurídicas complexas – o que será objeto de estudo em capítulo próprio –, o autor indaga:

Como se pode imputar responsabilidade penal a alguém que, na qualidade de condutor de um veículo de uma grande empresa petrolífera, despeja produtos tóxicos em um rio? Quem é o responsável por esse fato? O motorista do caminhão? E o presidente daquela empresa? E os membros do seu conselho de administração? De que maneira dever-se-á atuar? Não pareceria injusto que somente aquele que realizou o despejo venha a responder pela prática do crime? Como responsabilizar aquele que está no ápice da pirâmide empresarial? Como o Direito Penal – e esse é o objeto da presente discussão – pode responsabilizar aqueles que comandam a hipotética empresa petrolífera?¹¹⁸

Noutras palavras, perante a dificuldade de individuação da pessoa física responsável nestas circunstâncias, corre-se o risco de afrontar direitos e garantias constitucionalmente asseguradas, para além de comprometer a própria proteção do bem jurídico em tela, dada a extensão da teia funcional da instituição.

A abordagem da crise do princípio penal da culpabilidade, a partir da relativização das regras de responsabilização individual na criminalidade ambiental econômica, passa pela

¹¹⁷GRACIA MARTÍN, Luis. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, passim.

¹¹⁸GRANDIS, Rodrigo de. A responsabilidade penal dos dirigentes dos delitos empresariais. In: SOUZA, A. de B. G. (Org.). **Inovações no direito penal econômico** – Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPTU, 2011. p. 337-338.

análise do tema sob o foco das teorias da culpabilidade, tendo em vista a contribuição que isto aporta para o entendimento de um Direito Penal fundado na responsabilidade subjetiva.

4 A TENDÊNCIA À RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO SOB O PRISMA DAS TEORIAS DA CULPABILIDADE

A dogmática penal enfrenta tarefa árdua, ao tratar da culpabilidade, estudada como fundamento e limite da pena e, ainda, como princípio de Direito Penal.¹¹⁹ No primeiro caso – entendida como fundamento da pena –, a culpabilidade vem atrelada às teorias da ação, ganhando destas uma análise acessória. É dizer, fala-se de culpabilidade no bojo do enfoque sobre o agir humano. No mesmo sentido, refere-se à culpabilidade como terceiro elemento do conceito analítico de crime: fato típico, antijurídico e *culpável*.

O presente capítulo visa a analisar as teorias clássicas da culpabilidade, enquanto fundamento da pena, a fim de verificar sua relação com a necessária responsabilidade penal subjetiva, precipuamente no que tange à criminalidade empresarial de alta complexidade contra o meio ambiente.

4.1 A CONCEPÇÃO PSICOLÓGICA

Nesta senda, podem ser individuadas, pelo menos, três concepções de culpabilidade, vista como pressuposto da sanção penal. Com a doutrina causalista (ou naturalista) da ação¹²⁰, desenvolveu-se a ideia de que a culpabilidade consistiria na relação psíquica entre o agente e sua conduta; enquanto no injusto típico residia toda a objetividade da causalidade, era no campo da culpabilidade onde se encontravam os componentes subjetivos do comportamento, ou seja, o dolo e a culpa em sentido estrito - a intencionalidade e a imprudência.

Fulcrado nas considerações sustentadas pelo sistema Liszt-Beling¹²¹ – e adotado no Brasil por autores da lavra de Basileu Garcia -, este raciocínio ensejou a elaboração da concepção psicológica da culpabilidade, segundo a qual esta categoria do delito esgotava-se na causalidade subjetiva (dolo e culpa) da conduta, com admissão da imputabilidade como

¹¹⁹Cf. BRAVO, Jorge dos Reis. Critérios de imputação jurídico-penal de entes colectivos (elementos para uma dogmática alternativa da responsabilidade penal de entes colectivos). **Revista portuguesa de ciência criminal**, Lisboa, n. 2, ano 13, abr.-jun., 2003, p. 232.

¹²⁰A caracterização detalhada das teorias da ação será objeto de análise em capítulo próprio.

¹²¹Cumprido mencionar que foi com Franz von Liszt, com influência do pensamento de Jhering, que a culpabilidade foi reconhecida como categoria autônoma na Teoria do Delito. Assim, foi definitivamente separada do injusto, onde caberia a objetividade da conduta, permitindo a construção tripartida do delito. (Cf. MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade** – O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 119.)

seu pressuposto jurídico-penal tangente à capacidade de ser culpável.¹²² Noutro dizer, toda a normatividade da ação perpetrada restringia-se à antijuridicidade típica, enquanto na culpabilidade cabiam apenas os dados psíquicos desta mesma ação.

Esta ausência de entes normativos na culpabilidade, segundo a teoria psicológica, lastreia-se no rechaço de juízos de valor que, caso permitidos, dificultariam a precisão quanto ao dolo ou à culpa na ação. É nítida, aí, a essência determinista dos sistemas causalistas que, edificados no final do século XIX, perseguiram a segurança jurídica prometida pelo Positivismo. Deveria a culpabilidade estar imune a toda e qualquer reflexão valorativa, nela radicando, tão somente, os elementos subjetivos do agir.¹²³

A maior contribuição da teoria psicológica, para o trabalho em desenvolvimento, radica no afastamento da responsabilidade penal objetiva. Neste aspecto, Sebastián Borges de Albuquerque Mello, com esteio no magistério de Francisco Muñoz Conde, pontifica que

O modelo psicológico da culpabilidade, não obstante sua superação histórica, representou uma inovação sistemática portadora de inegáveis méritos, destacando-se a sua definição precisa e categorial da estrutura do delito, conferindo, por consequência, autonomia à culpabilidade, separada enfim da concepção de injusto. Além disso, Muñoz Conde faz referência a uma consequência dogmática ineludível, que é a superação, no âmbito do conceito dogmático de culpabilidade, da responsabilidade penal puramente objetiva, erradicando-se a *versari in re illicita*, na qual fica cabalmente excluída a culpabilidade quando o resultado não for atribuível a uma conduta dolosa ou culposa de quem deu causa ao resultado, como se pode observar no Projeto de Código Alemão de 1922, de autoria de Radbruch, exigindo pelo menos a imprudência para que seja imputado ao agente o resultado qualificador.¹²⁴

¹²²Cf. QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal** – Introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 211-212.

¹²³A doutrina psicológica da culpabilidade não restou imune às críticas. Conforme as pontificações de Luiz Regis Prado: “Em primeiro lugar, [esta orientação] não ordenava sistematicamente a imputabilidade, que ora era pressuposto do dolo e da culpa, ora era pressuposto da pena; não explicava convincentemente a culpa inconsciente, onde era inexistente a relação psicológica; não era tampouco capaz de explicar adequadamente o estado de necessidade exculpante, visto que, mesmo presente o dolo, não havia culpabilidade; não compreendia a culpabilidade como um conceito graduável e, por fim, agasalhava uma metodologia científica positivista naturalista e jurídica, já superada pela dimensão axiológica de cunho neokantiano.” (PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 382.). Também, Sebastián Borges de Albuquerque Mello, perscrutando o conceito de culpabilidade na Teoria do Delito, apontou objeção que parte do respeito à dignidade humana, concluindo que este não existe na teoria psicológica em questão: “Numa perspectiva voltada para o respeito à pessoa e a proteção à dignidade da pessoa humana, percebe-se que a culpabilidade psicológica não realiza a dignidade humana, porque universaliza e engessa a culpabilidade em elementos subjetivos avalorativos, os quais, muito mais que servir para consagrar a imputação subjetiva, têm a pretensão de conferir certeza e segurança na decisão judicial. A rigidez de suas categorias sistemáticas não permite a graduação no conceito de culpabilidade, e, nessa consequência, não permite tomar em consideração o homem como fim em si mesmo. Por isso que Reale Jr. afirma que ‘[...] a culpabilidade psicológica não respondia ao imperativo de individualização e eticização da responsabilidade’.” (MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade** – O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 125.)

¹²⁴MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade** – O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 122.

Fala-se, então, que, a par das críticas, as inovações trazidas pela concepção psicológica da culpabilidade são dignas de mérito. Integram este rol a definição clara da categoria do delito, a partir da separação entre injusto e culpabilidade, bem como a superação da responsabilidade penal objetiva, exigindo-se um mínimo nexos de subjetividade entre ato e autor.

Não obstante os parcos elogios, a teoria psicológica da culpabilidade sucumbiu ante as múltiplas críticas que, no bojo das censuras endereçadas à doutrina causalista da ação, desgastaram suas bases, como vincado em transcrição acima. Fruto desta conjuntura, a teoria psicológico-normativa (normativa complexa ou, simplesmente, normativa) da culpabilidade surge como reformulação da concepção anterior, na tentativa de preencher os espaços deixados em branco por esta última.

Diz-se teoria *psicológico-normativa* porque o dolo e a culpa continuam integrando a culpabilidade, como na doutrina psicológica. Esta terceira categoria do delito, portanto, ainda se encontrava impregnada de resquícios subjetivos, com o que não se pode defender um caráter exclusivamente inovador da teoria em análise. Decerto que, quanto a tais reminiscências de subjetividade, passam a ser meros elementos da culpabilidade, e não mais suas espécies.

Novidade mesmo, no entanto, está no acréscimo de elementos normativos na categoria em apreço; com efeito, no dizer Sebastián Borges de Albuquerque Mello, “[...] além de dolo e culpa, a culpabilidade apresenta outros elementos característicos, autênticos e independentes. São eles a valoração da total situação psíquica do autor na Teoria da Imputabilidade e a exclusão da culpabilidade por causas especiais.”¹²⁵

Os difusores da construção psicológico-normativa, a exemplo de Frank, Goldschmidt, Freudenthal e, depois, Mezger¹²⁶, identificaram na culpabilidade, para além do dolo e da culpa, como seus elementos, o juízo de censura sobre o autor da ação. Culpabilidade, então, consistiria num juízo de reprovabilidade sobre alguém que se comportou de forma ilícita, quando lhe era exigível e possível um agir diferente (lícito).

¹²⁵MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade** – O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 149-150.

¹²⁶“Percebe-se que a complexidade do conceito de culpabilidade em Mezger reside no fato de que o juízo de culpabilidade acerca do fato e de seu autor se baseia em um conjunto de pressupostos fáticos e normativos. Os pressupostos fáticos [situados na pessoa do agente] constituem uma determinada situação de fato da culpabilidade. Mas o juízo de culpabilidade também é, de acordo com sua essência e de conformidade com uma concepção normativa de culpabilidade, um juízo valorativo acerca desta situação de fato, e não uma mera concepção psicológica de culpabilidade. Mezger afirma: ‘A culpabilidade é uma situação de fato psicológica (situação de fato da culpabilidade), que a valoração decisiva jurídico-penal determina como contrária ao dever e censurável (juízo valorativo da culpabilidade)’”. (Ibidem, p. 148.)

A normatividade, que passaria a compor a culpabilidade, reside, justamente, no juízo de valor que seria feito, a respeito da atuação do agente. É por isso que se diz que a culpabilidade compõe-se da imputabilidade, do dolo e da culpa e da *exigibilidade de conduta diversa*, construção que solucionaria problemas com os quais se bateram defensores da teoria psicológica.

Neste sentido, vão as colocações de Paulo de Souza Queiroz: “[...] há culpabilidade ainda quando não haja relação psicológica entre o autor e seu fato, como ocorre na culpa inconsciente (culpa sem previsão), em razão de o agente atuar reprovavelmente, violando um dever de cuidado.”¹²⁷

A contribuição das teorias psicológica e psicológico-normativa, para a efetivação da responsabilidade subjetiva, encontra-se, pois, na preservação do dolo e da culpa em sentido estrito na culpabilidade.

4.2 DA CONCEPÇÃO NORMATIVA PURA AO PÓS-FINALISMO

O longo lapso temporal percorrido pela Teoria do Delito, prenhe de vicissitudes no campo da culpabilidade, parte do final do século XIX, expressando uma tendência à normatividade cada vez mais crescente. A construção normativa complexa da culpabilidade já o demonstrava, visto que admitia elementos não-subjetivos ao lado do dolo e da culpa.

Foi em 1930, todavia, que a noção de culpabilidade desgarrou-se de toda subjetividade, assumindo feição puramente valorativa. Por outras palavras, o dolo e a culpa migraram da culpabilidade para o injusto, nela deixando apenas a reprovabilidade da conduta do agente que, podendo agir de forma lícita, atuou contrariamente ao Direito.

Costuma-se atribuir a Hans Welzel este esvaziamento de subjetividade da culpabilidade, que passa a ser concebida como juízo puramente normativo, resultando numa *teoria normativa pura* ou, ainda, *finalista*. Tal atribuição é compreensível, uma vez que o entendimento da culpabilidade, como categoria isenta de elementos subjetivos, integra a

¹²⁷MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade** – O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 213. Dentre as críticas à concepção psicológico-normativa, convém fazer referência à formulada pelo autor referenciado. Cotejando a doutrina em análise – mais especificamente as considerações de Mezger - com a dignidade da pessoa humana, como valor supremo num Estado Democrático de Direito, aquele constata que “[...] não há grandes inovações no campo da culpabilidade, embora seja necessário reconhecer sua função de integrar e sistematizar a teoria normativa da culpabilidade a partir do paradigma causal. No entanto, como bem assinala Couso Salas, o pensamento de Mezger revela certo agnosticismo sobre as possibilidades do agente atuar de outra maneira, e terminam conduzindo a culpabilidade como uma referência da conduta à personalidade do agente, e mais adiante, como uma culpabilidade pela sua condução de vida.” (Ibidem, p. 150.)

teoria finalista da ação, proposta por aquele autor, conforme pormenorização adiante. Para ele,

A culpabilidade é um conceito valorativo negativo e, portanto, um conceito graduável. A culpabilidade pode ser maior ou menor, segundo a importância da exigência do direito e segundo a facilidade ou dificuldade do autor em satisfazê-la [...] culpabilidade é a reprovabilidade da resolução da vontade. O autor haveria podido adotar em lugar da resolução de vontade antijurídica – tanto se vai dirigida dolosamente à realização do tipo, como se não responde à medida mínima exigida de direção final – uma resolução de vontade conforme à norma.¹²⁸ (tradução nossa)

Ocorre que outros expoentes, a exemplo de Maurach, Kaufmann, Stratenwerth, Niese e Cerezo Mir, acompanharam o raciocínio de Hans Welzel, sustentando que a culpabilidade denotaria, tão somente, um conceito axiológico atinente à reprovabilidade da conduta do agente, que se funda na imputabilidade, na potencial consciência da ilicitude e na exigibilidade de conduta diversa.¹²⁹

Segundo Luiz Regis Prado, “o autor deve ter podido decidir-se por uma conduta conforme ao Direito”, em virtude do conhecimento do injusto.¹³⁰ Surpreende-se aí a valorização da possibilidade de atuação lícita por parte do autor, ou seja, o reconhecimento de que o indivíduo é dotado de vontade própria, já que ostenta uma dignidade inerente à pessoa, o que restou ausente das considerações psicológico-normativas, como atesta Sebastián Borges de Albuquerque Mello, em excerto retrotranscrito. É nestas linhas que Hans Welzel elabora a ideia de livre arbítrio: a liberdade individual de agir, de autodeterminar-se conforme um sentido:

Liberdade de vontade é a capacidade de poder reger-se conforme um sentido. É a liberdade da coação causal, cega, indiferente ao sentido, para a autodeterminação conforme um sentido. Não é – como crê o indeterminismo – a liberdade de poder atuar de outro modo (por conseguinte, também mal, ou de um modo absurdo), mas para poder atuar conforme um sentido. A liberdade não é, por conseguinte, a possibilidade de poder eleger arbitrariamente entre o sentido e o absurdo, o valor e o desvalor [...] a admissão de uma liberdade assim, sem fundamento, nos conduziria só, de

¹²⁸«*La culpabilidad es un concepto valorativo negativo y por tanto, un concepto graduable. La culpabilidad puede ser mayor o menor, según lo importante que sea la exigencia del derecho y según lo fácil o lo difícil que le fuera al autor satisfacerla. [...] Culpabilidad es la reprochabilidad de la resolución de la voluntad. El autor habría podido adoptar en lugar de la resolución de voluntad antijurídica - tanto si va dirigida dolosamente a la realización del tipo, como si no responde a la medida mínima exigida de dirección final - una resolución de voluntad conforme con la norma.*» (WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal** – Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires; Montevideo: B de f, 2004. p. 127 e 133.)

¹²⁹Ibidem, p. 130.

¹³⁰PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 384.

novos, ao caminho errôneo do indeterminismo e destruiria o sujeito da responsabilidade.¹³¹ (tradução nossa)

A teoria normativa pura da culpabilidade, portanto, expressa uma negação à responsabilidade penal objetiva, na medida em que permite a ponderação da reprovabilidade incidente na vontade do agente.

Houve teorias que, reunidas sob a chancela de “normativo-preventivas da culpabilidade”, visaram à superação da concepção normativa pura, acusando-a de ser empiricamente indemonstrável. Para a teoria da motivação normativa, espécie componente daquele rol, a culpabilidade não se funda na liberdade de autodeterminação, mas na capacidade de o sujeito, tal como o “homem médio”, motivar-se em face da prescrição normativa. Mir Puig, defensor de uma concepção da culpabilidade como imputação pessoal, assevera que esta é definida como a capacidade de motivação normal pelas normas jurídicas.¹³²

Claus Roxin, na mesma toada, pugnando por uma construção funcionalizada da culpabilidade, orientada aos fins do Direito Penal, aduz ser ela o agir contrário ao Direito, embora existente a motivabilidade das normas jurídicas. Ao seu turno, porém em abono do funcionalismo sistêmico, Günther Jakobs vê a culpabilidade como a falta de fidelidade ao Direito que implica a desarmonia do ordenamento jurídico, a ser restabelecido através da pena; cuida-se, então, de uma compreensão da culpabilidade voltada para os fins da pena.¹³³

Com efeito, a culpabilidade, segundo o funcionalismo adotado por Jakobs, enfrenta severas críticas¹³⁴ atinentes ao (ou à falta de) respeito pela dignidade da pessoa humana. Enrique Peñaranda Ramos, Carlos Suárez González e Manuel Cancio Meliá dão conta de que a objeção mais aguda à referida visão reside no fato de esta promover a

¹³¹“*Libertad de la voluntad es la capacidad de poder regirse conforme a sentido. Es la libertad de la coacción causal, ciega, indiferente a sentido, para la autodeterminación conforme a sentido. No es - como cree el indeterminismo- la libertad de poder actuar de otro modo (por consiguiente, también mal, o de un modo absurdo), sino para poder actuar conforme a sentido. La libertad no es, por consiguiente, la posibilidad de poder elegir arbitrariamente entre el sentido y lo absurdo, el valor y el desvalor [...] la admisión de una libertad así, sin fundamento, nos conduciría solo, de nuevo, al camino erróneo del indeterminismo y destruiría el sujeto de la responsabilidad.*” (WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal** – Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires; Montevideo: B de f, 2004. p. 143.)

¹³²Cf. PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 386 et seq.

¹³³Ibidem, loc. cit.

¹³⁴Cf. Sebastián Borges de Albuquerque Mello, “[...] evidente que num estado Democrático de Direito, permitir que um homem seja utilizado como mecanismo estabilizador da ordem normativa é uma violação à dignidade humana, na medida em que direitos e garantias fundamentais são relativizadas em nome da prevalência da ordem normativa. Este modelo desloca o centro da ordem jurídica, que não mais é o ser humano, mas sim a prevalência do sistema. O indivíduo pode ser validamente massacrado, hostilizado, vulnerado, atingido nos seus direitos fundamentais, desde que essa violência sirva para cumprir às expectativas normativas [...]” (MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade** – O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 253.)

Supressão do princípio da culpabilidade como limite às necessidades de prevenção, a falta de referência à dignidade da pessoa e sua instrumentalização, portanto, para fins alheios, que conduziria, na conhecida expressão de KANT, à submissão do sujeito ao regime dos direitos reais. Também é freqüente que a crítica dirija-se contra a falta de precisão e manipulabilidade dos parâmetros estabelecidos por Jakobs (necessidade de estabilização da confiança na norma, possibilidade de processamento do conflito), que se consideram conseqüências da absoluta normatização de um conceito de culpabilidade carente de toda relação com qualquer substrato real; isso terminaria produzindo uma “falácia normativista”, que seria categoricamente idêntica à “falácia naturalista”.¹³⁵

A crítica mais contundente que se pode endereçar à concepção de Günther Jakobs, no entanto, considerada a proposta de estudo em tela, é que, ao coisificar o indivíduo perante a necessidade de estabilização da norma penal, acaba por pender para a responsabilidade objetiva. É dizer, não se responsabiliza o indivíduo em razão do nexo de subjetividade que o vincula ao delito, mas para que sejam restabelecidas a integridade do ordenamento jurídico e, assim, a fidelidade ao Direito.

Estas considerações podem ser convergidas ao esforço dogmático para definir a culpabilidade enquanto fundamento (ou pressuposto) da pena. Ocorre que, como assentado, culpabilidade também pode ser entendida como limite do poder punitivo do Estado, em face dos direitos fundamentais do cidadão. Semelhante raciocínio, elaborado em bases funcionalistas, conecta-se com a incidência da pena condicionada à necessidade de prevenção do delito.

O próprio Claus Roxin, já mencionado neste apartado, concebeu a culpabilidade do réu como um escudo em face da sanha punitiva estatal. No seu entender, a sanção penal só tem cabimento na estrita medida da responsabilidade do autor no delito cometido, donde deflui que “o fim da prevenção geral da punição apenas se pode conseguir na culpa individual.”¹³⁶ No caminho traçado em busca de uma teoria dialética-unificadora da pena, a partir da deslegitimação da exclusividade das teorias absolutas (retributivas) ou relativas (preventivas), o funcionalista acaba por desconstruir a ideia mesma de culpa como fundamento do *jus puniendi*, ao assegurar que “a culpa, que temos declarado inadequada para fundamentar o poder penal do Estado serve, contudo, para o limitar.”¹³⁷

O autor em exame segue suas pontuações sublinhando que

Assim enquadrado, o conceito da culpa – que enquanto realidade experimental não se pode discutir – tem a função de assegurar ao particular

¹³⁵SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos et al. **Um novo sistema do direito penal** – Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. São Paulo: Manole, 2003. p. 64-65.

¹³⁶ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3 ed. Lisboa: Vega, 1998. p. 37.

¹³⁷Ibidem, p. 35.

que o Estado não estenda o seu poder penal, no interesse da prevenção geral ou especial, para além do correspondente à responsabilidade de um homem concebido como livre e susceptível de culpa.¹³⁸

Jorge de Figueiredo Dias, na mesma direção, vê na culpabilidade uma proteção do indivíduo perante o Poder Público de punir, condicionado à responsabilidade que aquele, efetivamente, teve na consecução do ilícito penal. Trata-se de ponto de vista que conduz a culpabilidade aos fins do Direito Penal, sobretudo o de proteger bens jurídicos fundamentais. É assim que se refere a uma *função* do conceito de culpabilidade no Estado de Direito, aduzindo que

A *função* que ao conceito de culpabilidade cabe no sistema do fato punível é por isso [...] uma função *limitadora do intervencionismo estatal*, visando defender a pessoa do agente de excessos e arbitrariedades que pudessem ser desejados e praticados pelo poder do Estado. Uma função – pode, pois, dizer-se – que se inscreve na vertente *liberal* do Estado de Direito e que reconduz o conceito de culpabilidade jurídico-penal a uma valoração político-criminal fundamental. Assim se devendo afirmar, também relativamente à culpabilidade jurídico-penal – como, de resto, a todas as categorias integrantes da noção de fato punível -, que ela não constitui uma realidade ôntica, ou uma noção normativamente determinada, mas antes funcionalmente cunhada a partir de uma valoração político-criminal. (sic)¹³⁹

Referido autor segue compatibilizando duas acepções da culpabilidade: como categoria funcionalizada no sistema e como dever ético, no sentido de ser exigida do indivíduo a realização, desenvolvimento e promoção do ser-livre, aí entendendo radicar o princípio da culpabilidade. Nisto se configuraria o conteúdo material do conceito de culpabilidade, como elemento constitutivo do fato punível.¹⁴⁰

Jorge de Figueiredo Dias, compreendendo o indivíduo, estritamente, como ser que age, critica as teses indeterministas da vontade, alegando que estas tangenciaram a questão da liberdade volitiva, âmago do conceito material de culpabilidade. Em resposta, propõe a superação do agir indeterminista, fundada no mero “livre-arbítrio” – que isola e torna abstrato o indivíduo -, pela liberdade do agente enquanto pessoa, ou seja, como expressão da sua personalidade, visão que o socializa enquanto ser concreto.¹⁴¹

¹³⁸ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3 ed. Lisboa: Vega, 1998. p. 36.

¹³⁹DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 228.

¹⁴⁰Ibidem, p. 230.

¹⁴¹É nítida a influência heideggeriana no pensamento do autor. Este paladino do existencialismo do século XX identificou na expressão *dasain o ser-aí*, ou ser que age, não vislumbrando no indivíduo um ente desprovido de ação. Para Heidegger, o ser humano só é enquanto *age*. (HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 12 ed. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002, passim.). Assim, para Jorge de Figueiredo Dias, “O homem tem que se decidir *a si e sobre si*, sem que se possa em qualquer momento furtar a tal decisão: neste sentido ele dá a si mesmo, através de uma ‘opção fundamental’, a sua própria conformação. Desta perspectiva, o homem só existe enquanto age e, no plano da ação, a ele é oferecida uma série de possibilidades que parecem ser

Gonzalo Fernández, ao seu turno, vê no princípio da culpabilidade um cânone do Direito Penal do Estado Democrático de Direito, que serve de filtro para o exercício do poder punitivo perante o indivíduo, tutelando seus direitos fundamentais – sobretudo a liberdade – conforme os reclames do modelo garantista do *jus puniendi*. É neste sentido que ele prega:

E não é casual que haja ressurgido com energia o *princípio de culpabilidade* na dogmática moderna, ao qual se adjudica a missão de reivindicar o papel que joga a culpabilidade pelo fato na determinação da pena, aportando um limite infranqueável para graduar a sanção. O indivíduo, como membro da comunidade jurídica, tem que responder por seus fatos *na medida de sua culpabilidade*, para a salvaguarda da ordem coletiva. Logo, o princípio de culpabilidade [...] tem uma declarada vocação de corretivo, constituindo-se em “um meio imprescindível, em um Estado de Direito, para limitar a potestade penal estatal.”¹⁴² (tradução nossa)

De acordo com o até aqui trazido, permite-se sustentar que a lei brasileira de crimes ambientais, ao condicionar, no seu artigo 2º, a responsabilização criminal das pessoas físicas a alguns critérios, seguiu as prescrições funcionalistas da culpabilidade, tratando desta como verdadeiro limite às arbitrariedades do poder de punir estatal. Referido dispositivo menciona que a imputação individual deve observar a medida da culpabilidade do diretor, administrador ou similar, exigindo, ainda, que tais sujeitos tenham deixado de impedir a conduta criminosa quando soubessem da mesma e quando pudessem agir para evitá-la.

O acautelamento do legislador ordinário aproxima o artigo em tela do seu congêneres no CPB. Refere-se, aqui, ao artigo 29 deste último diploma, que, ao tratar do concurso de pessoas, limita a responsabilização dos consortes à medida da sua culpabilidade. Cumpre salientar que a sintonia entre os dispositivos pode ser compreendida como uma forma de arrefecer as críticas daqueles que, como Luigi Ferrajoli, denunciam a publicação em massa de leis penais na contemporaneidade, por afrontar, em tese, o princípio da legalidade.¹⁴³

Sucedo que, do estudo da evolução dogmática da culpabilidade, enquanto categoria do delito, constata-se que as suas concepções pós-finalistas, mais preocupadas com a dignidade da pessoa humana, não são devidamente consideradas em face das formas de imputação eleitas no Direito Penal contemporâneo. Ao argumento de que existem sérias dificuldades –

‘indiferentes’. (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 238.)

¹⁴²“Y no es casual que haya resurgido con energía el principio de culpabilidad en la dogmática moderna, al cual se le adjudica la misión de reivindicar el papel que juega la culpabilidad por el hecho en la determinación de la pena, aportando un límite infranqueable para graduar la sanción. El individuo, como miembro de la comunidad jurídica, tiene que responder por sus hechos en la medida de su culpabilidad, para la salvaguarda del orden colectivo. Luego, el principio de culpabilidad (Schuldprinzip) tiene una declarada vocación de correctivo, constituyéndose en ‘un medio imprescindible, en un Estado de derecho, para limitar la potestad penal estatal’”. (FERNÁNDEZ, Gonzalo. **Culpabilidad y teoría del delito**, v.1. Montevideo: Julio César Faira, 1995. p. 131.)

¹⁴³Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2 ed. Tradução de Fauzi Hassan et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, passim.

ou, mesmo, impossibilidades – para se individualizar condutas nos crimes envolvendo grandes empresas, tem-se recorrido a uma maneira de responsabilização penal que põe em xeque garantias elementares do indivíduo, na medida em que se aproxima de uma acepção patentemente avalorada de culpabilidade.

Explica-se. Quando, no contexto supra, imputa-se o injusto penal a alguém tão somente por conta da função que exerce, sem alertar para o menor nexo de subjetividade entre sua hipotética conduta e o evento lesivo, está-se a homenagear uma noção de culpabilidade desgarrada da dignidade humana. O resultado disto acaba sendo o implemento de uma responsabilidade penal objetiva, que desconhece os influxos humanísticos do Estado Social e Democrático de Direito.

Por outro lado, atesta-se que tal forma de responsabilizar aproxima-se da visão funcional-sistêmica da culpabilidade, adotada por Günther Jakobs, na medida em que instrumentaliza o indivíduo, em prol dos interesses do Estado punitivo. Assim, resta por contrariar a noção de culpabilidade como limite do Poder Público de punir, nos termos do funcionalismo teleológico.

Em resumo, a multicitada forma de imputação, levada a efeito na criminalidade empresarial hodierna, retrocede, em muito, na escala evolutiva da culpabilidade, desviando-a dos caminhos indicados pelo Direito Penal garantista.

5 CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS SOBRE O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE COMO IMPERATIVO DA RESPONSABILIDADE PENAL SUBJETIVA

A dogmática penal costuma atribuir à culpabilidade, também, um sentido principiológico. Fala-se num princípio da culpabilidade como correlato do princípio da responsabilidade pessoal, donde exigir-se, para a incidência da pena, que o sujeito seja imputável, tenha conhecimento da ilicitude do fato cometido e possa ter adotado comportamento diverso.¹⁴⁴ De fato, e como aventado, são exigências que preenchem a culpabilidade enquanto pressuposto (e, então, fundamento) da pena.

Juan Bustos Ramírez insere o princípio da culpabilidade entre o rol dos princípios fundamentais de um Direito Penal democrático, ao lado da legalidade, da proporcionalidade, da lesividade e da indenidade pessoal. Para ele, culpabilidade denota responsabilidade pessoal, de modo a existir um Direito Penal da culpabilidade, fundado na possibilidade de responsabilizar alguém pelo cometimento do fato delituoso.¹⁴⁵

Este modo de perceber o referido princípio harmoniza-se com a ideia de prevenção geral positiva, nos termos do funcionalismo sistêmico, como proposto por Günther Jakobs.¹⁴⁶ Em outros termos, responsabiliza-se alguém em face do seu comportamento ilícito, para que se restabeleça a integridade do ordenamento jurídico por este violado. Trata-se de uma forma de conceber a culpabilidade (e, por associação imediata, a responsabilidade) como ente dirigido político-criminalmente, e não como categoria ontologicamente isolada, conforme se sustentou até o fim da primeira metade do século XX, momento em que a teoria do delito passou a ganhar ares funcionalistas.

É de ser registrado que, não obstante referida visão do princípio da culpabilidade sob a perspectiva da prevenção geral positiva, Juan Bustos Ramírez pondera no sentido de reconhecer que só se pode falar de responsabilidade onde se oferecem condições de obediência à norma e, com isto, de manutenção do Direito, o que, segundo ele, consiste na noção de *corresponsabilidade* ou, como restou popularizado a partir dos estudos de Eugenio Raúl Zaffaroni, *coculpabilidade*. É esta a essência do fragmento a seguir:

¹⁴⁴Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** – Parte geral. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 15-16.

¹⁴⁵BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Principios fundamentales de un derecho penal democrático**. Disponível em <http://www.juareztares.com/textos/bustos_penal_democratico.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2011.

¹⁴⁶SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos et al. **Um novo sistema do direito penal** – Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Manole, 2003. p. 64-65.

Agora bem, o princípio de responsabilidade leva não só à exclusão da chamada responsabilidade objetiva, que, portanto, não é pessoal no injusto ou delito, mas também à consideração de que resposta era exigível a esse sujeito pelo sistema penal, o qual implica então a corresponsabilidade do sistema, pois para exigir é necessário que se haja outorgado as correspondentes condições para tal exigência. Trata-se, então, das discussões da responsabilidade do sujeito por seu fato, ou a chamada culpabilidade ou responsabilidade pelo fato.¹⁴⁷ (tradução nossa)

Há, todavia, uma outra faceta do referido princípio, já mencionada nas primeiras linhas do excerto supra, que permite vislumbrá-lo como óbice à responsabilidade penal objetiva.¹⁴⁸ Por este viés, impõe-se que entre a conduta e o resultado ou, melhor, entre o agente e o fato lesivo medie um mínimo de subjetividade. É dizer, como corolário da responsabilidade penal subjetiva, o comportamento humano deve estar minimamente vinculado ao delito, seja por dolo, seja por simples culpa em sentido estrito.

Na Espanha, a comparação entre o pensamento da doutrina e da jurisprudência, a respeito da individualização de condutas na criminalidade empresarial, leva a um confronto sutilmente percebido. Enquanto os tribunais tendem a abraçar a responsabilidade penal objetiva, aqueloutra tem reunido esforços para conferir foros de subjetividade à matéria, em abono do princípio de culpabilidade no aspecto aqui ventilado.

Com efeito, Juan Córdoba Roda, ainda que surpreenda semelhanças entre as formas de compreensão das duas fontes do Direito, verifica que a doutrina hispânica busca a pessoa física responsável por crime a partir da empresa – aí a principal semelhança entre as fontes – mas estabelece a ressalva: a pessoa natural responde

[...] na medida em que conste a existência individualizada de atos puníveis cometidos por tais sujeitos, sem que a pura constância de uns fatos delictivos cometidos no âmbito de uma pessoa jurídica ou sociedade mercantil, unida à simples identificação da qualidade pessoal de Presidente, Administrador ou Diretor, seja suficiente para motivar sua responsabilidade penal.¹⁴⁹ (tradução nossa)

¹⁴⁷“*Ahora bien, el principio de responsabilidad lleva no sólo al excluir la llamada responsabilidad objetiva, que por tanto no es personal en el injusto o delito sino también a considerar qué respuesta era exigible a ese sujeto por el sistema penal, lo cual implica entonces la co-responsabilidad del sistema, pues para exigir, es necesario que se haya otorgado las correspondientes condiciones para tal exigencia. Se trata, entonces, de las discusiones de la responsabilidad del sujeto por su hecho, o la llamada culpabilidad o responsabilidad por el hecho.*” (BUSTOS RAMIREZ, Juan Bustos. **Principios fundamentales de un Derecho Penal democrático**. Disponível em <http://www.juareztares.com/textos/bustos_penal_democratico.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2011.)

¹⁴⁸No ponto, cf. Cláudio Brandão: “O Direito Penal há muito abandonou a responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva, para debruçar-se sobre a responsabilidade pessoal. Na referenciada responsabilidade objetiva não se fazia nenhuma indagação sobre os motivos que levaram o agente a cometer o delito, mas somente interessava o resultado de dano. A culpabilidade, pois, veio romper definitivamente com a responsabilidade objetiva. (BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 132.)

¹⁴⁹“[...] en la medida en que conste la existencia individualizada de actos punibles cometidos por tales sujetos, sin que la pura Constancia de unos hechos delictivos cometidos en el ámbito de una persona jurídica o sociedad mercantil, unida a la simple identificación de la cualidad personal de Presidente, Administrador o Directivo,

Esta é a acepção do princípio da culpabilidade que importa, com maior vigor, ao tema em desenvolvimento, já que existe uma sensível tendência a flexibilizá-la em face dos critérios adotados no Direito Penal do Ambiente, para a responsabilização criminal no âmbito da empresa. Para uma melhor compreensão de querelas como esta, em confronto com o Garantismo Penal, convém recorrer ao estudo do princípio da culpabilidade, segundo a estruturação de Luigi Ferrajoli.

Compulsando-se sua mais clássica obra, é de observar que este autor associa princípio da culpabilidade e princípio da responsabilidade pessoal como coisa única. Paulo de Souza Queiroz¹⁵⁰, por sua vez, e malgrado seja adepto de um Direito Penal de garantias, entende que os citados princípios não se confundem, aduzindo que a ideia de responsabilidade pessoal é, em verdade, uma faceta da noção de culpabilidade.

Fato é que, para Ferrajoli, do princípio em comento deflui a noção de que nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão; conseqüentemente, não pode ser castigado nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e de querer.¹⁵¹

Na fase jusprivatista da humanidade, vicejava a responsabilidade penal objetiva, impessoal, solidária ou coletiva, com expoentes no Direito grego, no hebreu e, ainda, na Idade Média. O divisor de águas estaria na Roma Antiga, onde floresceram as bases do princípio da culpabilidade como óbice à responsabilidade penal objetiva, como conhecido hoje. Uma lei de Numa Pompílio tê-lo-ia consagrado, e a observância a ele teria perdurado até a compilação de Justiniano.¹⁵²

Em tom de ressalva, impende aduzir que, embora a responsabilidade penal objetiva não seja compatível com os valores albergados pelas Constituições modernas¹⁵³, o mesmo não se

sea suficiente para motivar su responsabilidad penal.” (CÓRDOBA RODA, Juan. Responsabilidad penal de los administradores de compañías. **Revista Jurídica de Catalunya**, Barcelona, n. 1, 86º ano, 1987. p. 36.)

¹⁵⁰QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal** – Introdução crítica. Saraiva: São Paulo, 2001. p. 34.

¹⁵¹FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal, 2 ed. Tradução de Fauzi Hassan Choukr et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 447.

¹⁵²Ibidem, p. 448.

¹⁵³Calha, no aspecto, registrar a definição dada por Cezar Roberto Bitencourt à responsabilidade penal de caráter objetivo. Para o autor, esta “Pode ser traduzida pela aplicação de pena sem dolo e sem culpa. Com fundamento na simples causalidade objetiva, concepção absolutamente incompatível com o atual direito penal da culpabilidade. A conduta (ação ou omissão), pedra angular da Teoria Geral do Crime, é produto essencialmente do homem [...]”. No ponto, o penalista também ajunta uma ressalva, no sentido de que “Ainda que, *ad argumentandum*, um direito penal funcional admitisse a responsabilidade objetiva, mesmo esse tipo de responsabilidade exigiria, no mínimo, uma relação objetiva entre o autor e o fato, ou, em outros termos, um nexo de causalidade, a relação causal entre ação e resultado. Com efeito, nos piores tempos do direito penal do absolutismo nunca se abriu mão, pelo menos, da relação causal entre ação e resultado.” (BITENCOUR, Cezar Roberto. Crimes contra o sistema financeiro nacional praticados por administradoras de consórcios. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Atipicidade. **Fascículo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 735, 86º ano, jan., 1997. p. 491-492.)

pode dizer de alguns países que adotam o *Common Law*. O sistema inglês, por exemplo, ao conceber o *societas delinquere potest*, admite a responsabilidade penal objetiva, como demonstram as seguintes pontuações de Luiz Regis Prado:

A pessoa jurídica (*corporation* ou *company*) pode, assim, ser responsabilizada por toda infração penal que sua condição lhe permitir realizar. Isso ocorre especialmente, no campo dos delitos referentes às atividades econômicas, de segurança no trabalho, de contaminação atmosférica e de proteção ao consumidor. Embora se exija, regra geral, *mens rea* (elemento subjetivo) e *actus reus* (ato material), admitem-se a responsabilidade objetiva – *strict liability* (por ato pessoal, sem dolo ou culpa, aplicável tanto às pessoas jurídicas quanto às físicas, nas infrações do *common law* – direito jurisprudencial – e do *statute law* – lei) e por fato de outrem – *vicarious liability* – de caráter excepcional e que sempre dá lugar a uma *strict liability* [...]¹⁵⁴

Luigi Ferrajoli atribui a teorização do princípio da culpabilidade ao pensamento penal iluminista, sem, todavia, desconsiderar que isto se tenha dado de forma não pacífica. O garantista, aliás, constata que, “desde o fim do século passado vem se produzindo uma crise regressiva da categoria da culpabilidade, envolvida ou negada em distintas formas, em sede teórica e normativa”. Tal raciocínio complementa-se com o embate travado entre Kant (adepto de uma posição subjetivista) e Beccaria (defensor de uma postura objetivista) acerca do elemento psicológico do delito.¹⁵⁵

São pontos de vista diversos sobre o princípio da culpabilidade, sendo um deles determinista, porque centrado na formação do caráter do indivíduo, e o outro indeterminista, posto que lançado sobre o delito em si mesmo considerado, isento de elucubrações a respeito da personalidade do delincente.

A propósito, cumpre mencionar que Jorge de Figueiredo Dias rebate o entendimento de Claus Roxin a respeito do seu conceito material de culpabilidade. É que aquele autor propõe uma acepção de culpabilidade dirigida à personalidade do agente, como aduzido em outras linhas, o que levou este último penalista a inserir tal proposta no mesmo rol das visões

¹⁵⁴PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiv. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 138. Cf., também, TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n.11, 1995. p. 28.

¹⁵⁵“[...] enquanto Kant defende que as penas devem ser medidas de acordo com a ‘maldade interna dos criminosos’, Beccaria manifesta uma singular incompreensão do elemento subjetivo do delito: ‘A única e verdadeira medida dos delitos é o dano ocasionado à nação, e, por isso, equivocaram-se os que acreditaram que o era a intenção de quem os comete... A gravidade do pecado depende da impenetrável malícia do coração. Esta não se pode, sem revelação, ser alcançada por seres limitados; como, pois, se a tomará por norma para castigar os delitos?’” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. Tradução de Fauzi Hassan Choukr et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 448.)

deterministas de Heinitz, Graf zu Dohna e English. Cuida-se, aí, de defensores de uma concepção de culpabilidade pelo caráter.¹⁵⁶

Em meio às sobreditas correntes ideológicas, Ferrajoli parece rechaçar a de Beccaria; e deixa-o transparecer quando assevera que

[...] a punibilidade apenas dos atos intencionais é, com certeza, um insuprível elemento do sentimento comum de justiça, ao ponto de reputarmos bárbara e injusta qualquer forma de responsabilidade objetiva ou destituída de culpa. E pode ser útil lembrar que a tese da não perseguibilidade de pensamentos e intenções e, mais em geral, o mesmo princípio de exterioridade ou de materialidade da ação criminal vem, freqüentemente, encontrando fundamento no requisito da culpabilidade.¹⁵⁷

Após tecer considerações sobre o princípio, Ferrajoli muda de enfoque para dissecar o significado jurídico de culpabilidade que, segundo ele, é composto por três elementos: personalidade, imputabilidade ou capacidade penal e intencionalidade ou culpabilidade em sentido estrito. Estes componentes estariam, de tal forma, conectados, que o último deles pressuporia os outros dois.

A responsabilidade (conceito que distingue de culpabilidade por denotar a mera sujeição jurídica à sanção como consequência do delito) que carecer de um dos aludidos elementos redundaria em objetiva e, portanto, não se adequa às exigências inerentes ao princípio da culpabilidade. Para o autor, aludido princípio

pode ser configurado como um princípio normativo que impõe uma estrutura regulativa às proibições penais das quais requer: a) que o proibido por estas seja a comissão ou a omissão de uma ação e não um *status* ou uma condição de vida do sujeito; e b) que, *ex ante*, seja possível a comissão ou omissão da ação proibida. De fato, [...] uma norma penal, enquanto reguladora, só está sintaticamente bem formulada se admite aleticamente tanto a possibilidade de que ocorra quanto a possibilidade de que não se dê o que descreve.¹⁵⁸

Cumprido registrar, com base na transcrição, que o impedimento da responsabilidade objetiva em Direito Penal defluiu, justamente, da conjunção de elementos como os ali referidos. É dizer, a exigência da comissão ou omissão de uma ação, aliada à possibilidade de uma conduta comissiva ou omissiva por parte do indivíduo, impõe a verificação de um nexo de subjetividade mínimo entre conduta e resultado lesivo, a fim de que se possa falar em

¹⁵⁶Respondendo a Claus Roxin, segue a nota: “Seja permitido, porém, que reivindicue duas diferenças que, como espero ter mostrado, são essenciais: a primeira é a de que o meu ponto de partida não é determinista (resignado ou não), mas abertamente crente na liberdade da pessoa, nos termos expostos; a segunda é a de que o conteúdo da culpabilidade não é por mim referido ao caráter (naturalístico) da pessoa, mas à sua personalidade como fruto de uma decisão livre (de uma opção fundamental) da pessoa sobre si mesma.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 239-240.)

¹⁵⁷FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. Tradução de Fauzi Hassan Choukr et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 449.

¹⁵⁸Ibidem, p. 457.

responsabilidade penal subjetiva, consectário da culpabilidade no Estado Social e Democrático de Direito.

A noção de culpabilidade trabalhada na dogmática penal, no entanto, não se restringe a um elemento normativo do delinquent (indivíduo culpável). Impende aduzir que a ela também pode ser concebida como um atributo do fato lesivo, consistindo numa modalidade deôntica dele. Deste modo de conceber a culpabilidade exsurge o *poder agir de outro modo* ou, em outros termos, “o dever de abster-se de” realizar o delito “com base na possibilidade material da sua omissão ou da sua comissão.”¹⁵⁹

Este modo de raciocinar remete às correntes objetivistas, capitaneadas por Brian e reformuladas por Beccaria, segundo as quais a culpabilidade não se confunde com a essência do indivíduo, com seu modo de ser e de pensar, mas, sim, refere-se ao fato por ele perpetrado. A culpabilidade, aí, identifica-se como elemento objetivo do delito; é dizer,

A culpabilidade não é nem um pensamento nem um mero aspecto interno da pessoa, como pretendem as orientações puramente subjetivistas, senão um elemento do fato, isto é, uma *conditio sine qua non* do mesmo, fundada, mais do que em razões éticas ou utilitaristas, na estrutura lógica da proibição, que implica a possibilidade material de realização ou omissão da ação, imputáveis, ambas, à intenção de um sujeito. Como tal, aquela é constatável, empiricamente, por meio de procedimentos indutivos, não distintos, em princípio, dos que permitem comprovar o chamado “elemento objetivo”.¹⁶⁰

Ferrajoli averba que, sobre a caracterização jurídica e constatação empírica do princípio da culpabilidade, pesa uma indefinição de elevado grau; e que isto se intensifica quanto mais indireta for a relação de causalidade entre ação e resultado, a exemplo do que ocorre nas condutas coletivas, como a cooperação entre pessoas para a consecução do delito que, por vezes, encontra-se prevista na lei mediante formas genéricas e elásticas.¹⁶¹

Isto, conforme seu entendimento, dificulta a formulação de provas da culpabilidade por parte da acusação, ao tempo em que facilita argumentos falsos de defesa com base na simulação de causas exculpantes.

Acrescente-se à ilustração aventada a hipótese central do presente trabalho, consistente na responsabilização dos sócios nos crimes ambientais de cunho empresarial. Cuida-se de dado de clara nocividade para a higidez do princípio da culpabilidade, em sua acepção de escudo contra a efetivação da responsabilidade objetiva no Direito Penal.

¹⁵⁹FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2 ed. Tradução de Fauzi Hassan Choukr et al.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 458.

¹⁶⁰Ibidem, p. 460.

¹⁶¹Ibidem, p. 461.

Argumenta-se que a solução para os problemas mencionados (vagueza na caracterização jurídica, dificuldade de constatação e, por conseguinte, de levantamento de provas, etc.) radica no respeito ao princípio da legalidade. É que tais dificuldades podem “ser reduzidas por meio de fórmulas legais mais rigorosas e taxativas.”¹⁶², fato que podia ter merecido maior atenção do legislador infraconstitucional de 1998, no que tange à redação do artigo 2º, da Lei n. 9.605.

5.1 CRISE DO PRINCÍPIO PENAL DA CULPABILIDADE

A doutrina penal contemporânea, como será visto, tem constatado que o princípio da culpabilidade, enquanto protetor de uma responsabilização subjetiva, encontra-se imerso em profunda crise, o que torna frágeis as bases do Estado Democrático de Direito e, com isso, do modelo garantista de Estado, fonte do racionalismo penal.

Enrique Peñaranda Ramos, Carlos Suárez González e Manuel Cancio Meliá, contrariando as considerações do funcionalismo sistêmico, apontam que, de acordo com esta corrente de pensamento, a culpabilidade afasta-se da subjetividade para assumir um caráter objetivo; em termos mais precisos, “deixa de ser, assim, realidade subjetiva, pessoal ou individual para transformar-se num elemento unilateralmente impessoal do delito.”¹⁶³

A dificuldade de individuação do responsável pelo crime ambiental, no âmbito de pessoas ideais complexas, demonstra o risco que corre o multicitado princípio, enquanto óbice da responsabilidade penal objetiva, em face dos anseios das sociedades pós-industriais. De fato, o princípio da culpabilidade já fora relativizado com a adoção, nas leis penais, da *actio libera in causa*, em que se visa à responsabilização do indivíduo pelo fato de ter, com o seu agir, assumido as consequências dele decorrentes.¹⁶⁴

A hipótese de maior realce, no entanto, por conta das suas nuances, parece ser a tratada neste trabalho. Diante da ocorrência de um dano ambiental de natureza criminal, que proceda das atividades de uma empresa cuja cadeia funcional seja tão vasta, ao ponto de a ação ser nela diluída, corre-se o risco de imputar o fato a pessoa incerta.

¹⁶²FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2 ed. Tradução de Fauzi Hassan Choukr et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 461.

¹⁶³SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos et al., **Um novo sistema do direito penal** – Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. São Paulo: Manole, 2003. p. 70.

¹⁶⁴No Direito Penal comum pátrio, o exemplo mais emblemático de tal adoção é a previsão no Código de 1940 da imputabilidade da embriaguez não acidental, ainda que completa, pelo álcool ou substância análoga (artigo 28, II) e, com mais razão, da embriaguez preordenada, que enseja, inclusive, agravamento da reprimenda (artigo 61, II, “I”)

Mais adiante, serão abordados, em minúcias, os critérios de imputação nos crimes societários.¹⁶⁵ Não obstante, a análise da crise que acomete o princípio da culpabilidade no Direito Penal contemporâneo, no bojo de delitos envolvendo grandes empreendimentos, leva, desde já, à seguinte reflexão: caso se responsabilize o executor da ação, por exemplo o funcionário que controla o lançamento de dejetos em um rio, pode-se incorrer no equívoco de deixar impune aquele que determinara tal lançamento ou, mesmo, os responsáveis pela empresa; por outro lado, responsabilizando estes últimos, restaria incólume aquele que, efetivamente, poluiu o meio ambiente.

Winfried Hassemer¹⁶⁶ observa que, diante das exigências de uma política criminal eficaz, o princípio em comento vem sendo ameaçado, tanto na teoria como na prática. Segundo ele, a necessidade e aptidão das alternativas ao princípio de culpabilidade só podem ser suficientemente valoradas quando se delimitam as suas dimensões.

E segue no desenvolvimento de tal constatação, examinando quatro dimensões apresentadas pelo princípio penal da culpabilidade: a função de possibilitar a imputação subjetiva; de excluir a responsabilidade pelo resultado; de diferenciar graus de participação interna; a proporcionalidade das consequências jurídicas.

Segundo o autor, a *erosión* do princípio da culpabilidade tem lugar em razão de o Poder Público, ao cominar ou aplicar penas, desconsiderar as referidas dimensões, com o que o Direito Penal do Estado Democrático de Direito afasta-se da sua função precípua, qual seja a de proteger (e promover) a dignidade da pessoa humana.¹⁶⁷

Quanto à primeira daquelas dimensões, de possibilitar a imputação subjetiva, cuja minudência compete ao trabalho em curso, o autor vaticina:

O princípio de culpabilidade, segundo os penalistas, possibilita a “imputação subjetiva”, é dizer, a vinculação de um acontecimento injusto com uma pessoa atuante. Por mais simples que possa parecer, este mecanismo é, contudo, fundamental para a nossa cultura jurídico-penal. Parte da hipótese de que o delito – mesmo quando se aceitem absolutamente a concausa e a corresponsabilidade da sociedade – só é perceptível como fato de um autor.

¹⁶⁵Já se teve oportunidade de definir crimes societários como aqueles “praticados não por pessoas que se uniram em sociedade com o objetivo de praticá-los, mas por pessoas que, já reunidas em sociedade para fins lícitos, praticam crimes no exercício de suas funções sociais [...] são *crimes próprios*, isto é, aqueles que somente podem ser praticados por pessoas que se revistam de determinadas qualificações subjetivas. É, todavia, pacífico que mesmo sujeitos não qualificados (terceiros) podem tornar-se culpados de crimes próprios, não como autores únicos e isolados, mas como co-réus ou co-autores, em concurso com o *intrañeus*. O art. 168, parágrafo único, da anterior Lei das S/A previa expressamente tal possibilidade. [...] Por serem geralmente praticados por toda uma ‘diretoria’ ou por um ‘conselho de administração’, são chamados de crimes *colegiais* (doutrina italiana), ou *plurissubjetivos*.” (INACARATO, Márcio Antônio. A responsabilidade penal dos administradores das sociedades anônimas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 646, ago., 1989. p.242 et seq.)

¹⁶⁶HASSEMER, Winfried. **¿Alternativas al principio de culpabilidad?** Disponível em <<http://www.juareztares.com/textos.html>> Acesso em: 29 mai. 2010.

¹⁶⁷Idem, loc. cit.

Ninguém pede que as infrações jurídicas se aceitem como desgraças sociais e que tudo o mais derive de suas exigências de mudança social. Isto se dará por adição, não no lugar da imputação, mas junto a ela, como imputação do fato mal àquele em cuja conduta se manifestou. Tampouco a crítica radical ao Direito Penal nunca negou que deve haver uma área em que discutir sistematicamente é o que há de se fazer com o fato antijurídico com vista a quem em todo caso o tenha realizado externamente: se realmente é “seu” fato, se pode “imputar-se-lhe subjetivamente”. Nesta dimensão do princípio de culpabilidade põe-se de manifesto um esquema fundamental de nossa cultura, e de nossa cultura jurídica: a ideia de que as pessoas produzem e podem dirigir resultados no mundo externo, e a ideia também de que ante uma lesão de interesses humanos é lícita e discutível a questão de quem é o causador humano desta lesão.¹⁶⁸ (tradução nossa)

Klaus Tiedemann, também, alude a uma crise do referido princípio, quando se refere às presunções de culpabilidade de que se valem Inglaterra e França, para responsabilizarem penalmente em sede de criminalidade empresarial.¹⁶⁹

Esta crise, por que passa o princípio da culpabilidade no Direito Penal contemporâneo, é vivenciada diante da ocorrência de crimes ambientais de grandes proporções, sobretudo em razão do caráter transindividual do bem jurídico meio ambiente ecologicamente equilibrado, interesse da presente e futuras gerações. Ocorrido o risco de dano, ainda que este não se efetive, admite-se a incidência do Direito Penal para responsabilizar quem provocou a situação de perigo, coisa que, não raramente, e levada em consideração a dimensão do evento, demanda esforços redobrados.

A crise assume corpo, também - e, no caso em exame, principalmente -, quando a ocorrência de aludidos crimes dá-se no seio de grandes empresas, onde não se tem como precisar quem é o responsável ou, melhor, quem deve responder pelo dano ambiental. Diante deste dilema, relativizam-se os critérios clássicos de imputação, ao argumento de que as

¹⁶⁸“*El principio de culpabilidad, eso dicen los penalistas, posibilita la "imputación subjetiva", es decir, la vinculación de un acontecer injusto con una persona actuante. Por muy simple que pueda parecer, este mecanismo es, sin embargo, fundamental para nuestra cultura jurídico-penal. Parte de la hipótesis de que el delito - aun cuando se acepten absolutamente la coacción y la corresponsabilidad de la sociedad- sólo es perceptible como hecho de un autor. Nadie pide que las infracciones jurídicas se acepten como desgracias sociales y que todo lo más se deriven de ellas exigencias de cambio social. Esto se dará por añadidura, pero no en lugar de la imputación, sino junto a ella, como imputación del hecho malo a aquel en cuya conducta se ha manifestado. Tampoco la crítica radical al derecho penal ha negado nunca que debe darse un ámbito en el que discutir sistemáticamente es lo que hay que hacer con el hecho antijurídico con vista a quien en todo caso lo ha realizado externamente: si realmente es "su" hecho, sí puede "imputársele subjetivamente". En esta dimensión del principio de culpabilidad se pone de manifesto un esquema fundamental de nuestra cultura, y de nuestra cultura jurídica: la idea de que las personas producen y pueden dirigir resultados en el mundo externo, y la idea también de que ante una lesión de intereses humanos es lícita y discutible la cuestión de quién es el causante humano de esa lesión.*” (HASSEMER, Winfried. **¿Alternativas al principio de culpabilidad?** Disponível em <<http://www.juareztares.com/textos.html>> Acesso em: 29 mai. 2010.)

¹⁶⁹TIEDEMANN, Klaus. Exigencias fundamentales de la parte general y propuesta legislativa para un derecho penal europeo. **Revista penal**, Huelva, n. 3, 1999. p. 82.

formas clássicas de responsabilização não se prestam às vicissitudes do Direito Penal do presente.¹⁷⁰

Com isto, a responsabilidade penal subjetiva, pressuposto de um sistema repressivo garantista, vinculado aos influxos do Estado Social e Democrático de Direito, acaba cedendo – ou correndo o risco de ceder – espaço à efetivação da indesejada responsabilidade penal objetiva, desprezando-se o menor liame de subjetividade entre conduta e resultado. Assim, o princípio penal da culpabilidade é mitigado, com a imputação menos pormenorizada de crimes aos integrantes da empresa, em prol de uma suposta proteção da coletividade, através da garantia do equilíbrio meioambiental.

Fato é que, não obstante a crise a que se submete o princípio da culpabilidade na conjuntura contemporânea, e em abono das pontificações funcionalistas de Claus Roxin, “se” referido princípio “for separado da teoria da retribuição à qual equivocadamente se considera indissolúvelmente ligado, é um meio imprescindível para limitar o poder penal estatal num Estado de Direito.”¹⁷¹

5.2 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE RESPONSABILIDADE – UMA ABORDAGEM FILOSÓFICO-JURÍDICA

Entender culpabilidade e responsabilidade como expressões conexas, conforme entende Luigi Ferrajoli, desperta a necessidade de perquirir acerca deste último termo. De fato, o referido autor distingue ambas as categorias, alegando que a responsabilidade é a mera sujeição de alguém a uma sanção penal pelo cometimento do delito, enquanto a culpabilidade redundando em um juízo de reprovação que pode recair tanto no autor como no fato delituoso.

É fato, também, que a aludida conexão entre os termos, tal qual constatada pelo garantista, vem estampada, de logo, na chancela *princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal*. Calha, então, indagar sobre o conceito filosófico e jurídico de responsabilidade. A resposta à indagação é de grande importância para o exame da responsabilidade penal subjetiva como garantia fundamental, num contexto em que se verifica o agigantamento do Direito Penal em detrimento da mitigação dos seus vetores clássicos e dos direitos individuais.

Paul Ricoeur desenvolveu considerável estudo da responsabilidade. Analisando as transformações sofridas por esta ao longo dos tempos, o autor busca conceituá-la no campo da

¹⁷⁰Sobre o uso de elementos normativos como corretivos típicos no Direito Penal do Ambiente, cf. nota 62.

¹⁷¹ROXIN, Claus, **Problemas fundamentais de direito penal**. 3 ed. Lisboa: Vega, 1998. p. 38.

filosofia e do Direito, a fim de saber se é possível encontrar um sentido único para o termo. Em sua análise, toca em questões de relevância para o trabalho em curso, como a dificuldade de identificação da pessoa responsável - efeito do alargamento do conceito mesmo de responsabilidade e do advento de novos riscos sociais. É o que justifica a convocação do mencionado filósofo para a condução deste tópico.¹⁷²

Vislumbra-se a delimitação de dois conceitos de *responsabilidade*. No campo jurídico, a obrigação de reparar o dano e de sofrer a pena; no campo da filosofia moral, a obrigação de cumprir encargos e deveres. Embora o termo grifado apresente, hoje, um alto grau de vagueza, estendendo no campo filosófico o sentido jurídico tradicional, preserva a ideia de obrigação. Daí inferir-se que se, tradicionalmente, a categoria comentada restringe-se a obrigações bem delimitadas (reparar o dano e sofrer pena), modernamente ela se distende para abarcar outros deveres.¹⁷³

Em que pese esta evolução do conceito, Ricoeur atesta que é constante a noção de obrigação entre os diversos sentidos de *responsabilidade*. E não só. Identifica o elemento *imputação*, como conceito fundador desta última categoria. Em termos mais contundentes, a ideia de imputação é inerente a qualquer significado de *responsabilidade*.

Assim, como decorrência de tal raciocínio, imputar denota atribuição de uma ação a alguém, *como seu verdadeiro autor*, que deve assumi-la *por sua conta*. A ideia de imputação no campo moral corresponde, portanto, à noção de responsabilidade no campo jurídico. Os destaques no texto têm sua razão de ser: revelam um juízo de ponderação no atribuir determinada conduta ao indivíduo. A imputação traz consigo a necessidade de identificar o sujeito responsável, não sendo isto, por si só, suficiente; faz-se mister, ademais, que referido sujeito assuma a ação como algo seu, donde a exigência do nexo de subjetividade entre agente e resultado.¹⁷⁴

Ocorre que foi com Pufendorf que se associou imputação à capacidade de agir, o que embasaria o conceito kantiano de imputação, como juízo de atribuição de uma ação

¹⁷²RICOEUR, Paul. **O justo**: a justiça como regra moral e como instituição. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins fontes, 2008. 210p.

¹⁷³Ibidem, p. 33-34.

¹⁷⁴“Imputar – dizem nossos melhores dicionários – é atribuir a alguém uma ação condenável, um delito, portanto uma ação confrontada previamente com uma obrigação ou uma proibição que essa ação infringe. A definição proposta dá a entender que, a partir da obrigação ou da proibição de fazer e por intermédio da infração e, depois, da reprovação, o juízo de imputação leva ao juízo de retribuição, na qualidade de obrigação de reparar ou de sofrer a pena. Mas esse movimento que orienta o juízo de imputação para o juízo de retribuição não deve levar a esquecer o movimento inverso que faz remontar *da retribuição à atribuição da ação* a seu autor. Aí reside o cerne da imputação.” (Ibidem, p. 36.)

censurável ao seu verdadeiro autor – alguém (*urheber*) pratica uma ação (*handlung*) que, subsumida às leis, torna-se um fato (*tat*).¹⁷⁵

Em tempo, importa aduzir que a contribuição de Pufendorf para os contornos da responsabilidade penal subjetiva ganhou enfoque em Sebastián Borges de Albuquerque Mello. Ao referir-se à relação entre culpabilidade e dignidade da pessoa humana, este penalista pontifica como segue:

O pensamento de Samuel Pufendorf também foi decisivo para a construção de um conceito de culpabilidade, a partir de sua ideia de imputação (*imputatio*). Prado e Carvalho, comentando a filosofia de imputação em Pufendorf, asseveram que ele não entendia qualquer movimento proveniente de um homem como conduta humana, mas apenas e tão-somente aquele dirigido pelas capacidades específicas e exclusivas do homem, ou seja, o intelecto e a vontade.¹⁷⁶

Calha registrar que a noção de livre arbítrio (liberdade de agir) em Immanuel Kant serviu de fundamento para a teoria finalista da ação, analisada a seguir, proposta por Hans Welzel. Em *Crítica da razão pura*, Kant apresenta a antinomia entre Causalismo e Finalismo. O primeiro caracterizado pelo acontecimento segundo as leis da natureza, o outro pautado na multicitada liberdade de agir.¹⁷⁷

A imputação, para Kant, consistindo num conceito moral, estaria situada no Finalismo; e a liberdade com que este lida seria a essência da lei. Por sua vez, a lei seria a razão de conhecimento da liberdade, com o que se valoriza a ideia de livre arbítrio, isto é, de espontaneidade livre.

Segundo Paul Ricoeur, novas teorias, como a da *ascription*¹⁷⁸, tentam reconstruir o conceito kantiano de espontaneidade livre, desvinculando-o do sentido clássico de obrigação.

¹⁷⁵“Essa noção de imputabilidade – no sentido de ‘capacidade para a imputação’ (moral e jurídica) – constitui uma chave indispensável para compreender a preocupação ulterior de Kant em preservar as articulações cosmológica e ética [...] do termo imputação, na qualidade de juízo de atribuição de uma ação censurável a alguém, como a seu autor verdadeiro. A força da ideia de imputação no próprio Kant consiste na conjunção de duas ideias mais primitivas, a atribuição de uma ação a um agente e a qualificação moral e geralmente negativa dessa ação.” Impende registrar, contudo, que o filósofo francês dá conta de que a teologia protestante de Lutero trouxe a noção de imputação como atribuição dos méritos de Cristo crucificado ao pecador, para que se realize a justiça divina. Morrendo Jesus, em favor da redenção dos pecadores, seu sacrifício representaria o sacrifício de todos, configurando, com isto, um caráter benigno de imputação. (RICOEUR, Paul. **O justo**: a justiça como regra moral e como instituição. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins fontes, 2008. p. 39.)

¹⁷⁶MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade** – O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 102.

¹⁷⁷KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de J. Rodrigues de Mereje, 9ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro [199-?]. p. 173 et seq.

¹⁷⁸Segundo esta teoria, formulada por Strawson, as pessoas são particulares básicos, aos quais se liga uma ação como predicado específico, sem caráter obrigatório – ex: “x pesa 5 quilos”. Trata-se de um predicado imputado a x. Eis uma tentativa de ampliar o conceito de imputação, apresentada por Ricoeur. Já a teoria da ação introduz a problemática referente à relação agente-ação; esta, como o pensamento e as emoções, pertencem àquele. A ação é algo próprio do (e inerente ao) agente. (RICOEUR, op. cit., p. 44.)

Poder-se-ia, com isto, dizer que se está diante de uma desmoralização do conceito de espontaneidade livre.

Fato é que este autor surpreende as modificações que submetem a culpa tradicional, a partir de reformulações no conceito de culpabilidade. Neste aspecto, suas anotações corroboram a tese central do presente trabalho, atinente à mitigação do princípio da culpabilidade, desguarnecendo a pessoa física na criminalidade ambiental societária. Cuida-se do problema da *flexibilização da culpa*, como correlato do incremento de riscos na sociedade contemporânea.¹⁷⁹

No campo jurídico, verifica-se a subtração da culpa do conceito de responsabilidade. A ampliação dos riscos na contemporaneidade gera uma vitimização que resulta no sentimento de solidariedade geral. O foco sai do autor individualmente considerado e recai sobre as vítimas do ilícito. Assim, despreza-se a noção de potencial consciência da ilicitude e de possibilidade de agir de outra maneira, que caracteriza a culpabilidade:

Toda a história contemporânea daquilo que se chama direito da responsabilidade, no sentido técnico do termo, tende a abrir espaço para a ideia de responsabilidade sem culpa, sob a pressão de conceitos como os de solidariedade, segurança e risco, que tendem a ocupar o lugar da ideia de culpa.¹⁸⁰

Nota-se, aí, a correspondência da análise com a situação dissertada. A consecução da responsabilidade penal objetiva, estruturada na imputação de uma ação a indivíduos muito distantes da materialidade delitiva, outra coisa não é senão uma expressão da flexibilização da culpabilidade, em prol da solidariedade de grupo.

Então, na reformulação em tela, ocorreria a socialização dos riscos: em vez de, no combate à impunidade, buscar-se o culpado, busca-se aquele que tenha condição de indenizar, a exemplo do que se dá na seara da responsabilidade civil, com a relação entre vítima e seguradoras.

As reformulações do conceito jurídico de responsabilidade ensejam diversos efeitos negativos. Diante da ampliação incessante da esfera dos riscos, depara-se com uma imputação sem culpa comprovada, o que, paradoxalmente, põe em xeque a própria ideia de solidariedade. Com isto, dá-se uma supervalorização da ideia de segurança, o que, por sua vez, implica a mitigação da confiança nas relações contratuais. É dizer, a ação, desconectada da decisão, migra do campo da solidariedade para a esfera da fatalidade.

¹⁷⁹RICOEUR, Paul. **O justo**: a justiça como regra moral e como instituição. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins fontes, 2008. p. 48 et seq.

¹⁸⁰Ibidem, p. 49.

A solução para a problemática, segundo Ricoeur, passa por pensamentos como o de Mireille Delmas-Marty, que propõe a “recomposição de uma paisagem”. A proposta consiste em delimitar e sopesar os conceitos de imputação, riscos, responsabilidade e solidariedade, baralhados na sociedade contemporânea, com o fito de reorganizá-los e revalorizar a culpa, antes desprezada. Trata-se, como se vê, de um retorno à concepção jusnaturalista de imputação.¹⁸¹

Paralelamente às transformações no campo jurídico, ocorre a transformação do conceito tradicional de responsabilidade, também, no campo moral. Se, no primeiro caso, o sobredito conceito é ampliado, em face da relativização da culpa, no outro isto se dá em razão da vulnerabilidade (ou inimputabilidade mesmo) do indivíduo. Explica-se. A responsabilidade alarga-se para abranger o encargo referente a alguém vulnerável; é o que ocorre, por exemplo, em Direito Civil, com as hipóteses de culpa *in vigilando* ou *in eligendo*.¹⁸²

Assim, no campo jurídico, praticada uma ação ilícita, busca-se quem pode indenizar, e não quem a praticou; em contrapartida, no campo moral, ante o cometimento da retrocitada ação, a perquirição tem por foco quem era responsável pelo agente que, vulnerável, não pode responder por ela.

Aliada a tudo isto, está a ampliação da responsabilidade devido à ausência de limites de tempo e espaço para os riscos na sociedade contemporânea. Alude-se, aqui, aos perigos que pesam sobre os bens jurídicos de natureza difusa, cuja efetiva proteção, como já registrado, consiste num dos sérios desafios do Direito hodierno. Ilustração perfeita é a fornecida pelo crime de poluição, tipificado a partir do artigo 54, da Lei n. 9.605/98, considerada a sua perpetração no bojo das atuações empresariais.

A intervenção das grandes companhias no meio natural, muito por conta da complexidade da sua estrutura, tem alcançado um grau de nocividade tão expressivo que acarreta riscos de limites imensuráveis. De fato, a eliminação de dejetos em um rio por dutos de uma fábrica, apenas para exemplificar, é capaz de causar danos de proporções não concebidas, sem demarcação de tempo ou de espaço.

Esta conjuntura resta vinculada aos poderes conquistados pelas grandes empresas no mundo globalizado, o que, por via de consequência, associa-se a uma capacidade cada vez

¹⁸¹ RICOEUR, Paul. **O justo**: a justiça como regra moral e como instituição. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins fontes, 2008. p. 51-52.

¹⁸² “A responsabilidade já não se reduz ao juízo feito sobre a relação entre o autor da ação e os efeitos desta no mundo; ela se estende à relação entre o autor da ação e aquele que a sofre, à relação entre agente e paciente (ou receptor) da ação. A ideia de pessoa que está a nosso cargo, somada à ideia de coisa que está sob nossa guarda, conduz assim a uma notável ampliação, que faz do vulnerável e do frágil, enquanto coisa posta sob os cuidados do agente, o objeto imediato de sua responsabilidade.” (Ibidem, p. 54.)

maior de gerar riscos e, assim, enceta uma responsabilidade em maior medida amplificada. Com isto, as leis deixam de responsabilizar por um dano efetivo, passando a incidir sobre danos presumidos, como no caso dos já citados crimes de perigo abstrato, que contrariariam uma concepção garantista de Direito Penal, por afrontarem o princípio da lesividade.¹⁸³

As reformulações jurídicas e morais no conceito de responsabilidade, portanto, acabam por desnaturá-la. Em breve enumeração dos prejuízos daí exsurgentes, podem ser citados a dificuldade de identificar o verdadeiro responsável pelo dano causado - exigência que, também, é imanente ao princípio da individualização da pena -, a ocorrência de dúvidas quanto à abrangência da responsabilidade no tempo e no espaço e o esvaziamento da ideia de reparação, já que rompida a relação entre responsável e vítima, diante da imprecisão quanto aos mesmos.¹⁸⁴

Pensando o problema à luz das concepções de Hans Welzel, tem-se que o surgimento do fator *intencionalidade da ação* serve de contraponto à ampliação da responsabilidade. É, então, com base em tal fator que se propugna pela definição precisa do ente responsável, já que, segundo a mencionada intencionalidade, toda ação humana é destinada a um fim em específico.¹⁸⁵

O grande óbice a estas concepções, que, inclusive, grassa no campo do Direito Penal contemporâneo, é que não se pode esquecer que toda ação, ainda que intencional, gera um campo de efeitos colaterais, aí residindo a preocupação em responsabilizar, de forma ampla,

¹⁸³Cf. nota 103.

¹⁸⁴Neste panorama, onde Paul Ricoeur detecta a crise de responsabilidade, Luis Gracia Martín, fundado nas lições de Schönemann, identifica dificuldades enfrentadas pelo Direito Penal clássico, mormente no que pertine aos critérios dogmáticos voltados à delimitação da autoria de delitos. Segundo este autor, “[...] *los instrumentos dogmáticos de la autoría (individual, completa o mediata) parecen estar concebidos a partir de las características de criminalidad tradicional en que él o los autores de la acción típica están plenamente identificados personalmente con la realización del tipo. La actividad de la empresa económica, en el curso de la cual aparece la lesión del bien jurídico, se caracteriza, como dice Schönemann, por la escisión entre la acción y responsabilidad, de modo que a menudo el que realiza la acción no es responsable y el que lo es, en cambio, no actúa o no lo hace en un sentido plenamente típico. Ello es debido a que la empresa es, desde la perspectiva que aquí nos interesa, un grupo de personas jerárquicamente organizado en torno al principio de la división del trabajo.*” [os instrumentos dogmáticos da autoria (individual, completa ou mediata) parecem estar concebidos a partir das características da criminalidade tradicional, em que o(s) autor(es) da ação típica estão plenamente identificados pessoalmente com a realização do tipo. A atividade da empresa econômica, no curso da qual aparece a lesão do bem jurídico, caracteriza-se, como disse Schönemann, pela separação entre a ação e responsabilidade, de modo que, frequentemente, quem realiza a ação não é o responsável e quem o é, ao contrário, não atua ou não o faz em um sentido plenamente típico. Isto é devido a que a empresa é, segundo a perspectiva que nos interessa, um grupo de pessoas *hierarquicamente* organizado em torno do *princípio da divisão do trabalho*.)] [GRACIA MARTÍN, Luis. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 103.]. (tradução nossa)

¹⁸⁵Cf. nota 131.

por danos meramente presumidos.¹⁸⁶ E isto assume maior corpo, se considerado bem jurídico de natureza difusa, como é o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Coloca-se, pois, o problema: responder estritamente pela ação desejada, em observância ao já referido atributo da intencionalidade do agir, contrapõe-se à responsabilização ilimitada, face à produção de danos presumidos. A saída para o dilema é oferecida por Spämann, no sentido da adoção de um juízo de prudência, ou seja, um juízo moral circunstanciado (*phronesis*). Trata-se de uma tentativa de harmonizar a imputação, fundada na responsabilidade subjetiva, com a solidariedade, perante o incremento dos riscos nas sociedades pós-industriais. Em outras palavras, cuida-se de um argumento em favor da ponderação de interesses aparentemente antagônicos.¹⁸⁷

As questões postas neste tópico lançam ao presente trabalho a tarefa de analisar o tema proposto no bojo da evolução das teorias da ação, como trabalhadas pela dogmática penal. A referência às concepções de Hans Welzel, à intencionalidade do agir e à ocorrência de efeitos colaterais, que consistem em verdadeiros desvios da mencionada intencionalidade, prenuncia a necessidade do exame que preenche o capítulo seguinte.

¹⁸⁶“O problema nasce de fato do caráter finito da vontade subjetiva. Essa finitude consiste no fato de que a vontade subjetiva só pode tornar-se ação exteriorizando-se, submetendo-se assim à lei da necessidade exterior. Assim grande número de efeitos de nossos projetos sobre o curso das coisas escapa ao controle da intenção expressa e se entrelaça com a necessidade exterior. Donde o dilema moral: por um lado seria desejável poder imputar (*Zurechmen*) ao agente apenas as consequências da intenção que contenha a marca (*Gestalt*) do objetivo, alma (*Seele*) dessa intenção. (RICOEUR, Paul. **O justo**: a justiça como regra moral e como instituição. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins fontes, 2008. p. 59.)

¹⁸⁷Ibidem, p. 61.

6 RESPONSABILIDADE PENAL INDIVIDUAL E TEORIAS DA AÇÃO

Antes de adentrar o tema dos critérios de imputação, o que é de grande serventia ao trabalho em curso, calha tecer considerações sobre o tratamento dogmático da conduta - à luz das teorias da ação - visto ser este elemento ínsito ao ato de imputar. Viu-se que, na base de toda noção de responsabilidade, clássica ou moderna, está a imputação; e o que se imputa a alguém é, via de regra, o cometimento de um agir ou a falta de um comportamento a que se encontra obrigado.

Nos crimes praticados no seio de grandes empresas, a ação fica pulverizada, em face da complexidade da estrutura funcional do ente coletivo. No caso corrente, a maior dificuldade para a individuação do responsável pelo delito está, justamente, na fragmentação da ação. Quem emite a ordem de realização, normalmente, não é o mesmo que executa o comando. Este último, ainda que não atue sob coação ou erro, não pode ser tido como senhor, em exclusivo, da ação que praticou.

Demais disto, pode-se aduzir que semelhantes entidades dispõem

de um organograma complexo, embora harmônico, que distancia sobremaneira o diretor-presidente do eventual executor das [suas] atividades-fins e atividades-meios [...], impossibilitando, na maioria das vezes, à administração superior manter absoluto controle sobre as operações realizadas por todos os seus órgãos executivos.¹⁸⁸

Luis Gracia Martín, referindo-se à divisão dos elementos do tipo penal, verificada quando da perpetração de crimes no âmbito de grandes empresas, afirma:

[...] em uma grande maioria de casos de realização de um fato punível no curso da atividade de uma empresa, produz-se uma *divisão dos elementos do tipo*. O fato punível aparece aqui – não de modo diferente da atividade lícita da empresa – como o resultado da soma de atos parciais, é dizer, fragmentários desde o ponto de vista da totalidade dos elementos do tipo penal, que tenha executado individualmente uma pluralidade de sujeitos da empresa de muito diversas posições hierárquicas e com um grau muito diferente de informação e, por isso, de conhecimento acerca da transcendência de seu ato particular. Os atos que tenha realizado um sujeito particular são por si mesmos, com frequência, objetiva ou subjetivamente atípicos.¹⁸⁹ (tradução nossa)

¹⁸⁸BITENCOURT, Cezar Roberto. Crimes contra o sistema financeiro nacional praticados por administradoras de consórcios. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Atipicidade. **Fascículo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 735, 86º ano, jan., 1997. p. 491-492.

¹⁸⁹ “[...] en una gran mayoría de supuestos de realización de un hecho punible en el curso de la actividad de una empresa se produzca una escisión de los elementos del tipo. El hecho punible aparece aquí – no de modo diferente a la actividad lícita de la empresa – como el resultado de la suma de actos parciales, es decir fragmentarios desde el punto de vista de la totalidad de los elementos del tipo penal, que han ejecutado individualmente una pluralidad de sujetos de la empresa desde muy diversas posiciones jerárquicas y con un grado muy diferente de información y, por ello, de conocimiento acerca de la transcendencia de su acto particular. Los actos que ha realizado un sujeto particular son por sí mismos a menudo objetiva o

Érika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho, também, identificaram no cerne da criminalidade empresarial contemporânea o fenômeno da fragmentação da ação, a desafiar o Direito Penal, em função da incompatibilidade entre ele e as categorias dogmáticas tradicionais de autoria. Nesta senda, constatam que

O ponto de partida é essencialmente político-criminal. As exigências de prevenção geral e especial emanadas de uma política criminal intervencionista seriam, contudo, incompatíveis com as categorias dogmáticas clássicas. Os instrumentos dogmáticos da autoria foram concebidos sob a inspiração de uma criminalidade tradicional, que difere substancialmente das atuações desenvolvidas no contexto de uma empresa. Nestas o fato punível surge como o resultado da soma de vários atos individuais, executados por uma pluralidade de sujeitos organizados hierarquicamente com base no princípio da divisão do trabalho.¹⁹⁰

Tenha-se em mente a hipótese de um funcionário de empresa do ramo químico, estritamente no âmbito dos seus deveres funcionais, vir a despejar grande quantidade de substância tóxica em águas fluviais vizinhas ao empreendimento. Considere-se, ainda, que a cadeia hierárquica que ascende sobre ele passe pelo seu superior imediato, supervisor, gerente, vice-diretor, diretor, até chegar ao dono da companhia. Como a ordem partira de um, sendo observada por todos em escala decrescente, culminando com a execução por obra daquele funcionário, não se pode apreender o todo da ação lesiva ao meio ambiente.

Daí a menção à ação pulverizada, no sentido de não poder ser imputada a apenas um indivíduo, seja quem emite a ordem – devido à sua distância na linha de execução -, seja aquele que a materializa. Isto se configura como um verdadeiro desafio para o Direito Penal dos dias atuais, já que as regras clássicas de imputação, apresentadas pela dogmática tradicional, encontram sérias dificuldades de aplicação, ao serem importadas para a criminalidade de empresa.

Rodrigo de Grandis, debruçando-se sobre as lições de Bernardo Feijóo Sánchez, pontua:

Isso significa que, no âmbito empresarial, as decisões são tomadas de forma pulverizada: uma pessoa ou um grupo de pessoas decide o que fazer; um intermediário repassa a informação; no final dessa cadeia, uma pessoa física executa a conduta criminosa propriamente dita.¹⁹¹

subjetivamente atípicos.” [GRACIA MARTÍN, Luis. La cuestion de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 103.]

¹⁹⁰CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. CARVALHO. Direito penal de risco e responsabilidade penal das pessoas jurídicas: a propósito da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. *Ibidem*, p. 253.

¹⁹¹Segundo o autor estrangeiro, citado por Rodrigo de Grandis “[...] dentro das empresas de pessoas jurídicas que são potencialmente perigosas para os bens jurídicos existe uma atomização ou uma fragmentação dos movimentos corporais, ou seja, decisões sobre políticas gerais, decisões sobre fatos concretos, conhecimentos sobre os riscos e a transmissão das informações por parte das empresas sobre os efeitos prejudiciais.” [FEIJÓO SÁNCHEZ apud GRANDIS, Rodrigo de, A responsabilidade penal dos dirigentes dos delitos empresariais. In:

Aduz-se que o problema da pulverização da ação, vivenciado nos grandes empreendimentos, implica dificuldades do ponto de vista do tipo penal. É dizer, o fato criminoso (típico) resulta do somatório de condutas não necessariamente típicas, se tomadas isoladamente. “A rigor, o resultado criminoso nada mais é que a soma desse conjunto de atividades. Isso é de extrema complexidade no âmbito da imputação penal.”¹⁹²

Ademais, promover a responsabilização de autores de um homicídio, por exemplo, ainda que praticado em concurso de agentes, não tem o mesmo grau de enredamento que a fixação da ação nos crimes contra bens jurídicos metaindividuais, como o meio ambiente. Por outro ângulo, a imputação de delitos ambientais oferece dificuldade bem maior, caso sua ocorrência dê-se nos limites de entes coletivos.

Ambas as questões reforçam a necessidade de tratamento do conceito de ação sob as perspectivas da doutrina penal que mais tocam ao trabalho em curso, tarefa que merece cuidadosa atenção neste apartado.

O conceito de ação, tradicionalmente, é elaborado mediante duas concepções contrapostas, a causalista e a finalista. Em essência, a teoria causalista da ação diverge desta última no que pertine ao elemento volitivo, menosprezado na primeira e enaltecido pela segunda. Esta diferença, contudo, não afasta um ponto de convergência entre tais concepções: ambas debruçam-se sobre o elemento *ação*, com o fito de apreender-lhe o sentido e, ontologicamente, elaborar um conceito que o defina apropriadamente.¹⁹³

A análise que, doravante, tomará corpo perfilhará a evolução do conceito de ação, adotando, para tanto, o critério cronológico. Assim, serão examinadas as teorias causalista, finalista e, só então, aquelas que, na atualidade, constituem seus desmembramentos ou interseções. Entende-se que esta é a metodologia mais adequada para se surpreenderem as várias etapas por que passou o multicitado conceito, para além de ser a forma de abordagem, amiúde, adotada pela dogmática penal.

SOUZA, A. de B. G. (Org.). **Inovações no direito penal econômico** – Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011. p. 338.]

¹⁹²Ibidem, p. 339.

¹⁹³Cf. Maria Auxiliadora Minahim e Yuri Carneiro Coelho, “As estruturas lógico-objetivas devem ser a referência do legislador, das quais deve partir para buscar os elementos ontológicos que o ordenamento jurídico quer valorar. O afastamento dessa perspectiva metodológica pode resultar em um sistema penal por demais inseguro, outorgando-se ao Estado uma ilimitada esfera de poder já que a essência das coisas depende da interpretação que dela se faça.” [MINAHIM, Maria Auxiliadora; COELHO, Yuri Carneiro. A estrutura ontológica das coisas como recurso garantidor no Direito Penal. In: PRADO, L. R. (Coord.). **Direito penal contemporâneo** – Estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 109.]

O intento do estudo é investigar a relação entre as principais concepções de ação e a responsabilidade penal subjetiva, que deve reinar no Direito Penal do Ambiente de perfil garantista e, portanto, fiel aos ditames constitucionais.

6.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA CAUSALISTA DA AÇÃO

O Causalismo ou teoria causalista da ação tem como berço os estudos de Liszt, Beling e Radbruch, a partir dos quais se constituiu o sistema clássico de fato punível, fundado no mecanicismo europeu do século XIX. Construída numa estrutura puramente objetiva, a teoria causalista da ação propõe ser esta qualquer força que resulta numa modificação do meio exterior. A ação, aqui, é compreendida como simples processo causal, que desencadeia um ou uma série de resultados.¹⁹⁴

Nota-se, de pronto, que, ao generalizar o conceito de ação, como uma força apta a transformar o meio, a teoria em tela não distingue o agir humano dos fenômenos naturais ou, ainda, da “ação” não humana (de animais ferozes, para melhor especificar). Esta falta de distinção, por sua vez, implica o já citado menosprezo do elemento volitivo do agir, que é relegado à mera ausência de coação física absoluta, exigindo espontaneidade no processo mecânico que altera o ambiente externo; em outras palavras, esta forma de pensamento contenta-se, apenas, com a voluntariedade da ação.

Neste passo, convém advertir com Hans Welzel que voluntariedade e finalidade são coisas distintas, já que o agir voluntário é aquele que pode ser atribuído a alguém como ato seu, enquanto a finalidade é este mesmo agir dirigido a determinado objetivo, como construir, matar, ferir, etc.¹⁹⁵ A concepção causalista, portanto, desvincula a vontade da ação, ao ponto de Beling, em imagem emblemática, referir-se a esta última como um *fantasma sem sangue*.¹⁹⁶

A teoria do fato punível, segundo o Causalismo, identifica na antijuridicidade típica, ou seja, no injusto, elementos causais meramente objetivos. Em contrapartida, os elementos psíquicos (subjetivos) são encontrados na culpabilidade. Vale dizer, questões referentes ao dolo ou à imprudência são tratadas no âmbito da culpabilidade, enquanto terceiro constituinte do conceito analítico de crime e, portanto, como fundamento da pena. Referida bipartição de

¹⁹⁴SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal** – Parte Geral. 4 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 82 et seq.

¹⁹⁵WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal** – Una introducción a la doctrina de la acción finalista (trad. José Cerezo Mir). Buenos Aires; Montevideo: B de f, 2004. p. 45-46.

¹⁹⁶SANTOS, op. cit., loc. cit.

fatores objetivos e subjetivos, com a conseqüente segregação entre estes e o injusto penal, ensejaram a formulação da já examinada teoria psicológica da culpabilidade, na justa medida do tratamento de aspectos psíquicos do agente fora da antijuridicidade típica.

As críticas à teoria causalista da ação não tardaram a acontecer. As de maior força aludiram à presença de elementos subjetivos, também, no injusto, com o que se objetou não ser este puramente causal; bem assim, foram apontados problemas no âmbito da culpabilidade, sobretudo no que tange à culpa inconsciente, desprovida da vontade do agente. Objeções quejandas foram responsáveis pela elaboração de um sistema de fato punível, voltado a resolver os dilemas não enfrentados pelo sistema em questão.

Hans Welzel, detrator por excelência da doutrina da ação causal, teceu-lhe objeções contundentes, como prova a transcrição a seguir:

O defeito fundamental da ação causal consiste em que não só desconhece a função absolutamente constitutiva da vontade, como fator de direção para a ação, mas que inclusive destrói e converte a ação em um mero processo causal desencadeado por um ato voluntário *qualquer* (“ato voluntário”). Desconhece que toda ação é uma *obra* (mais ou menos alcançada), mediante a qual a vontade humana configura, é dizer, dirige o suceder causal. [...] A doutrina da ação causal não pode conseguir, por isso, um conceito social da ação, com um conteúdo determinado; não pode dizer o que é em sentido social uma ação de matar, de apoderar-se de uma coisa, uma coação, uma ação de enganar, etc. Define a ação como um ato voluntário com um processo causal subsequente.¹⁹⁷ (tradução nossa)

Assim, estruturou-se o sistema neoclássico de fato punível, reformulando o conceito de delito com a atribuição de elementos normativos na ação, que passa a ser considerada como um comportamento humano voluntário. De logo, nota-se a diferença com relação ao sistema antecessor, já que, aqui, verifica-se a qualificação volitiva do agir humano. À sua vez, a tipicidade ganha elementos valorativos – como motivo torpe, meio insidioso ou cruel e coisa alheia -, enquanto a antijuridicidade é preenchida pelo significado de dano social. Já a culpabilidade passa a ser tida como reprovabilidade do autor por agir contrário ao dever,

¹⁹⁷“El defecto fundamental de la acción causal consiste en que no sólo desconoce la función absolutamente constitutiva de la voluntad, como factor de dirección para la acción, sino que incluso la destruye y convierte la acción en un mero proceso causal desencadenado por un acto voluntario cualquiera (“acto voluntario”). Desconoce que toda acción es una obra (más o menos lograda), mediante la cual la voluntad humana configura, es decir, dirige el suceder causal. [...] La doctrina de la acción causal no puede conseguir, por ello, un concepto social de la acción, con un contenido determinado; no puede decir qué es en sentido social una acción de matar, de apoderarse de una cosa, una coacción, una acción de engañar, etcétera. Define la acción como un acto voluntario con un proceso causal subsiguiente.” (WELZEL, Hans, **El nuevo sistema del derecho penal** – Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires; Montevideo: B de f, 2004. p. 51 et seq.)

pressupondo-se que este conhecia a ilicitude do fato e podia adotar conduta diversa da que realizou.¹⁹⁸

O que mais releva, no entanto, é registrar que, não obstante o sistema causalista adote uma concepção de culpabilidade (psicológica) que propõe o afastamento da responsabilidade penal objetiva¹⁹⁹, observa-se que o seu conceito de ação, como mera alteração do meio exterior, acaba tendendo a esta forma de responsabilidade.

6.2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA FINALISTA DA AÇÃO

Para o Finalismo, toda ação é dirigida, intencionalmente, para uma finalidade específica. Vale dizer, o ser humano, ao iniciar a modificação do meio externo a ele, prevê os efeitos de sua atividade, planejando o seu comportamento. A grande diferença entre esta doutrina e a teoria causalista centra-se, como se vê, na importância conferida pela primeira à vontade pessoal. Disto se depreende a dissociação - não levada a efeito pelo Causalismo - entre fato natural e ação humana.

Com efeito, Hans Welzel traça a linha divisória entre as perspectivas causal e final da ação, nos termos seguintes:

Dado que a finalidade se baseia na capacidade da vontade de prever, dentro de certos limites, as consequências de sua intervenção no curso causal e de dirigir, por conseguinte, este, conforme um plano, à consecução do fim, a espinha dorsal da ação final é a vontade, consciente do fim, reitora do acontecer causal. Ela é o fator de direção que configura o suceder causal externo e o converte, portanto, em uma ação dirigida finalmente; sem ela ficaria destruída a ação em sua estrutura e seria rebaixada a um processo causal cego. A vontade final, como fator que configura *objetivamente* o acontecer real, pertence, por isso, à ação.²⁰⁰ (tradução nossa)

Ilustrada em célebre metáfora, segundo a qual “a finalidade é vidente, e a causalidade é cega”²⁰¹, a teoria finalista é, então, edificada com foco na dimensão subjetiva da ação. Esta dimensão, a teor das lições de Juarez Cirino dos Santos, compreenderia a proposição da

¹⁹⁸Cf. PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 273.

¹⁹⁹Cf. nota 124.

²⁰⁰“Dado que la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su intervención en el curso causal y de dirigir, por consiguiente, esté, conforme a un plan, a la consecución del fin, la espina dorsal de la acción final es la voluntad, consciente del fin, rectora del acontecer causal. Ella es el factor de dirección que configura el suceder causal externo y lo convierte, por tanto, en una acción dirigida finalmente; sin ella quedaría destruída la acción en su estructura y sería rebajada a un proceso causal ciego. La voluntad final, como factor que configura objetivamente el acontecer real, pertenece, por ello, a la acción.” (WELZEL, Hans, **El nuevo sistema del derecho penal** – Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires; Montevideo: B de f, 2004. p. 42.)

²⁰¹Ibidem, p. 41.

finalidade (dolo direto de primeiro grau), a seleção dos meios para realizar a ação (dolo direto de segundo grau) e a representação dos efeitos colaterais necessários ou possíveis (que abarcaria, além do dolo direto de segundo grau, o dolo eventual e as culpas consciente e inconsciente). Quanto à seleção dos meios para a realização da ação, a crítica mais expressiva indaga sobre a produção de efeitos colaterais não desejados ou, melhor, não representados pelo agente, o que levaria às hipóteses de culpa inconsciente.

As contribuições da concepção finalista da ação, todavia, influenciaram a ciência penal moderna, com grandes inovações na teoria do delito. Sobre o aspecto dogmático, convém apontar a supressão de elementos subjetivos (dolo e culpa) da culpabilidade, passando a integrarem a tipicidade. Assim, todo questionamento a respeito da intencionalidade da ação passou a ser feito no âmbito da conduta típica; a culpabilidade, portanto, esvazia-se daqueles resquícios para dar espaço, apenas, a elementos normativos, como imputabilidade do autor, potencial consciência da ilicitude e possibilidade de conduta diversa. Esta migração permitiu a estruturação da teoria normativa pura da culpabilidade, delineada linhas atrás.

Do ponto de vista filosófico, referida teoria da ação identificou o fundamento psicossomático do conceito de crime, reconhecendo a pessoa como ente capaz de agir, com vontade própria, como ente autônomo, enfim. Luiz Regis Prado, citando Luis Gracia Martín, dá conta da valorização do agente, como pessoa digna, nestes termos:

De logo, é certo que o seu elemento basilar e fundamento maior está assentado exatamente em um valor, ou seja: “O critério valorativo fundamental do respeito à dignidade humana, como um princípio de justiça imanente ao Direito e de validade a priori, imponderável e intangível; este e não a finalidade nem o dolo inserido no tipo, constitui o elemento essencial e o fundamento último do Finalismo”. Dessa concepção do homem como pessoa, capaz de agir, como ser livre e responsável, exsurge a necessária vinculação do Direito ao conceito finalista de ação [...] ²⁰²

Argumenta-se, ainda, em abono do Finalismo, que tal sistema harmoniza-se com a função das normas penais: proibição ou determinação de ação. Conforme o dizer de Hans Welzel, só se pode punir condutas destinadas a uma finalidade, isto é, as normas jurídicas, consistentes em proibições ou determinações, só podem ser endereçadas ao agir final, e não a processo causais cegos. Estas normas, cabe acrescentar, diferenciam-se, justamente, segundo as ações que proíbem ou determinam. ²⁰³

Como dito, indiretamente, linhas acima, a maior crítica dirigida à teoria finalista da ação refere-se à falta de intencionalidade nos crimes culposos e omissivos, o que se relaciona

²⁰²PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p 105.

²⁰³WELZEL, Hans, **El nuevo sistema del derecho penal** – Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires; Montevideo: B de f, 2004. p. 47.

com a seleção dos meios de agir (segundo fator a preencher a dimensão subjetiva da ação). Há autores, no entanto, que discordam deste ponto de vista. Juarez Cirino dos Santos, por exemplo, tece robusta contra-crítica à suposta falta de intenção nos crimes culposos e omissivos, como atesta a transcrição infra:

A ação imprudente é definível como execução defeituosa de uma ação perigosa, ou como execução de uma ação defeituosa [...]: o defeito da ação (final) reside no modo concreto de sua realização, lesivo do cuidado objetivo exigido ou do risco permitido em ações socialmente perigosas, porque o autor confia na evitação de conseqüências sociais indesejáveis, ou simplesmente não pensa nelas. A omissão de ação, ao contrario da ação dolosa [...] ou da ação imprudente [...], deve ser pensada a partir do conceito de ação mandada, como acontecimento social construído pela finalidade de proteger bens jurídicos em situação de perigo: a inexecução da ação mandada por um sujeito capaz de agir para impedir o resultado e proteger o bem jurídico caracteriza a omissão de ação.²⁰⁴

Ao arremate, impende aduzir que a exigência de intencionalidade da ação, como propõe o Finalismo, vai ao encontro de um Direito Penal garantista fundado na responsabilidade subjetiva. O mero executor de uma ordem, como será desenvolvido adiante, pode não ter a intenção de causar dano, embora realize a ação lesiva; o emissor da ordem pode não ter a intenção lesiva ao emití-la. Responsabilizar o executor, apenas porque realizou o ilícito, ou o emissor da ordem, só por tê-la emitido, é pensar com o Causalismo, correndo o risco de responsabilizar objetiva e cegamente.

6.3 OUTRAS TEORIAS DA AÇÃO

Teorias outras surgiram com o desiderato de preencherem as lacunas deixadas pelo Causalismo e pelo Finalismo, amalgamando seus conceitos, como fizeram as teorias social e personalista da ação.²⁰⁵ Outro, que precedeu as teorias causalista e finalista, foi o modelo negativo de ação, conhecido como *modelo da evitabilidade individual*. Fundada no princípio da evitabilidade, esta concepção do agir humano foi elaborada, dentre outros, por Harro Otto e faz parte da teoria da imputação objetiva, tal qual proposta por Günther Jakobs.²⁰⁶ Com base

²⁰⁴SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal** – Parte Geral. 4 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 89.

²⁰⁵Cf. PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 280 et seq.

²⁰⁶Cf. SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos et al. **Um novo sistema do direito penal** – Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. São Paulo: Manole, 2003. p. 82 et seq.

nela, é asseverado que a ação é integrante do tipo, em detrimento de definições ontológicas do conceito de ação.²⁰⁷

Conforme o referido princípio fundador do modelo em comento, um resultado é atribuível a alguém se este não o evitou, quando podia evitá-lo. É notória, então, a semelhança entre esta ideia e a noção de reprovabilidade para o Finalismo; aliás, a aproximação entre o modelo negativo e a teoria finalista da ação está, já, na inclusão desta na categoria da tipicidade.²⁰⁸

Ser ou não evitável é algo que se reveste de normatividade, já que demanda valorações do intérprete, no sentido de bem precisá-lo, o que ressalta o caráter funcionalista do modelo de ação em comento.

A ação é concebida independentemente do agente; ela se resume à conduta que não foi evitada quando poderia tê-lo sido. Este afastamento do indivíduo, por seu turno, expressa a prevenção geral em Günther Jakobs, no sentido da necessidade de restabelecimento da confiança e fidelidade ao Direito, que restaram abaladas pelo cometimento de uma ação evitável. Pune-se em face de um agir contrário à norma, podendo este agir ser evitado.

A ação, convém gizar, é o resultado de uma conduta que poderia ter sido prevenida, mas não o fora; a omissão, em contrapartida, seria a não prevenção (ou não evitamento) de um resultado que se poderia evitar.

Este modelo aproxima-se da inteligência do artigo 2º, da Lei n. 9.605/98, e do artigo 13, do projeto de *Corpus Juris* para a proteção dos interesses financeiros da União Europeia (detalhado adiante), e permite a responsabilização de alguém por condutas omissivas. Acrescente-se que, para que tal responsabilização seja justa, é necessário que o indivíduo pudesse e devesse evitar o resultado.

Existe, ainda, uma teoria da ação significativa que, cunhada a partir de considerações habermasianas sobre o agir comunicativo, a partir da pessoa deliberativa²⁰⁹, amplia o rol de variantes das concepções clássicas de ação. Difundida por Kindhäuser, Vives Antón e Juarez

²⁰⁷Cf. MINAHIM, Maria Auxiliadora; COELHO, Yuri Carneiro. A estrutura ontológica das coisas como recurso garantidor no Direito Penal. In: PRADO, L. R. (Coord.). **Direito penal contemporâneo** – Estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 101-109.

²⁰⁸Cf. PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 275 et seq.

²⁰⁹“O conceito de pessoa deliberativa considera o ser humano como sendo fonte própria de suas ações e manifestações, tanto no sentido causal como num sentido autocrítico, de tal forma que, quando a pessoa usa seu sentido crítico, é possível imputar-lhe uma conduta como sendo própria. Günther considera que esta capacidade converte-se no centro de ação de um sujeito, a tal ponto que a pessoa é reduzida a esta capacidade de utilização do sentido crítico.” (MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade** – O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 262.)

Tavares²¹⁰, aludida teoria sugere que a ação pressupõe o seguimento de uma regra. A ação, aqui, é portadora de um significado atribuído pelos indivíduos, como consenso para garantir a regularidade das relações sociais.²¹¹

Segundo a teoria da ação significativa, o sujeito é considerado capaz de agir se sabe que segue uma regra e sabe explicar o conteúdo desta mesma regra. Neste sentido, cumpre trazer à baila as considerações de Sebastián Borges de Albuquerque Mello. Tratando da culpabilidade no pós-Finalismo alemão, referido autor palmilha o sentido de pessoa deliberativa em Klaus Günther, sublinhando que a imputação de uma ação a alguém pressupõe que este tenha capacidade crítica diante dos seus atos e dos atos de outrem. Assim, em termos literais,

O sujeito, na condição de cidadão, tem o direito e a capacidade deliberativa de criticar o conteúdo das normas, rejeitá-lo e buscar, de acordo com o procedimento democrático, a prevalência dos seus motivos racionais de rejeição. Günther, no entanto, assevera que, em relação ao dever de observância das normas, deve-se examinar a capacidade da pessoa, como destinatária, de ter uma atitude crítica perante suas próprias manifestações e ações, isto é, em relação a seu próprio plano de ação. *Uma eventual lesão normativa somente poderá ser imputada ao sujeito quando esta pessoa tiver capacidade crítica em relação às suas ações e manifestações próprias e alheias. Esta capacidade é o critério geral para a capacidade de imputação da pessoa capaz de direito.*²¹² (grifo nosso)

Feita a análise das teorias da ação que mais importam ao trabalho em curso, cumpre verificar qual ou quais destas serve ou servem de moldura para as condutas individuais praticadas nas grandes empresas, que desaguaram no cometimento de um delito ambiental. A fim de especificar, tomem-se ao exame o comportamento do diretor da pessoa jurídica e o do mero executor da sua decisão.

A ação daquele que, no trato das suas atividades habituais na organização, limita-se a obedecer uma ordem, desde que não incida em erro ou não esteja sob coação, pode ser compreendida como um comportamento final. Neste caso, independente da (i)licitude do mandamento, há no agir do executor uma vontade dirigida a determinada finalidade, que pode

²¹⁰Conforme Luiz Regis Prado, ação “é toda conduta conscientemente orientada em função de um objeto de referência e materializada tipicamente como expressão da prática humano-social”. (PRADO, Luiz Regis, **Curso de direito penal brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 283.)

²¹¹“Ação e movimento são conceitos diversos. A primeira expressa um sentido (=conforme uma regra), o segundo depende da causalidade (=nexo causal). Desse modo, a ação deve ser objeto de interpretação, conforme o sentido de que é portadora. Tanto a ação como a omissão se compõem de movimento corporal, sentido e interpretação.” (Ibidem, loc. cit.)

²¹²MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade** – O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 264.

ou não coincidir com o objetivo do indivíduo de quem partira a ordem. Tem aquele liberdade na canalização de energias para a consecução de sua vontade final.

O fato de se caracterizar como ação final o comportamento do aludido empregado, no entanto, não afasta a necessidade de se sondar a respeito do nexo de subjetividade entre sua conduta e o dano provocado por ela, do qual depende a sua responsabilização, conforme prega o Direito Penal da culpabilidade.

Também, a “ação” do diretor, aqui entendido como autor mediato do delito mencionado, pode ser compreendida como um comportamento dirigido livremente a dada finalidade. Ao emitir aos seus subordinados uma ordem (lícita ou não), o sujeito almeja um objetivo anteriormente planejado - apesar de condicionado à atuação de outras pessoas -, independentemente do cumprimento da sua decisão.

Por outro lado, a imputação do crime ao subordinado não pode fundamentar-se, unicamente, no fato de ter este, com sua conduta, dado ensejo à modificação do exterior. Aceitá-lo é homenagear a ultrapassada concepção causalista de ação, que, ao admitir responsabilizações “às cegas”, não respeita o indivíduo em sua dignidade de pessoa. Diga-se o mesmo para a imputação do delito cometido pelo mero executor ao seu superior, fundada, apenas, na função exercida por este último na entidade.

Então, num Estado que se pretenda Social e Democrático de Direito, não convém pensar os referidos comportamentos com a mentalidade do Causalismo, sob pena de abrir espaço para a responsabilidade penal objetiva, em obediência a um Direito Penal antigarantista.

Tal não se daria, acaso compreendidas as condutas dos indivíduos em análise enquanto portadoras de um significado no trato em que se manifestam, como propõe a teoria da ação significativa. Aqui, como restou registrado, a capacidade de ação só se perfaz se o sujeito sabe que segue uma regra e tem pleno conhecimento do conteúdo desta mesma regra; noutro dizer, e considerada a realidade das grandes empresas, o crime cometido em seus limites pode ser imputado ao executor ou ao diretor, somente se estes têm consciência crítica a respeito das suas manifestações e daquelas ao seu entorno.

Não tendo a referida consciência, afasta-se a culpabilidade por falta de capacidade de entendimento do ilícito (imputabilidade), o que não oferece maiores dificuldades ao Direito Penal no caso em estudo. Paradoxalmente, havendo o entendimento crítico a respeito da própria conduta e da dos demais, cabe indagar da existência de dolo ou culpa, a fim de que eventual responsabilidade penal incida de forma subjetiva, sem as limitações da pura causalidade.

Apesar das profundas divergências entre as teorias da ação aqui examinadas, não é dado olvidar que, em todas, esta categoria dogmática pressupõe a imputação, como atribuição de determinado resultado a alguém que adotou uma conduta indevida ou deixou de adotar a conduta imposta. A imputação é, como bem demonstrado por Paul Ricoeur²¹³, a base para a responsabilização do indivíduo, em face de um dado comportamento, razão pela qual se faz útil debruçar-se sobre os critérios que o Direito, aqui e em outros países, adota para imputar, individualmente, crimes cometidos a partir de pessoas jurídicas, mais especificamente as de maior complexidade.

²¹³ RICOEUR, Paul. **O justo**: a justiça como regra moral e como instituição. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins fontes, 2008, passim.

7 CRITÉRIOS DE IMPUTAÇÃO NO DIREITO NACIONAL E ESTRANGEIRO

O presente capítulo é dedicado à análise dos critérios mais utilizados em Direito Penal, para o alcance da pessoa física a ser responsabilizada pelo cometimento de crime ambiental de cunho societário. Desde já, convém reforçar que a análise que se seguirá poderia referir-se aos diversos sub-ramos do Direito Penal, sempre que se toca na criminalidade empresarial. Não obstante, razões metodológicas, aliadas à relevância do tema, apontam para um recorte que privilegia o Direito Penal do Ambiente.

Em abono desta escolha, impende observar que

[...] a fenomenalidade criminal que hoje se pode surpreender a partir da empresa não fica circunscrita à criminalidade econômica, mesmo que a perspectivemos da forma mais ampla. Em termos de ressonância ética e de desvalor social, é fácil, dentro desta perspectiva, apercebermo-nos da importância de que se revestem os *ataques ao meio ambiente* ou as violações às regras de segurança para com os trabalhadores.²¹⁴ (grifo nosso)

É de todo salutar, outrossim, registrar o pensamento dedutivo de Jesús-María Silva Sánchez, centralizando o problema da criminalidade empresarial nos critérios de imputação de pessoas físicas. Adotando uma visão funcionalizada de Direito Penal, orientado pelas necessidades de prevenção de crimes, este autor assim vaticina:

[...] o problema central do tratamento jurídico-penal da criminalidade de empresa segue sendo o da imputação do fato delitivo a sujeitos individuais. A este respeito, é preciso dispor de estruturas de imputação que, sem sair do marco ontológico, resolvam satisfatoriamente o problema político-criminal apresentado. Isto requer, por um lado, que tais estruturas sejam aptas para a atribuição do fato aos verdadeiros responsáveis (em sentido criminológico) deste, por cima das aparências expressadas na execução material do mesmo; isto as fará conformes com as necessidades preventivas. Sem embargo, por outro lado, devem evitar estabelecer formas de responsabilidade objetiva, a fim de mostrar-se conformes com as exigências garantísticas do Direito Penal.²¹⁵ (tradução nossa)

²¹⁴Cf. COSTA apud BRAVO, Jorge dos Reis. Critérios de imputação jurídico-penal de entes colectivos (elementos para uma dogmática alternativa da responsabilidade penal de entes colectivos). **Revista portuguesa de ciência criminal**, Lisboa, n. 2, ano 13, abr.-jun., 2003. p. 244.

²¹⁵“[...] *el problema central del tratamiento jurídico-penal de la criminalidad de empresa sigue siendo el de la imputación del hecho delictivo a sujetos individuales. A este respecto, es preciso disponer de estructuras de imputación que, sin desbordar el marco ontológico, resuelvan satisfactoriamente el problema político-criminal planteado. Ello requiere, por un lado, que tales estructuras sean aptas para la atribución del hecho a los verdaderos responsables (en sentido criminológico) de éste, por encima de las apariencias expresadas en la ejecución material del mismo; ello las hará conformes con las necesidades preventivas. Sin embargo, por otro lado, deben evitar establecer formas de responsabilidad objetiva, a fin de mostrarse conformes con las exigencias garantísticas del Derecho penal.*” [SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Responsabilidad penal de las empresas y de sus organos en derecho español. In: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 76.]

Preliminarmente, serão examinados os métodos propriamente ditos de que se valem a legislação, a doutrina e a jurisprudência estrangeiras e nacionais para individualizar condutas, na prática de crimes ambientais societários. Para tanto, será mister abordar, ainda que perfunctoriamente, a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, por trazer considerável problemática atinente à identificação de pessoas físicas no aludido contexto.

Vale advertir que não é propósito deste trabalho a discussão acerca da possibilidade ou não de pessoas coletivas cometerem crimes e, por conseguinte, responderem por isto. Esta análise terá como desiderato, apenas, servir de cenário para o detalhamento das querelas oriundas da dificuldade de imputação individual do delito.

Em seguida, serão apresentados os problemas decorrentes dos critérios eleitos pelo Direito para a multicitada finalidade, no que tange à sua eficácia. O primeiro deles é pertinente à própria estrutura da pessoa coletiva, o que, conforme se verá, pode inviabilizar a padronização dos métodos utilizados para responsabilizar penalmente a pessoa física. Assim, por exemplo, o comportamento de um critério na sociedade de fato pode não ser o mesmo no âmbito de uma multinacional.

Outro dilema que merecerá dedicação refere-se à (in)constância dos aludidos critérios de imputação, quando se alteram os sujeitos envolvidos. Haverá de ser analisado o grau de responsabilidade do autor imediato no fato que violou o equilíbrio meioambiental; é dizer, cumprirá verificar como incide o Direito Penal do Ambiente sobre o mero executor da ordem, o qual deu vazão, materialmente, ao desencadeamento de atos que resultaram no crime ambiental.

Demais disto, serão focados os órgãos gestores da empresa. Neste passo, abordar-se-á como identificar qual ou quais dos administradores e sócios deve(m) responder pelo ilícito que partiu da organização, caso apresente-se a necessidade de responsabilizá-los.

Por fim, o capítulo correlacionará os mencionados critérios de imputação com os influxos do Garantismo Penal, como concepção sintonizada com o Estado Social e Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana. Com base neste cotejo, serão expostas as consequências indesejáveis para um Direito Penal constitucionalizado, geradas por aqueles métodos de responsabilização, dentre as quais a própria responsabilidade penal objetiva e a instrumentalização do indivíduo.

7.1 EXPRESSÕES DA CRIMINALIDADE EMPRESARIAL

Disse-se que um dos desafios do Direito Penal contemporâneo está no enfrentamento de novas formas delitivas. A figura do delinquente uno, antes nitidamente delineada, cede lugar às organizações criminosas, cuja constituição, mais e mais complexa, dribla as instâncias públicas da persecução penal. Cuida-se de característica do mundo globalizado, onde a autoria delitiva resta camuflada numa intrincada teia de relações humanas, dado desconhecido pelo *jus puniendi* de perfil clássico.²¹⁶

Também, foi dito que, como fruto destas novas formas de delinquir e, antes mesmo, como resultado do tipo de vida das sociedades pós-industriais, apresenta-se a preocupação com a tutela de bens jurídicos de caráter metaindividual, devido às dimensões dos riscos que pesam sobre eles. É neste estado de coisas que se passa a criminalizar condutas lesivas ao meio ambiente, como bem que transcende o indivíduo e diz respeito a toda a coletividade.²¹⁷

Pode-se objetar que a prática de um delito ambiental por uma pessoa física determinada ou, mesmo, por uma quadrilha que atua em certa localidade não consiste, exatamente, em novo desafio para o Direito Penal clássico. É que, apesar da natureza difusa do bem jurídico-penal em tela, a autoria da aludida conduta é passível de determinação. Assim, as categorias tradicionais do direito de punir amoldam-se às nuances do caso prático, sem sofrerem alterações significativas.

O problema surge quando da perpetração do crime a partir de empresas. Aqui, além das dificuldades inerentes ao caráter supraindividual do bem jurídico, expõe-se o dilema quanto à individuação do autor do fato. E as agressões mais significativas ao meio ambiente, segundo se vivenciou nas últimas décadas, têm partido de atividades de indústria e comércio, como exigência do liberalismo econômico. Grandes empresas, no afã de alcançarem elevados padrões de produtividade e, assim, aumentarem seus lucros, acabam por comprometerem o equilíbrio do meio em que estão instaladas, com reflexos para outras regiões.

No dizer de Luis Gracia Martín,

Decisivo é que um desenvolvimento prático completo da atividade imediata que se surge em torno de tais bens jurídicos é dificilmente realizável por um indivíduo particular. Muito além, tem que entrar em cena a empresa econômica e, segundo o setor, a empresa econômica de grandes dimensões. Por outra parte, não poucos dos bens jurídicos econômicos são inimagináveis à margem da própria atividade de empresa econômica, de modo que só a

²¹⁶Cf. SANTOS, Gérson Pereira dos. **Direito penal econômico**. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 40.

²¹⁷Cf. SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela penal dos interesses difusos**. São Paulo: Atlas, 2000, passim.

partir de uma atuação de empresa podem ser lesionados, postos em perigo ou, pelo contrário, respeitados e fomentados.²¹⁸ (tradução nossa)

A propósito, Faria Costa, citado por Jorge dos Reis Bravo, pontifica que

[...] se o não cumprimento das regras de segurança, por parte da empresa, constitui, evidentemente, um facto desencadeador de uma criminalidade cujo centro de imputação se tem de ir buscar à estrutura organizatória da própria empresa, pesquisando as cadeias de responsabilidade, ou se tem de imputar, *in toto*, à própria empresa, *é também indiscutível e de meridiana transparência que os mais profundos e violentos ataques ao meio ambiente são perpetrados, não pelas pessoas singulares, mas sim pelas pessoas colectivas (expressão jurídica das empresa).*²¹⁹ (grifo nosso)

Na mesma linha de raciocínio, seguem as pontuações de Bernardo Feijóo Sánchez. Tratando de questões básicas sobre a responsabilidade penal de entes coletivos em geral, o autor constata que

Existem, em maior, bens jurídicos como o meio ambiente que sofrem os ataques mais graves e intensos em relação à atividade de empresas e não por atuações que se devam interpretar como estritamente individuais. Não é uma casualidade que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas tenha sua primeira expressão no ordenamento jurídico brasileiro mediante uma Lei de Crimes ambientais. O meio ambiente se vê mais em perigo por atividades coletivas que por atuações individuais.²²⁰(tradução nossa)

Muito se argumenta, em oposição à imputação de crime a pessoas fictícias, que estas não podem delinquir – *societas delinquere non potest* – e, portanto, não se podem submeter a uma sanção penal, não são dotadas de imputabilidade, em suma. Este argumento encontra-se enraizado no princípio penal da responsabilidade pessoal, que exige que a responsabilidade

²¹⁸“Decisivo es que un desarrollo práctico completo de la actividad inmediata que se desarrolla en torno a tales bienes jurídicos es difícilmente realizable por un individuo particular. Más bien tiene que entrar en escena la empresa económica y, según el sector, la empresa económica de grandes dimensiones. Por otra parte, no pocos de los bienes jurídicos económicos son inimaginables al margen de la propia actividad de empresa económica, de modo que sólo a partir de una actuación de empresa pueden ser lesionados, puestos en peligro o, por el contrario, respetados y fomentados.” [GRACIA MARTÍN, Luis. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 102.]

²¹⁹COSTA, apud BRAVO, Jorge dos Reis. Critérios de imputação jurídico-penal de entes coletivos (elementos para uma dogmática alternativa da responsabilidade penal de entes coletivos). **Revista portuguesa de ciência criminal**, Lisboa, n. 2, ano 13, abr.-jun., 2003. p. 244-245.

²²⁰“Existen, a mayores, bienes jurídicos como el medio ambiente que sufren los ataques más graves e intensos en relación a la actividad de empresas y no por actuaciones que se deban interpretar como estrictamente individuales. No es una casualidad que la responsabilidad penal de las personas jurídicas tenga su primera plasmación en el ordenamiento jurídico brasileño mediante una Lei de Crimes ambientais. El medio ambiente se ve más en peligro por actividades colectivas que por actuaciones individuales.” (FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo J. Cuestiones Básicas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de otras personas morales y de agrupaciones y asociaciones de personas. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, n.27, 1999. p. 22-23.)

pela prática do delito recaia sobre seres humanos, isoladamente considerados, e não em organizações de indivíduos, desprovidas que são da capacidade de culpabilidade.²²¹

A par da dificuldade de responsabilizar criminalmente entes coletivos, em face do princípio penal mencionado, há o dilema quanto à individualização das pessoas físicas que responderão ao lado da sociedade, no caso de concurso de agentes ou, ainda, quando seja pacífica a não participação da empresa na conduta criminosa de um dos seus prepostos.

Klaus Tiedemann, sobre o ponto, chega a afirmar que

Se, à exceção dos delitos especiais, cada pessoa física que realiza a ação ou a omissão descrita na lei penal pode ser castigada como autora, então são necessários critérios adicionais para saber qual deles pode comprometer a responsabilidade da pessoa moral que chegaria a ser de alguma forma coautora.²²²(tradução nossa)

Percy Raphael García Cavero²²³ refere-se a duas espécies de criminalidade empresarial, que se distinguem quanto ao grau de envolvimento da pessoa jurídica no fato, quais sejam a criminalidade *desde* a empresa e a criminalidade *a partir* da empresa. A primeira lida com a prática de delitos em nome e no interesse da organização, enquanto que a última considera a mera ocorrência de ilícito penal no âmbito da entidade, sem que esta seja, necessariamente, favorecida pelo evento.²²⁴

Poder-se-ia aludir, como ilustração da primeira espécie, à hipótese de poluição de mananciais, devido à falta de tratamento adequado no sistema de descarte de resíduos tóxicos, e, também, à extração de vegetais, alheia a quaisquer preocupações atinentes ao reflorestamento ou às regulamentações dos órgãos competentes.

Para exemplificar a segunda espécie de criminalidade, citem-se os casos em que a empresa é vítima dos seus próprios órgãos, como a gestão fraudulenta e a fraude nas

²²¹Cf. SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela penal do meio ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 94 et seq.

²²²“Si con la excepción de los delitos especiales, cada persona física que realiza la acción o la omisión descrita por la ley penal puede ser castigado como autor, entonces son necesarios criterios adicionales para saber qué es lo que puede comprometer la responsabilidad de la persona moral que llegaría a ser de alguna forma coautora.” (TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n.11, 1995. p. 33.)

²²³GARCÍA CAVERO, Percy Raphael. **La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999, passim.

²²⁴Rodrigo de Grandis, lastreado em Schünemann, por sua vez, distingue criminalidade *de* empresa e criminalidade *na* empresa, alegando que “A primeira diz respeito aos fatos criminosos praticados no interesse da empresa como sujeito que participa do sistema econômico; a segunda significa tão somente os crimes que são praticados no interior da empresa por alguns de seus órgãos, uns contra os outros ou deles contra a própria pessoa jurídica. O que interessa aqui é estabelecer a *criminalidade na empresa*.” [GRANDIS, Rodrigo de. A responsabilidade penal dos dirigentes dos delitos empresariais. In: SOUZA, A. de B. G. (Org.) **Inovações no direito penal econômico** – Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011. p. 339.]

inscrições contábeis. Também, pode ser mencionada a hipótese de desmatamento provocado por agente que desrespeitou ordens expressas da organização.

Faria Costa, por seu turno, dá conta de quatro tipos de criminalidade econômica envolvendo pessoas jurídicas; segundo ele, há uma criminalidade que se desenvolve à margem da empresa, uma que ocorre dentro e contra o próprio ente, outra levada a cabo por pessoas da empresa contra outras pessoas da empresa e, por fim, a criminalidade que se projeta a partir da empresa.²²⁵

Sem desprezar o segundo tipo de forma delitiva, é naquela última hipótese que se expressa, com maior vivacidade, o tema em desenvolvimento no presente estudo. De fato, quando se considera a ocorrência de crimes que se projetam a partir de empresas, fica estabelecido o conflito entre interesses da sociedade – mais especificamente a proteção do bem jurídico lesionado e o combate à impunidade – e das pessoas físicas que compõem os quadros da empresa de onde partiu a atividade lesiva, amparadas que estão pelo princípio penal da culpabilidade, segundo uma concepção garantista de poder de punir voltada aos reclames de um Estado fundado na dignidade humana.

O que se depreende, das observações feitas pelos referidos autores, é que existem diversas formas delitivas envolvendo pessoas jurídicas, o que, inevitavelmente, reflete-se na questão proposta neste trabalho, já que aquelas pessoas nada mais são que a reunião de pessoas reais – abstraindo-se das fundações, compostas por patrimônio. O que se quer dizer é que, ainda que considerada a criminalidade em nome da empresa, isto acarretará, indiretamente ou não, o alcance dos seus órgãos, administradores ou prepostos em geral.

7.2 RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Partindo deste raciocínio, ancora-se na necessidade de tecer breves considerações sobre a possibilidade de submissão da pessoa jurídica à sanção penal. É que, a depender do entendimento que se adote, os indivíduos que compõem o ente coletivo poderão ficar impunes ou, caso haja sua responsabilização, ser atingidos de formas diferentes.

²²⁵COSTA, apud BRAVO, Jorge dos Reis. Critérios de imputação jurídico-penal de entes colectivos (elementos para uma dogmática alternativa da responsabilidade penal de entes colectivos). **Revista portuguesa de ciência criminal**, Lisboa, n. 2, ano 13, abr.-jun., 2003. p. 221.

7.2.1 Teoria da realidade

No centro da problemática referente aos crimes societários e, com maior detença, à criminalidade meioambiental, surgiram duas correntes doutrinárias, segregadas quanto à viabilidade de uma responsabilidade criminal da empresa. Para os adeptos da *teoria da realidade*, capitaneados por Gierke, por constituir-se em uma entidade distinta dos seus componentes, a pessoa jurídica pode, sim, cometer delitos e, por conseguinte, responder por eles. É esta a ideia-base da aludida teoria.²²⁶

Outros argumentos ajuntaram-se a este, convergindo para a admissão da responsabilidade penal de pessoas coletivas. Uma das justificativas para tanto parte do contexto socioeconômico, instalado a partir do final do século XIX, que fomentou a intensificação do processo de globalização. Diz-se que, neste panorama, surgiram as formas delitivas a partir de empresas, o que se extrema com a constituição de entidades voltadas, exclusivamente, para o cometimento de infrações penais, consistindo-se em verdadeiras organizações criminosas.²²⁷

Comenta-se, ademais, que, se pessoas fictícias podem admitir, demitir, indenizar, contratar, etc., também podem delinquir; e se é possível que cometam crimes, devem (porque podem) ser punidas com a respectiva reprimenda. A tais argumentos soma-se a ideia de que *pena* não se restringe à prisão, espécie mais expressiva das sanções penais, podendo recair, por exemplo, em prestação pecuniária, proibição de contratar com o Poder Público e suspensão temporária das atividades.²²⁸

Consectário lógico da teoria da realidade é a não responsabilização dos sócios e outras pessoas físicas, em razão do fato cometido em nome da empresa. Ora, se a entidade fictícia detém autonomia perante os seus componentes e, portanto, revela-se em realidade deles desgarrada, responde por suas atividades. E, se não há participação, ao menos, de pessoas

²²⁶Cf. TIEDEMANN, Klaus. Exigencias fundamentales de la parte general y propuesta legislativa para un derecho penal europeo. **Revista penal**, Huelva, n. 3, 1999. p. 86.

²²⁷Cf. o teor do artigo 24, da Lei n. 9.605/98: “A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.”

²²⁸Cf. TIEDEMAN, op. cit., loc. cit. Em recuo no texto do mesmo diploma infraconstitucional, observa-se: “Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são:

I - multa;

II - restritivas de direitos;

III - prestação de serviços à comunidade.”

físicas no delito perpetrado, estas não são diretamente reprimidas, em qualquer dos ramos do Direito, inclusive na esfera penal.

Até aqui, não se vislumbram ofensas aos direitos dos indivíduos por trás da pessoa coletiva, pois, constatada a materialidade de infração penal a partir dela e em seu interesse, a consequente responsabilidade recairia, em tese, sobre a organização, deixando isentas de imputação as pessoas físicas dela integrantes.

Segundo a teoria comentada, o autor imediato do delito praticado em benefício da empresa, bem como seus superiores, restariam imunes ao Poder Público de punir, em face da responsabilização direta da entidade beneficiada. Sem ter a pretensão de pormenorizar, convém destacar o impedimento do *bis in idem*, como um dos aspectos positivos da construção doutrinária sustentada por Gierke.

7.2.3 Teoria da ficção

Não obstante, a teoria da realidade não reinou absoluta, haja vista que, contrariando sua tese central, elaborou-se a *teoria da ficção*, entendendo a pessoa jurídica como mera criação de indivíduos e, portanto, a estes vinculada. Savigny figura como principal expoente desta teoria que, como a sua antagonista, transcende o Direito Penal, sendo doutrina de Direito.

Os adeptos da teoria da ficção definem a pessoa coletiva como uma mera criação dos seus componentes, reconhecida pelo Direito para exercerem as atividades a ela inerentes. Não se trata, portanto, de realidade desgarrada dos seus criadores, mas de abstração destinada à melhor consecução dos interesses conjugados. Então, a expressão *interesse da empresa*, segundo a teoria da ficção, revelar-se-ia imprópria, na medida em que, se interesse há, só pode ser das pessoas físicas que conferem existência, que animam, enfim, a entidade.²²⁹

No que concerne à prática de crimes no âmbito da empresa, à luz da corrente doutrinária *sub examine*, também seria inapropriado falar em *responsabilidade penal da pessoa jurídica*, valendo-se, para tal constatação, de diversos argumentos que, ao fim e ao cabo, convergem para a parêmia *societas delinquere non potest*. São objeções que partem das categorias clássicas do delito, denunciando a imiscibilidade entre estas e a construção proposta pelos realistas – *societas delinquere potest*.

²²⁹Cf. PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 119 e 212.

Nesta toada, diz-se que a pessoa fictícia não detém capacidade de ação; considerando-se as concepções finalistas, que remodelaram a dogmática penal moderna, assevera-se que o ente coletivo é desprovido da capacidade de realizar condutas dirigidas a determinada finalidade. Outrossim, não se concebe culpabilidade, senão em face de pessoas físicas.²³⁰

Como somente seres humanos podem entender o caráter ilícito dos seus atos e, assim, como só eles são capazes de autodeterminação neste sentido, pessoas jurídicas não seriam imputáveis. Restando comprometida a capacidade de entendimento, dificulta-se a configuração da potencial consciência da ilicitude e, por conseguinte, a possibilidade de adotar conduta diversa da perpetrada.

Após sondagem destes obstáculos, Luiz Regis Prado registra que, apesar de a infração criminal ter-se efetivado em nome e no interesse da empresa, não se pode responsabilizá-la penalmente, mas, sim, às pessoas naturais encobertas pela realidade coletiva. Neste sentido, aduz que “Os delitos que podem ser imputados à pessoa jurídica são praticados sempre por seus membros ou diretores, isto é, por pessoas naturais, e pouco importa que o interesse da corporação tenha servido de motivo ou de fim para o delito.”²³¹

E o reforço desta forma de pensar fica exposto no excerto seguinte, quando o autor assevera que “O que se encarece, nesse passo, é que seja utilizada a lei penal para a efetiva punição das pessoas físicas (v.g., presidentes, diretores, gerentes) que se ocultam atrás das pessoas jurídicas e se utilizam de seu poder como instrumento para a prática delitiva.”²³²

Paulo de Souza Queiroz, perfilando caminhos garantistas, amplia a corrente dos defensores da teoria da ficção, asseverando que uma suposta responsabilização penal da pessoa jurídica, além de encontrar óbices na dogmática penal²³³, enfrenta dificuldades

²³⁰PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 119 e 212.

²³¹Mais adiante, o autor anota que “[...] os efeitos jurídicos imputados à pessoa coletiva são aqueles decorrentes da conduta de seu representante, sendo sua atividade unicamente uma atividade juridicamente imputada. É dizer: não se trata de uma autoria da própria pessoa jurídica.” E o raciocínio é complementado em parágrafo subsequente: “Além disso, como bem se sustenta, a especificidade própria da norma penal, de cunho imperativo – fundada em modais deônticos (obrigatório/proibido/permitido) – implica em que só a pessoa natural possa ser seu destinatário.” (sic). (Ibidem, loc. cit.)

²³²Cf. PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 136.

²³³[...] Dogmaticamente, porque estruturado e destinado a reger a vontade humana (a pessoa física) e suas motivações, exclusivamente, o direito penal, ao menos como ainda hoje o conhecemos, é de todo incompatível com esta pretendida responsabilidade, de sorte que, penalmente, a pessoa jurídica não pode ser sujeito ativo de uma ação, que seja típica, antijurídica e culpável. Não sem razão, tem-se afirmado que praticamente todas propostas de fundamentar a imputação penal à pessoa jurídica são superficiais.” (QUEIROZ, Paulo de Souza. **Crítica à “responsabilidade penal” da pessoa jurídica**. Disponível em <<http://pauloqueiroz.net/critica-a-e2%80%9cresponsabilidade-penal%e2%80%9d-da-pessoa-juridica/>>. Acesso em: 04 set. 2011.)

político-criminais. Criticando o artigo 3º, da Lei n. 9.605/98²³⁴, o autor, respaldado pelas lições de Schünemann e Gracia Martín, aponta para a sua inconstitucionalidade, tendo em vista que, ao referir a uma responsabilidade penal da empresa, acaba por afastar-se dos parâmetros da proporcionalidade.

Segundo Queiroz, a inovação trazida pela Lei de 1998 é político-criminalmente inconstitucional

[...] porque semelhante dispositivo viola o princípio da proporcionalidade, uma vez que, tendo em vista os fins preventivos gerais e especiais da pena, tal responsabilidade é, a um tempo, desnecessária, inadequada e desproporcional (em sentido estrito). Primeiro, porque as sanções administrativas já existentes são, sem dúvida, bastantes para debelar os atos abusivos praticados por empresas. Se compararmos, aliás, a resposta prevista nos artigos que tratam das “sanções penais” e administrativas, verificar-se-á que são, essencialmente, as mesmas, a revelar um bis in idem manifesto.²³⁵

Juarez Cirino dos Santos critica, veementemente, quem sustenta que, com o advento da Lei n. 9.605/98, consagrou-se, no ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Para ele, justamente por falta de adequação às categorias dogmáticas do Direito Penal clássico, tal construção encerra clara impropriedade. Para exemplificar, quando critica o *modelo analógico de culpabilidade*, proposto por Klaus Tiedemann para pessoas coletivas, o penalista considera tratar-se (tal modelo) de “pura ficção”.²³⁶

²³⁴“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.”

²³⁵QUEIROZ, Paulo de Souza. **Crítica à “responsabilidade penal” da pessoa jurídica**. Disponível em <<http://pauloqueiroz.net/critica-a-%e2%80%9cresponsabilidade-penal%e2%80%9d-da-pessoa-juridica/>>. Acesso em: 04 set. 2011.

²³⁶“[...] afinal, os *defeitos* ou *falhas* de organização, que fundamentariam a *culpabilidade de empresa*, não seriam atribuíveis à pessoa jurídica (como pretende o modelo), mas às pessoas físicas dirigentes desta. Em conclusão: o conceito de culpabilidade é incompatível com o conceito de pessoa jurídica.” Para o autor, referida construção consiste em uma afronta aos princípios penais da legalidade (em suas fórmulas *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege*), da personalidade da pena, da punibilidade e da culpabilidade. Quanto a este último cânone, pontifica que a pessoa jurídica não detém capacidade penal, uma vez que é entidade incorpórea, que a consciência do injusto e da punibilidade do fato só pode existir no aparelho psíquico de pessoas físicas e que as situações de exculpação não se aplicam às pessoas fictícias, por serem imunes a fatores que influenciam a capacidade de agir conforme o Direito. (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal** – Parte Geral. 4 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 441-445.)

7.3 ESFORÇO DOUTRINÁRIO EM FAVOR DA RESPONSABILIZAÇÃO INDIVIDUAL NOS CRIMES SOCIETÁRIOS

A questão assume grande relevância no presente trabalho, na medida em que apresenta argumentos favoráveis à responsabilização de pessoas físicas, em função de crimes cometidos no seio de pessoas coletivas; notório é o esforço doutrinário, plasmado na já referida teoria da ficção, que converge para este sentido. Neste ponto, são ilustrativas as observações de Jesús-María Silva Sánchez, sobretudo se se considera que o autor parte da função de prevenção geral da pena para pontificar que

O certo é, sem embargo, que, na atualidade, o mais comum nas grandes empresas é que se haja produzido uma dissociação entre as esferas da propriedade e do controle (a chamada “aristocratização”); e, nas pequenas empresas, que todos os indivíduos titulares destas desempenhem também funções de controle das mesmas. Isto significa que as alusões a uma suposta vontade coletiva não fazem senão esconder que, na realidade, é a vontade de pessoas individuais concretas – as que realmente controlam – a que rege os destinos da sociedade e, eventualmente, dá lugar à comissão de delitos. A estas pessoas individuais – não ao escudo que as protege – é a quem prioritariamente deve dirigir-se a intervenção jurídico-penal, com penas privativas de liberdade eficazes.²³⁷ (tradução nossa)

Percy Raphael García Cavero é dos que acolhem e difundem os argumentos da teoria da ficção, para se posicionar contrariamente à imputação de crimes a pessoas coletivas. Discordando da ideia de que as pessoas físicas são meros órgãos componentes da entidade, o mencionado autor, em linhas habermasianas, concebe-as como verdadeiros agentes responsáveis pelas atividades realizadas em nome da organização, que travam com esta relações comunicacionais, enquanto expressão de atribuições internas da empresa.

Seu pensamento, a respeito da temática em apreço, fica sintetizado no excerto a seguir:

Os critérios de imputação de responsabilidade tradicionais não podem operar com êxito nas complexas estruturas empresariais. Justamente o erro está em haver pretendido aplicá-los sem ter em conta a mecânica de funcionamento

²³⁷ “Lo cierto es, sin embargo, que, en la actualidad, lo más común en las grandes empresas es que se haya producido una disociación entre las esferas de la propiedad y el control (la llamada “aristocratización”); y, en las pequeñas empresas, que todos los individuos titulares de ésta desempeñen también funciones de control de la misma. Ello significa que las alusiones a una supuesta voluntad colectiva no hacen sino esconder que, en realidad, es la voluntad de concretas personas individuales – las que realmente controlan – la que rige los destinos de la sociedad y eventualmente, da lugar a la comisión de delitos. A estas personas individuales – y no al caparazón que las protege – es a quienes prioritariamente debe dirigirse la intervención jurídico-penal, con penas privativas de libertad eficaces.” Mais adiante, o autor manifesta entendimento favorável ao *ne bis in idem* – ponto que será abordado oportunamente –, bem como à noção de proporcionalidade, quando aduz ser suficiente a punição de pessoas físicas, com o que não caberia punir entes coletivos; em outros termos, posiciona-se no sentido de que, se a pessoa física é punida, não há necessidade de sancionar a pessoa jurídica. [SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Responsabilidad penal de las empresas y de sus organos en derecho español. In: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 73.]

da unidade empresarial. Neste sentido, é fundamental recordar que, como se tem indicado constantemente ao largo do desenvolvimento deste trabalho, os sujeitos individuais – sistemas psíquicos independentes – não são quem forma parte da estrutura da empresa, mas suas atuações (comunicações), enquanto expressão de uma função interna na empresa. Se a responsabilidade penal recai sobre os sujeitos individuais que participam no desenvolvimento interno da empresa, a imputação de responsabilidade não há de fazer-se com base na perspectiva holística de considerar os órgãos da empresa partes da organização, mas em função de reconhecer que os sujeitos individuais e o sistema empresarial são sistemas diferenciados que se encontram relacionados por um vínculo intersistêmico: a função.²³⁸ (tradução nossa)

Foi, então, com base em tal forma de compreender, que a doutrina penal indicou as pessoas físicas integrantes da empresa como os verdadeiros responsáveis pelos ilícitos oriundos das suas atividades. Cuida-se de estratégia importada do Direito Civil e Mercantil, consistente na desconsideração da existência da entidade, a fim de alcançar seus constituintes, como forma de, perante as dificuldades postas pela dogmática penal tradicional, evitar a impunidade de crimes praticados no seio de aglomerações empresariais, desafio que se impõe ao Direito Penal contemporâneo.

Diz-se, portanto, que referida estratégia justifica-se pela necessidade de punição que decorre da prática de delitos na empresa, o que fica inviabilizado quando se depara com a inexistência de vontade de ação final – e, portanto de uma culpabilidade de vontade – em pessoas fictícias. O fundamento da desconsideração da pessoa jurídica, conforme entendimento doutrinário em bases político-criminais, também radica no fato de que pessoas físicas, almejando a impunidade de seus crimes, escondem-se por trás da entidade cujos quadros integram.²³⁹

²³⁸“Los criterios de imputación de responsabilidad tradicionales no pueden operar con éxito en las complejas estructuras empresariales. Justamente el error está en haber pretendido aplicarlos sin tener en cuenta la mecánica de funcionamiento de la unidad empresarial. En este sentido, es fundamental recordar que, como se ha indicado constantemente a lo largo del desarrollo de este trabajo, los sujetos individuales – sistemas psíquicos independientes – no son quienes forman parte de la estructura de la empresa, sino sus actuaciones (comunicaciones), en cuanto expresión de un rol interno en la empresa. Si la responsabilidad penal recae sobre los sujetos individuales que participan en el desarrollo interno de la empresa, la imputación de responsabilidad no ha de hacerse con base en la perspectiva holística de considerar a los órganos de la empresa partes de la organización, sino en función de reconocer que los sujetos individuales y el sistema empresarial son sistemas diferenciados que se encuentran relacionados por un vínculo intersistêmico: el rol” (GARCÍA CAVERO, Percy Raphael. **La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación.** Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999. p. 81-82.)

²³⁹Ibidem, p. 141. De modo similar é o entendimento de Luiz Regis Prado: “O que se encarece, nesse passo, é que seja utilizada a lei penal para a efetiva punição das pessoas físicas (v.g., diretores) que se ocultam atrás das pessoas jurídicas e se utilizam de seu poder como instrumento para a prática delitiva.” (PRADO, Luiz Regis, **Direito penal do ambiente.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 127.)

Assim, concebeu-se a ideia de desvendamento dos verdadeiros responsáveis pelo cometimento de delitos societários, a partir do que se convencionou denominar de “levantamento do véu”. A propósito de tal convenção, Bernardo Feijóo Sánchez pontua:

Como tem assinalado o Catedrático da Universidade Autónoma de Madri Bajo Fernandez, “a tendência à responsabilidade (penal) das pessoas jurídicas decorre em sentido contrário ao princípio do ‘levantamento do véu’ das pessoas jurídicas que trata de desvelar qual pessoa física encontra-se detrás da atividade social, com o fim de fazê-la responsável sem que a pessoa jurídica sirva-lhe de escudo.”²⁴⁰ (tradução nossa)

Cumprе ressaltar a relevância desta construção, em tempos nos quais a criminalidade organizada tem assumido formas tão arrojadas, valendo-se de artifícios como a criação de empresas de fachada, que, conforme dito noutras linhas, são constituídas, unicamente, para mascararem atividades ilícitas.²⁴¹

Não obstante, a análise do aludido artifício doutrinário, sob uma perspectiva funcionalista, revela que aquele não corresponde ao perfil garantista de Direito Penal exigido pelo Estado Social e Democrático de Direito. Como referido, a desconsideração da pessoa jurídica é instituto transplantado de outros ramos do ordenamento jurídico para a esfera punitiva do Estado e, por conta disto, não se submete aos critérios de legalidade próprios do sistema jurídico-penal. Neste caso, infligir pena às pessoas físicas, após o “levantamento do véu” que as protege, seria medida flagrantemente antigarantista, só se podendo impor, na hipótese, sanções de natureza administrativa.²⁴²

Esta constatação tem o condão de demonstrar que, como a concepção antagônica, a teoria da ficção não é isenta de críticas. De fato, trazer para o Direito Penal construções jurídico-civis e jurídico-mercantis pode dar ensejo a sérios problemas, no que tange à eficácia punitiva no moderno Estado de Direito.²⁴³

²⁴⁰“Como ha señalado el Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid Bajo Fernandez, ‘la tendencia a la responsabilidad (penal) de las personas jurídicas discurre en sentido contrario al principio del ‘levantamiento del velo’ de las personas jurídicas que trata de desvelar qué persona física se encuentra detrás de la actividad social, con el fin de hacerla responsable sin que la persona jurídica le sirva de escudo.’” (FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo J. Cuestiones Básicas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de otras personas morales y de agrupaciones y asociaciones de personas. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, n. 27, 1999. p. 33.)

²⁴¹Cf. TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n.11, 1995. p. 22.

²⁴²São neste sentido as considerações de Percy Raphael García Cavero, que examina o delito de defraudação tributária (artigo 305 do Código Penal espanhol) e afirma que a utilização da desconsideração da pessoa jurídica excede os limites garantistas do moderno Direito Penal, justamente por partir de parâmetros atípicos de legalidade. (CAVERO, Percy Raphael, **La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999. p. 202.)

²⁴³Ibidem, loc. cit.

Ainda que se contra-argamente com base na unidade do Direito e, logo, na validade da comunicação entre seus subsistemas, não se pode olvidar que o Direito Penal, em razão das trágicas consequências que produz no corpo social, consiste no instrumento mais severo de que se vale o Poder Público para a manutenção do *status quo*. Este dado é suficiente para exigir da dogmática penal uma especificidade diversa das categorias integrantes de outros ramos do ordenamento jurídico.

A peculiaridade da principiologia que norteia o *jus puniendi*, sobretudo se levado em consideração o Garantismo Penal, ratifica a referida exigência, no que tange à adoção de parâmetros próprios para a incidência da pena.

Esta, no entanto, não se resume à dificuldade única vivenciada pelo Direito Penal contemporâneo. Não é, apenas, a utilização de construção doutrinária alienígena, como artifício para a materialização do Poder Público de punir, que pode obstaculizar garantias fundamentais no contexto. Este trabalho propõe a investigação de outro dilema dos dias atuais, com que se depara o Estado em sua sanha punitiva, qual seja a determinação da pessoa física que, no âmbito da empresa, sofrerá a imputação da conduta criminosa e, assim, responderá por isto.

Em outras palavras, a criminalidade empresarial, fruto das alterações socioeconômicas do final do século XIX, lançou ao Direito Penal hodierno o desafio da responsabilização pela prática delitiva, já que as categorias clássicas deste subramo da ordem jurídica não se amoldam às características daquele arranjo de indivíduos que, segundo a teoria da ficção, não passa de mera abstração preconizada pelo Direito.²⁴⁴

Quando transferida para a seara dos delitos contra o meio ambiente, a problemática em questão assume maior relevo, em decorrência da admissão, pela lei, de uma responsabilidade criminal coletiva, como meio para a tutela penal do citado bem jurídico.

O Direito Penal Ambiental, enquanto instituto legislado, é disciplina relativamente recente, razão por que tem recebido contribuições das mais diversas, doutrinárias e jurisprudenciais. Observa-se isto em função dos esforços dispensados à fixação de bases para a determinação da responsabilidade individual, diante da ocorrência de crimes ambientais a partir de empresas.²⁴⁵

Nos Estados Unidos, por exemplo, já se imputou a prática de crimes societários a qualquer dos empregados ou ao representante, desde que aqueles tivessem ocorrido dentro da

²⁴⁴Cf. nota 215.

²⁴⁵Cf. FIORILO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 631 et seq.

esfera de relações da empresa e no seu próprio benefício. Já na Inglaterra, a *teoria da identificação* concebeu como penalmente responsável a pessoa física com poder de mando ou de decisão na pessoa jurídica “delinquente”, dando ensejo ao fenômeno da *corporificação* ou *presentação*, que nada mais revela senão a ideia de atuar em lugar do outro.²⁴⁶ Esta mesma ideia anima a *teoria da agregação*, de igual origem, ao sustentar que os representantes são “o cérebro e as mãos” da entidade.²⁴⁷

O tópico seguinte é dedicado ao “atuar em nome de outro”, como estratégia proposta pela doutrina penal e adotada em algumas legislações e decisões judiciais, para tornar viável a incidência do sistema punitivo na realidade contemporânea, notadamente no âmbito da criminalidade de empresa.

7.4 O “ATUAR EM NOME DE OUTRO” COMO ALICERCE DA “DUPLA IMPUTAÇÃO NECESSÁRIA” NOS CRIMES AMBIENTAIS

Em solo espanhol, jurisprudência e doutrina fixaram cinco critérios de imputação que, em tese, resolveriam o problema da individualização de condutas nos crimes envolvendo grandes empresas. De acordo com o explanado por Juan Córdoba Roda, são eles: a necessidade de responsabilizar penalmente, apenas, pessoas físicas; esta necessidade deve pressupor que o sujeito seja autor ou partícipe do delito cometido; a responsabilidade incidirá sobre administradores e representantes da pessoa jurídica e, ainda, sobre quem, de qualquer forma, tenha colaborado para o evento delitivo; nos crimes de “tendência” – leia-se, com dolo específico -, não importa que o sujeito tenha visado a beneficiar a entidade, e não a si próprio; diante da dificuldade de prova da participação da pessoa natural no crime societário, sua

²⁴⁶Cf. TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n.11, 1995. p. 27.

²⁴⁷Cf. Luiz Regis Prado, tecendo considerações sobre o sistema inglês de responsabilização penal da pessoa jurídica: “O juiz ou tribunal deve procurar identificar a pessoa que ‘não seja um empregado ou agente, cuja sociedade seja responsável pelo fato em decorrência de uma relação hierárquica, mas qualquer um que a torne responsável porque o ato incriminado é o próprio ato da sociedade’. Tem-se, portanto, que a pessoa natural ‘não fala, não atua para a sociedade; ela atua enquanto sociedade e a vontade que dirige suas ações é a vontade da própria sociedade’. Ela é a personificação do ente coletivo; sua vontade é a vontade dele. Como examinado, essa doutrina deu lugar à ideia de que a culpa de certas pessoas físicas pode ser imputada a uma pessoa jurídica como sua culpa própria ou pessoal (*personal liability*), numa verdadeira e total identificação.” [PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 139.]

responsabilização é estabelecida com base, unicamente, em prova indiciária adstrita ao mero *ser administrador ou representante da companhia*.²⁴⁸

A censura imposta pelo mencionado autor a tais critérios estrutura-se a partir da constatação de que conduzem a uma responsabilidade penal de perfil objetivo, desvinculada, portanto, dos requisitos mínimos para a efetivação de um Direito Penal garantista. Dá-se o inconveniente, com maior intensidade, quando se observa aquele último parâmetro de imputação. Provar a autoria, no contexto supra, é tarefa espinhosa que beira as raias do impossível; logo, atenuados os rigores probatórios, responsabilizam-se os dirigentes, administradores e congêneres.

Dedicando-se à investigação dos critérios utilizados na Europa – mais especificamente, na Alemanha e na Espanha - para individualizar quem, dentre os integrantes das pessoas jurídicas, deve responder pelos ilícitos penais perpetrados em seu nome, Percy Raphael García Caveró constata que a realização da tarefa segue caminhos diversos, segundo os tipos de delito praticados e as espécies de administrador envolvidas.

Partindo de uma concepção funcionalista de Direito Penal, este autor propõe respostas fundadas na casuística, vinculadas a exigências político-criminais, para solucionar o dilema da identificação da pessoa física na estrutura da empresa supostamente criminosa. Antes, porém, de adentrar às suas considerações sobre os pressupostos observados no Direito Penal europeu para a imputação de crimes na macrocriminalidade, convém analisar a estratégia lá adotada para fazer frente à criminalidade a partir da empresa.

Refere-se ao que se convencionou denominar de “atuar em lugar de outro”: arranjo presente na legislação de alguns países, corolário da estratégia do “levantamento do véu”, cujo objetivo é possibilitar a punição de crimes envolvendo pessoas jurídicas, através da responsabilização dos seus representantes - administradores, gestores, diretores, etc. -, com atribuição das suas ações à própria entidade.²⁴⁹

²⁴⁸Cf. CORDOBA RODA, Juan. Responsabilidad penal de los administradores de compañías. **Revista Jurídica de Catalunya**, Barcelona, n. 1, 86º ano, 1987. p. 36-37.

²⁴⁹A propósito, o entendimento de Bajo Fernández, citado por Luiz Regis Prado, é no sentido de isentar os sócios de eventual responsabilização criminal. Para ele, apenas os componentes do núcleo gerencial da entidade podem ser punidos, configurando o “atuar em nome de outro”. Assim, o catedrático de Madri adverte: “Não se deve esquecer, para efeitos de eficácia, que nas grandes e pequenas sociedades mercantis sempre há um número limitado de pessoas, perfeitamente identificáveis, que decidem tudo à margem dos sócios, e é sobre eles que deve recair a sanção penal como meio idôneo e eficaz de prevenção da delinquência.” (Cf. PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 125.). Cf., também, TIEDEMANN, Klaus. Exigencias fundamentales de la parte general y propuesta legislativa para un derecho penal europeo. **Revista penal**, Huelva, n. 3, 1999. p. 84. No Superior Tribunal de Justiça (STJ), o atuar em lugar do outro expressa-se no entendimento segundo o qual a vontade dos sócios é a própria vontade da empresa [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial n. 564.960-SC** (2003/0107368-4), Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Recorrido: Auto Posto 1270 Ltda. Relator: Min. Gilson Dipp, Brasília, DJ

Luis Gracia Martín, versando sobre o objetivo de tal construção legislativa, acentua que ela visa a resolver o problema político-criminal das lacunas de punibilidade, em face de tipos que não podem ser imputados ao sujeito que, materialmente, realiza a ação típica.²⁵⁰

Versando sobre a temática da responsabilidade individual nos crimes societários contra o meio ambiente, James Gobert estabelece a ressalva:

Não é, entretanto, o cargo ocupado que importa, mas se as pessoas físicas em questão possuem autoridade suficiente para determinar e dirigir a política adotada pela empresa (poder de mando e de decisão). A responsabilidade não é tecnicamente objetiva. Ao contrário, esses altos funcionários são considerados tão identificados com a pessoa jurídica que eles corporificam a sua mente e vontade; eles são a pessoa jurídica.²⁵¹

Cuida-se, aí, de estratégia de imputação cunhada no Direito francês, a que se denominou de *responsabilidade penal por ricochete* ou *por empréstimo*, assemelhada à responsabilidade funcional vigente na Holanda, por força do art. 51 do Código Penal, alterado em 1976. A mencionada estratégia é examinada com minudência por Luiz Regis Prado, segundo exsurge do seu transcrito:

Trata-se da teoria da responsabilidade penal por ricochete, de empréstimo, subsequente ou por procuração, que é explicada através do mecanismo denominado *emprunt de criminalité*, feito à pessoa física pela pessoa jurídica, e que tem como suporte obrigatório a intervenção humana. Noutra dizer: a responsabilidade penal da pessoa moral está condicionada à prática de um fato punível suscetível de ser reprovado a uma pessoa física. Desse caráter subsequente ou de empréstimo resulta importante consequência: a infração penal imputada a uma pessoa jurídica será quase sempre igualmente imputável a uma pessoa física. Isso quer dizer: a responsabilidade da primeira pressupõe a da segunda. É exatamente essa simbiose entre pessoa física e jurídica que legitima o empréstimo de criminalidade. A pessoa física personifica a jurídica (órgãos ou representantes), é onipresente, como sua consciência e cérebro. Todavia, segundo alguns, não vale a assertiva para as infrações culposas ou contravenacionais: aqui é possível a imputação direta à pessoa jurídica, sem o concurso de uma pessoa natural.²⁵²

Gianpaolo Poggio Smanio, por seu turno, estabelece uma ponderação:

13.06.2005. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 29. Jun. 2011.]. Hirsch, no mesmo sentido, “estima que já que as pessoas jurídicas só exteriorizam suas atuações através das ações humanas de seus representantes ou membros, tais ações podem ser consideradas como ações das próprias pessoas jurídicas.” (HIRSCH apud 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: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2 ed. 2009. p. 254.)

²⁵⁰GRACIA MARTÍN, Luis. **Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales**. Barcelona: Bosch, 1986. p. 20.

²⁵¹GOBERT, James. Criminalidade da pessoa jurídica: os novos crimes da atualidade. Tradução de Daniela Marques e Jayme Baleeiro Neto. **Revista dos mestrados em direito econômico da UFBA**, Salvador, n. 8, jan.-dez., 2000. p. 174.

²⁵²PRADO, Luiz Regis. PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: DOTTI; PRADO, op. cit, p. 144.

Não se trata de responsabilidade objetiva, posto que um dos requisitos para a ampliação da autoria delitiva, para alcançar os representantes, é o dolo. Deverá existir uma conduta por parte do representante, que poderá ser uma ação ou omissão, desde que assuma a posição de garante, para responder pelo crime praticado.²⁵³

Referido arranjo, por ser fruto da teoria da ficção, parte do pressuposto de que entes coletivos, pelos múltiplos motivos já mencionados, não são diretamente responsabilizados pelos delitos oriundos das suas atividades, razão por que o Direito Penal incide sobre as pessoas por trás da organização; não toda e qualquer pessoa, é bem verdade, mas aquelas que, como previsto em lei ou documento particular, representam a entidade e praticam a conduta lesiva em seu interesse.²⁵⁴

A mesma ressalva foi feita por Jesús-María Silva Sánchez, sob a perspectiva das funções preventivas da sanção penal. Segundo as constatações deste autor,

[...] discute-se a função preventivo-geral que estas sanções coletivas podem desempenhar. Dirigidas ao conjunto de sujeitos individuais que detenham o controle, sua eficácia motivadora deve estimar-se muito secundária frente à própria das penas privativas de liberdade ou outras com que individualmente se lhes ameace; dirigidas ao resto dos sujeitos da empresa, os que não detenham o controle, sua ineficácia deriva da própria dificuldade destes para incidir sobre os mecanismos de controle da empresa. Obviamente, a função que prioritariamente se pretende cumprir com tais sanções é uma de carácter preventivo-especial, concretamente de inocuização, como se disse. E é certo que tal função é cumprida em ampla medida [...]²⁵⁵(tradução nossa)

Na esteira das considerações de Silva Sánchez, não haveria dificuldades para a responsabilização penal de quem detém o domínio do fato – via de regra, os representantes legais ou contratuais da empresa -, se o executor crê que sua atuação é justificada pelo Direito. O problema estaria na atuação dolosa deste último sujeito, hipótese em que, segundo o penalista, não se pode delinear, claramente, uma autoria mediata.

Em casos como este, uma solução aparentemente plausível seria responsabilizar o representante da entidade como partícipe, o que, no dizer do autor em questão, causaria

²⁵³SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela penal dos interesses difusos**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 129.

²⁵⁴Cf., em nota de rodapé, CARCÍA CAVERO, Percy Raphael, **La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa**: criterios de imputación. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999. p. 162.

²⁵⁵“[...] se hace discutible la función preventivo-general que puedan desempeñar estas sanciones colectivas. Dirigidas al conjunto de sujetos individuales que detentan el control, su eficacia motivatoria debe estimarse muy secundaria frente a la propia de las penas privativas de libertad u otras con que individualmente se les amenace; dirigidas al resto de sujetos de la empresa, los que no detentan el control, su ineficacia deriva de la propia dificultad de éstos para incidir sobre los mecanismos de control de la empresa. Obviamente, la función que prioritariamente se pretende cumplir con tales sanciones, es una de carácter preventivo-especial, concretamente de inocuización, según se dijo. Y es cierto que tal función la cumplen en amplia medida [...]” [SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Responsabilidad penal de las empresas y de sus organos en derecho español. In: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 73.]

patente perplexidade, uma vez que conferiria menor valor à atuação (ou omissão) de quem controla, em última instância, as atividades da empresa e por ela decide; em contrapartida, seria atribuída maior significância ao papel do mero executor, que tenha agido com dolo.²⁵⁶

Na tentativa de debelar tais dificuldades, pode-se cogitar a respeito do tipo de delito praticado, se de domínio ou se de infração de um dever, não desprezando a importância dos dados auferidos do caso em concreto, cuja análise está intimamente ligada à adequada delimitação das atuações de pessoas físicas na criminalidade de empresa e, por conseguinte, ao Direito Penal de cunho garantista, que respeita os direitos fundamentais dos indivíduos em atenção à sua dignidade congênita.

Atento a isto, Antonio Sergio Altieri de Moraes Pitombo põe-se ao lado dos que veem nos contornos da casuística fortes elementos, a conduzirem os esforços engendrados em busca de possíveis soluções para o problema. Discorrendo sobre os delitos que, partindo de uma decisão dentro da pessoa jurídica, caracterizam-se por comissão – o que pode ser equiparado aos delitos de domínio –, e com foco nas implicações processuais dimanadas da dificuldade de responsabilização individual em sede de crimes societários contra o meio ambiente, o precitado autor assim vaticina:

Não é suficiente apontar quem decidiu pela perpetração da ação típica, impõe-se pesquisar os documentos societários, com objetivo de saber sobre os poderes de agir em nome da pessoa jurídica. A própria lei restringe a responsabilidade da pessoa jurídica à decisão de representante legal, representante contratual ou órgão de colegiado [...] Tais constatações, no entanto, se mostram insuficientes para afirmar quem decidiu no universo da pessoa jurídica pela realização da conduta típica. É necessário investigar concretamente de qual pessoa física – ou pessoas físicas – emanou a decisão quanto à prática do ato ilícito.²⁵⁷

No aspecto, calha trazer a lume o pensamento de Jesús-María Silva Sánchez em prol da responsabilização penal em face de omissões impróprias, como forma de coibir as dificuldades de imputação surgidas em decorrência do cometimento de crimes em grandes empresas:

Tudo isto determina que, no âmbito da criminalidade de empresa, revele-se, como um meio especialmente apto para superar as dificuldades que oferece a imputação de um delito de comissão, a estrutura da comissão por omissão. Em virtude esta estrutura, poderá estimar-se que cometem o correspondente delito por omissão os referidos homens de trás, superiores hierárquicos, que não impedem que este se produza, quando isto sucede no âmbito de sua

²⁵⁶SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Responsabilidad penal de las empresas y de sus organos en derecho español. In: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 78-79.

²⁵⁷PITOMBO, Antonio Sergio Altieri de Moraes. Denúncia em face da pessoa jurídica, na perspectiva do Direito Brasileiro. *Ibidem*, p. 236.

competência e podiam e deviam, sempre segundo os termos do compromisso adquirido de controlar os correspondentes fatores de risco, evitar sua produção.²⁵⁸ (tradução nossa)

Há previsão neste sentido no Direito Penal Ambiental brasileiro, campo a partir do qual promanaram as questões pertinentes à possibilidade de responsabilizar criminalmente pessoas físicas por crimes oriundos das práticas de pessoas jurídicas, como atesta o multicitado artigo 2º, da Lei de 1998. Este dispositivo faz referência ao diretor, administrador, membro de conselho ou órgão técnico, representante legal ou contratual e órgão colegiado, como corresponsáveis na ocorrência de delito ambiental empresarial.

A responsabilização da pessoa física, em paralelo à pessoa jurídica envolvida na prática de crime ambiental, vem sendo adotada pelos tribunais brasileiros. Inspiradas na jurisprudência alemã e seguindo orientação de setores da doutrina nacional, as decisões judiciais do Brasil, cotejando os artigos 173, §5º²⁵⁹ e 225, §3º²⁶⁰, ambos da CF de 1988, têm exigido, como condição para a responsabilização penal da empresa, a corresponsabilização da pessoa natural que lhe represente e tenha atuado em seu nome. Percebe-se, então, a grande influência da noção de “atuar em lugar do outro”.²⁶¹

Esta exigência resultou na construção denominada de “dupla imputação necessária”, tendo como precursores, em solo nacional, precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ),

²⁵⁸“*Todo ello determina que, en el ámbito de la criminalidad de empresa, se revele como un medio especialmente apto para superar las dificultades que ofrece la imputación de un delito de comisión, la estructura de la comisión por omisión. En virtud de esta estructura, podrá estimarse que cometen el correspondiente delito por omisión los referidos hombres de detrás, superiores jerárquicos, que no impiden que éste se produzca, cuando ello sucede en el ámbito de su competencia y podían y debían, siempre según los términos del compromiso adquirido de controlar los correspondientes factores de riesgo, evitar su producción.*” [SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Responsabilidad penal de las empresas y de sus organos en derecho español. In: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 79.]

²⁵⁹Art. 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.

²⁶⁰Art. 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.

²⁶¹O artigo 15bis, do Código Penal espanhol, reformado em 1983, previa a responsabilidade dos dirigentes como cláusula do atuar em lugar do outro: “*El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurran en él y si en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo.*” (Quem atuar como diretor ou órgão de uma pessoa jurídica ou em representação legal ou voluntária da mesma responderá pessoalmente, mesmo que não concorram nele, mas na entidade em cujo nome atue, as condições, qualidades ou relações que a correspondente figura de delito requer para poder ser sujeito ativo do mesmo.). (tradução nossa).

que logo serviram de fundamentação em julgados dos diversos pretórios brasileiros.²⁶² Trata-se de questão fulcral para o desenvolvimento do trabalho em curso, na medida em que faz a imputação da entidade depender da prova da responsabilidade individual.

O Direito japonês denomina esta construção de “punição paralela”, em que, como referenciado por Klaus Tiedemann, as responsabilidades da pessoa física e da pessoa jurídica reforçam-se mutuamente.²⁶³

Com efeito, Érika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho, tomando partido no debate, aduzem que isto

Só corrobora a impropriedade da previsão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, já que tão-somente quando se demonstra a efetiva realização de um injusto culpável por parte do autor individual será possível a imposição de sanções ao ente moral. Logo, se não resta demonstrada a autoria individual, falta requisito indispensável à configuração da responsabilidade penal da pessoa jurídica nos termos da Lei 9.605/98. A dificuldade de identificação do autor individual não pode figurar como pretexto para a impunidade deste e como meio a fundamentar a imposição de sanções ao ente coletivo com o propósito de satisfazer nebulosas exigências preventivas.²⁶⁴

Em tempos de expansão do Direito Penal, em que se busca combater a impunidade a todo custo, e, mesmo, para a reafirmação do caráter simbólico deste ramo do ordenamento jurídico, a acusação de dirigentes, administradores, gerentes e representantes de empresas envolvidas em crimes contra o meio ambiente tornou-se coisa corriqueira.

Nem todos os casos, contudo, demonstram o comedimento necessário do acusador no momento da responsabilização da pessoa física. Dito de outra forma, há situações em que a

²⁶²São neste sentido os seguintes julgados: STJ, REsp 564.960/SC, 5ª Turma, j. 02.06.2005, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 13.06.2005, p. 331; STJ, REsp 610.114/RN, 5ª Turma, j. 17.11.2005, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 19.12.2005, p. 463 [Cf. 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: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 249.]. Não obstante, e por amor à democracia, sufragou-se tese contrária à dupla imputação necessária nos crimes ambientais, por carência de previsão legal, como demonstra o entendimento a seguir: “PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. TRANCAMENTO DA AÇÃO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. USO DO MANDADO DE SEGURANÇA EM SUBSTITUIÇÃO A HABEAS CORPUS. EXIGÊNCIA DE DUPLA IMPUTAÇÃO. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA E SUCESSÃO ENTRE EMPRESAS. [...] Nem a Constituição Federal de 1988, nem o art. 3º da Lei n 9.605/98 exigem a imputação conjunta entre pessoa física e jurídica para os casos de crime ambiental. A Quarta Turma já admitiu a possibilidade de ação penal promovida unicamente contra pessoa jurídica, sem questionar a suposta necessidade de dupla imputação. Precedente: RSE n 951/PE, Quarta Turma, Rel. Margarida Cantarelli, DJ 09/02/2007. [BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Mandado de Segurança n. 95724-PB** (0058401-06.2006.4.05.0000), Impetrante: SAELPA – Sociedade Anônima de Eletrificação da Paraíba, Impetrado: Juízo da 2ª Vara Federal da Paraíba (João Pessoa). Relatora: Des. Margarida Cantarelli, Brasília, D.J. 14 ago. 2007. Disponível em <www.trf5.jus.br>. Acesso em: 22 mai 2011.]

²⁶³TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n.11, 1995. p. 33.

²⁶⁴CARVALHO; CARVALHO, op. cit., loc. cit.

denúncia por crime ambiental – muitas vezes repetindo o erro dos procedimentos policiais – contenta-se com o fato de ser o indivíduo representante legal da empresa, sem adentrar o mérito da sua contribuição, objetiva ou subjetiva, para o cometimento do crime.

Foi o que guiou os tribunais espanhóis, quando instados a posicionarem-se diante do fenômeno da criminalidade a partir da empresa. A afeição à responsabilidade penal objetiva na Espanha pode ser visualizada a teor de alguns julgados, a exemplo do seguinte:

É entendimento reiterado desta Sala que pelas pessoas morais ou jurídicas – neste caso beneficiadas com o lucro ilícito do autor – respondem as pessoas físicas que as dirigem ou as governam, ou em seu nome têm faculdade de gestão, administração ou as representam no fato concreto da gestão que deu lugar ao delito, conforme a sua normatividade ou acordos [...] e se o recorrente era Presidente ou Conselheiro da S.A.Z. e em qualquer de tais qualidades ou sem elas, atuou na gestão de dar as ordens para efetuar pedidos [...] não cabe outra conclusão que a da autoria direta do delito.²⁶⁵ (tradução nossa)

Juan Córdoba Roda, debruçando-se sobre julgados como este, constata a tendência ao implemento de um Direito Penal de autor, na medida em que busca imputar crimes a alguém, levando em conta, acima de tudo, a função por ele exercida. Segundo as conclusões deste escritor, ao depararem com delitos societários, os tribunais hispânicos têm entendido haver a necessidade

[...] de personalizar a conduta ilegal criminalmente, nos membros componentes dos órgãos de manifestação ou pessoas físicas que, integrando a instituição, possuam expressas e diretas faculdades de direção, gestão, representação ou administração, ou que meramente impulsionem o comportamento da pessoa coletiva em direção punível e bem atuem em proveito dela ou no seu próprio, a cujo fim tenha de valorar-se judicialmente, tanto a situação de direito de tais pessoas dentro do ente pluripessoal, como a de fato constituída na realidade prática, pois umas vezes a representatividade obedece a normas legais ou pactuadas, e outras atua-se de maneira irregular, e em ambos os casos a responsabilidade penal recairá sobre o órgão de gestão operante [...] ²⁶⁶(tradução nossa)

²⁶⁵ “Es doctrina reiterada de esta Sala que por las personas morales o jurídicas – en este caso beneficiadas con el lucro ilícito del autor – responden las personas físicas que las dirigen o las gobiernan, o en su nombre tienen facultades de gestión, administración o las representan en el hecho concreto de la gestión que dio lugar al delito, conforme a su normatividad o acuerdos [...] y si el recurrente era Presidente o Consejero de la S.A.Z. y en cualquiera de tales cualidades o sin ellas, actuó en la gestión de dar las órdenes para efectuar pedidos [...] no cabe otra conclusión que la de la autoría directa del delito.” (CÓRDOBA RODA, Juan. Responsabilidad penal de los administradores de compañías. *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, n. 1, 86º ano, 1987. p. 35.)

²⁶⁶ “[...] de personalizar la conducta ilegal criminalmente, en los miembros componentes de los órganos de manifestación, o personas físicas, que integrando la universitas posean expresas y directas facultades de dirección, gestión, representación o administración, o que meramente impulsen el comportamiento de la persona colectiva en dirección punible y bien actúen en provecho de ella o en el suyo propio, a cuyo fin ha de valorarse judicialmente, tanto la situación de derecho de tales personas dentro del ente pluripersonal, como la de hecho constituída en la realidad práctica, pues unas veces obedece la representatividad a normas legales o pactadas, y otras se actúa de manera irregular, y en ambos supuestos la responsabilidad penal recaerá sobre el órgano de gestión operante [...]” (Ibidem, loc. cit.)

O desapego à análise de uma relação psíquica entre a pessoa física e o dano ambiental, caracterizada pela presença de dolo ou culpa por parte do indivíduo, cerne deste estudo, implica sérios prejuízos para o princípio penal da culpabilidade, contribuindo para a crise que pesa sobre ele na contemporaneidade.²⁶⁷

Em clara configuração de um Direito Penal de autor, este modo de indiciar, de acusar e, por vezes, de decidir, abre espaço para a responsabilidade penal objetiva, pondo em xeque o princípio penal em comento. Ao fim e ao cabo, isto acarreta riscos para a higidez da dignidade da pessoa humana, em face do Poder Público de punir, e, desta forma, dificuldades para a manutenção da integridade do próprio Estado Social e Democrático de Direito.

Nesta linha de raciocínio, segue a crítica de Jesús-María Silva Sánchez ao artigo 15 bis, do Código Penal espanhol, com a reforma de 1983²⁶⁸. Para ele, a estratégia de se responsabilizar penalmente alguém, com fundamento no atuar em lugar do outro

[...] pode fazer pensar que não seria preciso que o órgão, diretor, ou representante da pessoa jurídica realize – por comissão ou omissão – o fato que constitui a base material do delito. Se isto for assim, não estaríamos ante uma inadmissível responsabilidade objetiva, ao conectar-se a pena à mera ostentação da condição de diretor ou representante [...] está claro que o artigo 15bis resolve só um aspecto do problema global da imputação penal nestes casos: simplesmente permite que quem tenha realizado materialmente, por ação ou omissão, a base fáctica do fato possa ser sujeito da imputação de tipos de delitos especiais, apesar de carecer dos requisitos formais da autoria, que recaem sobre a pessoa jurídica e não sobre pessoa física alguma.²⁶⁹(tradução nossa)

Em linhas convergentes, Juan Córdoba Roda considera defeituosa a redação do mencionado dispositivo porque

Prescreve uma responsabilidade pessoal pelo fato de atuar como Diretor ou Órgão de uma pessoa jurídica ou em representação legal ou voluntária da mesma. Com efeito, uma interpretação literal do preceito dá a entender que a simples circunstância pessoal de atuar habitualmente como Diretor ou Órgão ou representante da pessoa jurídica, dá lugar à imposição da pena prevista no respectivo preceito do Código Penal. Tal interpretação deve ser rechaçada de

²⁶⁷Cf. nota 166.

²⁶⁸Cf. nota 261.

²⁶⁹“[...] puede hacer pensar que no sería preciso que el órgano, directivo, o representante de la persona jurídica realizara – por comisión u omisión – el hecho que constituye la base material del delito. Si ello fuera así, nos hallaríamos ante una inadmisibile responsabilidad objetiva, al conectarse la pena a la mera ostentación de la condición de directivo o representante [...] está claro que el artículo 15 bis resuelve sólo un aspecto del problema global de la imputación penal en estos casos: simplemente permite que quien ya ha realizado materialmente, por acción u omisión, la base fáctica del hecho pueda ser sujeto de la imputación de tipos de delitos especiales, a pesar de carecer de los requisitos formales de la autoría, que recaen sobre la persona jurídica y no sobre persona física alguna.” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 83-84.)

plano, pois não corresponde de modo algum à finalidade da Lei.²⁷⁰ (tradução nossa)

Avelina Alonso de Escamilla, por sua vez, detecta que a fórmula do atuar em nome de outro, majoritária nos Direitos espanhol e alemão, dá margem a uma dissociação dos elementos típicos que conduz, ao fim e ao cabo, a lacunas de punibilidade; isto porque a configuração de tais elementos reparte-se entre ambos os indivíduos – representante e representado. É dizer, quem executa o fato típico não reúne as características de autor, encontráveis, em contrapartida, no representado que não atuou.²⁷¹

A autora considera que o fracasso da aludida fórmula de imputação pode ser, mais intensamente, visualizado nos grandes complexos societários, ponto que guarda maior conexão com o presente trabalho. Nestes complexos, continua, vicejam as relações entre matriz e filiais, nas quais a primeira conserva o autêntico centro de poder, donde emanam todas as decisões, inclusive as delitivas. Em casos que tais, o atuar em lugar de outro resulta ineficaz, o que supõe, segundo ela, uma enorme injustiça, *“al tratarse de los más graves ejemplos, y de aquellos que repercuten, por su enorme magnitud, en la desestabilización del sistema económico y financiero nacional.”*²⁷²

Cuida-se de dificuldade mais frequente nas condutas comissivas, já que os problemas de responsabilização individual nos crimes omissivos poderiam ser solucionados, em tese, com a verificação de quem tinha o dever de cuidado.

Os defeitos apontados no artigo 15 bis, do Código Penal espanhol, não resistiram às críticas por parte dos teóricos da matéria, conforme consignado nos fragmentos supra. Aliás, não poderia ser diferente, sobretudo quando se considera que a redação censurada adveio de uma *“Reforma Urgente y Parcial”* daquele diploma repressivo, introduzida pela *Ley Orgánica* 8/1983.²⁷³ É que um Direito Penal efetivamente garantista nem sempre convive com manejos emergenciais do Poder Legislativo.

²⁷⁰“*Prescribe una responsabilidad personal por el hecho de actuar como Directivo u Órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma. En efecto, una interpretación literal del precepto da a entender que la simple circunstancia personal de actuar habitualmente como Directivo u Órgano o representante de la persona jurídica, da lugar a la imposición de la pena prevista en el respectivo precepto del Código Penal. Tal interpretación debe ser rechazada de plano, pues no corresponde en modo alguno a la finalidad de la Ley.*” Em seguida, propõe o autor uma interpretação mais garantista do artigo em evidência. Para ele, deve ser exigido que os sujeitos ali referidos, ao menos, pratiquem a conduta típica para serem responsabilizados em nome da pessoa jurídica. (CÓRDOBA RODA, Juan. Responsabilidad penal de los administradores de compañías. *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, n. 1, 86º ano, 1987. p. 42.)

²⁷¹ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina. *Responsabilidad penal de directivos y órganos de empresas y sociedades*. Editorial Tecnos S.A.: Madrid, 1996. p.12.

²⁷²“[...] ao tratar-se dos mais graves exemplos e daqueles que repercutem, por sua enorme magnitude, na desestabilização do sistema econômico e financeiro nacional.” (Ibidem, p.19.). (tradução nossa).

²⁷³Ibidem, p.17.

A correção de tais defeitos foi tentada, então, através da Reforma de 1995, que introduziu no Código Penal da Espanha o artigo 31, dispondo o seguinte:

Quem atuar como administrador de fato ou de direito de uma pessoa jurídica, ou em nome ou representação legal ou voluntária de outro, responderá pessoalmente, mesmo que não concorram nele as condições, qualidades ou relações que a correspondente figura de delito ou falta requer para poder ser sujeito ativo do mesmo, se tais circunstancias se dão na entidade ou pessoa em cujo nome ou representação atue.²⁷⁴ (tradução nossa)

Não obstante a previsão de responsabilidade penal pessoal do sujeito que atua, também, em nome de outra pessoa física – o artigo 15 bis só previa a atuação em nome de pessoa jurídica -, percebe-se que o novel dispositivo não logrou debelar, plenamente, os vícios inerentes ao seu congênere de 1983, mormente no que toca à tendência de objetivização daquela responsabilidade. Perante o Código Penal vigente na Espanha, continua possível responsabilizar alguém penalmente, tão só por ostentar a condição de administrador de fato ou de direito dos interesses de outrem, sem que se perquirira, inicialmente, acerca da presença de dolo ou culpa na sua eventual conduta.

Com o intuito de evitar a incidência de uma responsabilidade penal objetiva, dissociada do Direito Penal de culpabilidade, e como forma de salvar o dispositivo, tem-se exigido a comprovação de que o indivíduo, efetivamente, praticou a conduta típica. Em termos mais incisivos, preliminarmente, estabelece-se quem pode ser sujeito ativo de determinado delito e, ao depois, verifica-se quem realizou o tipo penal, em observância das regras de autoria e participação.²⁷⁵

No Brasil, conforme se anunciou, o artifício em questão ganhou visibilidade a partir de precedentes do STJ, que passaram a orientar decisões de outros pretórios nacionais. Sua Quinta Turma, v.g., em sede de *Habeas Corpus*, cuja ordem fora parcialmente concedida, acordou pela inépcia da inicial oferecida pelo Ministério Público mineiro contra prefeito supostamente responsável por infração penal contra o meio ambiente. O órgão fracionário, seguindo o raciocínio do então Relator, entendeu que o fato de a inicial acusatória referir-se ao chefe do Poder Administrativo municipal, apenas em face desta condição, homenageia a responsabilidade penal objetiva.

²⁷⁴“El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.” (ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina. **Responsabilidad penal de directivos y órganos de empresas y sociedades**. Editorial Tecnos S.A.: Madrid, 1996. p. 11.)

²⁷⁵Ibidem, p. 15.

O acórdão fundamentou-se na exigência de imputação, também, da pessoa física que atua em nome ou benefício da pessoa moral, a fim de que se configure a responsabilidade penal desta última, nos termos do que se entende por sistema de dupla imputação.²⁷⁶

A mesma Turma, em oportunidade diversa, conheceu e deu provimento a Recurso Especial, também de forma unânime, para admitir denúncia contra pessoa jurídica e dois dos seus administradores, em razão da poluição de águas fluviais, decorrente das atividades da organização.²⁷⁷

Os Ministros, adotando a moderna concepção de culpabilidade como responsabilidade social, atribuíram ao administrador, que agiu em nome da empresa, a culpabilidade desta última (atuação em nome de outro). Há menção à conduta comissiva do dirigente, no sentido de decidir pelo cometimento do delito contra o meio ambiente. Exige-se, ainda, que a decisão

²⁷⁶HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. PREFEITO. INÉPCIA DA INICIAL CONFIGURADA. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O trancamento de ação penal, pela via estreita do *habeas corpus*, somente é possível quando, pela mera exposição dos fatos narrados na peça acusatória, verifica-se que há imputação de fato penalmente atípico ou que não existe nenhum elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito imputado ao paciente ou, ainda, quando extinta encontra-se a punibilidade.

2. hipótese em que, embora tenha narrado o delito e apontado o paciente como responsável, na condição de prefeito, da pessoa jurídica poluidora, no caso a municipalidade, praticante de, em tese, conduta típica, a acusação não relata, ainda que de forma singela, o nexos de imputação correspondente, deixando de descrever, notadamente, a conduta subjetiva, haja vista que não esclareceu de que forma ele contribuiu para a consecução do delito e o eventual dolo específico na degradação do meio ambiente.

3. A atribuição do delito ao paciente pelo fato, tão somente, de ele ser o chefe da administração municipal, sem a demonstração da forma pela qual participou na operacionalização dos atos administrativos afetos ao recolhimento e à destinação do lixo da cidade, significa impor-lhe o odioso instituto da responsabilidade penal objetiva.

4. Ordem parcialmente concedida para anular a ação penal (PCO-CR 1.0000.05.425115-2/000) desde o recebimento da denúncia, inclusive, sem prejuízo de que outra seja oferecida, uma vez sanados os vícios. [BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 71.071-MG (2006/026039-1), Impetrante: Luciano Donizete Leite e outro, Impetrado: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, Brasília, D.J. 06 out. 2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 29 jan. 2012.]

²⁷⁷CRIMINAL. CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ENTE COLETIVO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL REGULAMENTADA POR LEI FEDERAL. OPÇÃO POLÍTICA DO LEGISLADOR. FORMA DE PREVENÇÃO DE DANOS AO MEIO-AMBIENTE. CAPACIDADE DE AÇÃO. EXISTÊNCIA JURÍDICA. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. CULPABILIDADE COMO RESPONSABILIDADE SOCIAL. CO-RESPONSABILIDADE. PENAS ADAPTADAS À NATUREZA JURÍDICA DO ENTE COLETIVO. RECURSO PROVIDO.

[...]

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

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

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

IX. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. A co-participação prevê que todos os envolvidos no evento delituoso serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade. [BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n 564.960** - SC (2003/0107368-4). Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Recorrido: Auto Posto 1270 Ltda. Relator: Min. Gilson Dipp, Brasília, D.J. 02 jun. 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 mai. 20011.]

do representante legal, contratual ou órgão colegiado corresponsabilizado seja emitida em nome e em benefício da entidade.

Não obstante, alerta-se para o fato de que a responsabilização penal de todos os envolvidos no evento deve estar adstrita à medida da culpabilidade de cada um, em abono do já referido artigo 29 do CPB e, em se tratando de crimes ambientais, do artigo 2º, da respectiva lei.

Noutra decisão, atribuída à Sexta Turma da mesma Corte, adotou-se entendimento semelhante, para, em uníssono, declarar-se a inépcia de denúncia formulada em desfavor de ente fictício, supostamente infrator da Lei n. 9.605/98. Especificando mais que o julgado anterior, o acórdão em comento referiu-se ao estatuto social da empresa, como instrumento de determinação da pessoa que deve responder em conjunto com a entidade.²⁷⁸

7.4.1 Dificuldades de aplicação da “dupla imputação necessária” nas empresas de alta complexidade funcional

Observa-se que a alusão à necessidade de imputação do crime ambiental à pessoa física, como condição para que o ente coletivo seja responsabilizado, não resta acompanhada de uma indicação precisa sobre a qual indivíduo imputá-lo. De fato, aponta-se como corréu quem atuou em nome e em benefício da empresa. Isto, no entanto, não diz muito, tendo em vista que, em se tratando de organizações complexas, pode haver uma multiplicidade de pessoas pelas quais a pessoa jurídica “age”.

Refere-se, então, à pessoa designada por lei ou pelo estatuto social para representar o ente moral, como aquela que deve figurar, ao lado deste, na inicial acusatória. Este proceder,

²⁷⁸RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. OCORRÊNCIA.

1. Admitida a responsabilização penal da pessoa jurídica, por força de sua previsão constitucional, requisita a *actio poenalis*, para a sua possibilidade, a imputação simultânea da pessoa moral e da pessoa física que, mediata ou imediatamente, no exercício de sua qualidade ou atribuição conferida pelo estatuto social, pratique o fato-crime, atendendo-se, assim, ao princípio do *nullum crimen sine actio humana*.

2. Excluída a imputação aos dirigentes responsáveis pelas condutas incriminadas, o trancamento da ação penal, relativamente à pessoa jurídica, é de rigor.

3. Recurso provido. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício. [BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança n. 16.696** - PR (2003/0113614-4), Recorrente: Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras, Recorrido: Ministério Público Federal; Relator: Min. Hamilton Carvalhido, Brasília, D.J. 14 mai. 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 mai. 2011.]

todavia, parece não atentar para questões relevantes do Direito Societário, atinentes às peculiaridades de cada pessoa coletiva.²⁷⁹

Convém citar as considerações, detalhadas mais adiante, no tocante a, pelo menos, duas espécies de administrador: de fato e de direito; nem sempre quem consta do documento constitutivo da empresa como seu administrador exerce, efetivamente, as atribuições inerentes a este encargo. Trazendo esta constatação para mais perto do tema em desenvolvimento, há casos em que o domínio do fato pertence a outrem, diverso do administrador de direito.

Cabe aduzir, em complemento, que quem administra a pessoa fictícia, mormente quando de grande complexidade, com extensa rede funcional e diversas filiais, não exerce, em todos os casos, uma fiscalização direta sobre quem executa as atividades da empresa.

A propósito, pouco se escreve a respeito da responsabilidade penal deste último, podendo-se afirmar, inclusive, que a dupla imputação necessária nos crimes ambientais está direcionada, sempre, para a pessoa jurídica e o seu dirigente. Quando muito, o que se registra é que a responsabilização dos envolvidos no delito fica restrita à medida da culpabilidade de cada um; a condição de litisdenunciado, porém, só alcança o dirigente da entidade.

Outra observação carece de ser feita. A sistemática da dupla imputação, nos crimes contra o meio ambiente envolvendo pessoas fictícias, frequentemente, está estruturada sobre uma conduta comissiva, um agir do corresponsável. Fala-se, assim, na necessidade de denunciar aquele que *atuou* em nome e benefício alheio, que *praticou* o fato típico junto com a empresa ou que *decidiu* no sentido da sua prática.

Não obstante a previsão do artigo 2º, da Lei de 1998 - no que diz respeito à omissão do administrador ou assemelhado perante conduta ilícita que conhecia e devia evitar -, bem como a relevância penal da omissão, disciplinada no CPB, em multicitado dispositivo, a construção da dupla imputação não foca o garante, mas aquele que atuou pelo ente moral.

Fato é que, na criminalidade de empresa, via de regra, a pessoa natural é usada como artifício perante as dificuldades de imputação do delito aos entes morais, em face dos argumentos norteadores da teoria da ficção.²⁸⁰ Daí resultam duas consequências prejudiciais a um Direito Penal garantista e, assim, ao Estado Social e Democrático de Direito.

Em primeiro lugar, verifica-se que a pessoa humana é duramente ferida em sua dignidade, porque instrumentalizada diante do poder de punir estatal. Em recordação do

²⁷⁹GARCÍA CAVERO, Percy Raphael. **La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación.** Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999, passim.

²⁸⁰KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Introdução de Pedro Galvão. Lisboa: Edições 70 Ltda., 2009. p. 72.

pensamento kantiano²⁸¹, dizer que o ser humano é detentor de dignidade significa defender que cada indivíduo possui um valor inato, a impedir que ele seja utilizado como artifício para o atendimento de algo. Cada pessoa, pois, consiste num fim em si mesma e somente pode figurar numa relação com o Estado na condição de sujeito, jamais como objeto das aspirações deste último.²⁸²

O dado é de extrema relevância, quando referido ao Estado de Direito, já que submetido ao império das leis, em observância dos direitos dos administrados. Eis o que fundamenta o sentido de democracia substancial, para indicar, com Luigi Ferrajoli, o Estado *Democrático* de Direito como aquele onde devem vicejar os ares garantistas. Sua importância radica, igualmente, no fato de estarem os Estados civilizados subordinados aos ditames constitucionais e de serem as Constituições modernas verdadeiros tributos à dignidade da pessoa humana, o mesmo valendo para os documentos internacionais voltados à tutela dos direitos humanos.

O problema mais significativo em torno do tema aqui tratado, no entanto, é outro. E sobressai, justamente, por revelar uma afronta ao princípio penal da culpabilidade, contribuindo para o processo de crise em que este se encontra mergulhado no atual panorama de riscos, como ilustrado por Winfried Hassemer.²⁸³

As imprecisões quanto à individuação da pessoa física que, como exigência da dupla imputação nos crimes ambientais, deve responder ao lado da pessoa jurídica conduzem o Direito Penal do Ambiente por caminhos antigarantistas, na medida em que tende a permitir a punição de alguém pelo simples fato de ser representante ou dirigente da empresa hipoteticamente envolvida em conduta criminosa. Noutra dizer, aludidas imprecisões possibilitam a responsabilização penal do sujeito pelo que é ou de acordo com a função que exerce na organização.

Por outro viés e conseqüentemente, nota-se um afastamento do conceito finalista de ação, inspirador do Direito Penal moderno. Ora, se, no dizer de Hans Welzel, ação é a conduta

²⁸¹KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Introdução de Pedro Galvão. Lisboa: Edições 70 Ltda., 2009. p. 72 et seq.

²⁸²Cf. Luiz Regis Prado: “[...] assoma como imperiosa a necessidade de proteger a pessoa humana do risco de sua instrumentalização pelo poder estatal. O homem não pode ser considerado como simples meio para a persecução de finalidades político-criminais, ainda que de defesa social: deve ser-lhe, ao contrário, reconhecida uma posição central no sistema. É paradigmático em um Estado de Direito democrático que este exista sempre para o indivíduo e não o oposto: *omne jus hominum causa introductum est*. De sorte que ele só pode ser concebido como garantidor da liberdade e da dignidade humana.” [PRADO, Luiz Regis. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações**. In: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.132.]

²⁸³Ibidem, loc. cit.

humana previamente planejada e dirigida a uma finalidade²⁸⁴, não se pode dizer, todas as vezes, que o crime ambiental provocado por atividade da empresa decorre da ação do seu administrador. Seguindo-se à risca o conceito em comento, responsabilizado ao lado da pessoa jurídica seria o autor imediato, o executor do comportamento que resultou em dano ao meio ambiente.

Isto implica percalços do ponto de vista do nexo de subjetividade entre o delito e a pessoa física responsabilizada por sua ocorrência. Constatou-se que, no próprio ato de denunciar, bem como na admissão da denúncia, busca-se um indivíduo para figurar ao lado da pessoa jurídica, por meras razões dogmáticas – muito mais do que razões de política criminal. Questões atinentes à culpabilidade do litisdenunciado, porém, são postergadas, ficando relegadas a outros momentos do *iter* processual.

Assim, não se perquire a respeito do dolo ou da culpa do dirigente, quando do lançamento do seu nome na peça vestibular. Tal omissão é repetida em sede judicial, na oportunidade do exame de admissibilidade da inicial acusatória, o que acaba por obstaculizar a consecução de um processo penal de garantias, como há de ser pormenorizado em lugar próprio.

Fato é que, não raramente, imputa-se crime a alguém, sem que, sequer, seja tangenciada uma relação psíquica entre ambos. Não se indaga sobre a representação e desejo de realização do resultado lesivo, ou da presença de uma vontade lícita viciada.²⁸⁵ Abre-se espaço, portanto, para a responsabilidade penal objetiva, num retrocesso à fase de vingança privada que dominou o “Direito” Penal pré-civilizado, como preleciona Cláudio Brandão:

Nos primórdios, vigia no direito penal a responsabilidade sem culpa, onde só se observava o nexo de causalidade entre a conduta do homem e o resultado tido como criminoso, independentemente de qualquer análise pessoal sobre o autor do fato. Nesta época, ensina Roque de Brito Alves, havia o domínio “do velho princípio medieval de ‘qui versatur in re ilícita respondit etiam pro casu’, constitutiva da intitulada responsabilidade penal objetiva, sem culpa. Não existe, em nossa época, oportunidade alguma para o especialmente denominado ‘direito penal objetivo’ no sentido de responsabilidade penal com fundamento no resultado (lesão, dano) produzido pela conduta criminosa, como ocorreu no primitivo direito romano e germânico.”²⁸⁶

Cabe registrar, ainda, que, a partir do exame dos julgados trazidos à colação, chega-se a uma dedução inevitável. Dizer que, para a responsabilização penal de uma pessoa jurídica, é necessário que se estabeleça a responsabilidade da pessoa natural pelo mesmo fato – atente-se

²⁸⁴Cf. nota 203.

²⁸⁵Conceitos elementares de dolo e culpa, segundo a concepção finalista da ação.

²⁸⁶BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p 133.

para o fator condicionante - equivale a falar que, quando não houver meios de responsabilização desta última, impossível restará qualquer atribuição de crime à primeira.

Ora bem, se se compreende que, na hipótese, a imputação de crime ao ente coletivo depende da *prova* da responsabilidade do seu dirigente, administrador ou do seu representante legal ou contratual, protegida está a pessoa física perante o poder público de punir, como requer um Direito Penal e Processual Penal de garantias. É dizer, a condição técnico-jurídica para que a empresa seja denunciada prende-se a outra condicionante, qual seja a exigência de configuração da culpabilidade do outro.²⁸⁷

No sentido do texto, são as colocações de Nilo Batista, para quem

O princípio da culpabilidade impõe a *subjetividade* da responsabilidade penal. Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico. É indispensável a culpabilidade. No nível do processo penal, a exigência de provas quanto a esse aspecto conduz ao aforisma “a culpabilidade não se presume”, que, no terreno dos crimes culposos (negligentes), nos quais os riscos de uma consideração puramente causal entre a conduta e o resultado são maiores, figura como constante estribilho em decisões judiciais: “a culpa não se presume”. A responsabilidade penal é sempre *subjetiva*.²⁸⁸

Volver-se-á à temática processual. Por enquanto, basta deixar em registro o melhor sentido que a construção da dupla imputação necessária pode assumir, em respeito à dignidade da pessoa humana, início e fim do moderno Estado constitucional.

Neste passo, surge uma situação que, paradoxalmente, inibe a efetivação do Direito Penal de garantias. Segundo se depreende das lições de Luigi Ferrajoli, o Garantismo Penal é uma orientação político-jurídica de Estado que racionaliza o *jus puniendi* em face dos direitos fundamentais *de todos os indivíduos em coletividade*.²⁸⁹ Foi com base neste conceito que se convencionou acerca da expressão *Garantismo Penal integral*, a fazer referência à proteção *de todos* (delinquentes e *vítimas*) através do subsistema jurídico em tela.²⁹⁰

²⁸⁷ A isto se pode obter que prova de responsabilidade é questão a ser debatida no curso do processo, e não necessariamente no ajuizamento da denúncia. A objeção, contudo, não resiste a argumentos em defesa do devido processo penal, como é o referente à imprescindibilidade de justa causa para a ação penal, em sua concepção mais ampla. Cf. DUCLERC, Elmir. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 118.

²⁸⁸ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 104.

²⁸⁹ Daí dizer que o seu Sistema Garantista é heteropoiético, na medida em que se fundamenta e se legitima a partir da observância de fatores externos a ele, como são os direitos fundamentais, repita-se, de *todos*. (Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. Tradução de Fauzi Hassan Choukr et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, passim.)

²⁹⁰ Cf. FISCHER, Douglas. O que é Garantismo Penal (integral)? In: CALABRICH, B. et al. **Garantismo Penal integral** – Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 25 et seq.

A ressalva tem a ver com a exclusiva proteção de bens jurídicos²⁹¹, como função do Direito Penal constitucional, estruturado a partir dos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivas.

Dito isto, adentre-se o paradoxo.

Ocorrida uma lesão ao meio ambiente, tipificada em lei²⁹², a partir das atividades habituais de uma dada empresa, a eventual denúncia deve abarcar, como exige o STJ, a pessoa natural que atuou em nome e no interesse da organização. Caso contrário, inviabilizada estaria a responsabilidade penal da pessoa jurídica, por carência de requisito para a configuração da dupla imputação requerida.

No caso que serve de ilustração a este comentário, não sendo identificada qual pessoa natural, dentre as integrantes da rede funcional da empresa, deve ser junto a ela denunciada, resultaria impedido o início de processo penal contra a organização. Malgrado este obstáculo, não se questiona da materialidade delitiva, visto que o bem jurídico meio ambiente fora, de fato, atingido pelo delito provocado a partir das atividades da pessoa jurídica ou submetido a certo risco de lesão.

Nesta hipótese, haveria crime, no entanto não caberia falar em processo penal, pelo simples fato de não haver responsáveis. Partindo de uma concepção integral de Garantismo, eis, então, que se depara com a face antigarantista da situação em tela. Diante da impossibilidade de imputação, não se tem como responsabilizar penalmente por um evento que, efetivamente, aconteceu. No meio das consequências indelévels, apontam-se a impunidade e a desgarnição do bem jurídico lesionado.

A esta mesma constatação chegou Antonio Sergio Altieri de Moraes Pitombo, conforme passagem que mereceu registro em outro lugar do presente trabalho.²⁹³

O Direito Penal contemporâneo, ante o dilema, vê-se desprovido de suas funções essenciais num Estado de Direito jungido aos ditames constitucionais. Do ponto de vista da sanção penal, carecem de sentido as funções preventivas e repressivas, o que contribui para a sensação de impunidade, tanto por parte da coletividade, vitimada em seu meio ambiente,

²⁹¹PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal** – Um estudo comparado. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 87.

²⁹²Como exemplo, tome-se o quanto disposto pelo artigo 41, da Lei n. 9.605/98: “Provocar incêndio em mata ou floresta:

Pena - reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime é culposos, a pena é de detenção de seis meses a um ano, e multa.”

²⁹³PITOMBO, Antonio Sergio Altieri de Moraes. Denúncia em face da pessoa jurídica, na perspectiva do Direito Brasileiro. In: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 233.

como do lado dos que, de alguma maneira, envolveram-se no processo que desencadeou o crime ambiental.

De outra banda, a hipótese em comento desnatura o caráter fragmentário do Direito Penal constitucionalizado, na medida em que põe a descoberto o bem jurídico penal, em função da ausência de responsáveis por sua violação. Assim, fica comprometida a função de exclusiva proteção de bens jurídicos fundamentais, atribuída pelo Estado Social e Democrático de Direito ao sistema repressivo, conforme mencionado.

Sensação de impunidade e abandono do bem jurídico-penal implicam sérios prejuízos para a segurança jurídica e, em associação, para o direito da coletividade de conviver num ambiente ecologicamente equilibrado.

Compreende-se que alguém, pessoa natural, seja responsabilizado ao lado da pessoa jurídica, em função de ocorrência de delito contra o meio ambiente, desde que comprovada a sua contribuição para o evento, seja como autor, coautor ou como partícipe, em atenção ao princípio penal da culpabilidade. Esta contribuição, saliente-se, restaria delineada já na peça inicial acusatória, ainda que em indícios mínimos, a revestir a denúncia com a necessária justa causa.²⁹⁴

Ocorre que a Lei n. 9.605/98 permite a distinção entre responsabilidades da pessoa física e da pessoa jurídica. Serve de ilustração o disposto no parágrafo único do seu artigo 3º: “A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.” Nota-se, pois, que a responsabilidade dos sócios, administradores ou empregados, à luz do preceito, se verificado o liame entre sua atuação e o crime, independe da responsabilização da entidade.

Decerto, o aludido artigo, no *caput*, atrela a responsabilidade civil, administrativa e penal da pessoa jurídica ao fato de ter sido a infração causada por decisão do seu “representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.” O problema é detectar a origem da ordem, quando em face de grandes organizações, para além das questões sobre a efetividade da função de administrador.

Não obstante, é perceptível a possibilidade de dupla imputação na hipótese prevista pelo preceito, o que não elide a carência de indicação de dolo ou culpa por parte da pessoa física, já na peça incoativa.

É de se constatar, então, que, em nenhuma outra ocasião, a Lei vincula a responsabilidade da pessoa coletiva à da pessoa natural. Em outros termos, sondando o texto

²⁹⁴Cf. DUCLERC, Elmir. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 117 et. seq.

legal, constata-se que este oferece elementos para que eventual denúncia de crime contra o meio ambiente seja ajuizada apenas contra a organização, dispensando-se a coimputação individual, caso não haja nexos de subjetividade entre o resultado e as pessoas físicas integrantes dela. O óbice para tanto encontra-se, tão somente, nas categorias dogmáticas penais ausentes no ente coletivo, segundo os argumentos embaixadores da teoria da ficção.²⁹⁵

Ora bem, se deve ser buscado o representante legal da pessoa jurídica, a fim de que este responda pelo suposto delito ao meio ambiente, calha investigar algumas dicotomias referentes às espécies de delitos que podem ser cometidos, a partir das atuações de um empreendimento, bem como aos tipos de administradores que funcionam neste contexto, o que gera implicações relevantes na aludida exigência.

7.4.2 Delitos de domínio e delitos de infração de um dever

De primeiro, nota-se que a atividade de responsabilizar penalmente o indivíduo, no panorama em tela, passa pela determinação da espécie delitiva praticada. Percy Raphael García Caveró, com fundamento em Claus Roxin²⁹⁶, distingue duas categorias de infração penal: delitos de domínio e delitos de infração de um dever; a segregação entre ambos apresenta-se clara na passagem a seguir:

Diferente é quando se fala de delitos de domínio e de delitos de infração de um dever, pois esta distinção se fundamenta [...] em um critério material: a imputação de responsabilidade penal se estrutura nos delitos de domínio sobre a base da função geral de cidadão referente à criação de um risco não permitido e nos delitos de infração de um dever em funções especiais que fundamentam um dever específico.²⁹⁷ (tradução nossa)

Carlos Suárez González, Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñaranda Ramos, tratando da imputação objetiva nos crimes comissivos por omissão, constatam que Günther Jakobs divisa duas espécies de delito que se assemelham àquelas. Segundo este autor, é possível distinguir

entre delitos produzidos pela criação ou administração de um risco comum (delitos derivados do status geral do cidadão: delitos em virtude de organização) e aqueles outros que derivam de deveres especiais

²⁹⁵Cf. PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 119 e 112.

²⁹⁶ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Disponível em <<http://www.panoptica.org/>>. Acesso em: 21 out. 2011.

²⁹⁷“*Distinto es cuando se habla de delitos de dominio y de delitos de infracción de un deber, pues esta distinción se fundamenta, [...] en un criterio material: la imputación de responsabilidad penal se estructura en los delitos de dominio sobre la base del rol general de ciudadano respecto a la creación de un riesgo no permitido y en los delitos de infracción de un deber en roles especiales que fundamentan un deber específico.*” (GARCÍA CAVERO, Percy Raphael. **La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa**: criterios de imputación. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999. p. 164.)

estabelecidos pelo ordenamento jurídico, diante de determinado bem (delitos em virtude de uma instituição).²⁹⁸

Delitos de domínio, portanto, consistem naquelas infrações cujos destinatários são todos os cidadãos, de um modo geral. São crimes que podem ser perpetrados por qualquer pessoa, independente de qualquer função ou qualidade, bastando que tenha o domínio da situação em que delinque e que tenha criado o risco. Percebe-se, então, a correspondência entre as classificações de delitos de domínio e de crimes comuns.²⁹⁹

Assim, qualquer pessoa que crie um risco não permitido pode responder por delitos de domínio, eventualmente decorrentes da sua conduta. Tomando por base a Lei n. 9.605/98, serve de ilustração àquela categoria de delito a previsão do seu artigo 38-A, incluído pela Lei n. 11.428/2006, cuja redação segue transcrita:

Art. 38-A. Destruir ou danificar vegetação primária ou secundária, em estágio avançado ou médio de regeneração, do Bioma Mata Atlântica, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade

Como se verifica, a fórmula típica elaborada pelo legislador dispensa qualquer qualificação do autor da infração que pretende coibir; quem destrói ou danifica vegetação que se adéque na previsão do fragmento supra encontra-se incurso nas respectivas penas, não se exigindo que esteja no exercício de determinada função.

Já os delitos de infração de um dever pressupõem, como contido na expressão, que o autor do fato esteja vinculado à observância de determinada obrigação, de acordo com a função que assume no contexto. Comparados aos crimes especiais, como referidos pela dogmática penal ao classificar os delitos segundo sua autoria, não se nota, a partir das suas definições, distinção significativa.

Vale mencionar que há entendimento dirigido a não se confundir a previsão de tais delitos com a aceitação da responsabilidade penal objetiva, como, por exemplo, o de Márcio Antônio Inacarato, respaldado por Salvador Frontini. Segundo aquele autor, cuida-se aí de

“uma omissão intencional de quem tinha o dever jurídico de agir e, abstendo-se, permitiu que o fato ocorresse”. Na prática, [...] essa conceituação implica uma “inversão do ônus *da prova*”, pois o agente deve

²⁹⁸Cf. SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos et al. **Um novo sistema do direito penal** – Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Tradução de André Luís Callegari et al. São Paulo: Manole, 2003. p. 100.

²⁹⁹Na doutrina penal pátria, ver Luiz Regis Prado sobre a classificação das infrações: “[...] 2. Quanto ao sujeito: a) delito comum: o sujeito ativo é indeterminado, podendo ser praticado por qualquer pessoa (ex: arts. 121 – homicídio; 155 – furto, [...] do CP.)”. (PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 249.)

provar que não se omitiu e que o resultado adveio a despeito de seu empenho em sentido contrário.”³⁰⁰

Só é responsável pela infração de um dever quem, de fato, tinha de cumpri-lo, independentemente do motivo que vincula o indivíduo à obrigação.³⁰¹ O indivíduo, aqui, ostenta uma qualidade que o distingue dos demais cidadãos e que o coloca, pois, na condição de sujeito ativo dos referidos delitos.

O exemplo fica a cargo do artigo 60, da lei brasileira de crimes ambientais, assim redigido:

Art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes:
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Responsável, de acordo com a transcrição, é quem incorre numa das condutas do tipo misto alternativo, infringindo as determinações de licenciamento ambiental. Daí observa-se que o delito de infração de um dever pode ser considerado comissivo por omissão, já que se refere ao não agir de quem deveria, por lei ou pelas circunstâncias fáticas, adotar um comportamento positivo dirigido a determinada finalidade (teoria finalista da ação).

Este primeiro binômio – delitos de domínio x delitos de infração de um dever – concebe a responsabilidade penal a partir da estrutura típica, segundo opções de política criminal. Assim, na primeira espécie, qualquer um que, tendo o domínio da situação, crie um risco proibido é tido por responsável pelo crime cometido.³⁰²

Percebe-se a importância do conceito de *domínio do fato* para o entendimento dos delitos inseridos na primeira categoria, o que alude às considerações de Claus Roxin quanto à autoria mediata, o que merecerá análise mais cuidadosa adiante.

³⁰⁰INACARATO, Márcio Antônio. A responsabilidade penal dos administradores das sociedades anônimas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 646, ago., 1989. p. 244.

³⁰¹Cf. o Código Penal brasileiro: “Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. [...]”

Relevância da omissão

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

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

³⁰²Os delitos especiais são considerados por Roxin como delitos de infração de um dever, enquanto Schünemann vê-os como delitos de domínio. (Cf. GARCÍA CAVERO, Percy Raphael. **La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa**: criterios de imputación. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999. p. 135-136.)

Por enquanto, basta a compreensão de que, em sede de crimes societários, a prática de delitos de domínio, aparentemente, não oferece dificuldades à identificação do responsável, já que, para tanto, bastaria indagar sobre quem criara o risco, tendo o domínio do fato. Por outro lado, em se tratando de pessoas jurídicas, é comum que todos os seus integrantes estejam obrigados a obedecerem às suas normas, bem como às disposições legais. Com isto, não se pode determinar, com agilidade e precisão, quem, nos últimos componentes do binômio em tela, tinha, em razão da função, o dever descumprido.

Não obstante, o entendimento de Percy Raphael García Caveró é no sentido de que, nos delitos de domínio praticados pelos subordinados, responsabiliza-se o superior hierárquico, desde que o domínio do fato, concretamente considerado, esteja com este.³⁰³ Segundo ele, o mero executor da ordem não responde por aqueles delitos, asseverando que

[...] enquanto se tratar de executar cabalmente ordens do superior, não existirá uma responsabilidade penal, inclusive se o sujeito executor tem conhecimento da relevância danosa do que faz (imputação subjetiva). Este parecer fundamenta-se em que sua incompetência a respeito da organização global do processo de produção ou fabricação impede atribuir-lhe o *output* não permitido. Quem tem o domínio da esfera de organização da empresa nestes casos é o superior e não o simples trabalhador e operário da fábrica.³⁰⁴ (tradução nossa)

Neste aspecto, suas considerações aproximam-se das de Jesús-María Silva Sánchez, sobretudo quando este autor indica a irrelevância da atuação do executor no contexto dos crimes societários.³⁰⁵

³⁰³GARCÍA CAVERO, Percy Raphael. **La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa:** criterios de imputación. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999. p. 91.

³⁰⁴“[...] mientras se trate de ejecutar cabalmente órdenes del superior, no existirá una responsabilidad penal, incluso si el sujeto executor tiene conocimiento de la relevancia dañosa de lo que hace (imputación subjetiva). Este parecer se fundamenta en que su incompetencia respecto a la organización global del proceso de producción o fabricación impide atribuirle el *output* no permitido. Quien tiene el dominio de la esfera de organización de la empresa en estos casos es el superior y no el simple trabajador y operario de la fábrica.” (Ibidem, p. 93.)

³⁰⁵“Dada una estructura así, se comprende que la conducta puramente ejecutiva – la del empleado de la empresa de quien surge el último acto que, por sí solo o en conjunción con otros, produce el hecho delictivo – no es siempre la más relevante, lo que supone un importante cambio de perspectiva respecto al Derecho penal clásico. En todo caso, normalmente la calificación de dicha conducta no es la cuestión más problemática. En efecto, siempre que nos movamos en el ámbito de delitos comunes, ofrecerá pocas dificultades de calificación dogmática de la conducta de los ejecutores inmediatos del hecho. Estos podrán ser calificados de autores directos, coautores o autores accesorios en función de la configuración específica del caso. Sin embargo, parece claro que con la sanción de éstos no se han alcanzado plenamente las finalidades político-criminales perseguidas. Ciertamente, más importante que el papel de estos sujetos, es el de quienes están situados jerárquicamente por encima de ellos, en grados ascendentes, hasta alcanzar el nivel de quienes detentan el control máximo de la empresa.” (Dada uma estrutura assim, compreende-se que a conduta puramente executiva – a do empregado da empresa do qual surge o último ato que, por si só ou em conjunto com outros, produz o fato delitivo – não é sempre a mais relevante, o que supõe uma importante mudança de perspectiva a respeito do Direito penal clássico. Em todo caso, normalmente a qualificação desta conduta não é a questão mais problemática. Com efeito, sempre que nos movamos no âmbito de delitos comuns, oferecerá poucas dificuldades de qualificação dogmática da conduta dos executores imediatos do fato. Estes poderão ser qualificados de

7.4.3 Administrador de fato e administrador de direito

Administrador de direito, como ensina García Caveró, é o que consta de documento formal - estatuto, contrato social, regimento interno – como representante legal da entidade. A princípio, sobre tal figura recairia a responsabilidade procedente das atividades ilícitas da pessoa fictícia. Ocorre que, muitas vezes, sobretudo em organizações mais complexas, há um espaço bastante amplo entre a consecução do ato lesivo e a função de administrador, o que levaria à configuração de um Direito Penal do autor e, por via de consequência, à consagração da responsabilidade penal objetiva.

A par desta objeção, há hipóteses de notória frequência no atual contexto do capitalismo neoliberal, em que o administrador de direito resume-se a mero “testa-de-ferro”, transferindo suas atribuições práticas para o administrador de fato. Segundo aquele autor, a responsabilização criminal deste último dá-se em caráter excepcional, dependendo da reunião de certos requisitos.

É necessário que o administrador não nomeado - adjetivo equivalente a administrador de fato – esteja, efetivamente, no exercício das atividades de administração da entidade. Para além disto, é essencial que haja legitimidade da sua atuação, ou seja, que tenha o consentimento dos sócios para o desempenho das referidas atribuições.³⁰⁶ Por fim, releva que, nos delitos de omissão, o administrador de fato esteja, ao menos aparentemente, nomeado para a respectiva função.³⁰⁷

Então, o simples fato de figurar no contrato social da empresa como administrador não é suficiente para guindar o indivíduo ao status de garante e, portanto, de torná-lo

autores diretos, coautores ou autores acessórios em função da configuração específica do caso. Sem embargo, parece claro que com a sanção destes não se haja alcançado plenamente as finalidades político-criminais perseguidas. Certamente, mais importante que o papel destes sujeitos, é o de quem está situado hierarquicamente por cima deles, em graus ascendentes, até alcançar o nível de quem detém o controle máximo da empresa.) [SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Responsabilidad penal de las empresas y de sus organos en derecho español. In: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 77.]

³⁰⁶García Caveró constata que, na jurisprudência alemã, existem posições contrárias a respeito deste requisito. Para aqueles que o rechaçam, basta que o administrador realize, faticamente, as funções de administração de certa importância econômica. (GARCÍA CAVERO, Percy Raphael. **La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999. p. 122.)

³⁰⁷Márcio Antônio Inacarato, por seu turno, tratando dos sujeitos ativos de crimes societários no Brasil, referiu-se ao acionista controlador, cujas características fazem-no semelhante ao administrador de fato, tal como definido neste capítulo. Na exposição daquele autor, “Caracterizam o acionista controlador, em nosso Direito: a) titularidade de direitos de sócio que lhe assegurem permanentemente a maioria dos votos na deliberação da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores; b) o efetivo exercício de seu poder para dirigir a atividade social.” (INACARATO, Márcio Antônio. A responsabilidade penal dos administradores das sociedades anônimas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 646, ago., 1989. p.242.)

criminalmente responsável. E isto em face da existência de alguém que, embora informalmente, exerce as funções de representante, como administrador de fato.

Impende registrar que a responsabilização do administrador não nomeado não afasta, por si só, a imputação do delito ao “testa-de-ferro” (o administrador formal), devendo, sempre, analisar-se casuisticamente.³⁰⁸

Ainda, na esteira das considerações acerca da relação administrador de direito-administrador de fato, impende repisar que quem delega funções não se libera, totalmente, da sua realização; permanece com o dever de eleger adequadamente e vigiar a execução das funções, conforme deflui da transcrição:

Nos casos de delegação, certamente o delegante isenta-se de certas funções, mas não fica totalmente liberado. A titularidade primária da esfera de organização fundamenta um dever de eleição de pessoa capacitada para as funções a delegar e um dever de vigilância sobre as atividades do delegado.³⁰⁹ (tradução nossa)

Outra advertência, que merece destaque neste desenvolvimento, diz respeito à impossibilidade de se vincular os critérios de imputação penal aos acordos entre particulares, mais especificamente entre os sócios da pessoa jurídica. Não pode estar nas mãos dos integrantes da empresa o poder de ditar, através de contrato, quem responderá pelo delito, a bem da ideia de atuação em nome do outro. Assim, a existência de um contrato “*no puede*

³⁰⁸ Cf. Percy Raphael García Caveró: “[...] es necesario proporcionar un criterio concreto y, por tanto, no tan difuso – como, por ejemplo, el de la 'importancia económica' de GÜBEL o el de la 'posición de predominio' de DIERLAMM -, que sirva para determinar cuándo se puede decir que una participación en la administración de la empresa es conforme a derecho (instrucciones internas), cuándo constituye una simple participación en el hecho (sea como inducción, sea como cooperación o auxilio), y cuándo existe propiamente una administración fáctica del negocio.” [é necessário proporcionar um critério concreto e, portanto, não tão difuso – como, por exemplo, o da “importância econômica” de GÜBEL ou o da “posição de domínio” de DIERLAMM-, que sirva para determinar quando se pode dizer que uma participação na administração da empresa é conforme o direito (instruções internas), quando constitui uma simples participação no fato (seja como indução, seja como cooperação ou auxílio), e quando existe propriamente uma administração fática do negócio.] (GARCÍA CAVERO, Percy Raphael. **La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa**: criterios de imputación. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999. p. 124.)

³⁰⁹ “En los casos de delegación, ciertamente el delegante se descarga de ciertas funciones, pero no queda totalmente liberado. La titularidad primaria de la esfera de organización fundamenta un deber de elección de persona capacitada para las funciones a delegar y un deber de vigilancia sobre las actividades del delegado.” (Ibidem, p. 127.). A respeito de deveres como estes, Érika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho aduzem que “só se consubstanciam em deveres concretos de ação quando o destinatário da norma apresenta capacidade de ação, ou seja, a culpabilidade por defeito de organização pressupõe a realização de uma conduta típica por parte das pessoas físicas que integram ou representam a pessoa jurídica. Estas últimas, sim, podem ser censuradas pela não adoção das medidas de precaução exigidas para assegurar que as atividades da empresa transcorram de modo adequado. O critério de imputação do fato objetivo desvalorado à pessoa jurídica não tem, porém, natureza jurídico-penal.” (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: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 255.)

crear por sí misma una posición de garantía jurídico-penal que justifique una responsabilidad penal del administrador de hecho".³¹⁰

Tomando posição diante da temática, Percy Raphael García Caveró critica os critérios do predomínio e da qualidade³¹¹, taxando-os de inconsistentes, quando se tem por objetivo definir as responsabilidades penais em jogo, como de autor ou partícipe.

No primeiro caso – critério do predomínio -, a crítica complementa-se com os argumentos referentes aos acordos particulares, como visto alhures; quanto à qualidade da tarefa exercida pelo administrador, rechaça a possibilidade de adotá-la como parâmetro de estabelecimento de autoria e participação. Nesta senda, ele observa que

Para evitar as críticas de um possível conceito unitário de autor, os defensores da perspectiva fática de análise assinalam que a assunção fática das atividades deve ter uma determinada “qualidade” que diferencie os atos de simples participação dos de autoria. Sem embargo, este requisito de “qualidade” não é claro o suficiente, com o que, em todo caso, a possibilidade de manipulá-lo à vontade é evidente.³¹² (tradução nossa)

Ex positis, analisando-se o caso em concreto, o administrador formalmente nomeado tanto pode assumir a posição de partícipe, como incorrer em coautoria. Se, por exemplo, for mero coadjuvante do administrador de fato, apenas cooperando com a realização das funções deste, responde como partícipe. Por outro lado, quando o “testa-de-ferro” divide o domínio das suas atribuições com o administrador não nomeado, preservando, ao menos parcialmente, as suas tarefas, submete-se ao Direito Penal como verdadeiro coautor.

A ponderação que se impõe, quanto a estes dois papéis, vai no sentido de que, se o administrador de fato toma as decisões na empresa de forma determinante, está, integralmente, no domínio da situação e, portanto, apto a responder como autor do crime societário. Se, todavia, depende do obséquio do administrador de direito, para que suas propostas sejam por este acatadas, resume-se a mero indutor ou cúmplice.³¹³

³¹⁰ “[...] não pode criar por si mesma uma posição de garantia jurídico-penal que justifique uma responsabilidade penal do administrador de fato.” (GARCÍA CAVERO, Percy Raphael. **La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa**: criterios de imputación. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999. p. 134.) (tradução nossa)

³¹¹ Cf. nota 308.

³¹² “Para evitar las críticas de un posible concepto unitario de autor, los defensores de la perspectiva fática de análisis señalan que la asunción fática de las actividades debe tener una determinada ‘calidad’ que diferencie los actos de simple participación de los de autoría. Sin embargo, este requisito de ‘calidad’ no es aclarado suficientemente, con lo que, en todo caso, la posibilidad de manipularlo a voluntad es evidente.” (GARCÍA CAVERO, op. cit., p. 147.)

³¹³ Ibidem, p. 152.

7.4.4 A posição de garante

Esmiuçando, ainda mais, a problemática, a doutrina penal apresenta outro critério para a determinação da responsabilidade penal individual no âmbito de pessoas jurídicas. Pressupõe-se que os administradores de fato, nem sempre, recebem o mandato para gerir toda a organização, havendo hipóteses nas quais sua atuação fica adstrita a determinado setor.

Enquanto Bajo Fernández aduz que somente os administradores podem responder por delitos cometidos em nome da pessoa jurídica³¹⁴, García Caveró é mais contundente em dividir as duas espécies de administradores estudadas – de direito e de fato –, cuja responsabilidade depende das nuances do caso concreto. E, mais, suas considerações adquirem maior precisão, quando vinculam referida responsabilidade ao setor administrado pelo indivíduo.

Pode ser vislumbrado, como exemplo, o caso de alguém que, numa empresa do ramo da construção civil, assuma as funções de administrador, embora não figure no contrato social como tal, apenas para atuar no setor de contratação de mão-de-obra. Inobstante exerça, na prática, as funções de administração, aquele sujeito não poderá ser penalmente responsabilizado em razão da conduta de extração ilegal de madeira³¹⁵, pelo simples fato de que não lhe compete administrar o respectivo setor.

Transmutando-se a ilustração, mas em linhas equivalentes, pode-se aduzir que

A responsabilidade penal nestes casos está diferenciada pelas competências parciais assumidas. Assim, por exemplo, se uma pessoa não nomeada como administrador se ocupa faticamente com domínio social da área de distribuição e vendas da empresa, não responderá pelos delitos contra o meio ambiente que possam produzir-se devido à decisão da área de produção da empresa de abrir as comportas de dejetos, além do autorizado pelas normas administrativas. Nestes casos, a responsabilidade penal determinar-se-á entre os sujeitos que tenham participado na organização deste setor.³¹⁶ (tradução nossa)

³¹⁴Cf. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo J. Cuestiones basicas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de otras personas morales y de agrupaciones y asociaciones de personas. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, n.27, 1999. p. 33.

³¹⁵Cf. a Lei n. 9.605/98: “Art. 39. Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente:

Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.”

³¹⁶“*La responsabilidad penal en estos casos está diferenciada por las competencias parciales asumidas. Así, por ejemplo, si una persona no nombrada como administrador se ocupa fácticamente con dominio social del área de distribución y ventas de la empresa, no responderá de los delitos contra el medio ambiente que pudieran producirse debido a la decisión del área de producción de la empresa de abrir las compuertas de desechos más allá de lo autorizado por las normas administrativas. En estos casos, la responsabilidad penal se determinará entre los sujetos que han participado en la organización de este sector.*” (GARCÍA CAVERO, Percy Raphael. **La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa**: criterios de imputación. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999. p. 154-155.)

Jesús-María Silva Sánchez, em concepção mais restrita, isenta do rol de garante aquelas pessoas que figuram no contrato social como representantes da empresa, entretanto não exercem influência efetiva sobre o setor de onde partiu o delito. Garante, para ele, é quem dirige diretamente este setor, quase nunca se confundindo com o indivíduo que representa ou que é proprietário da pessoa jurídica, como atesta a realidade econômica da contemporaneidade.

No dizer literal deste autor,

[...] não se pode afirmar que todos os diretores respondam por omissão quanto aos delitos cometidos na empresa. A posição de garantia reveste na criminalidade de empresa uma natureza muito mais específica. Aparece como um compromisso de contenção de riscos determinados, para bens jurídicos determinados, onde são as regras de atribuição e distribuição de competências as que delimitarão os concretos riscos que devem controlar-se, e as medidas cuja não adoção fundamentará a presença de um delito omissivo, equivalente à comissão. O compromisso individual adquirido com a aceitação do cargo transfere ao sujeito a competência, que conduz o domínio e, por conseguinte, a responsabilidade. Só tal compromisso, em virtude do qual se assume a correspondente competência, tem a virtude de produzir no fato uma identidade estrutural no plano normativo com a comissão ativa. *De tudo isto se desprende, enfim, que o decisivo para a posição de garantia, é o exercício material das funções próprias de uma determinada esfera de competência, e não sua ostentação formal.*³¹⁷ (grifo e tradução nossos)

É neste sentido que se diz que a imputação dos crimes comissivos por omissão, ou de infração de um dever, a fim de orientar-se pelos ditames de um Direito Penal de garantias, tem de observar se o indivíduo não só podia, mas também *devia* evitar o resultado lesivo, sob pena de inverter-se a presunção de não culpabilidade que o garante.³¹⁸

A conclusão semelhante chega Juan Córdoba Roda, quando analisa alguns preceitos legais atinentes à responsabilidade individual nos delitos societários, mais especificamente nos crimes contra a liberdade e segurança do trabalho, nos fiscais e nos monetários. Ele

³¹⁷ “[...] no puede afirmarse que todos los directivos respondan por omisión de los delitos cometidos en la empresa. La posición de garantía reviste en la criminalidad de empresa una naturaleza mucho más específica. Aparece como un compromiso de contención de riesgos determinados, para bienes jurídicos determinados, en donde son las reglas de atribución y distribución de competencias las que delimitarán los concretos riesgos que deben controlarse, y las medidas cuya no adopción fundamentará la presencia de un delito omisivo, equivalente a la comisión. El compromiso individual adquirido con la aceptación del cargo, traslada al sujeto la competencia, que conlleva el dominio y, a la vez, la responsabilidad. Sólo tal compromiso, en virtud del cual se asume la correspondiente competencia, tiene la virtualidad de producir en el hecho una identidad estructural en el plano normativo con la comisión activa. De todo ello se desprende, en fin, que lo decisivo para la posición de garantía, es el ejercicio material de las funciones propias de una determinada esfera de competencia, y no su ostentación formal.” [SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Responsabilidad penal de las empresas y de sus organos en derecho español. In: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 79-80.]

³¹⁸ Cf. o artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” Cf., também, BINDER, Alberto. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 85 et seq.

verifica que, nas respectivas leis, a responsabilização do administrador ou do dirigente restringe-se ao ter conhecimento da perpetração do delito, sem agir para preveni-lo. A crítica que anexa é referente à redação defeituosa de tais dispositivos e à correlata injustiça de uma imputação deste jaez, desvinculada das características do caso concreto.

Como resta consignado por este autor,

[...] a responsabilidade, segundo os termos dos mencionados preceitos, faz-se às vezes depender do simples conhecimento que o indivíduo tem da comissão dos fatos por outros sujeitos, com a particularidade inclusive de que a este conhecimento, em ocasiões, nem sequer se ligue a exigência de que aquele houvesse podido evitar a comissão do delito, e pela razão, ademais, de que, como já temos visto se inverter a presunção de inocência, uma vez que se estabelece que o sujeito incorre em responsabilidade penal, a menos que fique demonstrada sua inocência.³¹⁹ (tradução nossa)

Gianpaolo Poggio Smanio, tratando da questão no bojo do atuar em nome de outro, considera que a posição de garante também alcança o administrador público:

Importantíssimo ressaltar nesta teoria a possibilidade de responsabilizar o administrador público que não cumpra seus deveres de atuar para impedir os crimes contra os interesses difusos, especialmente os crimes ambientais e aqueles contra os consumidores e a economia popular, posto que assume a posição de garante face à administração pública, atuando como seu representante.³²⁰

As contribuições doutrinárias em destaque permitem compreender que a manutenção das expectativas normativas de conduta consiste numa função social do Direito Penal, que se materializa no sistema econômico. E, como este sistema, na atualidade, caracteriza-se pelo anonimato dos seus agentes, a função (ou *rol*) é tida como o mais adequado critério de identificação do responsável por eventual não atendimento das referidas expectativas. Isto abrange a necessidade de que a individualização de responsáveis por crimes societários fique adstrita aos contornos do caso concreto, e insta, por vezes, o Direito Penal a recorrer a normas extrapenais que regulam a instituição fundamentadora do injusto.³²¹

Neste ponto, convém rememorar que o Direito Penal estrangeiro tem-se valido de distinção proposta pelo Direito Mercantil – administrador nomeado e administrador de fato -,

³¹⁹ “[...] la responsabilidad, según los términos de los mencionados preceptos, se hace en ocasiones depender del simple conocimiento que el individuo tiene de la comisión de los hechos por otros sujetos, con la particularidad incluso de que a dicho conocimiento, en ocasiones, ni siquiera se le añade la exigencia de que aquél hubiera podido evitar la comisión del delito, y por la razón, además, de que, como ya hemos visto se invierte la presunción de inocencia, por cuanto se establece que el sujeto incurre en responsabilidad penal, a menos que quede demostrada su inocencia.” (CÓRDOBA RODA, Juan. Responsabilidad penal de los administradores de compañías. *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, n. 1, 86º ano, 1987, p. 39.)

³²⁰ SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Tutela penal dos interesses difusos*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 129.

³²¹ Cf. GARCÍA CAVERO, Percy Raphael. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999, passim.

para gizar que tanto uma como outra espécie de administrador pode ser penalmente responsabilizada, em consequência de crime de cunho societário.³²²

A concretização da responsabilidade penal de ambos os administradores passa, ainda, pelo tipo de delito cometido. No caso dos delitos de domínio, a imputação tem por fundamento o domínio do fato³²³, a partir da criação do risco não permitido.³²⁴ Aqui, a responsabilidade do administrador de fato equipara-se à do administrador de direito, não se observando distinções quanto à natureza das mesmas.

O contrário ocorre quando se tem em vista os delitos de infração de um dever que, por terem como pressuposto a não observância de uma obrigação formal, quase sempre são praticados pelos administradores de direito. Dá-se a exceção quando a própria entidade atribui a alguém, informalmente, o dever de cumprir com aludida obrigação – é dizer, o dever de garante -, hipótese em que se verifica a responsabilidade do administrador de fato perante os citados delitos.

A referência aos dados ofertados pelo Direito extrapenal, sobretudo aos tipos de administradores encontráveis em uma empresa, faz o trabalho em curso deter-se à ligeira análise do regramento atinente à função de administrador de algumas espécies de sociedade empresária, como forma de ilustrar o que se fixou no presente apartado. Para tanto, delimitar-se-á o estudo no Direito brasileiro, com base no Código Civil e na lei esparsa.

7.5 BREVES LINHAS SOBRE A RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL NAS FORMAS SOCIETÁRIAS BRASILEIRAS

O ordenamento jurídico brasileiro alberga, no seu subsistema civil, diversos preceitos que aludem às espécies de administradores admitidas nas sociedades empresárias. O regramento pátrio destas pessoas jurídicas de direito privado, para além de outros assuntos, trata do como das deliberações dos seus sócios e das responsabilidades dos que as administram, como sói acontecer no Direito espanhol.

Sem ter a pretensão de aprofundar questões de Direito Empresarial, o que transcenderia os limites metodológicos observados no presente trabalho, incumbe a este a referência, ainda que sutil, a alguns aspectos daquela matéria, que integram o tema em

³²²Cf. TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n.11, 1995. p. 33.

³²³Que o põe como autor mediato, segundo a concepção de Claus Roxin acerca do domínio do fato, como será analisado em lugar próprio.

³²⁴Eis a importância do estudo do tema em desenvolvimento à luz das teorias da imputação objetiva, o que também ficará a cargo de capítulo adiante.

desenvolvimento. Assim, convém registrar que o Código Civil de 2002 (CC), perfilhando a teoria dos atos de empresa³²⁵, divide as sociedades em simples e empresárias, vinculando-as à normatização própria.

Ao dispor sobre a sociedade em comandita simples, por exemplo, referido diploma estabelece uma *capitis diminutio* do comanditário perante o comanditado, não podendo aquele praticar atos de gestão nem figurar em firma social, sob pena de arcar com as responsabilidades deste último. É dizer, a princípio, o Código isenta o comanditário dos encargos de administração, mas o admite em certas ocasiões, em consideração aos dados colhidos em concreto.³²⁶

Ainda, quanto à sociedade em comandita simples, é admissível a alguém figurar, provisoriamente, como administrador; trata-se dos casos em que este, sem assumir a condição de sócio, é nomeado pelos comanditários, quando não houver sócios comanditados, para arcar com as funções destes por até cento oitenta dias. Em hipóteses assim, o administrador nomeado só responderia em face dos eventos ocorridos no referido prazo.³²⁷

Já a disciplina codificada das sociedades limitadas prevê a possibilidade de uma ou mais pessoas ou, mesmo, todos os sócios funcionarem como administradores, a teor do disposto no contrato social ou em ato diverso. Ressalva, contudo, que os indivíduos que ingressarem, posteriormente, na instituição como sócios, não assumem, de pleno direito, as funções de administrador. Isto não afasta a ocorrência do contrário, já que a sistemática privatista do Direito de Empresa lida com a liberdade deliberativa dos seus constituintes.³²⁸

Curiosa é a previsão constante do §5º, do artigo 1.072 codificado, que se refere às deliberações levadas a efeito na esfera das sociedades limitadas. Segundo este dispositivo, “As deliberações tomadas de conformidade com a lei e o contrato vinculam todos os sócios, *ainda que ausentes ou dissidentes.*” (grifos ausentes no original). Há, como se vê, alusão aos

³²⁵Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial** – Direito de empresa. 22 ed. Saraiva: São Paulo, 2010. p. 5 et seq.

³²⁶“Art. 1.047. Sem prejuízo da faculdade de participar das deliberações da sociedade e de lhe fiscalizar as operações, não pode o comanditário praticar qualquer ato de gestão, nem ter o nome na firma social, sob pena de ficar sujeito às responsabilidades de sócio comanditado.

Parágrafo único. Pode o comanditário ser constituído procurador da sociedade, para negócio determinado e com poderes especiais.”

³²⁷“Art. 1.051. Dissolve-se de pleno direito a sociedade:

[*omissis*]

II - quando por mais de cento e oitenta dias perdurar a falta de uma das categorias de sócio.

Parágrafo único. Na falta de sócio comanditado, os comanditários nomearão administrador provisório para praticar, durante o período referido no inciso II e sem assumir a condição de sócio, os atos de administração.”

³²⁸“Art. 1.060. A sociedade limitada é administrada por uma ou mais pessoas designadas no contrato social ou em ato separado.

Parágrafo único. A administração atribuída no contrato a todos os sócios não se estende de pleno direito aos que posteriormente adquiriram essa qualidade.”

sócios que não comungaram da decisão final da sociedade, seja por estarem ausentes da assembleia, seja por consistirem em minoria vencida.

Nestes casos, basta que as resoluções tenham obedecido à lei e ao contrato, para vincularem os sócios que a elas não acederam. E se, acaso, tratar-se de sócio administrador, pode-se conviver com o paradoxo de o indivíduo ser responsável por algo, embora não tenha aquiescido a ele, o que pode funcionar bem na civilística, mas não combina com um Direito Penal da culpabilidade, que não conhece responsabilidade de feição objetiva.

Para arrematar o exame perfunctório dos preceitos de Direito de Empresa, convém trazer à baila algumas determinações da Lei n. 6.404, de 17 de dezembro de 1976, que regulamenta as sociedades anônimas, também denominadas de companhias. Ali, o acionista controlador é caracterizado como a pessoa que, dentre outras atribuições, “usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.” e “[...] tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa” e com “os que nela trabalham [...]”.³²⁹

No *caput* do seu artigo 117, o diploma em apreço, estabelece que “O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.” Na sequência, elenca as modalidades do mencionado abuso, culminando com a previsão da responsabilidade solidária do “administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal”.

Da forma como estão, tais redações dão a entender que o acionista controlador é responsável pelos atos dos seus pares e dos funcionários da empresa, denotando uma espécie de culpa *in eligendo* ou *in vigilando*. Deve-se atentar para a exigência contida no §2º daquele artigo, no sentido de responsabilizar solidariamente o indivíduo que *praticou* o ilícito, é dizer, que o executou pessoalmente, o que pode consistir em um passo na direção da responsabilidade subjetiva deste último.³³⁰

Não há como, porém, transportar esta forma de responsabilização para o terreno do Direito Penal, desprezando-se os ajustes devidos, sob pena de imputar crimes sem que seja detectada a presença de uma relação psicológica entre o suposto delinquente e o resultado delitivo, fundada no dolo ou na culpa.

Os órgãos oficiais incumbidos da persecução penal – englobados a Polícia, o Ministério Público e o Poder Judiciário -, em face de crimes cometidos a partir de sociedades empresárias, têm, de fato, a tarefa de observarem seus contratos sociais e documentação correlata, a fim de compreenderem o grau das responsabilidades individuais, à luz das

³²⁹Cf. Artigo 116.

³³⁰Cf. nota 304.

considerações de Antonio Sergio Altieri de Moraes Pitombo.³³¹ Cuida-se de precaução em prol de um Direito Penal racionalizado, de caráter garantista, na medida em que alerta para os dados ofertados pela casuística, como pressuposto da incidência da pena em última instância.

Outrossim, a consulta aos precitados documentos, feita pelas agências do Poder Público de punir, demonstra a conexão que deve existir entre os subsistemas do ordenamento jurídico. Isto permite que a interpretação das leis e das querelas penais não se dê de forma isolada, mas se valha de conhecimentos provenientes de outros ramos como, *in casu*, o Direito Empresarial.

Uma macrovisão do aludido ordenamento, contudo, não se totaliza, sem que se parta, antes, da carga axiológica da Constituição Federal, ao menos nos limites de um Estado que se pretenda Social e Democrático de Direito e que enalteça a dignidade da pessoa humana.

Assim, ao Direito Penal, no diálogo com outros ramos do universo jurídico, não é dado desgarrar-se dos seus próprios princípios e, *a fortiori*, daqueles ínsitos aos valores constitucionais. No primeiro caso, assistir-se-ia à própria desnaturação deste subsistema do Direito; no outro, não se vislumbraria qualquer possibilidade de convivência entre ele e os demais Direitos.

Então, o estudo dos preceitos do CC e da legislação esparsa, sobre sociedades empresárias, malgrado seja útil ao sistema punitivo, não pode apartar-se da disciplina orientada por cânones a este peculiares, segundo um regramento específico da sua condição de *ultima ratio*.

Do contrário, isto é, sem os ajustes necessários, aberto estaria o espaço para a consagração da responsabilidade objetiva no Direito Penal, já que bastaria ao intérprete, unicamente, saber quem, conforme o contrato social da empresa, é o responsável por suas atividades, a fim de imputá-lo a condição de autor mediato dos delitos perpetrados em multirreferidas circunstâncias.

É do autor mediato, como aquele que detém o domínio do fato sobre a conduta delitiva, que cuida o apartado seguinte, partindo da sistematização da respectiva teoria, levada a efeito por Claus Roxin.

³³¹PITOMBO, Antonio Sergio Altieri de Moraes. Denúncia em face da pessoa jurídica, na perspectiva do Direito Brasileiro. In: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2 ed. São Paulo, 2009, passim.

7.6 O AUTOR MEDIATO NA TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO

7.6.1 A concepção de Claus Roxin

Claus Roxin desponta como um funcionalista, cuja contribuição é de notória relevância para o trabalho em desenvolvimento. Sua teoria dos *aparatos organizados de poder*, também denominada de teoria do *domínio da organização*, como modalidade de autoria mediata, oferece elementos para a configuração da responsabilidade da pessoa física no âmbito de organizações transindividuais.

Sistematizando a concepção de domínio do fato, tal qual preconizada por Hans Welzel³³², aquele penalista apontou três critérios para responsabilizar o “homem de trás”. O primeiro deles se refere à coação do executor (autor imediato) por outrem (autor mediato) que consiste no verdadeiro autor do delito, em face do vício de vontade do coagido. Impende deixar registrado que, segundo Roxin,

[...] caracteriza-se como “domínio da vontade”: alguém realiza um tipo penal, não de própria mão, mas mediante outra que lhe serve a estes fins, que não pode opor resistência à vontade dominante do fato de outro e, portanto, é designada como “ferramenta” em suas mãos. Se se observa, mais, acerca dos fatos da vida que se tomam em consideração, ficará demonstrado que só existem três formas estruturalmente fundamentais de realização de um tipo, mediante outra pessoa que atua como instrumento.³³³ (tradução nossa)

O Direito Penal comum brasileiro alberga previsão deste jaez, ao tratar da coação irresistível, como espécie de dirimente por inexigibilidade de conduta diversa, conforme se depreende da primeira parte do artigo 22, do CPB. Na hipótese, pune-se, apenas, o autor mediato.³³⁴

³³²Cf. Roxin, “*En los términos de esta teoría, que en lo esencial ha sido formulada por Welzel, y más tarde por Gallas y Maurach, el autor es quien 'mantiene en sus manos' (Gallas) el transcurso del hecho y que puede, de acuerdo con su voluntad, dejar avanzar o detener el transcurso de los hechos (Maurach).*” (Nos termos desta teoria, que no essencial tem sido formulada por Welzel e, mais tarde, por Gallas e Maurach, o autor é quem ‘mantém em suas mãos’ (Gallas) o transcurso do fato e que pode, de acordo com sua vontade, deixar avançar ou deter o transcurso dos fatos (Maurach).” (ROXIN, Claus. Sobre la autoría y la participación en el derecho penal. Tradução de Henrique Bacigalupo. In: **Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho** - Homenaje al profesor Jiménez de Asúa. Buenos Aires: Pannedille, 1970. p. 56.). (tradução nossa)

³³³“*se caracteriza como ‘dominio de la voluntad’: alguien realiza un tipo penal, pero no de propia mano, sino mediante otra persona que lo sirve a estos fines, que no puede oponer resistencia a la voluntad dominante del hecho del otro y, por lo tanto, es designada como ‘herramienta’ en manos de éste. Si se mira más de cerca los hechos de la vida que se toman en consideración quedará demostrado que sólo existen tres formas estructuralmente fundamentales de realización de un tipo mediante otra persona que actúa como instrumento.*” (Ibidem, p. 62.). Em oportunidade própria, serão pormenorizadas as três formas de responsabilização de alguém como autor mediato mencionadas pelo autor.

³³⁴“Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.”

Outro critério, posto por Roxin, é o do erro. Aqui, alguém, valendo-se de meios fraudulentos, induz o executor a praticar o delito, na equivocada representação de estar legitimado para tanto. As modalidades do erro, no Código Penal pátrio, encontram-se disciplinadas entre os seus artigos 20 e 21³³⁵; é o caso, segundo ilustra a doutrina, da legítima defesa putativa, em que se imagina estar diante de injusta agressão atual ou iminente e, portanto, autorizado a revidá-la, dentro dos limites da proporcionalidade, para salvar direito seu ou alheio.

O terceiro critério é o que, mais detidamente, importa ser analisado. Cuida-se, propriamente, da teoria do domínio da organização ou dos aparatos organizados de poder, cuja primeira nota distintiva, em comparação com os métodos anteriores, é a ausência de coação ou erro por parte do autor imediato do delito, donde se referir à considerável disposição deste último para a realização da conduta criminosa.

Claus Roxin concebe o aparato organizado de poder como um arranjo hierarquizado que transgride o Estado de Direito, chefiado por alguém que pode substituir seus subordinados como bem entender, para satisfazer a vontade da qual detém o domínio. Desta concepção ressaem as características elementares do aludido aparato, quais sejam a ilicitude da organização, a presença de hierarquia e a fungibilidade dos executores.³³⁶

Para que se responsabilize o homem de trás (autor de escritório, autor atrás do autor, etc.), em virtude da teoria do domínio da organização, é preciso que esta se configure como um ente contrário ao Direito. Assim, nos Estados de exceção, como o vivenciado no Brasil entre os anos de 1937 e 1945, os crimes cometidos em nome do governo são imputados ao próprio Estado, como autor mediato.

Igualmente, nos delitos praticados por organizações criminosas tem-se, como autor mediato, o chefe do aparato ilícito. Foi o que ocorreu no Estado de São Paulo, com a

³³⁵ Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.

§ 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos.

§ 2º - Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.

§ 3º - O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.

Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.”

³³⁶ ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Disponível em <<http://www.panoptica.org/>>. Acesso em: 21 out. 2011.

submissão do gerenciador do Primeiro Comando da Capital (PCC) ao Tribunal do Júri, para responder pelos homicídios que ordenara naquela condição.³³⁷

De acordo com Roxin, sendo a entidade coletiva autorizada pelo Direito ou, melhor, estando ela em perfeita harmonia com o ordenamento jurídico, não há falar em aplicação da teoria dos aparatos organizados de poder. É que, entende ele, em casos semelhantes, há a expectativa do não cumprimento de ordens ilícitas.³³⁸

É, também, necessário que, a fim de que seja aplicada a teoria em comento para responsabilizar o homem de trás, este figure como topo de uma estrutura hierarquicamente organizada, que possibilite o cumprimento automático dos seus comandos por parte dos subordinados. A garantia da materialização da ordem encontra-se, portanto, na hierarquização do aparato. Nestes termos, o executor do delito deve estar na estrita observância de mandamento superior, sem o que não haveria falar, como sente o funcionalista, em *domínio* da organização, muito menos em aparato *organizado de poder*.³³⁹

O terceiro requisito indicado por Claus Roxin, para a configuração de determinado arranjo como ferramenta nas mãos do homem de escritório, é a fungibilidade dos destinatários do comando antijurídico, que consistem em outra garantia de concretização da vontade do gerenciador. Neste sentido, aqueles destinatários são tidos como simples peças da macroengrenagem que é a organização, de modo que a recusa ou impossibilidade de um deles, quanto ao cumprimento da ordem, não o inviabiliza, já que o recusante ou impossibilitado pode ser substituído por outro indivíduo.

Cumpra observar a interconexão existente entre esta fungibilidade e o requisito anterior da hierarquização do aparato, na medida em que só é dado conceber permuta entre sujeitos quando se parte do pressuposto de que alguém detém o *poder* de fazê-lo.

Sedimentadas as bases para a compreensão da teoria proposta por Roxin, convém indagar, à luz da doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira, se é possível adotá-la no âmbito da criminalidade empresarial. Isto porque o mencionado penalista tinha olhos postos nas organizações de caráter paraestatal, ou seja, em contextos que expressassem uma contrariedade ao Direito - donde o requisito da antijuridicidade, já aludido.

³³⁷Conforme Rodrigo de Grandis, não há confundir organização criminosa com crime empresário, “embora, em alguns casos, isso ocorra, como aconteceu com o PCC em São Paulo, em que as pessoas jurídicas se confundiam com as organizações criminosas. Estas contemplavam na sua atividade as pessoas jurídicas destinadas à prática de delito.” [GRANDIS, Rodrigo de. A responsabilidade penal dos dirigentes dos delitos empresariais. In: SOUZA, A. de B. G. (Org.). **Inovações no direito penal econômico** – Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011. p. 337.]

³³⁸ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Disponível em <<http://www.panoptica.org/>>. Acesso em: 21 out. 2011.

³³⁹Ibidem.

Esta restrição, portanto, deixaria a descoberto as entidades de caráter lícito, que funcionam dentro e em consonância com as regulamentações do Estado de Direito; radica aí o problema da aplicação da tese roxiniana nos limites de outra realidade do panorama socioeconômico do século XX, que é a criminalidade dentro da empresa.

Não obstante as vozes contrárias, como a de Jesús-María Silva Sánchez, e a revisão por que passou a sua teoria - o que será objeto de análise mais adiante -, o cerne do pensamento de Roxin está em inadmitir seu transplante para o campo dos crimes societários.³⁴⁰ Tal vedação fundamenta-se nos próprios requisitos para a configuração do domínio da organização, como segue explanado a partir das seguintes linhas.

A maior parte da doutrina e jurisprudência penais, em solo europeu, não admite a responsabilização do autor mediato nos crimes societários, em virtude da aplicação da teoria dos aparatos organizados de poder. O primeiro argumento em oposição refere-se ao caráter lícito das empresas, em nome das quais é praticada a conduta típica e antijurídica.

Neste sentido, objetiva-se que a tese original de Claus Roxin foi pensada para organizações ilícitas, o que não ocorre com pessoas jurídicas que funcionam em perfeita sintonia com as normas regulamentadoras do setor econômico a que pertencem. Nas empresas, consideradas as condições normais de atuação, haveria a esperança do não cumprimento de ordens ilícitas, como se disse.

Uma ponderação neste aspecto, no entanto, vem a calhar. É que existem pessoas jurídicas que são constituídas com o fim específico de praticarem crimes ou protegerem os verdadeiros delinquentes, que são as pessoas naturais por detrás da entidade.³⁴¹ Neste caso, a pessoa fictícia assemelhar-se-ia aos aparatos organizados pensados por Roxin (Estado de exceção e organizações criminosas), o que implicaria a possibilidade de aplicação da teoria deste penalista, à luz do primeiro requisito por ele indicado.

Alega-se, ainda, que, em sede empresarial, não haveria a total predisposição do autor imediato para acatar as ordens superiores, as quais seriam cumpridas, apenas, quando adstritas às funções do executor e, portanto, sem qualquer violação de preceito regulamentar. Trata-se, aí, de objeção que se correlaciona com aquela outra, na medida em que se refere ao cumprimento de comandos lícitos.³⁴²

³⁴⁰ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Disponível em <<http://www.panoptica.org/>>. Acesso em: 21 out. 2011.

³⁴¹Cf. TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n.11, 1995. p. 22.

³⁴²Cf. DUTRA, Bruna Martins Amorim. A aplicabilidade da teoria do domínio da organização no âmbito da criminalidade empresarial brasileira. In: SOUZA, A. de B. G. (Org.). **Inovações no direito penal econômico – Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas**. Brasília: ESMPU, 2011. p. 226.

No que concerne à fungibilidade dos subordinados, não é característica observável no campo da criminalidade empresarial, segundo a ciência penal e a jurisprudência que a perfilha, em sua maioria. Argumenta-se, aqui, que os empregados não podem ser substituídos entre si pelo administrador do empreendimento, caso haja recusa ou impossibilidade na observância da ordem emanada, o contrário do que se dá em sede dos aparatos roxinianos.

Então, por não haver possibilidade de referida permuta, não poderia ser aplicada a teoria do domínio da organização na hipótese, para atribuir a condição de autor mediato aos administradores, gestores, dirigentes ou indivíduo com função equivalente. O que fica por esclarecer é o porquê de tal vedação, ônus que incumbe aos penalistas que adotam, à risca, o pensamento de Roxin.³⁴³

Um dado desponta como plausível, para fundamentar a inexistência de fungibilidade entre os funcionários de empresas. A referência é a algo apontado pelo Direito do Trabalho, como característica da relação empregatícia e que se contrapõe à ideia de substituição do empregado: a pessoalidade. Assim, não seria permitido ao representante da empresa intercambiar seus funcionários, deliberadamente, em face da não realização por um deles da sua vontade (vontade da entidade).³⁴⁴

O óbice estaria, portanto, num dos elementos da relação de emprego, valendo o alerta de que nem todas as empresas, para a consecução das suas atividades, travam com seus colaboradores relação de natureza empregatícia. Ademais, ainda que configurada esta espécie de relação laboral, é possível, sim, vislumbrar-se a substituição entre indivíduos, sem prejuízo das eventuais sanções por indisciplina ou insubordinação.

Claus Roxin teve oportunidade de revisar sua teoria dos aparatos organizados de poder, permitindo sua adoção em casos envolvendo instituições estatais lícitas, sendo suficiente que a contrariedade ao Direito cingisse-se, apenas, aos delitos praticados; deixou de ser exigido que a organização, em si, fosse ilícita, bastando a ilicitude das condutas realizadas a partir

³⁴³Neste diapasão, é imperioso pontuar que, segundo Gómez-Jara Díez, citado por Bruna Martins Amorim Dutra, “o desenvolvimento do Direito do Trabalho e do Consumidor, além da demanda por mão de obra especializada, impede a fungibilidade dos empregados.” [DÍEZ apud DUTRA, Bruna Martins Amorim. A aplicabilidade da teoria do domínio da organização no âmbito da criminalidade empresarial brasileira. In: SOUZA, A. de B. G. (Org.). **Inovações no direito penal econômico** – Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011. p. 226.]

³⁴⁴Cf. Renato Saraiva, ao tratar do requisito em questão: “O serviço tem de ser executado pessoalmente pelo empregado, que não poderá ser substituído por outro. O contrato de emprego é *intuito personae* em relação ao empregado. A relação de emprego, no que atine ao obreiro, reveste-se de caráter de infungibilidade, devendo o laborante executar os serviços pessoalmente.” (SARAIVA, Renato. **Direito do trabalho** – Versão universitária, 2 ed. São Paulo: Método, 2009. p. 75.)

dela. Permaneceu, portanto, sua oposição quanto às organizações particulares vinculadas ao Direito, como as empresas.³⁴⁵

O penalista em questão, no entanto, aponta uma solução para a responsabilização individual na criminalidade empresarial. Tal consistiria no alcance do dirigente da entidade, não por deter o domínio da organização, mas em razão de ter-se colocado na posição de garante dos bens jurídicos violados, respondendo, então, na condição de autor imediato de um delito de infração de um dever. Nesta linha de raciocínio, acentua:

Parece-me mais preciso recorrer à figura jurídica dos delitos de dever, desenvolvida por mim já há décadas, e fundamentar com seu auxílio a autoria dos membros da direção, na medida em que se lhes atribui a posição de garantidores em defesa da legalidade dos atos da empresa. No Código Penal alemão sempre tivemos disposições sobre delitos praticados no exercício da função. O § 357 diz que: “Um superior que induz seus subordinados a um ato ilícito no exercício da função [...] ou permite que um dos seus subordinados cometa tal ato ilícito, incorre nas penas a este cominadas.” Caso se estendesse esta disposição, referente ao âmbito dos delitos praticados no exercício da função, ao superior que tem o direito de dar ordens em uma empresa econômica, esta seria uma solução sensata.³⁴⁶

Na esteira de Roxin, outros estudiosos posicionaram-se contra a incidência da teoria do domínio da organização em sede de crimes societários. Kai Ambos, v.g., apesar de considerar que a atuação à margem do Direito seria irrelevante para caracterizar o aparato de poder, entendeu que “as empresas não constituiriam aparatos rigidamente organizados de poder e que inexistiria em seu âmbito a fungibilidade mecânica dos subordinados.”³⁴⁷

Por seu turno, Francisco Muñoz Conde asseverou que o pensamento roxiniano não é compatível com a criminalidade empresarial, posto que a intercambialidade entre os funcionários descaracterizaria a relação empregatícia. Segundo ele, os dirigentes seriam responsabilizados como coautores ao lado dos executores, por terem o domínio funcional (e não executório) do fato.³⁴⁸

O entendimento sobre a aplicação da teoria dos aparatos de poder no setor da criminalidade econômica, no entanto, encontra-se longe da uniformidade. Apesar das vozes contrárias, na trilha aberta por Roxin – que, inclusive, são predominantes –, há doutrinadores

³⁴⁵ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Disponível em <<http://www.panoptica.org/>>. Acesso em: 21 out. 2011.

³⁴⁶Ibidem.

³⁴⁷AMBOS apud DUTRA, Bruna Martins Amorim. A aplicabilidade da teoria do domínio da organização no âmbito da criminalidade empresarial brasileira. In: SOUZA, A. de B. G. (Org.). **Inovações no direito penal econômico** – Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011. p. 226.

³⁴⁸Ibidem, loc. cit.

que, buscando argumentos à luz da ordem jurídica sobre a qual se debruçam, admitem a possibilidade de tal aplicação.

Tal é o caso de Jesús-María Silva Sánchez, para quem é permitido responsabilizar o empresário como autor mediato, valendo-se da tese do domínio da organização, quando o delito, não obstante tenha-se realizado por obra do subordinado, fora determinado por aquele. Neste caso, *“el dominio de las estructuras, de los medios, del modo de configurarse el hecho típico, la estructura jerárquica, pueden permitir la atribución al superior de una autoría mediata [...]”*.³⁴⁹

Segundo sua compreensão da temática,

[...] neste ponto, a questão da responsabilidade dos sujeitos individuais no marco da empresa mostra inegável semelhança com o âmbito problemático mais geral da responsabilidade criminal no seio de conjuntos organizados – e estruturados em forma mais ou menos hierárquica – de pessoas. A este último âmbito pertencem, provavelmente, tanto os delitos da chamada “criminalidade organizada” – terrorismo, narcotráfico -, como os cometidos no marco da Administração pública em suas diversas vertentes (administração sanitária, administração penitenciária etc.)³⁵⁰. (tradução nossa)

Vale anotar que referido pensamento tem por base a equiparação, levada a efeito pelo autor em comento, entre a empresa “delinquente” e os aparatos organizados de poder.

7.6.2 A questão na doutrina e jurisprudência nacionais e estrangeiras

No que tange à doutrina brasileira, é de ser constatado que, embora a matéria em comento seja, ainda, parcamente debatida, vem tomando corpo pensamento semelhante ao esposado por Silva Sánchez. Desta forma, equiparam-se as empresas aos aparatos de poder, com o fito de atribuir responsabilidade penal ao administrador da entidade como autor mediato.

³⁴⁹“o domínio das estruturas, dos meios, do modo de configurar-se o fato típico, a estrutura hierárquica, podem permitir a atribuição ao superior de uma autoria mediata [...]”. [SILVA SÁNCHEZ Apud DUTRA, Bruna Martins Amorim. A aplicabilidade da teoria do domínio da organização no âmbito da criminalidade empresarial brasileira. In: SOUZA, A. de B. G. (Org.). **Inovações no direito penal econômico** – Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011. p. 228.]. (tradução nossa)

³⁵⁰“[...] en este punto, la cuestión de la responsabilidad penal de los sujetos individuales en el marco de la empresa, muestra innegable similitudes con el ámbito problemático más general de la responsabilidad criminal en el seno de conjuntos organizados – y estructurados en forma más o menos jerárquica – de personas. A este último ámbito pertenecen, probablemente, tanto los delitos de la llamada ‘criminalidad organizada’ – terrorismo, narcotráfico -, como los cometidos en el marco de la Administración pública en sus diversas vertientes (administración sanitaria, administración penitenciaria etc.)”. [SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Responsabilidad penal de las empresas y de sus organos en derecho español. In: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 76.]

Entendimento semelhante formou-se entre os órgãos do Ministério Público da União, flexibilizando a tese de Claus Roxin, para aplicá-la aos crimes societários, perante as dificuldades de fixação da autoria nesta área. A ideia tem encontrado na Escola Superior do *parquet* um hábil instrumento de divulgação, graças aos trabalhos ali publicados.

Bruna Martins Amorim Dutra é uma dentre os partidários desta concepção. Advogando a aplicação da teoria dos aparatos organizados de poder nos limites da criminalidade empresarial, adverte que isto não pode ocorrer de maneira arbitrária, devendo ser observadas as nuances do caso concreto.

Em sua tomada de posição, a articulista pontifica:

[...] entendemos que a teoria da autoria mediata em virtude do domínio da organização é passível de aplicação aos casos de criminalidade econômica. Tal incidência, todavia, não pode ocorrer de forma automática, mas se faz imprescindível à análise concreta dos pressupostos caracterizadores do controle do fato criminosos por parte do dirigente da empresa.³⁵¹

Neste aspecto, a advertência revela um pendor para a corrente funcionalista, em consonância com os ensinamentos de Percy Raphael García Caveró, quando dos esforços para a responsabilização do administrador de fato e de direito, objeto de análise em outras linhas.

A relativização da tese original de Roxin dispensa o requisito da contrariedade ao Direito, para caracterizar o aparato organizado de poder, o que permite conceber a possibilidade de sua aplicação em sede de criminalidade econômica. Assim, para que se estabeleça a autoria mediata do empresário, em face de conduta criminosa executada por seu subordinado, com alicerce na teoria do domínio da organização, é suficiente que se comprove o domínio do fato por parte daquele e a fungibilidade entre os designados.

Nestes termos, Dutra conclui suas considerações, defendendo a aplicação da multicitada teoria aos casos de criminalidade empresarial,

conquanto se comprove o domínio concreto do fato delituoso por parte do empresário, nos moldes expostos acima, ou seja, considerando que o conceito de autor é ontológico, uma vez demonstrado que a empresa é dotada de organização e que o êxito do plano delitivo do seu dirigente restava assegurado pela fungibilidade dos executores, forçoso reconhecer a configuração da autoria de escritório.³⁵²

Impende destacar que, para que o dirigente da empresa seja responsabilizado, é necessário que haja dolo de sua parte, em respeito ao processo de imputação objetiva e

³⁵¹DUTRA, Bruna Martins Amorim. A aplicabilidade da teoria do domínio da organização no âmbito da criminalidade empresarial brasileira. In: SOUZA, A. de B. G. (Org.). **Inovações no direito penal econômico – Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas**. Brasília: ESMPU, 2011. p. 232.

³⁵²Ibidem, loc. cit.

subjetiva (e, por via de consequência, ao princípio penal da culpabilidade), como exigência de um Direito Penal garantista, voltado aos direitos fundamentais da pessoa humana.³⁵³

Demais disto, a articulista salienta que sua compreensão é adstrita às condutas comissivas do dirigente, “no sentido de proferir um comando delitivo, cujo sucesso se encontre garantido pela automatização da organização.” As omissões do administrador, por seu turno, dariam ensejo à sua responsabilização como autor imediato, por incorrer em delito comissivo por omissão, afastando-se, portanto, a configuração da autoria mediata em virtude do domínio do aparato. Nesta última hipótese, o indivíduo responderia como autor imediato, na esteira do entendimento de Roxin, após revisão da teoria em comento.³⁵⁴

Importa destacar que, salvo as alusões dos artigos 22, 29, *caput*³⁵⁵ e 62, I³⁵⁶, o CPB não normatiza, expressamente, a autoria em razão do domínio do fato, o que não significa seu banimento do ordenamento jurídico pátrio, se o referido domínio for entendido como um conceito ontológico. Em acréscimo, a autora registra que a legislação penal extravagante é receptiva à aplicação da teoria do domínio por organização, exemplificando com os artigos 11, da Lei n. 8.137/90³⁵⁷, e 75, do Código de Defesa do Consumidor.³⁵⁸

Não obstante, pondera:

Convém ressaltar, contudo, que o dado de compreendermos o domínio do fato como conceito ontológico não desautoriza uma consagração normativa expressa da autoria de escritório. Ao revés, a previsão legal da figura se mostra aconselhável porquanto contribui para a segurança jurídica, findando-se as eventuais discussões doutrinárias acerca de sua compatibilidade com o arcabouço legislativo brasileiro.³⁵⁹

Rodrigo de Grandis, por seu turno, tomando parte no debate, percebe que os dispositivos do CPB, diante da sua generalidade, acabam sendo insuficientes para a fixação da autoria mediata nos crimes envolvendo entidades de alta complexidade. No que tange ao artigo 13, §2º, por exemplo, que dispõe sobre a relevância da omissão, avanta que

³⁵³DUTRA, Bruna Martins Amorim. A aplicabilidade da teoria do domínio da organização no âmbito da criminalidade empresarial brasileira. In: SOUZA, A. de B. G. (Org.). **Inovações no direito penal econômico** – Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011. p. 234.

³⁵⁴ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Disponível em <<http://www.panoptica.org/>>. Acesso em: 21 out. 2011.

³⁵⁵“Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.”

³⁵⁶“Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes [...]”

³⁵⁷“Art. 11. Quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade.”

³⁵⁸“Art. 75. Quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos neste Código incide nas penas a esses cominadas na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas.”

³⁵⁹DUTRA, op. cit., p. 243.

pouco se tem observado quanto a denúncias embasadas neste último dispositivo, ou seja, a imputação da responsabilidade penal do empresário pela omissão – por ter assumido a posição de *garante*. Embora tenha existido dever jurídico de agir, o empresário não agiu quando poderia, recaindo, pois sobre ele a carga da reprovabilidade penal.

Vê-se, assim, que o ordenamento jurídico brasileiro apresenta de forma carente essas ferramentas jurídicas, e cumpre ressaltar, de acordo com a orientação da doutrina, que são instrumentos insuficientes para resolver todos os problemas jurídicos pertinentes à imputação objetiva e subjetiva.³⁶⁰

O exame do tema em foco, sob a óptica da jurisprudência, tanto em outros países quanto no Brasil, revela o alargamento por que passa a tese do domínio da organização, para abarcar as hipóteses de criminalidade na empresa. Trata-se, como acentuado, de esforço do Direito aplicado diante dos problemas de imputação na realidade socioeconômica contemporânea. Nesta ambiência, os tribunais atenuam os rigores de Roxin, admitindo a aplicação da sua teoria onde ele não a admite, na tentativa de transpor os desafios lançados ao Direito Penal pelo processo de globalização, sobretudo a partir do final do século XIX.

Para consubstanciar as constatações atinentes ao tratamento conferido pelos Pretórios brasileiros ao tema, convém citar o entendimento dos Tribunais Regionais Federais (TRF) em distintas Regiões. Na Quarta Região, por exemplo, a Oitava Turma entendeu ser o dirigente autor mediato do delito, ainda que se tratasse de conduta omissiva.³⁶¹

Na Segunda Região, vale gizar, houve ponderação no sentido de não se confundir autoria mediata no aparato de poder com responsabilidade penal objetiva, haja vista que, *in casu*, estar-se-ia, apenas, “aferindo a autoria do delito com base na teoria do domínio do fato, isto é, verificando dentre todos os sócios e administradores [...] qual deles possuía poderes decisórios suficientes para definir os rumos da sociedade.”³⁶²

Compulsando-se os entendimentos trazidos à análise, é de ser verificado que o critério de imputação da pessoa física por eleição, em sede de criminalidade empresarial, sobretudo para atender às exigência da dupla imputação necessária nos crimes ambientais, tem sido, de fato, o da autoria mediata, como efeito do domínio por organização. É dizer, aplica-se a teoria de Claus Roxin à criminalidade de empresa, contrariando, assim, o entendimento do próprio penalista.

³⁶⁰GRANDIS, Rodrigo de. A responsabilidade penal dos dirigentes dos delitos empresariais. In: SOUZA, A. de B. G. (Org.). **Inovações no direito penal econômico** – Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011. p. 337.

³⁶¹Cf. DUTRA, Bruna Martins Amorim. A aplicabilidade da teoria do domínio da organização no âmbito da criminalidade empresarial brasileira. *Ibidem*, p. 236-237.

³⁶²*Ibidem*, p. 240.

Conforme aduzido por Rodrigo de Grandis, bem pouco (ou quase nada) é mencionado a respeito da condição de garante do administrador ou dirigente, a ser responsabilizado pela omissão de um dever, como previsto no multicitado artigo 13, §2º, do CPB. Pode-se dizer, então, que a proposta de Roxin para a responsabilização por crimes societários não encontra guarida no Brasil.

7.6.3 Alemanha: primeiros passos para a admissão da teoria de Claus Roxin na criminalidade econômica

Precursor das mitigações à teoria *sub examine* foi o Tribunal Federal de Justiça alemão - *Bundesgerichtshof* (BGH). Ao acrescentar-lhe os requisitos do desejo do resultado pelo homem de trás, como corolário do seu próprio agir, e da clara disposição do executor em realizar a vontade dominante, a Corte permitiu a equiparação das empresas como aparatos organizados de poder; conseqüentemente, acolheu a tese roxiniana como fundamentação da autoria mediata no campo da criminalidade empresarial.

Nesta senda, seu então presidente, Armin Nack, chegou a mencionar que

[...] o 5.º Senado do BGH em matéria penal posicionou-se, na ocasião, ao definir a autoria mediata [...], seguindo a Roxin. O autor – que colaborou na decisão – recorda-se muito bem do diálogo com o seu colega do Senado, Gerhard Schäfer, durante uma pausa na discussão. Nós estávamos de acordo quanto ao fato de que um grupo de casos – praticamente o mais importante – deveria ser abrangido pelo: fato punível provocado pelo chefe de uma empresa, [...] no qual o colaborador da empresa atua de acordo com a instrução.³⁶³

Trazendo tal constatação para o cerne do trabalho em curso, convém exemplificá-la com um julgamento de crime ambiental perante a Segunda Turma do BGH, em 1997. O caso envolveu uma empresa que transferiu resíduos perigosos ao meio ambiente para outras entidades, que não poderiam eliminá-los de maneira adequada.

Aquele órgão fracionário, então, atribuiu aos diretores da primeira empresa a responsabilidade penal como autores mediatos, ao que Roxin revidou, argumentando que, por não deterem o domínio final do fato (que estaria com as empresas que receberam o lixo), tais diretores não poderiam ser responsabilizados como autores mediatos, e, sim, como meros indutores.

Segundo ele,

³⁶³ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Disponível em <<http://www.panoptica.org/>>. Acesso em: 21 out. 2011.

[...] tudo isto ainda não justifica nenhum domínio do fato, sobretudo porque os recolhedores não estavam vinculados à estrutura de organização da própria empresa e não dependiam dela. Quem, sem colaborar por si mesmo com o preenchimento do tipo, “abre caminho para isso”, ainda não tem o domínio do fato. Ao contrário, trata-se de um típico comportamento de instigação, sob o pressuposto de uma provocação dolosa de um fato reconhecido como contrário à proibição. Em todo caso, de modo algum são preenchidos os pressupostos do domínio por organização.³⁶⁴

Outro exemplo da forma de julgar do BGH denuncia a tendência à efetivação da responsabilidade penal objetiva e a conseqüente superveniência de um Direito Penal com ares antigarantistas. Na hipótese, foram responsabilizados como autores mediatos os dirigentes de uma sociedade que, a despeito do seu estado de insolvência, ainda realizava pedidos de mercadoria, o que restou configurado, segundo a Corte alemã, como crime de estelionato.

Fato é que a sentença condenatória não comprovou “*ninguna intervención concreta de los acusados o ni siquiera conocimiento actual de éstos en relación con los pedidos de mercaderías*”, o que se revela em flagrante afronta ao Estado de Direito, ao qual deve estar jungido o sistema punitivo moderno, como compreende Roxin.³⁶⁵

Neste ponto, é mister citar outro caso julgado pelo BGH, desta feita como homicídio, à luz da autoria mediata decorrente dos aparatos organizados de poder. A relevância do registro encontra-se, principalmente, no fato de fazer referência à questão da morte assistida, como um capítulo da bioética - direito fundamental de atualidade e complexidade tais que foi identificado, por obra dos constitucionalistas, numa Quarta Geração.³⁶⁶

O episódio referiu-se à interrupção da alimentação artificial de uma mulher idosa e com grave lesão cerebral, como conseqüência de instruções dadas por seus médico e filho aos enfermeiros. O BGH responsabilizou aqueles dois como autores mediatos do homicídio, a eles atribuindo o domínio do fato e equiparando o hospital a um aparato de poder.

Roxin rebateu os fundamentos da mencionada decisão, alegando que, no entendimento da Corte, não estariam reunidos os requisitos para a configuração da sua teoria, mais

³⁶⁴ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata.** Disponível em <<http://www.panoptica.org/>>. Acesso em: 21 out. 2011.

³⁶⁵“nenhuma intervenção concreta dos acusados ou nem sequer conhecimento atual deles em relação aos pedidos de mercadoria.” (tradução nossa). Cf. Bruna Martins Amorim Dutra: “À vista disso, Roxin [...] combate a inclinação da jurisprudência alemã em aplicar a teoria do domínio da organização para a responsabilização dos dirigentes das empresas por qualquer delito cometido em seu âmbito, independentemente da verificação particular da presença do domínio do fato, considerando a simplificação operada no processo instrutório.” [DUTRA, Bruna Martins Amorim. A aplicabilidade da teoria do domínio da organização no âmbito da criminalidade empresarial brasileira. In: SOUZA, A. de B. G. (Org.). **Inovações no direito penal econômico** – Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011. p. 231.]

³⁶⁶Cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional.** 5 ed. Jus Podivm: Salvador, 2011. p. 595 et seq.

especificamente a ilicitude da organização e a fungibilidade e clara predisposição dos executores.³⁶⁷

Este embate entre doutrina e jurisprudência alemãs, quanto à (im)possibilidade de adoção da teoria do domínio por organização nos extremos da criminalidade empresarial, faz remeter, mais uma vez, à alternativa apresentada em contrariedade à aludida adoção. Diz-se, com Roxin, que a autoria no âmbito dos crimes cometidos no seio de pessoas jurídicas vinculadas ao Direito alicerça-se na condição de garante, ou seja, de quem, por motivos diversos, assumiu o dever de proteção do bem jurídico.³⁶⁸

Na posição de garante, então, o dirigente da empresa responderia por um delito de infração de dever, em face de conduta criminosa executada por seu subordinado. O administrador seria responsabilizado por crime comissivo por omissão, já que a ele competia evitar a lesão perpetrada.

Aparentemente – a confirmação submeter-se-á aos dados coletados no desenvolvimento deste trabalho – a solução para a individualização da pessoa física, no âmbito da criminalidade de empresa, está com Claus Roxin. É que, em se admitindo a aplicação da teoria dos aparatos organizados de poder nesta seara, corre-se o risco de permitir a responsabilidade penal objetiva dos sócios-administradores, contrariando as exigências garantistas que racionalizam o poder de punir estatal, em face da dignidade da pessoa humana.

Assim, responsabilizar aqueles indivíduos na condição de garantes, partindo do pressuposto de que eles, ao infringirem o dever de cuidar do bem-jurídico violado, incorreram em crime comissivo por omissão parece estar em maior sintonia com o Garantismo Penal, como óbice aos abusos inerentes à sanha punitiva do Estado. Ainda assim, para a efetivação desta concepção jurídico-política de Poder Público, bem como dos intentos funcionalistas teleológicos, faz-se necessária a análise dos aspectos do caso em concreto.

É neste sentido que, com base em interpretação do artigo 2º, da Lei n. 9.605/98, tem-se estabelecido o critério de imputação do representante da pessoa jurídica envolvida em crime

³⁶⁷“Na verdade, o médico e o filho da paciente recorreram à atribuição de instruções, porém tal poder de mando compreendia, desde o princípio, apenas instruções em conformidade com o Direito. Também, de modo algum, pode-se afirmar que um hospital consiste em um estabelecimento de trabalho desvinculado do direito. Em nosso caso se mostraria convincente o fato de que o diretor de serviços negasse a execução da ordem e encaminhasse ao tribunal de tutela (*Vormundschaftsgericht*), que proibiria a suspensão da alimentação. Inclusive falta a fungibilidade do executor, pois não haviam outros executores e nem se poderia obtê-los. Igualmente havia pouca disposição ao fato por parte do pessoal do hospital, como mostra nosso caso. Ao contrário, em casos desta espécie os funcionários do hospital são absolutamente escrupulosos, porque sabem que facilmente pode-se entrar em conflito com a justiça penal.” (sic). (ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Disponível em <<http://www.panoptica.org/>>. Acesso em: 21 out. 2011.)

³⁶⁸Cf. nota 309.

ambiental. É dizer, vislumbra-se no dispositivo legal um típico caso de previsão de delito de infração de um dever ou, em termos mais exatos, de crime comissivo por omissão.³⁶⁹

Este mesmo entendimento, aliado às objeções de Roxin, no que tange à utilização da sua teoria perante crimes cometidos a partir de empresas, conduziu à elaboração do Projeto de um *Corpus Juris* para a proteção dos interesses financeiros da União Europeia. Em seu artigo 13, o documento estabelece que

O crime que uma pessoa comete por conta da empresa, submetendo-se essa pessoa à autoridade do administrador ou de outro com poder de decisão ou controle, faz com que esse indivíduo hierarquicamente superior seja *também* penalmente responsável quando possui conhecimento do cometimento do crime, tendo instrução para a sua realização ou ainda deixou acontecer o crime ou omitiu as medidas necessárias de controle.³⁷⁰ (grifo nosso)

Observa-se que a expressão grifada não isenta a responsabilidade penal do executor da conduta delitativa, não se especificando, contudo, se sua contribuição qualifica-o como coautor ou partícipe do crime. Acredita-se que tal esclarecimento ficará a cargo dos elementos extraídos do caso concreto, o que atende aos influxos de um Direito Penal pautado nos rigores constitucionais.

Nota-se, ademais, que o alcance do superior hierárquico, como almejado pelo artigo transcrito, não parte da arbitrariedade, já que o condiciona à observância de conhecimento prévio do crime, ou de instrução para a sua realização, com a consequente omissão referente às respectivas medidas preventivas.

Tal constatação, entretanto, não afasta outra, atinente à falta de clareza presente na última parte do dispositivo acima. A redação, neste ponto, poderia ser mais precisa, quanto aos requisitos para a responsabilização penal do administrador ou equivalente, o que se escusa com a consideração de que se trata de um projeto legislativo e, portanto, admite certa precariedade em seus termos.

Forçoso é convir que se cuida de previsão de responsabilidade penal do empresário por omissão, ou seja, por não ter agido quando deveria e poderia ter agido. Segundo Rodrigo de Grandis, esta espécie de responsabilidade tem, no ordenamento jurídico brasileiro, um campo favorável, sobretudo a teor do já citado artigo 13, §2º, do Estatuto Repressivo. Mencionado dispositivo, continua, carece de maior atenção por parte dos operadores do Direito, como

³⁶⁹Sobretudo quando observada a condição “sabendo da conduta criminoso de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.” Aqui, a redação do artigo 2º poderia ter sido mais precisa, trazendo a expressão “quando *devia* e podia agir”, à equivalência do artigo 13, §2º, *a*, do Código Penal brasileiro, configurando, assim, um verdadeiro delito de infração de dever.

³⁷⁰GRANDIS, Rodrigo de. A responsabilidade penal dos dirigentes dos delitos empresariais. In: SOUZA, A. de B. G. (Org.). **Inovações no direito penal econômico** – contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011. p. 339 et seq.

fundamento para a individualização da pessoa física, quando em voga crimes praticados no interesse de empresas de alta complexidade.³⁷¹

Interessante é a observação do autor quanto às hipótese de responsabilização, cabíveis em face do artigo supra. Para ele, poder-se-ia alcançar o empresário com base no comando da instituição financeira, ou mediante a não observância de deveres jurídicos e a omissão de condutas que impediriam o resultado lesivo.

No concernente ao primeiro critério, salienta que “seria necessário o elemento subjetivo, pois a nossa responsabilização penal é subjetiva”.³⁷² Ao advertir neste sentido, homenageia-se o princípio penal da culpabilidade em acepção aqui adotada, na medida em que exige, ainda que se opte pelo critério do domínio do fato, a presença da relação psíquica entre o empresário e o evento delituoso. Com isto, evita-se a imputação do crime ao empresário apenas devido à sua função na entidade, afastando, assim, a consagração de um Direito Penal de autor, fundado na responsabilidade penal objetiva.

Cabe observar que, de acordo com este método, a empresa seria equiparada a um aparato organizado de poder, em abono dos que admitem a aplicação da tese roxiniana no âmbito da criminalidade empresarial. Por outro lado, impende notar que a teoria do domínio por organização, aqui, não seria utilizada, necessariamente, perante a prática de condutas comissivas.

De acordo com o segundo critério, o artigo 13, §2º serviria para fundamentar a responsabilidade do empresário, como garante que incorreu em um delito de infração de dever, o que levaria a configurar conduta comissiva por omissão.

Ao lado deste critério de responsabilização – o preconizado pelo Projeto de *Corpus Juris* europeu -, Rodrigo de Grandis examina outras duas formas adotadas em Direito, como respostas para o dilema da individuação de condutas, quando praticado crime envolvendo grandes empreendimentos.

O autor apresenta a teoria de Roxin sobre o domínio por organização, com todas as características já pormenorizadas em outras linhas. Também, alude ao critério da exclusividade, aplicado na Alemanha, segundo o qual a responsabilidade penal recai sobre as pessoas que atuaram em último lugar, é dizer, sobre os executores da ação que, materialmente, lesionou o bem jurídico, isentando aqueles que se encontram em níveis funcionais mais elevados.

³⁷¹ GRANDIS, Rodrigo de. A responsabilidade penal dos dirigentes dos delitos empresariais. In: SOUZA, A. de B. G. (Org.). **Inovações no direito penal econômico** – contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011. p. 339 et seq.

³⁷² Ibidem, loc. cit.

A crítica mais expressiva a este modo de julgar denuncia a sua injustiça, tendo em vista que deixa impune os indivíduos que, de fato, detêm o amplo domínio da atividade. Ademais, a eleição de critério semelhante acarreta a dificuldade de estabelecimento do dolo, exemplificando com o fato de que em crimes ambientais, muitas vezes, quem executa a ação desconhece sua potencialidade lesiva – não representa ou quer o resultado lesivo, segundo concepção finalista.³⁷³

As considerações de Grandis ecoam as constatações de Klaus Tiedemann, que, depois de apresentar dois critérios de imputação de pessoas físicas na criminalidade econômica, filia-se a um terceiro intermediário. Segundo este autor, o primeiro critério responsabiliza os órgãos e representantes legais, juridicamente qualificados para atuar em nome da empresa. Já o outro alcança toda e qualquer pessoa que atue em nome e em favor da entidade. O critério eleito visa a atenuar os rigores dos extremos, isentando as pessoas físicas sem nenhum poder de decisão.³⁷⁴

É com base em tal multiplicidade de entendimentos que se sugere uma solução para o dilema, a partir da teoria da imputação objetiva. Defendendo ser esta uma forma de resolver, constitucionalmente, a dificuldade de responsabilização penal em grandes empresas, Grandis pontifica que

O problema é de falta de tipicidade de conduta subjetiva. A contribuição do agente para a realização do fato no âmbito das organizações empresariais é irrelevante, isto é, ela funciona como mera engrenagem que pode abarcar a substituição de uma pessoa por outra [...] Em primeiro lugar, deve-se estabelecer a imputação de caráter objetivo, aplicando-se as regras da imputação objetiva: criação de um risco ou seu incremento e desaprovação desse risco pelo ordenamento jurídico. Para sintetizar, hoje se tem a concepção de que a responsabilidade deve recair sobre aqueles que estão no topo.³⁷⁵

Duas observações não de ser feitas em face do excerto. Preliminarmente, ao atribuir à contribuição do autor imediato a condição de mera engrenagem na organização empresarial, podendo, inclusive, ser substituído por outro, o autor acaba por ampliar o pensamento de Claus Roxin, entendendo ser a empresa um aparato organizado de poder. Deflui, daí, sua adesão à corrente doutrinária que admite a configuração do domínio do fato para responsabilizar o dirigente em crimes societários.

³⁷³GRANDIS, Rodrigo de. A responsabilidade penal dos dirigentes dos delitos empresariais. In: SOUZA, A. de B. G. (Org.). **Inovações no direito penal econômico** – Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011. p. 340.

³⁷⁴TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n.11, 1995. p. 33 et seq.

³⁷⁵GRANDIS, op. cit., p. 341.

Ocorre que – e isto vale como segunda observação – o alcance do empresário por ser detentor do referido domínio, sem mais, abriria espaço para a responsabilidade penal objetiva, como já mencionado, pondo em xeque as garantias predispostas pelo Direito Penal com o fito de proteger-lhe como pessoa, mais especificamente o princípio da culpabilidade.

Atento a tal inconveniente, Grandis defende a solução através da teoria da imputação objetiva. Esta, contudo, serviria como filtro para excluir do aparelho punitivo do Estado aqueles que não teriam a ver com a criação ou o incremento de riscos não permitidos pelo Direito. Para ele, então, como resta transcrito, “Em primeiro lugar” deve-se imputar objetivamente, atentando-se para a citada criação ou incremento.

Seu raciocínio permite deduzir que, *ao depois*, deve ser perquirida a relação psíquica entre quem cria ou aumenta o risco desautorizado e a ofensa propriamente dita ao bem jurídico-penal, isto é, a presença de dolo ou culpa, como requer a imputação subjetiva.

Tal entendimento lança ao presente trabalho, neste momento, o desafio de investigar como a teoria da imputação objetiva e, por conexão, o princípio da adequação social correlacionam-se com o tema em desenvolvimento; depara-se aí com dois grandes temas da dogmática penal, de notória relevância para o enfrentamento do problema atinente à responsabilização de pessoas físicas na criminalidade a partir de empresas.

8 UM ESTUDO DO TEMA SOB O PRISMA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

O presente capítulo tem por escopo analisar a possibilidade de solução – e o como da sua efetivação -, através da teoria da imputação objetiva, para os percalços encontrados quando se almeja identificar o indivíduo responsável pela prática de crime, nos limites de pessoas jurídicas de alta complexidade estrutural.

Para tanto, importará a delineação da referida teoria, com ênfase nos seus principais aspectos, a exemplo da criação e incremento de riscos proibidos, a atuação dentro do âmbito de proteção da norma e a infração do dever de cuidado devido.

A teoria da imputação objetiva não se resume à esfera da dogmática penal. Trata-se de teoria geral da responsabilidade, preconizada por Larenz e Honig, para conferir novos ares às concepções causalistas da ação. Enquanto, para estas, a imputação de determinado fato a alguém dependia, em essência, de uma relação entre causa e efeito, a imputação objetiva insere neste contexto a vontade humana livre, valorando a causalidade, a partir da noção de “homem inteligente-prudente”, tendo como princípio geral a criação de um risco não permitido pelo Direito, ou juridicamente desvalorado.³⁷⁶

No que concerne ao Direito Penal, tem-se que a caracterização da conduta típica, segundo a teoria em evidência, supera os limites puramente causais, absorvendo o elemento volitivo como condicionante. Este pensamento orienta-se pela necessidade de distinguir o delito dos acontecimentos puramente causais, como os fenômenos da natureza, não influenciados pela vontade humana livre.³⁷⁷ Assim, o comportamento típico é aquele que, dentre os ocorridos, pode ser atribuído àquela vontade.

Uma das contribuições mais relevantes da teoria da imputação objetiva para a Ciência Penal foi interferir na cadeia dos equivalentes causais, reduzindo o universo de condutas efetivamente significativas para o cometimento do crime. Isto foi possível graças à sistematização da teoria, levada a efeito por penalistas como Claus Roxin e Günther Jakobs, conforme doravante se explana.

Roxin estabeleceu alguns critérios de imputação objetiva – em verdade, consistem em condições que a infirmam ou admitem, com base na previsibilidade e dirigibilidade, como

³⁷⁶Cf. PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 304.

³⁷⁷O que não significa dizer que os acontecimentos naturais prescindem, totalmente, da (falta de) ação do ser humano, sobretudo nos dias atuais, em que se verifica uma cada vez mais nociva interferência humana no ambiente em que vive.

elementos da vontade livre. Dessarte, não incorreria numa conduta típica quem, não tendo dirigido sua vontade para a consequência, diminuiu o risco de sua realização.³⁷⁸

Este não seria o caso de quem cria um risco juridicamente relevante e de quem aumenta um risco permitido, segundo a concepção do autor em exame. Em ambas as hipóteses, parte-se do pressuposto de que, considerado o modo de vida em sociedade, há riscos inevitáveis e, portanto, não se pode deixar de corrê-los. Segundo a concepção de Roxin, estes são riscos que se permitem, justamente, em razão da inevitabilidade da sua ocorrência, não sendo relevantes para o Direito, no sentido de provocarem o interesse punitivo do Estado.

Em contrapartida, existem situações em que os riscos preexistentes (permitidos) incidem com tamanha intensidade sobre os bens jurídicos, que seu incremento passa a ter importância para o Poder Público de punir.³⁷⁹ É o que se gera quando infringido um dever de cuidado, caso do industrial que entrega matéria prima infectada aos seus trabalhadores, que vêm a falecer em circunstâncias alheias. Segundo Luiz Regis Prado,

Em casos como esse, cumpre afirmar a imputação objetiva do resultado quando a conduta do agente – ao inobservar o dever de cuidado – dá lugar a um incremento do risco permitido. Ao desatender o cuidado devido, o empresário aumentou a esfera do risco permitido, o que possibilita a imputação objetiva do resultado.³⁸⁰

Outro critério, adotado por Roxin, diz respeito à compreensão do resultado no âmbito de proteção da norma, e dentro dos seus limites sobressai a atribuição do resultado a diversos indivíduos, que, de acordo com a proposta do presente estudo, guarda maior vínculo com o problema da responsabilização individual nos crime perpetrados em pessoas jurídicas.

Com base neste critério, não se imputa objetivamente um resultado a quem inicialmente tinha o dever de evitá-lo, se outra pessoa, quando da sua realização, havia assumido tal responsabilidade. Bem assim, a imputação objetiva isentaria de responsabilização penal quem agiu com culpa inicial, mas foi sucedido por alguém que agiu do mesmo modo, o que se assemelha às hipóteses de desvio de cursos causais.³⁸¹

Transpondo a ideia para o *locus* da criminalidade empresarial contra o meio ambiente, dar-se-ia algo semelhante ao seguinte. Suponha-se que o supervisor do setor responsável pelo controle de dejetos, sem atentar para a respectiva regulamentação, determine a um dos seus

³⁷⁸Por exemplo, quem vê uma pedra ser arremessada contra outrem e desvia seu curso, impedindo um resultado mais grave; assim, também, o médico que procura impedir a morte do paciente, mas apenas a adia. (Cf. ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 104.)

³⁷⁹Não fosse assim, não teria sentido falar em exclusiva proteção de bens jurídicos fundamentais, como função de um Direito Penal fragmentário.

³⁸⁰Cf. PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 308.

³⁸¹Cf. ROXIN, op. cit., p. 111.

subordinados que proceda à eliminação daquelas substâncias. Este, então, percebendo o equívoco do superior, mas acreditando que a eliminação não oferecerá riscos ambientais, dada a quantidade mínima dos resíduos, dá início ao procedimento indevido. De acordo com o critério em análise, a imputação objetiva recairia sobre o subordinado negligente, por ter assumido o dever de cuidado em “substituição” ao supervisor.³⁸²

Nota-se a importância que tem a aferição das nuances do caso concreto, para a efetivação de uma tutela penal do ambiente sintonizada com os alicerces do sistema punitivo constitucionalizado. Persiste a compreensão de que não se pode individualizar condutas individuais, no bojo de crimes perpetrados a partir das atividades de uma pessoa jurídica, em desapego aos elementos da casuística, sob pena de afrontar direitos fundamentais duramente conquistados e, de conseguinte, o próprio Estado Social e Democrático de Direito, legitimado sobre o respeito àqueles direitos, como requer a orientação garantista de Poder Público proposta por Luigi Ferrajoli.

Jakobs, por sua vez, apresenta uma concepção de teoria da imputação objetiva que a aproxima da teoria do tipo objetivo e centra-se na imputação objetiva de comportamentos, relegando a segundo plano a imputação objetiva de resultados.

Para estruturar seu raciocínio a respeito da matéria, este autor parte do pressuposto de que a pessoa é dotada de uma esfera de administração autônoma que corresponde ao cidadão, o que, assevera, deve ser tomado como ponto de partida para o desenvolvimento da teoria do delito. Avesso à influência direta de elementos subjetivos, o funcionalista concebe a condição de pessoa como suficiente para que se lhe permita a imputação objetiva de delitos, ou seja, “[...] os autores e os demais intervenientes não se tomam como indivíduos com intenções e preferência altamente diversas, mas como aquilo que devem ser do ponto de vista do Direito: como pessoas.”³⁸³

Impende pontuar que, de acordo com Jakobs, no âmbito da imputação objetiva, a culpabilidade mantém sua função de requisito para aferir-se a violação do Direito, como atesta a passagem em termos literais:

[...] essa determinação (geral-abstrata) da violação da norma que se produz no âmbito do tipo é provisória, pois – como se tem visto – no pensamento de *Jakobs*, só a afirmação de culpabilidade (como juízo pessoal) permite que se possa falar verdadeiramente de um ataque à vigência da norma.³⁸⁴

³⁸²Cumprе anotar que, segundo a concepção em análise, os critérios de imputação objetiva são observados antes da tipicidade objetiva e subjetiva.

³⁸³SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos et al. **Um novo sistema do direito penal** – Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. São Paulo: Manole, 2003. p. 82-83.

³⁸⁴Ibidem, p. 84.

A contribuição deste pensamento para o presente trabalho, no entanto, radica na segregação de dois níveis em que, segundo Jakobs, a teoria da imputação objetiva encontra-se dividida. Cuida-se, como já anunciado, da imputação objetiva do comportamento e da imputação objetiva do resultado.

O contributo de Jakobs encontra-se, substancialmente, naquele primeiro nível, haja vista não ter ele desenvolvido uma teoria consistente acerca da imputação objetiva do resultado. Por conta disto, este subtópico passa a abordar as categorias adstritas à imputação objetiva do comportamento, como resta espraído a seguir.

Neste nível de imputação, o autor em referência propõe quatro categorias, que visam à estruturação do juízo de tipicidade, quais sejam o risco permitido, a atuação por risco próprio da vítima, o princípio de confiança e a proibição de regresso.³⁸⁵ Dentre estas, as duas últimas despontam, com maior nitidez, para o problema da responsabilidade individual nos crimes societários.

Preliminarmente, convém anotar que o princípio de confiança refere-se à concretização do risco permitido e leva em consideração a intervenção de outros sujeitos na atividade. Esta instituição dogmática almeja a determinação da existência de “decisões de outros sujeitos que também intervêm na referida atividade”, sem o que não haveria falar em risco permitido.

Então, pode-se extrair de tal raciocínio que, caso o delito na empresa seja fruto das decisões de várias pessoas, e confiando o suposto autor imediato na idoneidade das ordens que recebera para realizar a conduta, afastada está a imputação objetiva do executor, acobertado pelo risco permitido. O problema surge quando se indaga a respeito da tipicidade subjetiva do seu comportamento, o que poderia dar azo à classificação daquele como autor, coautor, partícipe ou, a depender do caso, resultar na atipicidade da sua conduta.

Não obstante, o mérito do princípio de confiança está em propugnar os ajustes da teoria em comento às características do caso *sub examine*. Com efeito, “[...] as hipóteses de aplicação do princípio da confiança não deixam de fazer parte do grupo de casos nos quais o risco permitido requer *adaptação às circunstâncias concretas*, coisa que também acontece em muitos outros setores do risco permitido.”³⁸⁶ (grifo nosso)

³⁸⁵Cf. JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 34 et seq.

³⁸⁶SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos et al. **Um novo sistema do direito penal** – Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. São Paulo: Manole, 2003. p. 88.

A proibição de regresso, por sua vez, é tida como a instituição, provavelmente, mais original da imputação objetiva, de acordo com a concepção de Jakobs.³⁸⁷ Com ela, pretende-se determinar o espaço da não-participação punível, de forma a isentar aquele que facilita o cometimento do delito sem, no entanto, aceitar o seu cometimento. É dizer, quem contribui para que outrem realize a conduta criminosa, sem desejar como seu o resultado, não responde por este.

Em termos mais incisivos, pontifica-se que

Para *Jakobs*, a proibição de regresso refere-se àqueles casos em que um comportamento que favorece a prática de um delito por parte de outro sujeito não pertence, em seu significado objetivo, a esse delito, quer dizer, que pode ser “distanciado” dele. Opera quando o sujeito que realiza a atividade que facilita o comportamento delitivo não tem de aceitar como algo comum o delito cometido.³⁸⁸

Também, aqui, como no princípio de confiança, a referência a expressões que denotam subjetividade – v.g. “aceitar como algo comum” - alude à importância, ainda que secundária, da tipicidade subjetiva para a teoria da imputação objetiva. Bem assim, fica demonstrado que não há um desinteresse propriamente dito de Jakobs pelo segundo nível de estruturação da teoria comentada, isto é, pela imputação objetiva do resultado. Ademais, como deflui do excerto acima, o autor volta a considerar a importância que tem para a sua concepção de imputação objetiva o princípio da culpabilidade, na acepção de responsabilidade pessoal pelo injusto.

De fato, para Jakobs, dá-se a imputação objetiva de comportamentos com a delimitação de elementos objetivos e subjetivos³⁸⁹ no marco da conduta típica, sendo que a subjetivização desta última assume, como se disse, posição secundária. Interessante é o critério que o funcionalista sistêmico apresenta, para que o comportamento seja objetivamente imputado a alguém, plasmado na função social exercida pelo indivíduo.

Conforme brota da sua doutrina, “Somente se o sujeito se define de modo normativo, pela função social que deve cumprir, poderá sustentar-se que este é o destinatário de expectativas gerais e, portanto, realiza comportamentos que se interpretam de modo objetivo-geral.”³⁹⁰

³⁸⁷Cf. JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 68.

³⁸⁸SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos et al. **Um novo sistema do direito penal** – Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. São Paulo: Manole, 2003. p. 91.

³⁸⁹Cf. JAKOBS, op. cit. p. 34 et seq.

³⁹⁰SUÁREZ GONZÁLEZ et. al., op. cit., p. 98.

Cabe compreender, então, que este sujeito detém a posição de garantia³⁹¹ a que se refere Jakobs, devendo cumprir com deveres de cuidado, com foco na proteção do bem jurídico que, por razões normativas, foi-lhe incumbida. Tal modo de pensar harmoniza-se com as teses que identificam o representante legal ou contratual da pessoa jurídica, como aquele que deve ser responsabilizado penalmente, em face dos delitos ali perpetrados, excluindo, pois, os meros executores, por não estarem obrigados, ao menos à primeira vista, à observância de qualquer função social.³⁹²

De fato, não é difícil entender que as mencionadas expectativas gerais recaiam sobre a atuação dos gestores da entidade, já que os seus colaboradores, por se encontrarem submetidos aos princípios da divisão do trabalho e da hierarquia funcional, limitar-se-iam, tão somente, à esfera do cumprimento das ordens dos seus superiores.

Não se pode perder de vista, contudo, a possibilidade de que os funcionários da empresa atuem com dolo, seja descumprindo a ordem inicialmente dada, seja aderindo ao plano criminoso de outrem. Está-se diante de relevante motivo para se reconhecer a importância da tipicidade subjetiva da conduta, na matéria da responsabilização individual no marco da criminalidade empresarial de grande porte.³⁹³

Outrossim, convém gizar que o Direito Penal da contemporaneidade - e, com maior vigor, a tutela penal do meio ambiente - está fadado a uma série de injustiças se, no quando da sua incidência, não levar em consideração as circunstâncias hauridas do caso concreto. É a ponderação que calha ser feita no aspecto e que se insere entre os elementos trabalhados pelo juspositivismo crítico, em busca de um modelo punitivo efetivamente garantista, plasmado no Estado Social e Democrático de Direito.

³⁹¹Cf. LÓPEZ apud FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Teoria da imputação objetiva no direito penal ambiental brasileiro**. São Paulo: Ltr. 2005, p. 99.

³⁹²Cf. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo J. Cuestiones Basicas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de otras personas morales y de agrupaciones y asociaciones de personas. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, n.27, 1999. p. 33.

³⁹³Cf. FELICIANO, op. cit. p. 249.

9 UM ESTUDO DO TEMA SOB O PRISMA DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Neste capítulo, será abordado o princípio da adequação social, como pressuposto para surpreender, dentre as ações e omissões em meio às atividades empresariais, qual ou quais delas detêm relevância típica e, assim, embasam a responsabilidade penal individual.

Toda esta reflexão acerca de um risco juridicamente permitido, na teoria da imputação objetiva, conduz à existência de condutas que, não obstante arriscadas, perderam dignidade penal, na medida em que se tornaram socialmente aceitas. Reporta-se, aqui, ao pensamento de Hans Welzel sobre o princípio da adequação social, que muito contribuiu para a sistematização penal daquela teoria, mormente a partir das concepções de Günther Jakobs; este chegou a declarar, inclusive, que o finalista “realizou os ‘trabalhos preparatórios’ para a moderna teoria da imputação objetiva com a ideia da adequação social.”³⁹⁴

Malgrado se refira à adequação social como uma causa de justificação, de exculpação ou, ainda, como princípio geral de interpretação da lei penal, a doutrina dominante, fiel à proposta de Welzel, entende-a como uma excludente da própria tipicidade.³⁹⁵

Segundo o idealizador do princípio em tela,

Na função dos tipos de apresentar a “mostra” da conduta proibida, põe-se de manifesto que as formas de conduta selecionadas por eles têm, por uma parte, um caráter social, é dizer, referem-se à vida social, mas, por outra parte, são inadequadas a uma vida social ordenada. Nos tipos adverte-se a natureza *social* e, ao mesmo tempo, *histórica* do direito penal: indicam as formas de conduta que supõem uma infração grave das ordens históricas da vida social [...] A adequação social é, em certo modo, a negação dos tipos penais: representam o âmbito “normal” da liberdade de ação social, que lhe serve de base e é suposto (tacitamente) por eles. Por isto ficam também excluídas dos tipos penais as ações socialmente adequadas, mesmo que possam ser, ainda, subsumidas a eles, segundo seu teor literal.³⁹⁶ (tradução nossa)

³⁹⁴Cf. SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos et al. **Um novo sistema do direito penal** – Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. São Paulo: Manole, 2003. p. 83.

³⁹⁵Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. p. 37-38.

³⁹⁶“*En la función de los tipos de presentar la ‘muestra’ de la conducta prohibida se pone de manifesto que las formas de conducta seleccionadas por ellos tienen, por una parte, un carácter social, es decir, se refieren a la vida social, pero, por otra parte, son inadecuadas a una vida social ordenada. En los tipos se advierte la naturaleza social y al mismo tiempo histórica del derecho penal: indican las formas de conducta que suponen una infracción grave de los órdenes históricos de la vida social [...] a adecuación social es en cierto modo la falsilla de los tipos penales: representa el ámbito ‘normal’ de la libertad de acción social, que les sirve de base y es supuesto (tácitamente) por ellos. Por esto quedan también excluidas de los tipos penales las acciones socialmente adecuadas aunque pudieran ser aún subsumidas en ellos, según su tenor literal.*” (WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal** – Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires; Montevideo: B de f, 2004. p. 84 et seq.)

O princípio da adequação social está, portanto, orientado ao legislador, no sentido de impedi-lo de proibir, através da estruturação de tipos penais, condutas que não ostentem dignidade penal, justamente por estarem incorporadas ao modo de vida em sociedade. Também, serve de guia para o intérprete, obstando-o de subsumir aos tipos penais comportamentos socialmente aceitos, embora por eles abarcados.

Neste último dado está o valor da análise do aludido princípio para o presente estudo, já que o intérprete, ao corrigir os excessos do criador da lei, tem papel fundamental na consolidação de uma tutela penal garantista. Isto passa pelo sopesamento dos interesses em conflito, segundo as regras da lei de colisão, tal como restará demonstrado, a partir das considerações de Robert Alexy expostas noutra lugar.

Um exemplo da casuística pode aclarar a conexão entre a ideia de conduta socialmente aceita e o problema da responsabilidade individual em meio aos crimes cometidos a partir de grandes empreendimentos. Guarde-se em mente a multicitada hipótese do funcionário de companhia do ramo petroquímico que haja lançado materiais tóxicos numa lagoa próxima ao estabelecimento e que, com isto, tenha provocado o perecimento de animais que ali habitavam.³⁹⁷

Caso aquele funcionário tivesse agido no estrito cumprimento da ordem emanada de seus superiores, revelar-se-ia de todo equivocado imputar-lhe a prática de crime contra a fauna aquática. Diga-se isto, com muito mais razão, se ele próprio houvesse adotado as medidas regulamentadas para realizar o sobredito lançamento de toxinas.

Com base nas considerações de Welzel e em atenção aos princípios da hierarquia e da divisão do trabalho, verdadeiros cânones da economia mundial da atualidade, pode ser objetado que o agir daquele indivíduo encontra a plena aceitação da sociedade em que ele se encontra inserido. Noutra dizer, por ter realizado uma conduta socialmente adequada, o funcionário da hipótese não haveria exercido qualquer comportamento típico.

Isto desloca a atenção para os sujeitos que se elevam sobre ele, segundo a escala hierárquica da empresa. Assim, nos casos de conduta comissiva, a responsabilidade penal recairia sobre o supervisor do setor, por ter emitido a ordem para o sobredito lançamento. No ponto, após imputar-lhe objetivamente o crime, caberia ao intérprete indagar da tipicidade subjetiva da sua conduta, a fim de constatar se agira com dolo ou culpa.

³⁹⁷ Conforme o *caput* do artigo 33, da Lei n. 9.605/98, é crime ambiental provocar, pela emissão de efluentes ou carreamento de materiais, o perecimento de espécimes da fauna aquática existentes em rios, lagos, açudes, lagoas, baías ou águas jurisdicionais brasileiras.

Poder-se-ia dizer, pois, não haver qualquer ofensa ao princípio penal da culpabilidade, no sentido focado no trabalho em desenvolvimento. É dizer, em se tratando de conduta comissiva, uma vez identificado o nexos de subjetividade – dolo ou culpa – entre o agir do superior hierárquico e o resultado lesivo, definida estaria a responsabilidade penal subjetiva, como exigem os princípios que norteiam o poder punitivo no Estado de perfil garantista.

Ocorre que se faz necessário atentar para a realidade do comércio mundial contemporâneo, a reboque dos ideais liberal-econômicos, onde vicejam os empreendimentos multinacionais. São entidades caracterizadas pela presença de teias funcionais extensas, o que dificulta a individuação precisa das condutas que ali se realizam, tendo em vista o fenômeno da *pulverização* da ação, conforme registro em linhas anteriores.³⁹⁸

Então, de acordo com o princípio da adequação social, acaso o supervisor do setor de lançamento de materiais tóxicos integrasse o quadro funcional de pessoa jurídica com tais características, e se a ordem que emitira estivesse em perfeita sintonia com a normatização da atividade perpetrada, não haveria fundamento para responsabilizá-lo penalmente. Sua conduta, como a do seu subordinado, seria atípica.

A solução, preconizada pela maioria dos estudiosos do tema, seria responsabilizar os representantes da organização, com esteio na teoria do domínio do fato. Seriam considerados autores mediatos, por deterem o comando das ações em toda a rede funcional, alcançando, inclusive, os seus executores.³⁹⁹

Com isto, o Direito Penal do Ambiente alcançaria quem não guarda a menor relação material com o dano ocorrido, salvo a condição de gestor da entidade de onde aquele partira. Em outras palavras, a imputação do delito aos dirigentes da entidade estaria restrita à citada condição, em flagrante afinidade com um Direito Penal de autor, consistindo num dos grandes dilemas que desafiam o sistema punitivo das sociedades ocidentais da pós-Modernidade.

Paradoxalmente, uma conduta omissiva por parte de qualquer dos sujeitos referidos – executor, supervisor ou dirigente -, ao menos em tese, não obsta à consecução da tutela penal fundada na responsabilidade subjetiva do omitente. Na situação hipotética em exame, bastaria indagar sobre quem tinha o dever de cuidado diante da omissão criminosa e podia conduzir-se no sentido da sua evitação, a fim de que se fixe o núcleo de imputação.⁴⁰⁰

³⁹⁸Cf. notas 188 e 189.

³⁹⁹Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Responsabilidad penal de las empresas y de sus organos en derecho español. In: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.) **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 76.

⁴⁰⁰Cf. INACARATO, Márcio Antônio. A responsabilidade penal dos administradores das sociedades anônimas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 646, ago., 1989. p. 244.

Casos que tais ficariam, portanto, solucionados por meio da verificação da posição de garantia, isto é, da condição daquele que, por razões legais, contratuais ou em face das circunstâncias em concreto, assumiu o dever de proteção do bem jurídico-penal lesionado, todavia não logrou atendê-lo.⁴⁰¹

Nota-se que o esforço rumo à individualização da pessoa penalmente responsável, em se tratando de comportamentos omissivos, não se compara à energia despendida para o mesmo objetivo, quando se está diante de condutas comissivas; diga-se isto, principalmente, perante delitos praticados no seio de entidades complexas, como a constante da hipótese acima.

Muito desta facilidade reside na previsão legal acerca da responsabilidade nos crimes societários. Como examinado, nos Direitos Alemão e Espanhol, ocorrido um delito no âmbito da empresa, busca-se responsabilizar o administrador de fato que, mediante acordo entre os sócios ou conforme estipulação do próprio contrato social, detinha o dever de cuidado, haja vista a inadequação social da sua omissão.⁴⁰²

Em termos semelhantes, o Brasil dispõe sobre a responsabilidade do diretor, do administrador, do membro de conselho e de órgão técnico, do auditor, do gerente, do preposto e do mandatário de pessoa jurídica, a teor do multirreferido artigo 2º, da Lei n. 9.605/98, condicionando-a à prévia ciência do delito e à possibilidade de prevenir seu cometimento.

É, enfim, o que deflui do artigo 13, do Projeto de *Corpus Juris* para a proteção dos interesses financeiros da União Europeia, ao corresponsabilizar, ao lado do funcionário da empresa, o seu superior que, sabendo da conduta criminosa, não adotou as providências a que estaria obrigado para impedi-la.⁴⁰³

Em qualquer dos casos que a lei prevê, impende observar se o indivíduo, para além de poder evitar o resultado lesivo, devia fazê-lo; é dizer, em abono de um Direito Penal de garantias, guiado pelas sinuosidades do caso concreto, calha atentar para a preexistência de obrigações legais, contratuais ou, mesmo, decorrentes do contexto fático, que levem ao reconhecimento da condição de garante do superior hierárquico.⁴⁰⁴ Somente quando tomada a precaução, pode-se defrontar com comportamento que frustra as expectativas gerais da

⁴⁰¹Cf. ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Disponível em <<http://www.panoptica.org/>>. Acesso em: 21 out. 2011.

⁴⁰²Cf. GARCÍA CAVERO, Percy Raphael. **La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999, passim.

⁴⁰³Cf. GRANDIS, Rodrigo de. A responsabilidade penal dos dirigentes dos delitos empresariais. In: SOUZA, A. de B. G. (Org.). **Inovações no direito penal econômico** – Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011. p. 344.

⁴⁰⁴Cf. ROXIN, op. cit.

sociedade no entorno do omitente e que, portanto, vai de encontro ao princípio da adequação social.

A problemática acerca dos critérios de imputação utilizados no Direito Penal contemporâneo, ao tocar nos conceitos de autor, coautor e partícipe, reclama uma análise do tema da responsabilidade individual em crimes ambientais societários sob o prisma do concurso de pessoas, tal como sistematizada pela moderna teoria jurídica do delito. De tal assunto passará a cuidar o tópico seguinte.

10 DA (IN)VIABILIDADE DE UM CONCURSO DE PESSOAS NO ÂMBITO DA COMPLEXA CRIMINALIDADE EMPRESARIAL

Incumbe ao capítulo que se inicia a abordagem perfunctória do concurso de pessoas, conforme restou sedimentado no Direito Penal moderno por obra da teoria finalista da ação, extraíndo dali as contribuições mais significativas ao estudo em curso. Para tanto, servirão de base as disposições do CPB, com a reforma de 1984, sobretudo aquelas compreendidas nos seus artigos 29 e seguintes.

A necessidade da aludida abordagem situa-se no fato de que, em sede de criminalidade a partir da empresa, muito se discute a respeito da responsabilidade dos indivíduos por ela abarcados, ainda mais quando em questão uma pessoa jurídica cuja rede funcional reveste-se de alta complexidade. Não consiste em tarefa das mais fáceis para os sistemas punitivos da contemporaneidade precisar, neste contexto, quem é autor ou partícipe ou, mesmo, mero executor do fato delitivo.

Com isto, intenta-se verificar como, ao fim e ao cabo, a sobredita conceituação pode ser estabelecida, sem que se incorra na responsabilidade penal objetiva, isto é, sem que sejam violados direitos e garantias fundamentais, como se impõe ao Estado, segundo as exigências que norteiam o Poder Público de punir de cariz garantista.

Doutrinariamente – e finalisticamente -, costumam ser divisadas duas categorias básicas, que servem de pilares para a edificação da teoria do concurso de pessoas. Refere-se ao autor como a pessoa que detém o domínio funcional do fato – que só existe na conduta dolosa -, havendo menção à coautoria quando mais de uma pessoa partilha deste mesmo domínio.⁴⁰⁵ Fala-se em partícipe para indicar o indivíduo que contribui na consecução do crime, sem, no entanto, ter o resultado lesivo como seu; assim, pode ser partícipe tanto o instigador, quanto o cúmplice da empresa delitiva.⁴⁰⁶

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli são daqueles que depõem contra o conceito extensivo de autor, por ampliar ao infinito a causalidade, em consideração à *conditio sine qua non*. Segundo estes penalistas, há de ser estabelecida uma distinção entre as funções

⁴⁰⁵O critério do domínio do fato é esposado, v. g., por Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, que se contrapõem aos critérios de distinção subjetivo, formal-objetivo e material. Conforme compreendem, a vantagem do critério eleito está em mesclar elementos dos critérios subjetivos e objetivos puros. (Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro** - Parte Geral, v.1. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 571-572.)

⁴⁰⁶Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** – Parte Geral. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 416 et seq.

de autor e participe no arranjo delitivo, sob pena de violação à racionalidade do Direito Penal, o que se descortina com a leitura do fragmento seguinte:

Por elementares razões sistemáticas, não se pode afirmar, como pretende a simplista teoria do ‘autor único’, que todo causador é autor, porque não ficaria em pé nem um dos princípios básicos de direito penal, e porque se iria cair no ridículo de considerar autor a quem não apresenta caracteres típicos nem mesmo caracteres naturais para sê-lo [...] Semelhante negação de dados ônticos não é admissível num sistema racional. Isto determina a necessidade inafastável de se distinguir entre autores e partícipes.⁴⁰⁷

Estes mesmos autores tratam, ainda, da autoria mediata ou indireta, aquela em que o domínio funcional pertence a outrem que não o seu executor direto. Qualificam a conduta do instrumento – o autor imediato ou direto – como não dolosa, atípica ou justificada, valendo-se do *caput* dos artigos 20⁴⁰⁸ e 22⁴⁰⁹, ambos do CPB, para sustentá-lo.⁴¹⁰

Questão interessante sobre a necessidade de distinção entre as condutas no concurso de pessoas, fundada no domínio funcional do fato que, por sua vez, caracteriza o sujeito como autor ou coautor, diz respeito às hipóteses de divisão de tarefas entre os consortes. No dizer dos autores comentados,

[...] isto pode provocar confusões entre a co-autoria e a participação. Assim, quem se apodera do dinheiro dos cofres de um banco, enquanto outro mantém todo o pessoal contra a parede, sob ameaça de revólver, um deles não está cometendo furto (art. 155 do CP), e o outro delito de constrangimento ilegal (art. 146 do CP), mas ambos cometem um delito de roubo à mão armada (art. 157 §2º, I do CP; exemplo de Stratenwerth).⁴¹¹

No que concerne à participação, convém registrar que, via de regra, não se admite participação em conduta culposa; isto equivale a dizer que alguém só pode ser tachado de participe se instigou ou colaborou com o comportamento *doloso* do autor. A instigação e a cumplicidade culposas, diante disto, conduziriam os indivíduos negligentes à coautoria culposa.⁴¹²

Atento à possibilidade de várias pessoas concorrerem para a prática do crime, o legislador pátrio, em 1984, reformou o Código Penal para prever que

Art. 29 - *Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.*

⁴⁰⁷Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro - Parte Geral**, v.1. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 571-572.

⁴⁰⁸“Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.”

⁴⁰⁹“Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.”

⁴¹⁰ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit, loc. cit.

⁴¹¹Ibidem, p. 576.

⁴¹²Ibidem, p. 398.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

Art. 31 - O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado. (grifo nosso)

Cuida-se de adoção da teoria monística, unitária ou igualitária, segundo a qual todos aqueles que concorrem para o crime são considerados seus autores, diluindo com isto a demarcação entre autor, coautor e partícipe. Bem verdade que esta teoria, nos termos da transcrição, encontra-se matizada, tendo em vista que a responsabilidade de cada concorrente baliza-se pelo parâmetro da sua culpabilidade, como dispõe o final do artigo em realce.⁴¹³

Assim, não há falar em um delito do autor e outro delito do partícipe, fenômeno sustentado pelas teorias pluralísticas, mas, sim, que ambos incorrem nas penas de um mesmo crime, obedecendo-se, contudo, às respectivas medidas de culpabilidade. E, para que se efetive o concurso de pessoas, teóricos do Direito Penal asseveram que é mister a confluência de alguns requisitos que atendam às prescrições contidas nos dispositivos acima, quais sejam a pluralidade de pessoas, o liame subjetivo entre elas, a relevância causal de cada conduta e a identidade do ilícito penal.⁴¹⁴

Em que pese esteja reconhecida a importância da definição clara dos sujeitos em concurso de pessoas, como exigência de um Direito Penal guiado por princípios que lhe conferem racionalidade, também se constata que esta tarefa revela-se árdua, quando se têm em mente os crimes perpetrados no âmbito das grandes companhias.

Conforme ficou registrado, o conceito finalista de ação, no panorama da macrocriminalidade societária, não se perfaz com a mesma facilidade observada nas formas delitivas clássicas, que envolvem apenas autor e vítima, dada a natureza particular do bem jurídico sob ofensa. Assim no homicídio, no furto, no constrangimento ilegal. Coisa diferente ocorre com os bens jurídico-penais difusos, diante da dificuldade de se mensurar a extensão do dano e, a partir disto, imputá-lo a alguém.⁴¹⁵

As dificuldades aumentam, quando a conduta criminosa decorre de atividades habituais de empresas dotadas de vasta rede funcional, onde não se consegue divisar, com perspicácia,

⁴¹³PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 457.

⁴¹⁴Ibidem, p. 458.

⁴¹⁵SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela penal dos interesses difusos**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 26 et seq.

quem funcionou como autor, coautor, partícipe ou como mero instrumento do domínio de outrem.

Dessarte, os obstáculos apresentam-se, com maior notoriedade, nos delitos comissivos, quando o comportamento do executor dá-se em obediência a uma ordem superior. Sucede que, no comércio mundial hodierno, a ação, como se disse, resta fragmentada, pulverizada, podendo consistir num agir de anônimos.⁴¹⁶

É o caso, por exemplo, da ordem emanada de sócios de empresa canadense do ramo da construção civil, para que suas filiais, estabelecidas em outros países, elevem a quantidade de madeira cortada, mesmo que, para tanto, tenham de ser desconsideradas as normas locais de proteção ambiental.⁴¹⁷ Caso esta ordem seja repetida por todos os representantes e dirigentes da empresa, cada setor adequar-se-á às determinações – identificação das áreas para o desmatamento, contratação de mais funcionários, compra de ferramentas mais eficientes, etc. -, a fim de possibilitar o resultado perquirido.

Na hipótese, pode-se sustentar que o domínio funcional do fato está nas mãos dos sócios canadenses, que se identificam como coautores mediatos do delito, por adoção da teoria dos aparatos organizados de poder na criminalidade empresarial, como admitem os tribunais brasileiros, perfilhando entendimento dos congêneres alemães.⁴¹⁸

Isto, contudo, não afasta a imprescindibilidade da verificação da tipicidade subjetiva de tal conduta, a fim de precisar se houve, ao menos, culpa na emissão da aludida ordem; bem assim, impende analisar se a decisão dos sócios fora tomada de forma unânime ou se existiu uma minoria vencida, a fim de não se imputar o comportamento lesivo injustamente. Em termos mais contundentes, para que se responsabilize penalmente, nesta conjuntura, é necessário sopesarem-se os dados ofertados pelo caso em exame, com o que se atenderá aos clamores de uma tutela penal verdadeiramente garantista.

E, se a autoria mediata, de acordo com a teoria de Claus Roxin, pertenceria aos sócios da empresa, convém refletir acerca da contribuição dos outros indivíduos precitados, à luz dos requisitos identificados em Direito Penal para a configuração do concurso de pessoas – mais

⁴¹⁶BITENCOURT, Cezar Roberto. Crimes contra o sistema financeiro nacional praticados por administradoras de consórcios. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Atipicidade. **Fascículo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 735, 86º ano, jan., 1997. p. 491-492.

⁴¹⁷Cf. a Lei n. 9.605/98: “Art. 45. Cortar ou transformar em carvão madeira de lei, assim classificada por ato do Poder Público, para fins industriais, energéticos ou para qualquer outra exploração, econômica ou não, em desacordo com as determinações legais:

Pena - reclusão, de um a dois anos, e multa.”

⁴¹⁸ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Disponível em <<http://www.panoptica.org/>>. Acesso em: 21 out. 2011.

uma vez, a pluralidade de sujeitos, o liame subjetivo entre estes, a relevância causal de cada conduta e a identidade do ilícito penal.

Ora bem, entre sócios, representantes, dirigentes e funcionários de determinada empresa há, de fato, pluralidade de pessoas, não havendo dúvidas quanto ao preenchimento do primeiro requisito citado. Também, é permitido dizer que a conduta de cada um destes sujeitos contribui, ao fim e ao cabo, para a ofensa ao bem jurídico-penal em questão, assumindo, pois, a referida relevância causal no *iter criminis*.⁴¹⁹

Nem sempre, porém, haverá um liame subjetivo entre tais condutas, que aponte para a comunhão no resultado delitivo. É dizer, a existência de uma consciência idêntica por parte dos indivíduos mencionados, no sentido de estarem contribuindo para uma obra comum, não se verifica no âmbito de empresas de grande porte como ocorre em instituições mais simples.

Muito contribuem para tanto os princípios da hierarquia e da divisão do trabalho, haja vista que a unidade de intentos, cristalizada no núcleo decisivo da organização, vai-se perdendo, na medida em que se desce em sua rede funcional. No exemplo supra, um pequeno funcionário no Brasil não comungará dos mesmos e idênticos anseios dos sócios canadenses.

Ainda que se voltem os olhos, apenas, para estes últimos, deve-se lembrar que, segundo as regras de Direito Empresarial, uma empresa pode admitir sócios majoritários e minoritários, administradores de fato e de direito, acionistas controladores ou não, nem todos com as mesmas prerrogativas, como o poder de voto.⁴²⁰

Ademais, não se pode, sem ressalvas, dizer que todos têm a consciência de estarem colaborando para uma só obra, porque há decisões societárias que não são unânimes, contrariando a vontade dos sócios vencidos.

Fica, portanto, constatado que a falta de unidade de consciência entre os indivíduos que integram os quadros funcionais de determinada empresa, do presidente ao pequeno empregado, é motivo para afastar-se o concurso de pessoas no caso de crimes cometidos a partir das atividades desenvolvidas pelo ente em questão.

Passando à análise do último requisito apontado para a configuração do aludido concurso, tem-se que este só se perfaz com a consciência, inerente aos envolvidos, de estarem colaborando para um mesmo delito, isto é, para além do entendimento de estarem colaborando para uma obra comum, é necessário haver a intenção de praticarem a mesma conduta típica.

⁴¹⁹ Mesmo diante da fungibilidade, que caracteriza o aparato organizado de poder, é fato que a ordem do autor mediato materializa-se na conduta de outrem, a qual se revela uma *conditio sine qua non*; os sujeitos são cambiáveis, mas persiste a necessidade de um subordinado.

⁴²⁰ Cf. o apartado 7.5.

Isto, revertido para os limites de grandes companhias, também não é de fácil assimilação. O sócio-presidente pode agir dolosamente, ao emitir uma ordem ilícita, o que não significa que os seus subordinados, atendendo à determinação, estarão, necessariamente, imbuídos do mesmo dolo; é crível que sua conduta possa estar acobertada pelo erro, por uma excludente de ilicitude ou, ainda, seja patentemente atípica.⁴²¹ Constata-se, aí, outro óbice ao estabelecimento do concurso de pessoas, no contexto do presente estudo.

Mudado o ângulo, é possível chegar à mesma constatação. É que se tem examinado a hipótese de o superior máximo (sócio-presidente ou proprietário) da entidade atuar com dolo, para se indagar acerca do grau de responsabilidade dos outros sujeitos; entretanto, pode acontecer de a ordem emitida por aquele, visando a aumentar as áreas desmatadas, vir acompanhada de observação referente à necessidade de obediência às normas regulamentares do Poder Público local. O representante da entidade no Brasil, então, desrespeitando a ressalva, dá o comando dirigido à elevação dos níveis de madeira cortada.

Em casos como este, sustentar que o proprietário da pessoa jurídica é autor mediato de crime ambiental, por deter o domínio final do fato⁴²², é homenagear um Direito Penal de autor com as luzes da responsabilidade objetiva. Ausentes a comunhão de intentos e a vontade de realizar a mesma conduta típica, não há falar em concurso de pessoas, ao menos entre estes dois indivíduos.

Sucedo que esta forma de responsabilizar penalmente tem sido desenterrada do passado, com o objetivo de evitar a impunidade de crimes ambientais envolvendo pessoas jurídicas. Como estas não podem delinquir, e como o princípio da pessoalidade exige que delitos só podem ser imputados ao ser humano, corresponsabilizam-se os seus dirigentes, representantes, sócios-presidentes, gestores, enfim, como sói acontecer no atuar em nome alheio.⁴²³

A solução para o caso parece residir no critério de ponderação entre os interesses em jogo, levando-se em consideração as características de cada caso concreto, conforme aconselhado pela doutrina penal mais atenta aos influxos do Direito Penal constitucionalizado. Elevar à condição de dogma a necessidade de dupla imputação de crimes ambientais, quando presente uma pessoa jurídica, apenas por conta das dificuldades

⁴²¹WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal** – Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires; Montevideo: B de f, 2004. p. 84 et seq.

⁴²²SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Responsabilidad penal de las empresas y de sus organos en derecho español. In: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 76.

⁴²³ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina. **Responsabilidad penal de directivos y órganos de empresas y sociedades**. Editorial Tecnos S.A.: Madrid, 1996. p.12.

dogmáticas que resultaram na parêmia *societas delinquere non potest*, é desconsiderar a pessoa humana em seus mais elementares direitos, mormente em sua dignidade, em face do Poder Público de punir.

11 A PONDERAÇÃO DE INTERESSES COMO INSTRUMENTO EM PROL DA RESPONSABILIDADE PENAL SUBJETIVA

11.1 O CONFLITO DE INTERESSES

O presente capítulo tem por foco a abordagem do conflito entre interesses, contido na problemática inerente à criminalidade empresarial contra o meio ambiente. O texto fluirá tomando-se por base, por um lado, o embate entre o direito à liberdade dos sócios, administradores, empregados, isto é, das pessoas naturais que integram o panorama em estudo e o direito supraindividual à segurança jurídica ou, melhor, o interesse coletivo na prevenção contra a impunidade. Por outro viés, será examinada a colisão entre a livre iniciativa das empresas, alicerçada em interesses liberal-econômicos, e a tutela penal do meio ambiente como espaço de convívio natural das gerações presentes e futuras.

Na sequência, o capítulo enquadrará a técnica do sopesamento, segundo as considerações de Robert Alexy, como solução oferecida pela hermenêutica pós-Positivista para o conflito entre interesses teoricamente antagônicos. Nesta senda, a aludida técnica será abordada sob o enfoque do postulado da proporcionalidade, na sua terceira acepção (proporcionalidade em sentido estrito), em observância das características que revestem cada caso concreto.

Um Estado de Direito de perfil garantista, como visto, constitui-se num sistema heteropoiético, legitimado a partir do respeito aos direitos fundamentais dos diversos setores que compõem a teia social. No dizer de Luigi Ferrajoli, a democracia substancial, que deve vigorar naquele Estado, garante a preponderância da vontade da maioria sem, no entanto, descuidar dos anseios da minoria, devidamente considerada em seus mais básicos direitos.⁴²⁴

Nesta ambiência, não causa estranheza a existência de colisões entre os diversos interesses que, precipuamente quando da subsunção do fato à norma, clamam pela proteção do Estado Social e Democrático de Direito; isto permite a inserção de uma nota às lições ferrajolianas, para dizer que, ao lado das lacunas e antinomias, o conflito entre valores ou princípios opostos é próprio dos Estados com tal perfil.⁴²⁵

⁴²⁴FERRAJOLI, Luigi, **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2 ed. Tradução de Fauzi Hassan Choukr et al. 2006. p. 815.

⁴²⁵Calha registrar que Robert Alexy aponta a diferença entre princípios e valores, com base no fato de que os primeiros ostentam uma carga deontológica (dever ser), enquanto os outros trazem carga axiológica (ser); não obstante, ambos dirigem a interpretação e aplicação do Direito, o que permite ao presente trabalho mencioná-los em equiparação. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 149 et seq.)

Assim, no campo da criminalidade econômica, a segurança jurídica materializada na necessidade de combate à impunidade disputa com a liberdade da pessoa física, no bojo da organização, a salvaguarda do Poder Público. Ocorrido um crime contra o meio ambiente, como produto das atividades habituais da entidade, surge para o Estado a pretensão de punir os infratores, pessoas físicas ou jurídicas. Não obstante, este mesmo Estado deve garantir as liberdades individuais em jogo, sobretudo se considerada a presunção de não culpabilidade, como benefício constitucional para o desenvolvimento do respectivo processo.⁴²⁶

O mesmo choque dá-se com a efetivação da construção apontada pela doutrina e jurisprudência penais, como forma de possibilitar a responsabilização da pessoa jurídica em face de crime ambiental. O sistema de dupla imputação necessária visa, ao fim e ao cabo, a combater a impunidade de entes coletivos, cujas atividades rotineiras oferecem sérios riscos ao meio ambiente, quando não o lesionam diretamente.⁴²⁷

São alvo desta sistemática a proteção do bem jurídico e a preocupação com o restabelecimento do Direito violado pela conduta ilícita. Busca-se, enfim, através da coimputação entre pessoa jurídica e pessoa física, atender às depreciações da coletividade, no que pertine à higidez do ambiente em seu entorno.

Ocorre que, em posição diametralmente oposta à tal demanda, o Direito Penal do Ambiente depara-se com outra questão de que não lhe é dado prescindir. Cuida-se daquela referente à guarida dos direitos e garantias fundamentais da pessoa natural corresponsabilizada nas circunstâncias quejandas.

O dilema ganha corpo, quando se está diante de casos envolvendo grandes companhias, em que não se consegue determinar o centro de decisões ou, ainda que se o identifique, constata-se que a linha de subjetividade entre ele e o executor do delito segue em níveis decrescentes na escala de intensidade.

Nesta conjuntura, como assentado em outro lugar, foi convenciona a denúncia do dirigente da empresa que tenha atuado em nome e no interesse da entidade, deixando para a instrução processual o debate acerca da presença de dolo ou culpa naquela atuação. Segundo a estratégia de acusação, resta concebida a denúncia de alguém que, em função das dimensões do empreendimento que administra e da extensa teia funcional que o integra, não guarda a menor relação com o fato que pôs em risco ou, efetivamente, lesionou o bem jurídico meio ambiente.

⁴²⁶BINDER, Alberto. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 85 et seq.

⁴²⁷Cf. nota 262.

A isto se poderia obter: questionamentos concernentes à prova da culpabilidade do dirigente ou de quem quer que figure ao lado da pessoa jurídica, no sistema de dupla imputação, devem estar relegados ao momento processual oportuno, qual seja a instrução, em que se observa a dilação probatória; tal não seria, portanto, o instante de ajuizamento da inicial acusatória.⁴²⁸

A tréplica, por sua vez, seguiria no sentido da imprescindibilidade da justa causa para a ação penal, devendo esta, para estar apta ao conhecimento e tramitação em juízo, trazer a prova da materialidade delitiva e os mínimos indícios de autoria, sendo que este último requisito carece de cuidados por parte do intérprete, como propugnam os defensores de um processo penal garantista.⁴²⁹

O problema da individualização da pessoa física responsável pelo crime ambiental ocorrido a partir da atividade da empresa, como será detalhado ao seu tempo, implica dificuldades para a fluidez do próprio processo penal. Podem ser destacados o ajuizamento de denúncias genéricas (e, por conseguinte, a demora dos procedimentos) e a afronta ao contraditório e à ampla defesa, como elementos que impedem a consecução do devido processo legal.

Convém ter em mente que muitas das dificuldades vivenciadas no Brasil, referentes aos critérios de imputação pessoal naqueles crimes, devem-se à parca disciplina processual disposta na Lei n. 9.605/98 em apenas três artigos, malgrado o seu artigo 79 determine a aplicação subsidiária dos dispositivos do Código de Processo Penal (CPP).⁴³⁰

⁴²⁸Cf. o *caput* do artigo 155, do CPP: “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

⁴²⁹Cf. DUCLERC, Elmir. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 117 et seq.

⁴³⁰“Art. 26. Nas infrações penais previstas nesta Lei, a ação penal é pública incondicionada.

Parágrafo único. (VETADO)

Art. 27. Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei n 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

Art. 28. As disposições do art. 89 da Lei n 9.099, de 26 de setembro de 1995, aplicam-se aos crimes de menor potencial ofensivo definidos nesta Lei, com as seguintes modificações:

I - a declaração de extinção de punibilidade, de que trata o § 5º do artigo referido no *caput*, dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvada a impossibilidade prevista no inciso I do § 1º do mesmo artigo;

II - na hipótese de o laudo de constatação comprovar não ter sido completa a reparação, o prazo de suspensão do processo será prorrogado, até o período máximo previsto no artigo referido no *caput*, acrescido de mais um ano, com suspensão do prazo da prescrição;

III - no período de prorrogação, não se aplicarão as condições dos incisos II, III e IV do § 1º do artigo mencionado no *caput*;

IV - findo o prazo de prorrogação, proceder-se-á à lavratura de novo laudo de constatação de reparação do dano ambiental, podendo, conforme seu resultado, ser novamente prorrogado o período de suspensão, até o máximo previsto no inciso II deste artigo, observado o disposto no inciso III;

Antes dos comentários sobre a tramitação processual, convém analisar outro conflito de interesses peculiar à sociedade globalizada, cujos riscos provocaram o agigantamento do Direito Penal, como forma de arrefecimento dos ânimos dos próprios criadores de tal ambiência.⁴³¹ Nesta, identifica-se no embate entre o direito à livre iniciativa e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado um verdadeiro desafio para o Direito contemporâneo.

Refere-se, agora, à disputa entre interesses coletivos em ambos os lados, diferente do visto anteriormente, quando da análise da colisão entre os direitos à liberdade e à segurança jurídica.

As circunstâncias que se instalaram no ocidente, após a derrocada do Socialismo, com o fim da antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, permitiram a configuração de um cenário onde as sociedades buscam evoluir amoldando-se às regras do Capitalismo, modelo econômico desde então exitoso.

A partir do final do século XIX, a nova ordem mundial passou a ser ditada pelo mercado, o que consistiu numa das principais características do liberalismo econômico. Grandes empresas passaram a figurar como norteadoras do modo de produção materializado na divisão internacional do trabalho, assumindo um papel de destaque nas questões tangentes ao desenvolvimento social. Ao Estado restaram atribuições pontuais, como a fiscalização do respeito às regras de livre concorrência e a arrecadação de impostos oriundos das atividades empresariais.

Em nome do sobredito desenvolvimento, admitiu-se a ingerência dos interesses de mercado na economia e no meio ambiente, transformando-o a pretexto de elevar os níveis de produção e, com isto, contribuir para o crescimento econômico de determinado país ou, em tempos de globalização, dos grandes blocos regionais.⁴³²

Este fenômeno, no entanto, não assumiu caráter uniforme, apenas com a promoção de benefícios sociais. A própria interferência da economia no meio ambiente, em si mesma, já lhe traz alterações, cuja severidade depende do grau de intensidade, bem como da qualidade da atuação empresarial.

V - esgotado o prazo máximo de prorrogação, a declaração de extinção de punibilidade dependerá de laudo de constatação que comprove ter o acusado tomado as providências necessárias à reparação integral do dano.”

⁴³¹Cf. SANTOS, Juliana Pinheiro Damasceno e. Novos desafios do direito penal na contemporaneidade. In: AGRA, W. de M et al. (Coord.). **Constitucionalismo** – Os desafios do terceiro milênio. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 325 et seq.

⁴³²BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo** – Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós Iberica, 1998, passim.

Com efeito, a partir do incremento do processo de globalização econômica, ao final do século XIX, com a Revolução Tecnológica, com o consumo de massa e demais fatores da economia de mercado, a aludida interferência acarretou agressões significativas ao bem jurídico-penal em tela. Em nome de interesses liberais na produção, grandes companhias protagonizaram as mais degradantes cenas, poluindo mananciais em níveis comprometedores, elevando os índices de gases tóxicos na atmosfera e devastando áreas verdes de dimensões consideráveis, tudo isto tendo origem na ausência de cautelas na exploração de atividade econômica sobre o meio, justificada pela crença, bastante duradoura, na exclusiva instrumentalização da natureza em favor das aspirações do ser humano *hic et nunc*.

Deu-se isto em desvirtuação de uma visão antropocêntrica do Direito Ambiental, como a de Celso Antonio Pacheco Fiorillo, assim expressada:

Na verdade, o direito ambiental possui uma necessária visão antropocêntrica, porquanto o único animal racional é o homem, cabendo a este a preservação das espécies, incluindo a sua própria. Do contrário, qual será o grau de valoração, senão for a humana, que determina, v. g., que animais podem ser caçados, em que época se pode fazê-lo, onde etc?⁴³³

Luís Paulo Sirvinskas, atento às consequências de considerações como esta, ressalta que

[...] há a necessidade de construir nova base ética normativa da proteção do meio ambiente. Todos os recursos naturais são considerados *coisas* e apropriáveis do ponto de vista econômico, incluindo aí a flora, a fauna e os minérios. Essa apropriação é possível pelo fato de o homem ser o centro das preocupações ambientais [...]⁴³⁴

Fato é que o Direito, enquanto reflexo da sociedade em seu estágio de evolução, com todas as suas distinções, respondeu àquela conjuntura com a proteção ambiental. Conforme registro anterior, o meio ambiente ecologicamente equilibrado passou a ser reconhecido como direito fundamental de Terceira Geração, dado o seu perfil transindividual que lhe confere a condição de pressuposto de solidariedade entre os povos.⁴³⁵

A iniciar pela Lei das Leis, todo o ordenamento jurídico voltou-se a tutelar o referido direito coletivo, como necessidade da forma de vida contemporânea, com olhos postos no porvir.⁴³⁶ A provocação do Direito Penal, subsistema de regras e princípios próprios dentro

⁴³³FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 11 ed. Saraiva: São Paulo, 2010. p. 67.

⁴³⁴SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 72.

⁴³⁵Cf. PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. Sobre a tipificação da poluição em face do princípio da legalidade. **Revista de ciências penais**, Salvador, n. 5, 2006. p. 162.

⁴³⁶Basta citar a ação civil pública como mecanismo de proteção constitucional do meio ambiente, as sanções administrativas previstas na própria Lei n. 9.605/98 e a preocupação dos juslaboralistas com a segurança do meio ambiente do trabalho.

daquele ordenamento, não tardou a acontecer, em face da gravidade dos riscos e agressões a que restou submetido o aludido bem jurídico.⁴³⁷

O conflito de valores não pode ser evitado, sobretudo com a juridicização do interesse em um meio de convívio saudável. A livre iniciativa encontrou a resistência do equilíbrio meioambiental; a ingerência do capital na natureza esbarrou no direito pertencente a todas as gerações, presentes e futuras, de coexistirem em um ambiente adequado, isento das nocividades enraizadas na manipulação indevida.

Então, se ao Direito coube a proteção de interesses colidentes, muito mais razão há em atribuir-lhe o dever de solucionar a colisão entre estes mesmos interesses, sob pena de tornar-se inócua a tutela almejada. Em Direito Penal, a necessidade de solução para o conflito de direitos parece ganhar maior relevância, em razão do fato de ser aquele o instrumento que, mais contundentemente, interfere na fluência dos direitos fundamentais e, portanto, o meio mais severo de que se vale o Estado, a fim de manter o equilíbrio da sociedade.⁴³⁸

No caso do Direito Penal do Ambiente, sobretudo nos crimes oriundos das atividades de pessoas jurídicas, dá-se o choque entre a garantia do indivíduo ao devido processo legal, informado pelo contraditório e pela ampla defesa, como requisito do seu direito à liberdade, e o interesse coletivo na punição da criminalidade empresarial, enquanto exigência da efetivação do direito supraindividual ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

11.2 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO NO PÓS-POSITIVISMO

Neste sentido, exsurge dos estudos de hermenêutica a técnica da ponderação de interesses, consistente no sopesamento entre valores antagônicos, visando à obtenção de uma regra específica para o caso em concreto, a partir das peculiaridades deste mesmo caso. Cuida-se de técnica coadunada com a ciência do Direito pós-Positivista, na medida em que expressa a liberdade de atuação do intérprete, voltada à atenuação dos rigores da lei.

O Positivismo Jurídico aflorou, no século XIX, como promessa de garantia das conquistas liberais perante o Estado. Ultrapassados os episódios sanguinolentos, o foco das classes sociais beneficiadas com o saldo das Revoluções Americana e Francesa⁴³⁹ dirigiu-se

⁴³⁷Cf. PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. **Proteção penal do ambiente**. São Paulo: Atlas, 2000, passim.

⁴³⁸Cf. QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal** – Introdução crítica. Saraiva: São Paulo, 2001. p. 12 et seq.

⁴³⁹É fundamental não se prender a paixões, quando se estudam as Revoluções Liberais que inauguraram a Idade Contemporânea, afinal, em que pese a referência à afirmação dos “direitos humanos”, como razão dos clamores de então, sabe-se que tais movimentos acabaram por beneficiar uma determinada classe de indivíduos – a burguesia ascendente -, em detrimento de outros tantos. (Cf. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 79 et seq.)

para a manutenção dos seus direitos, cujo caráter inalienável reclamaria a atenuação do Poder Público em suas atuações.

Neste contexto, o apego à lei surgiu como requisito de segurança jurídica, sobretudo para os vitoriosos liberais. As arbitrariedades do governante encontraram no princípio da legalidade um forte escudo a proteger as suas conquistas e, por via de consequência, favorecer o clima de estabilização social. Foi assim que o referido princípio restou cristalizado no pensamento jurídico-penal ocidental, a partir da obra de Beccaria, com as sistematizações posteriores atribuídas, sobretudo, a Feuerbach.⁴⁴⁰

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, uma verdadeira epopeia aos interesses revolucionários setecentistas, atesta o valor da letra da lei, como centro do Direito a ser aplicado dali em diante. O célebre documento preconizou que todos os indivíduos tivessem garantidos os direitos nele constantes, partindo do pressuposto de que estes direitos seriam inerentes ao ser humano, não se podendo vislumbrar a realização da pessoa sem sua efetivação.

Reza o artigo 6º, da Declaração, que

A Lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer se destine a proteger quer a punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.⁴⁴¹

Ocorre que, como atestado, o tratamento oferecido pela Declaração aludiu a uma igualdade meramente formal entre os indivíduos, o que permitiu ao Estado supervalorizar os interesses liberais dominantes, em detrimento dos setores sociais menos privilegiados.

A perspectiva pós-Positivista do Direito, robustecida no século XX, consistiu numa resposta aos abusos cometidos através e em nome do princípio da legalidade, respaldados nos ideais positivistas. Com o implemento do novo paradigma, a Ciência do Direito libertou-se das amarras da lei e abriu-se à contribuição dos princípios, o que lhe possibilitou o enriquecimento, a partir da integração de valores antes expulsos do labor jurídico por obra do Positivismo clássico.⁴⁴²

⁴⁴⁰Cf. MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**, v. 1. Campinas: Bookseller, 1997. p. 100-101.

⁴⁴¹MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitoshumanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2012.

⁴⁴²LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, passim

Nesta senda, a Constituição, reconhecida como relicário dos interesses mais preciosos de uma dada sociedade, tornou-se o ápice do ordenamento jurídico, assumindo o lugar onde imperava a *lex*. Os direitos e garantias fundamentais individuais e coletivas, em convergência à realização da dignidade da pessoa humana, consistiram naquelas preciosidades, submetendo todo o Direito aos ditames constitucionais.⁴⁴³

Este novo pensamento em torno do Direito exigiu do Poder Judiciário uma atuação mais ampla, que transpusesse a mera repetição do texto legal e consistisse na possibilidade de escolher ou de criar a norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto. Passou-se a vislumbrar, na base do processo de aplicação do Direito, a atividade criativa do julgador, integrando o ordenamento jurídico a partir da interpretação fundada em valores hauridos no contexto sociocultural.⁴⁴⁴

No panorama em tela, a jurisprudência dos interesses figura como centro do processo de integração e aplicação do Direito, em contraposição à limitada jurisprudência dos conceitos; isto demonstra, claramente, o aprimoramento verificado na atividade judicial, como consequência da mudança de paradigma vivenciada pela Ciência do Direito, a partir da segunda metade do século XX.⁴⁴⁵

No aspecto, importam as considerações de Luigi Ferrajoli, a respeito da superação do *juspositivismo dogmático* por obra do *juspositivismo crítico*. Segundo o autor, a primeira orientação referida pode conferir à teoria do Direito aparência, exclusivamente, realista ou normativista, sendo esta a que mais interessa ao raciocínio em desenvolvimento. Ordenamentos estritamente normativos, aduz, “assumem como vigentes somente as normas válidas”, limitando-se “a contemplar o direito válido deixando de lado a possibilidade de sua não efetividade”.⁴⁴⁶

O garantista em questão assevera que, “Precisamente, uma abordagem exclusivamente normativa, limitando-se à análise do (significado) das normas, permite apenas descrever o ‘dever ser’ normativo dos fenômenos jurídicos regulados, e não também o seu ‘ser’ efetivo.” Esta abordagem conduziria a uma aplicação acrítica e puramente ideológica do Direito, o que restaria repellido, em face da consecução do juspositivismo crítico, orientação que, conforme Ferrajoli,

⁴⁴³Mencionou-se o paradigma neoconstitucionalista, como reformulação do Direito a partir da carga axiológica presente na Constituição, voltada, ao fim e ao cabo, à proteção da dignidade da pessoa humana.

⁴⁴⁴Cf. LARENZ, op. cit., passim.

⁴⁴⁵Ibidem, p. 163 et seq.

⁴⁴⁶FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2 ed. Tradução de Fauzi Hassan Choukr et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 803.

se reflete no modo de conceber o trabalho do juiz e do jurista, pondo em questão dois dogmas do juspositivismo dogmático: a fidelidade do juiz à lei e a função meramente descritiva e valorativa do jurista na observação do direito positivo vigente.(sic)⁴⁴⁷

O penalista segue na construção do seu entendimento do que seja um *direito legítimo*, referindo-se à obrigação de o juiz aplicar a lei e à possibilidade de valoração da ciência jurídica, do ponto de vista da moral e da política – ou seja, externamente ao Direito -, como dogmas do juspositivismo dogmático.

De acordo com o juspositivismo crítico, modelo de produção e aplicação do Direito que, segundo ele, legitima o Estado garantista, estes dogmas caem por terra. Preliminarmente, porque não é dado ao juiz aplicar, cegamente, leis inválidas, pelo simples fato de estas serem dotadas de vigência, já que os planos de vigência e validade não se confundem; diante duma lei vigente, porém inválida, pode ou, melhor, deve o julgador recusar-lhe aplicação, sob pena de violar direitos e garantias fundamentais e, assim, abalar as bases estruturais do Estado substancialmente Democrático de Direito.⁴⁴⁸

Demais disto, sufragar a tese de que a aplicação das leis é algo isento de juízos subjetivos de valor, e que toda e qualquer valoração desta atividade só é permitida se efetivada a partir do seu exterior, não corresponde ao juspositivismo crítico, integrante do paradigma pós-Positivista da Ciência do Direito, na esteira dos ensinamentos de Ferrajoli.

Este segundo dogma, em verdade, interconexiona-se com o que lhe antecede. O Direito da pós-Modernidade, efetivado em um Estado que se legitima a partir do respeito aos direitos fundamentais dos diversos setores da sociedade, não concebe a figura do juiz que dá azo à aplicação acrítica das normas jurídicas. O respeito aos mandamentos do Estado garantista passa pelo labor valorativo do juiz, procurando adequar as leis às normatizações superiores.

Para retratar, com maior fidelidade, o pensamento ferrajoliano, impende gizar que “é tarefa – não só civil e política, mas antes científica – do jurista valorar a validade ou invalidade das normas sob a base dos parâmetros de validade, tanto formais quanto substanciais, ditadas pelas normas jurídicas a elas superiores.”⁴⁴⁹

E um Direito pautado nos ditames da pós-Modernidade desconhece concepções que restringem o conceito de norma jurídica à lei. Com isto, quer-se observar que, tal como deflui do entendimento a respeito do juspositivismo crítico, aquelas normas jurídicas superiores, que conformam os parâmetros de valoração do jurista, devem ser compreendidas em seu sentido

⁴⁴⁷FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2 ed. Tradução de Fauzi Hassan Choukr et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 804.

⁴⁴⁸Ibidem, p. 805.

⁴⁴⁹Ibidem, p. 806.

mais amplo. Sob esta chancela identificam-se a Constituição, as normas de Direito Internacional e, sobretudo, os princípios e os postulados normativos que balizam a sua concretização.

11.3 SOPESAMENTO DE INTERESSES SEGUNDO ROBERT ALEXY

A técnica do sopesamento de interesses, então, surge como instrumento para uma aplicação valorativa do Direito, como exigência do pós-Positivismo jurídico, através do qual se permite ao juiz criar a norma para o caso concreto, partindo, criticamente, de juízos subjetivos informados por princípios e postulados condizentes com este mesmo caso.

Falar de técnica do sopesamento é, segundo o magistério de Robert Alexy, atentar para a importância que o postulado da proporcionalidade assume na seara da hermenêutica, tendo em vista que referida técnica consiste, justamente, na efetivação do citado postulado, notadamente no que pertine à noção de proporcionalidade em sentido estrito.⁴⁵⁰

Com o balanceamento de interesses (valores, princípios) concretamente entroncados permite-se a extração de uma regra, a partir do implemento de uma condição ou condições adaptadas aos traços distintivos do caso em estudo. Cuida-se de estratégia concebida como fruto da *lei de colisão*, para por cobro ao conflito entre princípios, que visa a conferir precedência a um mandamento sem, no entanto, invalidar aquele preterido, o qual é temporariamente afastado.⁴⁵¹

Convém notar que, na esteira de Alexy sob a óptica dos direitos fundamentais, a técnica do sopesamento implica a proibição de ações que tenham por objetivo a sua violação. Daí, poder-se-ia entender que, caso um dos valores em jogo venha a confrontar-se com um direito fundamental, é imposto, incontinenti, o seu afastamento.

A questão a esclarecer refere-se à hipótese de conflito entre direitos fundamentais em ambos os lados. Nesta situação, a integridade da técnica do sopesamento restaria mantida com a precedência daquele interesse que, em menor proporção, agride a dignidade humana, já que para esta se reconduzem todos os interesses tutelados pelo Estado Social e Democrático de Direito.

O sopesamento é permitido pelo fato de os princípios serem dotados de um caráter *prima facie* (caráter relativo), que difere daquele referente às regras (caráter absoluto,

⁴⁵⁰ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 94 et seq.

⁴⁵¹Ibidem, p. 91 et seq.

expresso na solução do conflito através do “tudo ou nada”). Com isto, o autor em tela quer alertar para a inexistência de princípios absolutos, razão por que se concebe a possibilidade de confronto entre eles.

Com efeito,

Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, “*por si só*, de prioridade”. O “conflito” deve, ao contrário, ser resolvido “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes”. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que *abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto*: “Se esse sopesamento levar à conclusão de que os interesses do acusado, que se opõem à intervenção, têm, no caso concreto, um peso sensivelmente maior que os interesses em que se baseia a ação estatal, então, a intervenção estatal viola o princípio da proporcionalidade e, com isso, o direito fundamental do acusado que deriva do art. 2º, §2º, 1, da Constituição [...] Isso ocorre quando se fala, de um lado, do dever de garantir, na maior medida possível, a operacionalidade do direito penal e, de outro lado, do dever de manter incólume, na maior medida possível, a vida e a integridade física do acusado. Esses deveres devem ser aplicados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização.”⁴⁵²

É dizer, diante de duas normas que, simultaneamente, serviriam para fundamentar a decisão, mas que são conflitantes entre si, realiza-se o juízo de proporcionalidade em sentido estrito, a fim de escolher a norma prevalecente, conforme preconizado por Robert Alexy, ao tratar a *lei de colisão*. Em termos mais incisivos, os interesses conduzidos pelas normas em confronto são sopesados, visando à obtenção da regra específica para o caso *sub examine*.

A propósito, cabe raciocinar com o autor para constatar que

No desenrolar da fundamentação da decisão, a ordem de valores é qualificada como “*hierarquia de valores*”, no âmbito da qual um “sopesamento” se faz necessário. Com isso, foram mencionados os conceitos centrais da teoria dos valores sustentada em diversas decisões do tribunal: valor, ordem de valores, hierarquia de valores, sistema de valores e sopesamento. (sic)⁴⁵³

Transposta para o tema desenvolvido no trabalho em curso, a tese em evidência pode ser ilustrada em diversos dos seus aspectos, como atestam as linhas a seguir.

Como já restou demonstrado, a querela da criminalidade empresarial contra o meio ambiente é prenhe de uma série de interesses, que se chocam no plano concreto. E não poderia ser diferente, sobretudo nos Estados que se intitulam Sociais e Democráticos de

⁴⁵²Trata-se de excerto referente à lei de colisão observada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, com o objetivo de resolver “a tensão entre o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na garantia de seus direitos constitucionalmente consagrados”, o que revela notável relevância para o desenvolvimento do presente trabalho. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 95.)

⁴⁵³Ibidem, p. 154-155.

Direito, como o Brasil, onde, no dizer de Luigi Ferrajoli, devem imperar os direitos e garantias individuais e coletivas, a legitimarem as ações do Poder Público.

Assim, são identificáveis, no contexto, colisões entre interesses liberal-econômicos - livre concorrência, livre iniciativa, etc. - e preservação do equilíbrio meioambiental; também, é possível surpreender o embate entre direitos individuais e coletivos, a exemplo do vivenciado entre o devido processo legal, como garantia de liberdade, com todos os seus corolários, e a segurança jurídica, alcançada por meio da vitória do Estado sobre a impunidade.

No Brasil, doutrina e jurisprudência conceberam a tese oriunda da teoria da ficção – associada à máxima *societas delinquere non potest*, como visto - segundo a qual, para que se responsabilize penalmente uma pessoa jurídica, é necessário fixar a responsabilidade da pessoa física; e qual? Aquela cuja decisão tenha por objetivo atender aos interesses da organização, de forma a beneficiá-la.⁴⁵⁴

Com o fito de fundamentar a identificação do centro de decisão da empresa, os teóricos do Direito Penal lançaram mão de meios diversos. Aduziu-se que a responsabilidade penal de autor incidiria sobre o administrador de fato, podendo o administrador de direito figurar como coautor ou partícipe, a depender do seu grau de influência nas questões de gestão; com isto, restou asseverado que não seria qualquer funcionário ou sócio que responderia juntamente com a entidade, sendo necessário, ao menos, o título de administrador.⁴⁵⁵

Aventou-se, também, que o representante legal ou contratual da empresa seria alcançado através da aplicação da teoria do domínio do fato, plasmada na concepção de Claus Roxin acerca dos aparatos organizados de poder. Contrariando o pensamento do jurista alemão, conforme o qual sua construção não serviria para solucionar dilemas da criminalidade empresarial, os adeptos daquela aplicação compreenderam que, tendo o domínio do fato, o representante da pessoa jurídica exerceria um controle sobre o instrumento, isto é, o executor do delito e, por conta disto, deveria ser responsabilizado como autor mediato.⁴⁵⁶

O pensamento de Jesús-María Silva Sánchez bem demonstra a mitigação sofrida pela teoria de Roxin com o passar dos tempos. Para aquele autor, certa organização pode ser reconhecida como aparato de poder, independentemente do seu caráter lícito, o que acaba por admitir a aplicação da teoria do domínio do fato no âmbito da criminalidade empresarial. Seu alerta serviu de esteio a concepções que propugnam por um Direito Penal funcionalizado, na

⁴⁵⁴Cf. PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 125.

⁴⁵⁵Cf. GARCÍA CAVERO, Percy Raphael. **La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa**: criterios de imputación. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999. p. 154-155.

⁴⁵⁶Estratégia adotada pelos tribunais alemães, com reflexo nas Cortes dos demais países, a exemplo do Brasil.

medida em que recomendam a identificação do autor mediato em observância das peculiaridades do caso concreto.⁴⁵⁷

Advogou-se, ainda, a adoção da tese da relevância penal da omissão, para constituir a responsabilidade individual nos crimes de empresa, sob a alegação de que o representante legal ou contratual da pessoa jurídica seria responsabilizado por crime decorrente de seu funcionamento, caso houvesse descumprido um dever de cuidado, ou seja, por não ter correspondido com sua condição de garante.⁴⁵⁸

Este argumento é o que mais se aproxima da opção feita pelo legislador de 1998, ao considerar, no final do artigo 2º, da Lei de Crimes Ambientais, que determinados indivíduos, em razão da sua função na entidade, podem ser responsabilizados pelas infrações penais ali tipificadas, desde que, sabendo da conduta ilícita, não a impeçam, quando podiam fazê-lo. É, também, o que dá sentido ao artigo 13, do Projeto de *Corpus Juris* para a proteção dos interesses financeiros da União Europeia, conforme explicitado em linhas anteriores.

Convém mencionar, igualmente, a necessidade de dupla imputação, como arranjo doutrinariamente cunhado para possibilitar uma maior eficácia do Direito Penal do Ambiente. Este pode ser tido como um dos principais exemplos, quando se refere ao conflito de interesses no contexto da criminalidade ambiental envolvendo pessoas jurídicas, sobretudo aquelas de alta complexidade organizacional.

Sondando-se os critérios de imputação de crime à pessoa física, nas circunstâncias referidas acima, pode ser observado que, de fato, a contemporaneidade legou ao Direito Penal a flexibilização de muitos dos seus princípios clássicos. No campo da tutela penal do ambiente, notadamente no que tange à responsabilidade individual em crimes societários, o *jus puniendi* tem-se apartado das exigências impostas pelo princípio penal da culpabilidade e, com isto, inviabilizado a concretização de uma tutela penal de garantias.

Tal constatação espelha as considerações de Winfried Hassemer, no sentido de que o princípio da culpabilidade ingressou num processo de crise, em face das vicissitudes vividas pelo Direito Penal da atualidade. E uma das expressões deste processo é a interferência no nexo de subjetividade requerido entre conduta e resultado, com o que se vislumbra a responsabilidade penal subjetiva, modelo de imputação que respeita o indivíduo em sua

⁴⁵⁷Cf. DUTRA, Bruna Martins Amorim. A aplicabilidade da teoria do domínio da organização no âmbito da criminalidade empresarial brasileira. In: SOUZA, A. de B. G. (Org.). **Inovações no direito penal econômico** – Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011, passim.

⁴⁵⁸Cf. GRANDIS, Rodrigo de. A responsabilidade penal dos dirigentes dos delitos empresariais. *Ibidem*, p. 344.

dignidade, por condicionar a incidência penal à aferição da relação psíquica – fundada em dolo ou, no mínimo, em culpa – que ele trava com o evento delitivo.⁴⁵⁹

Dos critérios de imputação analisados, promana uma tendência à inobservância deste requisito de subjetividade e, por via de consequência, à acentuação da crise vivenciada pelo princípio penal da culpabilidade nos últimos tempos, quando levada em conta a realidade das grandes empresas.

Conceber a responsabilidade penal de alguém, simplesmente, por ser dirigente de pessoa jurídica supostamente envolvida com a prática de crime ambiental, naquela conjuntura, pode acarretar sérios problemas para a concretização de um Direito Penal constitucionalizado.

Diga-se o mesmo, em face de construções doutrinárias e jurisprudenciais que se apegam a uma decisão, em nome e em prol da entidade, para individualizar o centro de imputação na criminalidade societária, ou que o faz com base na teoria do domínio do fato por aparato organizado de poder, alcançando o suposto autor mediato. Considerada a alta complexidade funcional, presente nas grandes empresas da atualidade, a consecução de critérios que tais, para além de encetar um Direito Penal de autor, pode levar a efeito a responsabilidade penal objetiva, interferindo de forma negativa na higidez do princípio da culpabilidade.

Isto vai de encontro aos direitos fundamentais da pessoa física corresponsabilizada na seara dos crimes cometidos a partir do funcionamento de entes coletivos, na medida em que resta por instrumentalizá-la, na tentativa de efetivar a proteção penal do bem jurídico lesionado. Desta forma, o Poder Público de punir passa ao largo do respeito à dignidade da pessoa humana, havida como fim em si mesma, na trilha do que escrevera Immanuel Kant em obra clássica.⁴⁶⁰

Conseqüentemente, sucumbe a ideia de Estado substancialmente Democrático de Direito, regido pela força da Constituição e da normativa internacional voltada à salvaguarda dos direitos humanos. É que estas diretrizes, no que dizem respeito à pós-Modernidade, têm por horizonte a realização da dignidade dos indivíduos, enquanto fim das ações e omissões do Estado.

Todas as implicações da flexibilização do princípio penal da culpabilidade, a pender para a admissão da responsabilidade penal objetiva nos crimes ambientais societários, apontam para a necessidade de ponderação dos interesses em conflito, a fim de que se preserve a idoneidade do Direito Penal do Ambiente.

⁴⁵⁹HASSEMER, Winfried. **¿Alternativas al principio de culpabilidad?** Disponível em <<http://www.juareztavares.com/textos.html>> Acesso em: 29 mai. 2010.

⁴⁶⁰KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Introdução de Pedro Galvão. Lisboa: Edições 70 Ltda., 2009. p. 72.

Neste nexa, é louvável todo o esforço dirigido à proteção do bem jurídico-penal em comento, desde que, para tanto, não tenham de ser realizadas manobras antigarantistas. Em outros termos, no campo da criminalidade empresarial ambiental, é mister buscar a compatibilização entre o interesse coletivo, consistente na proteção penal do meio ambiente ecologicamente equilibrado - cada vez mais subjugado perante a atuação de grandes conglomerados econômicos -, e os direitos fundamentais das pessoas físicas envolvidas.

No ponto, importam as considerações de Robert Alexy, a respeito da lei de colisão e da correlata teoria do sopesamento. Como não se trata de valores absolutos, há, de fato, de sopesarem-se os interesses individuais e coletivos, para o bem da integridade do Estado de Direito norteado pela Constituição Federal. Desta forma, poder-se-á falar num modelo garantista de Estado, pautado no respeito aos direitos e garantias fundamentais dos diversos setores da sociedade, em abono do que pregou Luigi Ferrajoli.

Disto ressaí a relevância do juspositivismo crítico no aspecto. Guiado pelos princípios norteadores do sistema punitivo, o intérprete figura como importante reparador dos excessos e omissões legais, que dão azo a responsabilizações individuais injustas no panorama em tela.

Ao arremate, impende aduzir que a tendência à responsabilidade penal objetiva, observada no rol dos critérios de imputação eleitos pelo Direito para fazer frente à criminalidade engendrada no seio de grandes empresas, colide com as bases de uma processualística atrelada aos direitos e garantias individuais. A nódoa que macula o Direito material, através do desrespeito ao princípio penal da culpabilidade, esparge-se pelo processo, podendo gerar condenações indevidas, para além de comprometer a própria tutela do bem jurídico em jogo.

Daí porque, para uma melhor compreensão das dificuldades referentes à individualização da pessoa física penalmente responsável, em decorrência de crimes societários, exsurge a necessidade de estudar as implicações processuais geradas pelo problema, ônus que competirá ao capítulo seguinte.

12 IMPLICAÇÕES PROCESSUAIS DA RELATIVIZAÇÃO DAS REGRAS DE IMPUTAÇÃO NA CRIMINALIDADE EMPRESARIAL

Diante de crime contra o meio ambiente, oriundo das atividades empresariais, surge para o Estado a pretensão de apurá-lo e punir os responsáveis. Aparentemente, não há óbice para tal desiderato, haja vista que, conforme os critérios de imputação apresentados pela doutrina e jurisprudência, basta identificar o centro de decisão da pessoa jurídica, para denunciá-lo isoladamente ou em conjunto com a organização.

O problema reside em circunstâncias específicas, referentes ao panorama socioeconômico da atualidade, onde grassam os grandes empreendimentos de cunho transfronteiriço e rede funcional complexa, sedimentados a partir da hierarquização de suas atividades e da divisão internacional do trabalho. Cuida-se de cenário arquitetado no bojo do processo de globalização, a que se assistiu com maior intensidade a partir do final do século XIX.⁴⁶¹

Nesta ambiência, adotar os aludidos critérios de imputação pode conduzir à consecução da responsabilidade penal sem nexos de subjetividade e, de maneira inevitável, suprimir garantias processuais mínimas inerentes ao direito de defesa. Com razão, não há falar em ampla defesa, sem uma narrativa acusatória que pormenorize as condutas que teriam incorrido em delitos. Em termos mais contundentes, o direito de defesa fica obstaculizado diante de responsabilizações penais desprovidas de dolo ou culpa, o que desafia a edificação do devido processo legal.

Com efeito, o Pacto de São José da Costa Rica impõe aos Estados ratificantes a observância das garantias judiciais, em cujo rol insere o direito de defesa, com todos os seus corolários, dentre os quais a garantia do acusado à comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada e ao tempo e meios necessários à elaboração da sua defesa.⁴⁶²

O artigo XI, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, muito antes, já previa que “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a

⁴⁶¹BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo** – Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós Iberica, 1998, passim; PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. Sobre a tipificação da poluição em face do princípio da legalidade. **Revista de ciências penais**, Salvador, n. 5, 2006. p. 161 et seq.

⁴⁶²MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão**. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/Pacto%20de%20San%20Jose%20da%20Costa%20Rica.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2012.

sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público *no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.*”⁴⁶³ (grifo nosso)

Muito mais que uma garantia processual, o dever de o Estado observar o direito de defesa é pressuposto do direito à liberdade individual, perante as atuações da potestade pública, a dar sentido à noção de Estado Social e Democrático de Direito. Cuida-se de direito correlato à ideia de contraditório, em favor da constitucionalização do processo penal.

12.1 RECURSO ÀS DENÚNCIAS GENÉRICAS: UMA TENTATIVA DE SOLUCIONAR AS DIFICULDADES DE INDIVIDUALIZAÇÃO DE CONDUTAS NOS CRIMES AMBIENTAIS SOCIETÁRIOS

A CF, por seu turno, dispõe, nos incisos LIV e LV do seu artigo 5º, respectivamente, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Sucedem que o processo penal que se põe em curso para apurar os crimes societários, em alguns casos, tem-se afastado do modelo proposto pela Constituição e pelos documentos internacionais, ao tutelar a liberdade individual através da garantia do contraditório e da ampla defesa, como requisitos do devido processo legal. Estabelece-se o contraponto quando confrontado o entendimento comum a alguns órgãos judiciários pátrios, no sentido de flexibilizar os rigores do artigo 41, do CPP, para admitir denúncias genéricas, conforme seguirá evidenciado.

De acordo com o referido dispositivo, “A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas.”⁴⁶⁴

A respeito de tais exigências, Cezar Roberto Bitencourt deixa consignado que

É princípio consagrado em direito criminal que o cidadão-denunciado defende-se de fato a ele imputado, e devida e circunstanciadamente descrito na inicial. A leitura do art. 41 do CPP leva à conclusão de que a descrição circunstanciada do fato deve ser formal e materialmente objeto da denúncia: formalmente, ao ajustar a narração-descritiva aos fatos imputados;

⁴⁶³MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Legislação internacional.** Disponível em <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 01 fev. 2012.

⁴⁶⁴Cf.: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma. **Recurso Especial n. 175.548 175-GO** (1998/0038776-5), Recorrente: Ministério Público do Estado de Goiás, Recorrido: Nilson Nogueira Lundgren. Relator: Min. Hamilton Carvalhido, Brasília, D.J. 13 mar. 2001. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 14 mai. 2011.

materialmente, ao apresentar substrato fático-jurídico definido como infração penal.⁴⁶⁵

Antonio Sergio Altieri de Moraes Pitombo é dos que propugnam pela observância dos pormenores na proposição penal, inclusive quando em presença de concurso de pessoas. Segundo este autor,

O eventual concurso de pessoas, seja na modalidade da *autoria*, seja da *participação*, determina expor-se na acusação a contribuição individual de cada pessoa para a ocorrência do injusto.

A imputação contida na denúncia vincula-se ao exame de quem possuía o *domínio do fato*, quer dizer, vincula-se a verificar quem dominou o fato com conhecimento e vontade dos elementos típicos.

No campo da *coautoria*, conforme a perspectiva do *domínio funcional do fato*, o coautor não se restringe ao domínio de sua parte, mas tem poder sobre o todo do fato. Se decidir pôr fim ao plano conjunto, basta parar com a contribuição na ação típica.

Caso venha a ocorrer a *participação criminosa*, a denúncia há de descrever a colaboração intencional de alguém para o comportamento típico de outro – colaboração esta, sem o controle sobre o agir, ou sobre a realização do fato típico.

Ao observar tais aspectos quanto ao crime e à autoria, a denúncia respeita o *devido processo legal* (art. 5º, LIV, da CR), na medida em que garante o controle jurisdicional da legalidade e o conhecimento do acusado quanto aos termos da imputação (art. 5º, LV, da CR). (sic)⁴⁶⁶

Uma qualificação adequada dos acusados, que lhes pormenorize as condutas com a demonstração do menor liame psíquico entre eles e o delito, no entanto, não tem merecido atenção, tanto no ajuizamento quanto na admissão da peça incoativa. Não se duvida de que tal realidade, em que pese sua natureza eminentemente processual, insere-se no bojo das relativizações de direitos e garantias fundamentais que caracterizam o Direito Penal contemporâneo.

Setores da jurisprudência brasileira, como anunciado, têm mitigado as determinações do CPP, no que tange aos requisitos do instrumento da ação penal. Afirmam que, em sede de criminalidade empresarial, a inicial acusatória pode conter narrativa mais genérica, justamente em função das dificuldades de identificação das pessoas físicas em circunstâncias quejandas.⁴⁶⁷

⁴⁶⁵BITENCOUR, Cezar Roberto. Crimes contra o sistema financeiro nacional praticados por administradoras de consórcios. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Atipicidade. **Fascículo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 735, 86º ano, jan., 1997. p. 488.

⁴⁶⁶PITOMBO, Antonio Sergio Altieri de Moraes. Denúncia em face da pessoa jurídica, na perspectiva do Direito Brasileiro. In: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 229.

⁴⁶⁷Cf. FARIA JÚNIOR, Cesar de. A propriedade e a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais. **Revista dos mestrados em direito econômico da UFBA**, Salvador, n. 8, jan.-dez., 2000. p. 146. Em sentido contrário, Cf.: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus n. 4.000-9-RJ** (1994/0031481-7), Recorrente: Renato Neves Tonini, Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de

Cumpra registrar que a pesquisa, neste ponto, referiu-se ao entendimento de tribunais situados em pontos diferentes da Federação, como forma de demonstrar quão compartilhada é a tese da flexibilização do aludido artigo 41, em sede de crimes societários.

Atesta-se esta maneira de pensar com a leitura dos excertos doravante transcritos:

Nos crimes de autoria coletiva, é perfeitamente aceitável a denúncia que generaliza a participação dos imputados, igualando a cota de responsabilidade dos co-acusados, ainda que depois se apure participação diferenciada. (TJBA – 2ª. Câ. Crim. – HC 24259-4/2000 – Rel. Benito A. de Figueiredo – j. 14.12.2000 – RT 790/648).⁴⁶⁸

Na impossibilidade de determinar-se exatamente a conduta de cada denunciado, a denúncia pode descrever genericamente a participação dos agentes, *desde que permita o total exercício do direito de defesa*, não podendo ser tachada de inepta [...] (TJRS – 4ª. Câ. Crim. – AC 70001855873 – Rel. Constantino Lisboa de Azevedo – j. 22.03.2001 – RJTJRS 207/157).⁴⁶⁹ (grifo nosso)

É dispensável a descrição detalhada e minuciosa da conduta delituosa, bastando que a sua narrativa permita à defesa a compreensão do teor da acusação, possibilitando-lhe o exercício do contraditório e da ampla defesa, ainda mais em situações como a presente, onde se trata de crime ambiental, em que se imputa a existência de coautoria à pessoa jurídica, admitindo-se uma descrição mais genérica da conduta, sob pena de se inviabilizar o exercício da ação penal. (TRF2 - MS 201002010142795 – Rel. Guilherme Bollorini Pereira – j. 01.02.2011).⁴⁷⁰

Está materialmente correta a exordial e os indícios de autoria permitem o processamento da ação dentro dos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Assim, satisfeitas as exigências do art. 41 do CPP, há justa causa para a ação penal.

É sabido que em crimes societários a descrição das condutas é mais genérica, e nem por isso, torna-se inepta a denúncia. Precedentes desta Corte.⁴⁷¹

Analisados os excertos supra, constata-se que a denúncia genérica tem sido utilizada como instrumento para viabilizar o processo contra crimes ambientais envolvendo pessoas

Janeiro. Relator: Min. Edson Vidigal, Brasília, D.J. 14 dez. 1994. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 14 mai. 2011.

⁴⁶⁸FRANCO, Alberto Silva et al. (Coord.). **Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 356.

⁴⁶⁹Ibidem, loc. cit.

⁴⁷⁰BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Segunda Turma Especializada. **Mandado de Segurança n. 201002010142795-RJ**. Relator: Juiz Federal Convocado Guilherme Bollorini Pereira, Rio de Janeiro, D.J. 01 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18206472/mandado-de-seguranca-ms-201002010142795-rj-20100201014279-5-trf2>>. Acesso em: 01 fev. 2012.

⁴⁷¹BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Habeas Corpus** n. 11020-SC (2004.04.01.011020-8), Impretrante: Ney Fayet Jr. e outro, Impetrado: Juízo Substituto da Vara Federal de Joaçaba/SC, Relatora: Des. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère, Santa Catarina, D.J. 02 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8671405/habeas-corpus-hc-11020-sc-20040401011020-8-trf4/inteiro-teor>>. Acesso em: 01 fev. 2012.

jurídicas de alta complexidade funcional. Acusa-se e admite-se⁴⁷² a acusação de indivíduos, sem que esteja precisamente demonstrada sua relação com a materialidade delitiva, postergando o debate acerca de tal questão para a instrução processual ou, mesmo, para a sentença.

Poder-se-ia objetar, neste ponto, que tal forma de denunciar fica aquém do que se entende por indícios suficientes da autoria e, por conta disto, não satisfaz um dos requisitos estruturantes do que Afrânio Silva Jardim denominou de *justa causa para a ação penal*⁴⁷³, sem a qual esta se encontra fadada ao trancamento.

Fernando da Costa Tourinho Filho equipara *justa causa* e interesse processual, como uma das condições genéricas da ação, ao lado da legitimidade para agir. Segundo ele, a respeito daquela primeira condição,

Quando se oferece uma denúncia, deve o requisitório ser acompanhado de elementos mais ou menos idôneos que convençam o Magistrado da seriedade do pedido. O representante do Ministério Público não pode oferecer denúncia sem apresentar os elementos de convicção de que houve um fato típico *e de que fulano ou beltrano foi o seu autor*. Em suma: o titular da ação penal deve formular um pedido idôneo, arrimado em elementos que convençam o Juiz da seriedade do que se pede.⁴⁷⁴ (grifo nosso)

Por outro lado, sustenta-se que a imputação de crime desprovida da relação psíquica requerida pelo princípio da culpabilidade dá azo à inépcia da inicial acusatória, não ao trancamento da ação penal por carência de justa causa. Segue, neste sentido, o entendimento judiciário emoldurado no fragmento abaixo:

Denúncia inicial que não satisfaz as exigências do art. 41 do CPP. Inépcia. Ocorrência trancamento da ação penal por falta de justa causa, existindo indícios suficientes de autoria e materialidade. Inadmissibilidade. – A denúncia, quando não satisfizer as exigências do art. 41 do CPP, por não estarem os fatos descritos em todas as suas circunstâncias, deve ser apenas julgada inepta, de forma que permita o oferecimento de outra inicial acusatória, não se justificando o trancamento da ação penal por falta de justa causa, se houver indícios suficientes de autoria e materialidade (TACRIM-SP-5ª. Câ. Crim. – HC 301340/6-Rel. Angélica de Almeida – j. 23.04.1997 – Rolo/flash 1.103/312).⁴⁷⁵

Entendimento semelhante foi esposado pelo STJ, quando do julgamento do HC n. 4.214-1/DF, impetrado por integrantes do Conselho Consultivo de determinada empresa, que

⁴⁷²Cf. BITENCOUR, Cezar Roberto. Crimes contra o sistema financeiro nacional praticados por administradoras de consórcios. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Atipicidade. **Fascículo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 735, 86º ano, jan., 1997. p., Cezar Roberto, ibidem, p. 492.

⁴⁷³JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 54.

⁴⁷⁴TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de processo penal**. 32 ed. Saraiva: São Paulo, 2010. p. 199.

⁴⁷⁵FRANCO, Alberto Silva et al. (Coord.). **Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 344. No mesmo sentido, Cf.: BITENCOUR, op. cit., p. 489.

foram denunciados por crime contra a economia popular, ao mero fundamento de que seriam *acionistas majoritários, controladores e responsáveis* pela pessoa jurídica.

Em seu voto, o Min. Assis Toledo (Relator) asseverou que, se o Promotor de Justiça houvesse examinado “com maior atenção os estatutos da empresa [...] e a ata da assembléia que elegeu sua diretoria [...], certamente não teria cometido tal equívoco.”; consignou, ainda, que “incumbiria exclusivamente ao órgão do Ministério Público, reconhecendo o erro inicial, aditar a peça acusatória com novos elementos fáticos essenciais a uma nova imputação aos pacientes, totalmente diversa da inicial.”⁴⁷⁶

Sem ter a pretensão de tomar partido no confronto entre os fundamentos susotranscritos, basta ao trabalho em desenvolvimento, com base neles, constatar o inconveniente em que se incorre, ao formular e admitir denúncias genéricas. Trata-se, independentemente da fundamentação aceita, de temeridade que põe a descoberto garantias processuais, concorrendo para a dissociação entre o processo penal respectivo e os ditames do Estado Social e Democrático de Direito.⁴⁷⁷

Diga-se isto, com muito mais razão, quando a proposição penal imputa o crime em escala descendente, na rede funcional da empresa, responsabilizando desde os dirigentes até o mero executor material do fato. Maneja-se desta forma, em abono do princípio processual da obrigatoriedade, segundo o qual a denúncia, do ponto de vista dos sujeitos envolvidos, não pode ser parcial.

Neste sentido, calha importar o excerto de Antonio Sergio Altieri de Moraes Pitombo, para quem

[...] A regra da obrigatoriedade determina que se incluam na peça acusatória todos aqueles que contribuíram para a prática do crime, dado o caráter indivisível da ação penal pública incondicionada. Deve constar da proposição acusatória, além do executor material do fato típico, quem decidiu pela pessoa jurídica.⁴⁷⁸

Trata-se, então, de outro dilema vivido pelo processo penal do meio ambiente, quando ensejado em função da criminalidade empresarial, que também interfere na inteireza do princípio penal da culpabilidade. Dá-se tal inconveniente ante a responsabilização de alguém que, não raro, apenas cumpre as ordens dos seus superiores, consistindo em mero instrumento

⁴⁷⁶BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma. **Recurso em Habeas Corpus n. 4.214-1-DF** (1994/0040546-4), Recorrente: Tecio Lins e Silva e outros, Recorrido: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Relator: Min. Assis Toledo, Brasília, D.J. 22 fev. 1995. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 mai. 2011.

⁴⁷⁷Cf.: PITOMBO, Antonio Sergio Altieri de Moraes. Denúncia em face da pessoa jurídica, na perspectiva do Direito Brasileiro. In: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 233.

⁴⁷⁸Ibidem, p. 237.

à disposição destes últimos, conforme o entendimento dos que advogam a tese da autoria mediata por domínio da organização nos crimes societários.⁴⁷⁹

O problema, inclusive, transcende os limites do processo, atingindo a primeira etapa da persecução penal. Sob o pretexto de que a investigação criminal - mormente aquela levada a efeito pela Polícia judiciária - não se confunde com o processo penal propriamente dito, garantias fundamentais das pessoas investigadas são postas em segundo plano, desmascarando-se os aspectos inquisitoriais do procedimento.

Com base nisto, diz-se que, em sede de *procedimento* investigativo policial, não há falar em contraditório ou ampla defesa, vetores que convergem para o devido *processo* legal⁴⁸⁰, numa visão demasiado restrita do que esta garantia representa para um Estado legitimado a partir do respeito à dignidade da pessoa humana.

De fato, inúmeras são as investidas contra os direitos fundamentais na primeira fase da *persecutio*. Apenas para exemplificar, ouve-se sem a especificação da condição da pessoa ouvida - se testemunha ou indiciada, o que gera influências no tratamento conferido às suas declarações - e expõe-se a imagem de indiciados aos órgãos de imprensa, não alertando para o que promana do princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade.⁴⁸¹

O que mais importa à análise, como ilustração das limitações impingidas aos direitos fundamentais do indivíduo submetido à investigação criminal, é o fato de que a imputação genérica de crimes societários, muitas das vezes, inicia-se antes do oferecimento da denúncia, isto é, já no relatório conclusivo do procedimento extrajudicial. Observa-se, então, a existência de *inquéritos genéricos* ladeando as denúncias igualmente adjetivadas.

A gravidade da questão radica na possibilidade de o Poder Judiciário acatar representação de autoridades policiais, no sentido da decretação da prisão preventiva de pessoas cuja relação com o crime sequer fora tangenciada no inquérito.⁴⁸² Ainda que se

⁴⁷⁹SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Responsabilidad penal de las empresas y de sus organos en derecho español. In: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** - Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 76.

⁴⁸⁰O Enunciado de n. 14, da Súmula Vinculante do STF, atenua a inquisitorialidade de procedimentos investigativos equiparados ao inquérito policial, ao franquear ao defensor acesso às diligências já realizadas.

⁴⁸¹BINDER, Alberto. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 85 et seq.

⁴⁸²Tramita no Congresso Nacional Projeto de Lei que visa à reforma do Código de Processo Penal brasileiro, tendo como ponto a previsão de um *juiz de garantias* para funcionar, exclusivamente, na investigação criminal, passando as atribuições processuais a estarem adstritas ao *juiz do processo*. Caso vingue, a inovação, possivelmente, porá fim a situações como a descrita no relato: "O Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região concedeu nesta quarta-feira, 27, habeas corpus aos 95 indiciados pela Polícia Federal na Operação Jurupari, que foi realizada em Mato Grosso na semana passada para desbaratar uma quadrilha suspeita de crimes ambientais. De acordo com a PF, os agentes já haviam cumprido 65 mandados de prisão, expedidos pelo juiz Julier Sebastião da Silva, da Justiça Federal de Mato Grosso. As outras 30 pessoas estavam sendo procuradas. Segundo nota divulgada pela assessoria do TRF, o juiz Tourinho Neto "concedeu ordem de habeas corpus inicialmente a 84,

duvide da hipótese, é de ser considerado que há casos em que o órgão do Ministério Público prefere seguir, piamente, as linhas conclusivas do relatório que encerra o expediente policial, restringindo sua *opinio delicti* ao entendimento da autoridade que o presidira.

Em casos que tais, a imputação genérica que, segundo uma concepção garantista, vicia o inquérito, por não discriminar o grau de participação dos investigados, alcança o oferecimento da inicial acusatória. Então, a “mera” irregularidade extrajudicial que não contamina o processo⁴⁸³ acaba por contribuir para a supressão de garantias individuais, já na inauguração da instância judiciária.

Outra dificuldade enfrentada pelo Garantismo Processual Penal, no âmbito da criminalidade empresarial contra o meio ambiente, diz respeito, mais especificamente, ao sistema de dupla imputação necessária. Não obstante se trate de estratégia fundada em questões de direito material, o momento em que surge permite tratá-la no presente capítulo, dedicado que é às implicações do tema no terreno da processualística.

Refere-se, aqui, à violação do *ne bis in idem*, princípio clássico de Direito Penal que impede a dupla valoração do mesmo, resultante em punições injustas. Argumenta-se que a corresponsabilização da pessoa jurídica e do seu representante, em função da prática de um delito, afronta o princípio em tela, na medida em que dá ensejo a múltiplas punições decorrentes de um mesmo evento.⁴⁸⁴

Nesta linha de raciocínio, ainda que se objete que a natureza da pena imposta a cada pessoa – física e jurídica – varia em razão da sua (falta de) imputabilidade, a tréplica segue no sentido de ser o representante a personificação da própria entidade, motivo pelo qual os fatos perpetrados em nome desta última a ele se imputam, entendimento que, como é de se notar com clareza, está plasmado na teoria da ficção.⁴⁸⁵

estendendo posteriormente a mais 11, totalizando 95 indiciados". O magistrado considerou a decisão que determinou as prisões como "genérica", abrangendo "todos os investigados sem individualizar a conduta de cada paciente". O ESTADO DE SÃO PAULO. **Notícias**. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,justica-liberta-95-acusados-de-crime-ambiental-em-mt,557663,0.htm>>. Acesso em: 12 mai. 2011.

⁴⁸³É neste sentido a jurisprudência remansosa do STF, ilustrada pelos seguintes julgados: HC n. 72.360-MT. Relator: Min. Ilmar Galvão; 1ª Turma, D.J. 09 jun. 1995, p. 17.233; HC n. 72.648-SP. Relator: Min. Sidney Sanches; 1ª Turma, D.J. 27 out. 1995, p. 36.334; HC n. 73.000-RJ. Relator: Min. Maurício Corrêa; 2ª Turma, D.J. 02 fev. 1996, p. 852.

⁴⁸⁴SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Responsabilidad penal de las empresas y de sus organos en derecho español. In: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 65 et seq.

⁴⁸⁵Cf. FARIA JÚNIOR, Cesar de. A propriedade e a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais. **Revista dos mestrados em direito econômico da UFBA**, Salvador, n. 8, jan.-dez., 2000, passim.

Semelhantes a tais colocações são as seguintes considerações de Jesús-María Silva Sánchez, a respeito da violação ao princípio do *ne bis in idem*, constatada no bojo da responsabilidade penal de pessoas jurídicas:

[...] o princípio *ne bis in idem*, ao impossibilitar a concorrência de sanções (no que aqui interessa, uma penal sobre indivíduos concretos e uma administrativa sobre a empresa) por um mesmo fato, faria possível que, com a imposição da sanção penal a sujeitos individuais, (eventualmente, inclusive, “homens de palha”), a empresa evitasse inclusive as próprias sanções administrativas, podendo, ademais, prosseguir em sua atividade. Finalmente, sugere-se que, se bem que as sanções administrativas possam ser economicamente muito mais gravosas que as penais, o certo é que cabe contabilizá-las no balanço, com o que acabam sendo menos lesivas para a empresa; em contrapartida, a sanção penal tem um valor simbólico inegável e da maior relevância negativa para a empresa, o que determina que sua eficácia preventiva seja, sem dúvida, maior.⁴⁸⁶ (tradução nossa)

A confluência das questões susomencionadas, portanto, ao deixar a descoberto direitos e garantias da pessoa humana, clama por uma atuação mais incisiva do Poder Público no Estado Social e Democrático de Direito. Imputações genéricas, tanto no inquérito quanto na denúncia, e condenação da pessoa jurídica e do seu representante pelo mesmo delito desafiam o Direito Penal do Ambiente de perfil garantista, seja por conduzirem à responsabilidade penal objetiva, seja por violação do *ne bis in idem*.

Os prejuízos daí decorrentes não tocam apenas a pessoa física, mas também alcançam a coletividade, ávida por uma tutela efetiva e célere de direito fundamental de cariz metaindividual, como é o meio ambiente ecologicamente equilibrado. As citadas questões podem postergar, em muito, uma decisão que, condenando os responsáveis pelo crime ambiental, dê à sociedade a segurança jurídica almejada.

⁴⁸⁶“Así, se sugiere la posibilidad de que, cometido un delito en el seno de la persona jurídica, no quepa, por razones de prueba o técnico-jurídicas, imputarlo de personas físicas determinadas. O bien se afirma que el delito de empresa surge no tanto como producto de la decisión de una o varias personas concretas, sino a partir de una actitud criminógena del grupo – la empresa – que genera el delito al establecer ciertos fines como objetivos que conseguir o disponer ciertos medios para alcanzarlos. A ello se añade el hecho de que el principio *non bis in idem*, al impossibilitar la concurrencia de los sanciones (en lo que aquí interesa, una penal sobre individuos concretos y una administrativa sobre la empresa) por un mismo hecho, haría posible que, con la imposición de la sanción penal a sujetos individuales (eventualmente, incluso, “hombres de paja”), la empresa eludiera incluso las propias sanciones administrativas, pudiendo por lo demás proseguir su actividad. Finalmente, se sugiere que, si bien las sanciones administrativas pueden ser económicamente mucho más gravosas que las penales, lo cierto es que cabe contabilizarlas en el balance, con lo que acaban siendo menos lesivas para la empresa; en cambio, la sanción penal tiene un valor simbólico innegable y de la máxima relevancia negativa para la empresa, lo que determina que su eficacia preventiva sea, sin duda, mayor.”[SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Responsabilidad penal de las empresas y de sus organos en derecho español. In: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 65 et seq.]. Em solo nacional, cf. MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**, v. 1. Campinas: Bookseller, 1997. p. 102-103.

O valor simbólico⁴⁸⁷ do Direito Penal muito contribuiu para a criminalização de condutas lesivas ao meio ambiente, conforme posto por Klaus Tiedemann⁴⁸⁸; e outra não é a sede desta simbologia, senão a pena, sobretudo quando da individualização efetivada na sentença condenatória. Por tal razão, cabe dizer que a celeridade no processo penal jungido à prática de crime ambiental justifica-se, também, em face da força simbólica assumida pelo Direito Penal do Ambiente.

No aspecto, convém ter em mente que reforma constitucional brasileira, havida em 2004, guindou a celeridade no processo ao status de garantia fundamental, como deflui do inciso LXXVIII, então inserido no artigo 5º, do Texto Magno.⁴⁸⁹ Processo legal devido, portanto, é aquele que, dentre outras condições, tramita no tempo razoável, não admitindo dilações desnecessárias⁴⁹⁰; este, no entanto, não é o caso de ações penais que são ajuizadas com o vício das imputações genéricas, consequência a que se chega em sede de crimes societários, como demonstrado a partir dos julgados acima transcritos.

Versando sobre celeridade processual, J. J. Gomes Canotilho preleciona que “A efectivação deste direito pressupõe uma nova formatação processual tendente a responder às exigências de celeridade e probidade (assim, por exemplo, redução de prazos, eliminação de eventuais recursos hierárquicos necessários no contencioso administrativo).”⁴⁹¹

Processos que se iniciam assim são permeáveis a uma considerável quantidade de interposição de recursos, manejados pelos indivíduos que, irredimidos com imputações alheias a qualquer nexo de subjetividade, visam à sua exclusão do rol de denunciados. Com

⁴⁸⁷Sebastião Borges de Albuquerque Mello, com base em Baratta, Cervini e Zaffaroni, observa que “[...] a sanção penal contida nos microssistemas serve para reafirmar a confiança institucional na ordem jurídica, fazendo prevalecer as funções simbólicas às funções instrumentais dos crimes ali previstos. Assim, atribui-se, com a incriminação, uma maior importância – também simbólica – ao microssistema (causada pela falsa impressão de que apenas a lei que contém tipos penais é ‘pra valer’), função esta destinada não à coletividade, mas sim, a um grupo restrito de cidadãos, e ocasionalmente à mass media, que apenas confirma o espetáculo que representa a lei via microssistema.” (MELLO, Sebastião Borges de Albuquerque. **Direito penal** – Sistemas, códigos e microssistemas jurídicos. Curitiba: Juruá, 2004, p. 111-112.)

⁴⁸⁸TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n.11, 1995. p. 26.

⁴⁸⁹“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

⁴⁹⁰No aspecto, convém registrar o alerta de Fredie Souza Didier Júnior: “A exigência do contraditório, o direito à produção de provas e aos recursos, certamente, atravancam a celeridade, mas são garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas. É preciso fazer o alerta, para evitar discursos autoritários, que pregam a celeridade como valor insuperável. Os processos da Inquisição poderiam ser rápidos. Não parece, porém, que se sente saudade deles.” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**, v. 1 – Teoria geral do processo e processo de conhecimento, 9ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 44.)

⁴⁹¹CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 461.

isto, impede-se a celeridade garantida pela Constituição, ao tempo em que se pode prolongar a lesão ao bem jurídico em jogo. É, pois, neste sentido que se permite fazer menção à falta de eficácia da tutela penal do meio ambiente.

13 CONCLUSÕES

A tutela do meio ambiente é medida que se impõe ao Direito Penal contemporâneo, sobretudo se levada em consideração a seriedade das agressões sofridas por este bem jurídico a partir do final do século XIX, decorrentes das atuações de grandes empresas. Trata-se de exigência inerente à função de exclusiva proteção de bens jurídicos relevantes, que cabe aos sistemas punitivos modernos, e correlata à concepção de Garantismo Penal, como orientação informada por uma série de princípios que visam a racionalizar o poder punitivo em face dos direitos e garantias fundamentais da coletividade, tal como proposto por Luigi Ferrajoli.

Perante a potencialidade lesiva das referidas atuações e, por conseguinte, em função da relevância do interesse em jogo, convém ao Poder Público sancionar, por meio da pena, as condutas levadas a efeito no âmbito de pessoas jurídicas de alta complexidade, que acabam pondo em xeque a sobrevivência das gerações presentes e futuras.

Também, em atenção aos influxos do Garantismo Penal, é mister que o *jus puniendi*, no combate à impunidade da criminalidade empresarial, atenha-se ao que preconiza o princípio penal da culpabilidade, na acepção de impedimento à efetivação da responsabilidade penal objetiva. É dizer, a imputação de crimes oriundos das atividades da empresa aos seus integrantes deve observar o mínimo nexos de subjetividade entre o comportamento e o resultado lesivo, sob pena da consagração de responsabilidades penais injustas.

Quanto aos critérios adotados no Direito nacional e no estrangeiro, há de ser feita uma distinção. Nos crimes comissivos, observa-se uma tendência à referida forma de responsabilidade, na medida em que se busca, no contexto estudado, o indivíduo que representa a pessoa moral, isto é, a imputação do delito a este último justifica-se exclusivamente em razão da função que ele exerce na organização. Neste caso, o Direito Penal do Ambiente vai de encontro ao princípio penal da culpabilidade, na medida em que admite responsabilizações de caráter objetivo, afastando-se dos requisitos do Garantismo Penal.

Já nos delitos de infração de um dever - ou comissivos por omissão - cometidos a partir de grandes empresas, a responsabilidade penal tem recaído sobre quem detinha o dever de cuidado ante o bem jurídico lesionado. Cuida-se de estratégia que se conecta com o modelo de Estado e de sistema punitivo idealizado por Ferrajoli, uma vez que leva em conta as circunstâncias de cada caso concreto. Decerto que o melhor seria imputar a omissão àquele que não só podia como devia prevenir o crime, o que se extrai da exegese da parte final do artigo 2º, da Lei n. 9.605/98, à luz de uma tutela penal de garantias.

Cumpra às leis o estabelecimento de mecanismos de imputação de crimes ocorridos em grandes empresas, sem olvidar de que um Direito Penal constitucionalizado orienta-se pela responsabilidade subjetiva. Não se trata, portanto, de banir os princípios penais tradicionais e, mais especificamente, o princípio da culpabilidade, do contexto de macrocriminalidade a que se assiste, ao argumento de que são coisas inconciliáveis; defende-se o ajustamento de tais princípios e, por conseguinte, do Direito Penal, à realidade contemporânea, já no momento de produção das leis.

Em caso de omissão do legislador neste sentido, convém que o julgador, ponderando os interesses em conflito e os dados extraídos do caso concreto, dê azo ao referido ajuste. Isto inclui a sondagem do nexos de subjetividade, consistente em dolo ou culpa entre a conduta e o delito, em respeito aos direitos fundamentais dos envolvidos. Impende, nesta linha de raciocínio, que no juízo de ponderação seja observada a normatização interna de cada empresa, a fim de que se verifique o grau de responsabilidade de cada indivíduo.

Esta manobra do intérprete é de todo relevante, sobretudo em consideração à adoção da teoria dos aparatos organizados de poder em sede de criminalidade empresarial, pois confere ares de justiça à designação do autor mediato, desde que o recurso à aludida normatização conforme-se com o que preceitua o princípio da culpabilidade, enquanto protetor da responsabilidade penal subjetiva, sob pena de afronta ao Direito Penal de garantias e, desta forma, à dignidade da pessoa humana.

Por outro ângulo, os critérios de imputação objetiva, observados pelo intérprete quando da individualização de condutas nos crimes societários, não podem desconsiderar os requisitos de imputação subjetiva (presença de dolo ou culpa no comportamento), ainda que estes sejam avaliados num segundo momento.

Diga-se o mesmo quanto ao grau de aceitação social das condutas em jogo (à luz da teoria da adequação social), que interfere na isenção de comportamentos que se encontram em sintonia com o modo de vida na coletividade da órbita da pena e que, por isso, não interessam ao Direito Penal.

Importa, ademais, que a responsabilidade penal subjetiva, corolário do princípio da culpabilidade, seja homenageada antes mesmo que a querela chegue à instância judicial. Assim, não seriam admitidas imputações genéricas no bojo da investigação criminal, evitando-se, desde já, obstaculizações à celeridade do futuro processo.

A precaução visa a proteger os direitos e garantias do indivíduo, livrando-o do inconveniente da responsabilidade penal objetiva. Visa, ainda, a proteger a própria

coletividade, na medida em que colabora com a realização de uma justiça penal eficaz, apta a promover, de pronto, a guarida do bem jurídico em evidência.

REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. **Código Penal da Alemanha**. Disponível em <http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2011.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros 2008.
- ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina. **Responsabilidad penal de directivos y órganos de empresas y sociedades**. Editorial Tecnos, S.A.: Madrid, 1996.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
_____. _____. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo** – Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós Iberica, 1998.
- BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **A produção do direito no Brasil** – A dissociação entre direito e realidade social e o direito de acesso à justiça. 2 ed. Ilhéus: Editus, 2008.
- BINDER, Alberto. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BITENCOUR, Cezar Roberto. Crimes contra o sistema financeiro nacional praticados por administradoras de consórcios. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Atipicidade. **Fascículo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 735, 86º ano, jan., 199, p. 487-503.
_____. **Tratado de direito penal** – Parte geral. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOLÍVIA. **Constituição Federal da Bolívia**. Disponível em <<http://www.presidencia.gob.bo/download/constitucion.pdf>> Acesso em: 21 jun. 2011.
- BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 jun. 2011.

_____. **Código de Processo Penal**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 mai. 2011.

_____. **Código Florestal**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4771.htm>. Acesso em: 05 mai. 2011.

_____. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 06 jun. 2011.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 22 jun. 2011.

_____. **Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 22 mai. 2011.

_____. **Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm>. Acesso em 13 abr. 2011.

_____. **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 22 mai. 2011.

_____. **Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm>. Acesso em: 14 jun. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma. **Recurso em Habeas Corpus n. 4.214-1-DF** (1994/0040546-4), Recorrente: Tecio Lins e Silva e outros, Recorrido: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Relator: Min. Assis Toledo, Brasília, D.J. 22 fev. 1995. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 mai. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma. **Recurso Especial n. 175.548 175-GO** (1998/0038776-5), Recorrente: Ministério Público do Estado de Goiás, Recorrido: Nilson Nogueira Lundgren. Relator: Min. Hamilton Carvalhido, Brasília, D.J. 13 mar. 2001. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 14 mai. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n 564.960 - SC** (2003/0107368-4). Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Recorrido: Auto Posto 1270 Ltda. Relator: Min. Gilson Dipp, Brasília, D.J. 02 jun. 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 mai. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial n. 564.960-SC** (2003/0107368-4), Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Recorrido: Auto Posto 1270 Ltda. Relator: Min. Gilson Dipp, Brasília, DJ 13 jun. 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 29. jun. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança n. 16.696 - PR** (2003/0113614-4), Recorrente: Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras, Recorrido: Ministério Público Federal; Relator: Min. Hamilton Carvalhido, Brasília, D.J. 14 mai. 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 mai. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus** n. 71.071-MG (2006/026039-1), Impetrante: Luciano Donizete Leite e outro, Impetrado: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, Brasília, D.J. 06 out. 2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 29 jan. 2012.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Habeas Corpus** n. 11020-SC (2004.04.01.011020-8), Impetrante: Ney Fayet Jr. e outro, Impetrado: Juízo Substituto da Vara Federal de Joaçaba/SC, Relatora: Des. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère, Santa Catarina, D.J. 02 abr. 2004. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8671405/habeas-corpus-hc-11020-sc-20040401011020-8-trf4/inteiro-teor_>. Acesso em: 01 fev. 2012.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Mandado de Segurança n. 95724-PB** (0058401-06.2006.4.05.0000), Impetrante: SAELPA – Sociedade Anônima de Eletrificação da Paraíba, Impetrado: Juízo da 2ª Vara Federal da Paraíba (João Pessoa). Relatora: Des. Margarida Cantarelli, Brasília, D.J. 14 ago. 2007. Disponível em <www.trf5.jus.br>. Acesso em: 22 mai. 2011.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Segunda Turma Especializada. **Mandado de Segurança n. 201002010142795-RJ**. Relator: Juiz Federal Convocado Guilherme Bollorini Pereira, Rio de Janeiro, D.J. 01 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18206472/mandado-de-seguranca-ms-201002010142795-rj-20100201014279-5-trf2>>. Acesso em: 01 fev. 2012.

BRAVO, Jorge dos Reis. Critérios de imputação jurídico-penal de entes colectivos (elementos para uma dogmática alternativa da responsabilidade penal de entes colectivos). **Revista Portuguesa de Ciências Criminais**, n. 2, ano 13, abr.-jun., p. 207-250. 2003.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Principios fundamentales de un derecho penal democrático**. Disponível em <http://www.juareztavares.com/textos/bustos_penal_democratico.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 86.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes. Direito penal de risco e responsabilidade penal das pessoas jurídicas: a propósito da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. In: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 243-263.

CHILE. **Código Penal do Chile**. Disponível em <<http://www.servicioweb.cl/juridico/Codigo%20Penal%20de%20Chile%20libro2.htm>>. Acesso em: 28 jun. 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial** – Direito de empresa. 22 ed. Saraiva: São Paulo, 2010.

CÓRDOBA RODA, Juan. Responsabilidad penal de los administradores de compañías. **Revista Jurídica de Catalunya**, Barcelona, n. 1, 86º ano, 1987, p. 33-45.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**, v. 1 – Teoria geral do processo e processo de conhecimento, 9ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

DUCLERC, Elmir. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DUTRA, Bruna Martins Amorim. A aplicabilidade da teoria do domínio da organização no âmbito da criminalidade empresarial brasileira. In: SOUZA, A. de B. G. (Org.). **Inovações no direito penal econômico** – contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011, p. 223-248.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPAÑA. Constituição Federal da Espanha. Disponível em <http://www.senado.es/constitu_i/indices/consti_ing.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2011.

FARIA JÚNIOR, Cesar de. A propriedade e a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais. **Revista dos mestrandos em direito econômico da UFBA** n. 8, jan.-dez., 2000, p. 139-152.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo J. Cuestiones Basicas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de otras personas morales y de agrupaciones y asociaciones de personas. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, n.27, 1999, p. 20-27.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Teoria da imputação objetiva no direito penal ambiental brasileiro**. São Paulo: Ltr. 2005.

FERNÁNDEZ, Gonzalo. **Culpabilidad y teoría del delito**, v.1. Montevideo: Julio César Faire, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías** - La ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

_____. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. Tradução de Fauzi Hassan Choukr et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, B. et al. **Garantismo penal integral** – Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 25-50.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRANÇA. **Constituição Federal da França**. Disponível em <<http://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&langpair=en%7Cpt&u=http://www.assemblee-nationale.fr/english/8ab.asp>> Acesso em: 27 nov. 2011.

FRANCO, Alberto Silva et al. (Coord.). **Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. 11 ed. Tradução de Galeano de Freitas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.

GOBERT, James. Criminalidade da pessoa jurídica: os novos crimes da atualidade. Tradução de Daniela Marques e Jayme Baleeiro Neto. **Revista dos mestrados em direito econômico da UFBA**, Salvador, n. 8, jan-dez, 2000, p. 173-188.

GARCÍA CAVERO, Percy Raphael. **La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999.

GRACIA MARTÍN, Luis. **Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales**. Barcelona: Bosch, 1986.

_____. La cuestion de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 87-124.

GRANDIS, Rodrigo de. A responsabilidade penal dos dirigentes dos delitos empresariais. In: SOUZA, A. de B. G. (Org.). **Inovações no direito penal econômico – Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas**. Brasília: ESMPU, 2011, p. 335-344.

HASSEMER, Winfried. **¿Alternativas al principio de culpabilidad?** Disponível em <<http://www.juareztavares.com/textos.html>> Acesso em: 29 mai. 2010.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 12 ed. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

HUSSERL, Edmund. **Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura**. Tradução de Márcio Suzuki. São Paulo: Idéias e Letras, 2006.

INACARATO, Márcio Antônio. A responsabilidade penal dos administradores das sociedades anônimas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 646, ago., 1989, p. 241-246.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução de André Luís

Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 9 ed. Tradução de J. Rodrigues de Mereje. Rio de Janeiro: Ediouro [199-?].

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Introdução de Pedro Galvão. Lisboa: Edições 70 Ltda., 2009.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**, v. 1. Campinas: Bookseller, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **Direito penal** – Sistemas, códigos e microssistemas jurídicos. Curitiba: Juruá, 2004.

_____. O princípio da proporcionalidade no direito penal. In: SCHMITT, R. A. (Org.). **Princípios penais constitucionais** – Direito e processo penal à luz da Constituição Federal. Salvador: Jus Podivm, 2007, 550p.

_____. **O conceito material de culpabilidade** – O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Jus Podivm, 2010.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal e biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____; COELHO, Yuri Carneiro. A estrutura ontológica das coisas como recurso garantidor no Direito Penal. In: PRADO, L. R. (Coord.). **Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 101-109.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Legislação internacional**. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 01 fev. 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão**. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/Pacto%20de%20San%20Jose%20da%20Costa%20Rica.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2012.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. 2 ed. Buenos Aires; Montevideo: B de f, 2001.

O ESTADO DE SÃO PAULO. **Notícias**. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,justica-liberta-95-acusados-de-crime-ambiental-em-mt,557663,0.htm>>. Acesso em: 12 mai. 2011.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal** – Um estudo comparado. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PARAGUAI. **Constituição Federal do Paraguai**. Disponível em <<http://www.diputadosmercosur.gov.ar/paises/paraguay/constitucionparaguay.pdf>> Acesso em: 22 jun. 2011.

PERU. **Constituição Federal do Peru**. Disponível em: Disponível em <<http://www.congreso.gob.pe/ntley/ConstitucionP.htm>> Acesso em: 22 jun. 2011.

PITOMBO, Antonio Sergio Altieri de Moraes. Denúncia em face da pessoa jurídica, na perspectiva do direito brasileiro. In: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 227-242.

POPPER, Karl Raymund. **Lógica das ciências sociais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. **Proteção penal do meio ambiente - fundamentos**. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. Sobre a tipificação da poluição em face do princípio da legalidade. **Revista de ciências penais**, Salvador, n. 5, 2006, p. 160-187.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território, biossegurança (com análise da Lei 11.105/2005)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. _____. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Direito penal contemporâneo** – Estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Bem jurídico-penal e constituição**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 125-156.

_____. **Curso de direito penal brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal** – Introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Crítica à “responsabilidade penal” da pessoa jurídica.** Disponível em <<http://pauloqueiroz.net/critica-a-%e2%80%9cresponsabilidade-penal%e2%80%9d-da-pessoa-juridica/>>. Acesso em: 04 set. 2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. Meio ambiente e direito penal brasileiro. Ciências Penais – **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, São Paulo, n. 2, ano 2, jan-jun, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RICOEUR, Paul. **O justo:** a justiça como regra moral e como instituição. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins fontes, 2008.

ROXIN, Claus. Sobre la autoría y la participación en el derecho penal. Tradução de Henrique Bacigalupo. In: **Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho - Homenaje al profesor Jiménez de Asúa.** Buenos Aires: Pannedille, 1970.

_____. **Culpabilidad y prevención en derecho penal.** Tradução de Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981.

_____. **Problemas fundamentais de direito penal.** 3 ed. Lisboa: Vega, 1998.

_____. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal.** Valencia: Tirant lo blanch alternativa, 2000.

_____. **Estudos de direito penal.** Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata.** Disponível em <<http://www.panoptica.org/>>. Acesso em: 21 out. 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Expansão do direito penal.** Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, v. 2. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Responsabilidad penal de las empresas y de sus organos en derecho español. In: DOTTI, R. A.; PRADO, L. R. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 65-86.

SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça restaurativa – A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

SANTOS, Gérson Pereira dos. **Direito penal econômico.** São Paulo: Saraiva, 1981.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível.** 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

_____. **Direito penal – Parte Geral.** 4 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SANTOS, Juliana Pinheiro Damasceno e. Novos desafios do direito penal na contemporaneidade. In: AGRA, W. de M et al. (Coord.). **Constitucionalismo** – Os desafios do terceiro milênio. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 325-352.

SARAIVA, Renato. **Direito do trabalho** – Versão universitária. 2 ed. São Paulo: Método, 2009.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Tutela penal do meio ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela penal dos interesses difusos**. São Paulo: Atlas, 2000.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos et al. **Um novo sistema do direito penal** – Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. São Paulo: Manole, 2003.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n.11, 1995, p. 21-35.

_____. Exigencias fundamentales de la parte general y propuesta legislativa para un derecho penal europeo. **Revista penal**, Huelva, n. 3, 1999, p. 76-86.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de processo penal**. 32 ed. Saraiva: São Paulo, 2010.

VELJANOVSKI, Cento. **A economia do direito e da lei** – Uma introdução. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal** – Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires; Montevideo: B de f, 2004.

WUNDERLICH, Alexandre; OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. Resistência, prática de transformação social e limitação do poder punitivo a partir do sistema de garantias: pela (re)afirmação do garantismo penal na contemporaneidade. In: EL HIRECHE, G. F. (Org.). **Novos desafios do direito penal no terceiro milênio** – Estudos em homenagem ao prof. Fernando Santana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 225-234.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro** - Parte Geral, v.1, 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ANEXO A – Ementa do julgamento do Recurso Especial n. 564.960 – SC, ocorrido em 02 jun. 2005.

Recurso provido, à unanimidade, para acolher denúncia contra pessoa jurídica de direito privado, com base no “atuar em lugar de outro”.

RECURSO ESPECIAL Nº 564.960 - SC (2003/0107368-4)

RELATOR : MINISTRO GILSON DIPP

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RECORRIDO : AUTO POSTO 1270 LTDA - MICROEMPRESA

ADVOGADO : ODAIR FERNANDO TRAY E OUTRO

EMENTA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ANEXO B – Ementa do julgamento do *Habeas Corpus* n. 71.071-MG, ocorrido em 28 ago. 2008.

Ordem parcialmente concedida, à unanimidade, para isentar prefeito de responsabilidade por crime ambiental fundada, tão somente, na sua mera condição de administrador.

HABEAS CORPUS Nº 71.071 - MG (2006/0260389-1)

RELATOR : MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA

IMPETRANTE : LUCIANO DONIZETE LEITE E OUTRO

IMPETRADO : PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PACIENTE : RONEIDO TEÓFILO DE CARVALHO

EMENTA

HABEAS CORPUS . CRIME AMBIENTAL. PREFEITO. INÉPCIA DA INICIAL CONFIGURADA. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O trancamento de ação penal, pela via estreita do *habeas corpus*, somente é possível quando, pela mera exposição dos fatos narrados na peça acusatória, verifica-se que há imputação de fato penalmente atípico ou que não existe nenhum elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito imputado ao paciente ou, ainda, quando extinta encontra-se a punibilidade.

2. Hipótese em que, embora tenha narrado o delito e apontado o paciente como responsável, na condição de prefeito, da pessoa jurídica poluidora, no caso a municipalidade, praticante de, em tese, conduta típica, a acusação não relata, ainda que de forma singela, o nexos de imputação correspondente, deixando de descrever, notadamente, a conduta subjetiva, haja vista que não esclareceu de que forma ele contribuiu para a consecução do delito e o eventual dolo específico na degradação do meio ambiente.

3. A atribuição do delito ao paciente pelo fato, tão-somente, de ele ser o chefe da administração municipal, sem a demonstração da forma pela qual participou na operacionalização dos atos administrativos afetos ao recolhimento e à destinação do lixo da cidade, significa impor-lhe o odioso instituto da responsabilidade penal objetiva.

4. Ordem parcialmente concedida para anular a ação penal (PCO-CR 1.0000.05.425115-2/000) desde o recebimento da denúncia, inclusive, sem prejuízo de que outra seja oferecida, uma vez sanados os vícios.

ANEXO C – Parte de Ementa do julgamento do Recurso Especial n. 610.114-RN, julgado em 17 nov. 2005.

Recurso desprovido, à unanimidade, para reconhecer a inviabilidade do recebimento da inicial acusatória, por não restar demonstrado quem, pessoa física, atuou em nome e benefício de entidade condenada por crime ambiental.

RECURSO ESPECIAL Nº 610.114 - RN (2003/0210087-0)

RELATOR : MINISTRO GILSON DIPP

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RECORRIDO : CIMSAL - COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE MOAGEM E

REFINAÇÃO SANTA CECÍLIA LTDA

ADVOGADO : JOSÉ NIECIO ROLDAO DA SILVA E OUTRO

EMENTA

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.

[...]

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

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

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

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

XVI. Recurso desprovido.

ANEXO D – Ementa do julgamento do Recurso Especial n. 175.548 – GO, ocorrido em 13 mar. 2001.

Recurso conhecido, mas improvido, à unanimidade, para isentar de responsabilidade pessoa física, em sede de crime societário, posto que não configurada sua relação com o delito.

RECURSO ESPECIAL Nº 175.548 - GO (1998/0038776-5)

RELATOR : O SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO

RECORRENTE : MINISTERIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

RECORRIDOS : NILSON NOGUEIRA LUNDGREN E OUTROS

ADVOGADOS : DR. ANTÔNIO DIONÍSIO LOPES E OUTRO

EMENTA

CRIMINAL. SONEGAÇÃO FISCAL. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. CRIME COLETIVO E SOCIETÁRIO. IMPUTAÇÃO GENÉRICA. INÉPCIA DA ACUSATÓRIA INICIAL.

1. Atribuir responsabilidade penal à pessoa física que não tenha praticado a ação típica ou concorrido, de qualquer modo, objetiva ou subjetivamente, para a sua prática ou, no caso de ação típica em que o sujeito ativo seja pessoa jurídica, pela só qualidade que nela tenha a pessoa física, independentemente da existência de qualquer vínculo, objetivo ou subjetivo, com a conduta criminosa, é recolher, no mais primitivo, a responsabilidade penal objetiva que transigia até mesmo com o fato de terceiro e que, em qualquer das suas expressões penais, se mostra inconciliável com o Estado de Direito e com o Direito Penal, cujas essências recolhem, como elemento próprio, a democracia.

2. Em sendo fundamento do juízo da autoria dos delitos, que determinou a definição dos destinatários da acusação, não, a prova da prática ou da participação da ou na ação criminosa, mas apenas a posição dos pacientes na pessoa jurídica, faz-se definitiva a ofensa ao estatuto da validade da denúncia (Código de Processo Penal, artigo 41), consistente na ausência da obrigatória descrição da conduta de autor ou de partícipe dos imputados.

3. Recurso conhecido, mas improvido.

ANEXO E – Ementa do julgamento do Recurso de *Habeas Corpus* n. 4000-9-RJ, ocorrido em 14 dez. 1994.

Recurso conhecido e provido, à unanimidade, para reconhecer a inépcia da inicial acusatória, em sede de crime societário, por não individualizar a participação de cada acusado.

RECURSO DE "HABEAS CORPUS" Nº 4000-9 - RJ (94.0031481-7)
RELATOR : O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL
RECORRENTE : RENATO NEVES TONINI
ADVOGADO : RENATO NEVES TONINI
RECORRIDO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : YOLANDA VIDAL QUEIROZ
PACIENTE : JOSE DE ARIMATEIA SANTOS
PACIENTE : EDNILTON GOMES DE SOARES
SUST. ORAL : DR. RENATO NEVES TONINI (P/ PACTE) E
DR. EDINALDO DE HOLANDA BORGES (P/ MPF)

E M E N T A

PENAL. PROCESSUAL. SONEGAÇÃO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. DENÚNCIA. INÉPCIA. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. "HABEAS CORPUS". RECURSO.

1. Também nos chamados crimes societários é imprescindível que a denúncia individualize a participação de cada acusado. Caso impossível, é preciso que descreva o modo como concorreram para o crime. Responsabilidade tributária não se confunde com responsabilidade criminal. Denúncia inepta no caso destes autos.
2. Recurso conhecido e provido.