

2. DOCTRINA NACIONAL

2.1

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA E A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE: finalidade e aplicação

CARLOS ALBERTO DE SALLES

SUMÁRIO: 1. A aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito brasileiro – 2. Prevenção como objetivo central da responsabilização criminal da empresa – 3. A relação entre responsabilidade penal da empresa e responsabilidade individual – 4. A responsabilidade civil e a responsabilidade criminal como alternativas à proteção ao meio ambiente – 5. Conclusões – Bibliografia.

Resumo: A responsabilidade penal da pessoa jurídica deve ser considerada no contexto de outras medidas legais para proteção do meio ambiente. Sob esse aspecto, as tutelas penal e civil devem ser vistas como alternativas para que se possa alcançar o objetivo de preservação do meio ambiente, optando-se por aquela capaz de gerar melhores resultados para a sociedade. A lei brasileira permite ampla flexibilidade na fixação e aplicação da pena, o que é adequado, considerando a enorme desigualdade entre os agentes econômicos passíveis de condenação. É preciso, no entanto, considerar na aplicação da pena o conjunto de efeitos dessa modalidade de condenação, de forma a dimensionar os vários fatores sociais implicados. A maior dificuldade na aplicação da lei nacional reside no fato de condicionar o reconhecimento da responsabilidade penal à demonstração da existência de decisão por parte de órgãos legal ou contratualmente autorizados da pessoa jurídica. Essa exigência constitui um grave entrave para a efetividade de tutela penal, tornando sua aplicação tão difícil quanto a responsabilização pessoal dos dirigentes da empresa. Alguns conceitos e abordagens desenvolvidas pelo direito norte-americano podem ser úteis na elaboração de uma teoria sobre a culpabilidade da pessoa jurídica e sobre a avaliação desse tipo de medida legal.

Palavras-chave: Responsabilidade penal de pessoa jurídica – Tutela penal do meio ambiente – Aplicação da pena à pessoa jurídica – Direito comparado – Estados Unidos – Culpabilidade da pessoa jurídica – Lei 9.605/98.

1. A aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito brasileiro

A Lei 9.605/98 veio cumprir uma promessa há muito consagrada em nosso texto constitucional: a responsabilização criminal da pessoa jurídica.

ca.¹ Não obstante a resistência e desalento dos penalistas mais apegados ao enfoque tradicional dos institutos do direito penal, como aqueles relacionados com a conduta e a culpabilidade,² o § 3.º do art. 225 da CF não deixa qualquer dúvida sobre a opção de nosso constituinte em estender a sanção penal para além da pessoa natural.³

Se, portanto, não procedem as dúvidas quanto à validade da imputação de condutas penais à pessoa jurídica, em face da expressa disposição constitucional, resta controvertido um vasto campo de indagações e polêmicas quanto à conveniência, à forma e aos requisitos da aplicação de sanções penais a pessoas jurídicas. Na verdade, a Lei 9.605/98 foi omissa quanto à modalidade e à gradação da pena aplicável às várias situações concretas.⁴

- (1) Muito embora as disposições legais estudadas se apliquem às pessoas jurídicas, genericamente consideradas, é no conceito de empresa, enquanto unidade de produção, que melhor se identificam os destinatários principais das normas em estudo, tendo em vista a direta ligação da atividade econômica com as situações real ou potencialmente lesivas ao meio ambiente. “A empresa é a unidade produtora cuja tarefa é combinar fatores de produção com o fim de oferecer ao mercado bens ou serviços não importa qual o estágio de produção” (NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 2. ed. São Paulo : RT, 2000. p. 246). O presente artigo usa indistintamente a designação empresa e pessoa jurídica, mesmo reconhecendo a maior amplitude desta última.
- (2) Lamentando a opção constitucional, “em que se rompeu com a tradição de nosso Direito Penal”, v. José Henrique Pierangeli, “A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a nova lei ambiental”, *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios* 8/124-125, n. 15, jan./jun. 2000; considerando as imperfeições técnicas da lei em discussão, v. Luís Paulo Sirvinskas, “Responsabilidade penal da pessoa jurídica na Lei 9.605/98”, *RT* 784/493, fev. 2001; afirmando a posição contrária da maioria da doutrina, v. Roque de Brito Alves, “A responsabilidade penal da pessoa jurídica”, *RT* 748/502, fev. 1998; sustentando os pontos de vista tradicionais, v. Luiz Vidal da Fonseca, “Ainda sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos crimes ambientais”, *RT* 90/497-505, n. 784, fev. 2001; combatendo pela inconstitucionalidade do art. 3.º da Lei 9.605/98, v. Carlos Ernani Constantino, “Meio ambiente – O art. 3.º da Lei 9.605/98 cria o intolerável *bis in idem*”, *Revista Jurídica* 248/36-38, jun. 1998; e “Meio ambiente – O art. 3.º da Lei 9.605/98 é inconstitucional”, *Revista Jurídica* 252/152-155, out. 1998.
- (3) Embora com menor clareza, também o art. 173, § 5.º, contém um permissivo genérico de sancionamento penal da pessoa jurídica. Alguns autores têm admitido a responsabilização penal da pessoa jurídica com base em outras leis que não a 9.605/98, como seria o caso das Leis 8.137/90 (crimes contra a ordem econômica e tributária), 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro nacional) e 8.884/94 (defesa da concorrência). Nesse sentido, Alves, op. cit., p. 495, e Edward Ferreira Filho, “As pessoas jurídicas como sujeito ativo de crime na Lei 9.605/98”, *Revista de Direito Ambiental* 3/24, n. 10, abr./jun. 1998.
- (4) Chamando a atenção para esse fato e indicando a separação entre a parte geral da lei, onde estão previstas as penas aplicáveis à pessoa jurídica, e a parte especial, prevendo os tipos penais e penas restritivas de liberdade, v. Sirvinskas, op. cit., p. 490.

A gradação das penas capituladas nos vários tipos penais previstos na lei dá uma idéia de proporcionalidade entre a gravidade da conduta e a sanção cominada nos dispositivos da Parte Especial. No entanto, não se pode daí extrair qualquer regra como ponto de partida para a fixação da reprimenda à pessoa jurídica. Por certo, não se haverá de igualar, por exemplo, a suspensão parcial de atividade ou a interdição ao *quantum* da pena prisional definido em lei e aplicável à pessoa física. As penas restritivas de direito, previstas no art. 22 da lei em discussão, não apresentam qualquer correspondência lógica ou jurídica com as penas prisionais normalmente aplicáveis ao sujeito ativo do delito, impedindo que uma possa apresentar-se como referência para a quantificação da outra.

Aliás, se bem analisada a matéria, concluir-se-á que a sua disciplina legal não poderia ser diferente. Considere-se que dentro de um modelo clássico, que se pode também chamar de liberal, a aplicação do direito parte de um pressuposto de igualdade entre os sujeitos, os quais são considerados plenamente constituídos e capazes de decisões autônomas.⁵ Assim, por exemplo, quando a lei prevê a pena de um a três anos para quem destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente (art. 38), está pressupondo uma mínima igualdade entre os possíveis sujeitos ativos do delito.

Pois bem, se é verdade que existe diferença entre o lenhador, individualmente responsável por um dano florestal, e uma madeireira empresarialmente constituída, não é menos verdade, também, que existe diferença entre uma pequena madeireira e uma multinacional da exploração florestal. A aplicação da pena à pessoa jurídica deve partir da constatação da existência de uma quebra de igualdade entre os sujeitos passíveis de pena. Da mesma forma que não se podem punir de maneira similar a pessoa natural e a pessoa jurídica, também não se podem punir igualmente empresas de diferentes portes e diferenciado poderio econômico.

Note-se que a diferença material entre agentes, em uma perspectiva tradicional de direito penal, pode ser equacionada na dosimetria da pena, atendendo à culpabilidade dos agentes colocados em situações análogas. Suponha dois réus respondendo pelo mesmo crime, sendo um primário e outro reincidente. A desigualdade de condições entre os dois acarretará uma diferença na pena a ser aplicada a cada qual. Tratando-se da imputação penal à pessoa jurídica, no entanto, o acerto referente às diferenças de posições dos vários sujeitos não pode ser feito previamente, a partir de limites fixados em lei, e, sim, deixado para a quantificação da pena pelo julgador.

⁽⁵⁾ Sobre as características de um modelo liberal de direito em relação aos sujeitos, em exposição aplicada ao processo civil, v. David M. Trubek, "The handmaiden's revenge: on reading and using the newer sociology of civil procedure", *Law and Contemporary Problems* 51/111-134, n. 4, 1988. Para uma visão mais aprofundada dos pressupostos liberais do direito moderno, v. Roberto Mangabeira Unger, *O direito na sociedade moderna*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1979, p. 177-202.

Por essa razão parece difícil, senão impossível, a indicação pelo legislador da capitulação da pena em seus limites mínimo e máximo para aplicação à pessoa jurídica em relação às modalidades delitivas previstas. Diante da desigualdade material das pessoas jurídicas passíveis de aplicação de pena, a solução normativa mais viável é mesmo aquela de deixar ao julgador a tarefa de definir, *ad hoc*, a modalidade de pena aplicável, bem como os parâmetros quantitativos da sanção a ser aplicada. A opção do legislador nacional, nesse sentido, não parece ter sido incorreta. Assim, por exemplo, não bastará ao julgador definir se a pena será de suspensão ou de custeio de um programa ambiental, mas qual a duração da primeira ou o montante a ser aplicado na segunda, tomando por base exclusivamente as características do caso concreto.

Essa opção feita pelo legislador brasileiro, embora se mostre a mais viável, obviamente, coloca uma imensa dificuldade ao julgador, cuja superação exige cuidadosa elaboração jurídica. Está-se diante de um verdadeiro *hard case*, no sentido de impossível de ser resolvido sob uma clara norma jurídica,⁶ abrindo espaço para uma necessária discussão sobre a existência de um espaço de discricionariedade judicial. Tratando da solução desse tipo de caso, Dworkin aponta uma distinção fundamental entre dois grupos de argumentos que devem ser levados em consideração na tomada de qualquer decisão estatal, entre as quais aquelas judiciais: os *argumentos de princípio* e os *argumentos de política pública*.⁷

“Argumentos de política pública justificam uma decisão política mostrando que a mesma privilegia ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para o fabricante de aeronaves, de que o subsídio protege a defesa nacional, é um argumento de política pública. Argumentos de princípio justificam uma decisão política mostrando que a mesma respeita ou assegura algum direito individual ou de grupo. Argumentos em favor de leis antidiscriminação, no sentido de que a minoria tenha um direito a igual respeito e consideração, é um argumento de princípio”.⁸ Os argumentos de princípio são tomados com a intenção de estabelecer um direito individual, enquanto os argumentos de política pública têm por intenção o estabelecimento de um objetivo coletivo.⁹

(6) Sobre o sentido de *hard case* na hermenêutica jurídica, v. José Augusto Fontoura Costa, “Normas jurídicas, aplicação e casos difíceis”, *Cadernos de Pós-Graduação da Universidade Católica de Santos* 3/11-14, jun. 2000. A posição sustentada neste artigo baseia-se em Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, Cambridge : Harvard University, 1978, p. 81-100.

(7) *Arguments of principle* e *arguments of policy* no original. DWORKIN, op. cit., p. 82-90.

(8) DWORKIN, op. cit., p. 82.

(9) Idem, ibidem, p. 90.

Não obstante Dworkin admita que, em uma democracia representativa, os argumentos de política pública devem ser primordialmente objeto de consideração do processo político, o sistema pode funcionar melhor quando juízes não eleitos, isolados da pressão de grupos de interesse, compõem interesses antagônicos em suas cortes, considerando essa espécie de argumento.¹⁰ Isso significa dizer que os juízes, na solução dos *hard cases*, devem levar em conta não apenas os argumentos de princípio, mas também os de políticas públicas, a bem do funcionamento do próprio sistema político.

No caso em estudo, a correta responsabilização penal de pessoa jurídica, por suas características gerais e pela regulamentação jurídica que lhe foi dada, remete necessariamente à consideração de argumentos de políticas públicas, isto é, à busca da definição dos objetivos sociais implicados com sua aplicação. Somente dessa maneira se poderá chegar a uma interpretação legítima e coerente das normas jurídicas a esse respeito. O próximo tópico deste artigo procura descrever o objetivo central do instituto estudado. Os tópicos seguintes visam estabelecer uma comparação entre os vários mecanismos legais e institucionais para se atingir os objetivos sociais relacionados com a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

2. Prevenção como objetivo central da responsabilização criminal da empresa

O objetivo central da responsabilização penal da pessoa jurídica é prevenir a ocorrência de novas e reiteradas lesões ao meio ambiente. Os objetivos de retribuição e reabilitação, normalmente presentes na justificação da sanção criminal, ocupam papel menor na criminalização da pessoa jurídica.¹¹

A dificuldade de percepção e definição de uma noção de culpabilidade da pessoa jurídica torna mais difícil conceber um caráter retributivo na pena a ela aplicada. Parece altamente implausível que a necessidade de retribuição por parte da sociedade seja tal que exija a punição de entidades não humanas, embora seja razoável a existência desse impulso social em relação aos gerentes e empregados da empresa criminalmente envolvida.¹² Por fim, imposição de pena a uma empresa

⁽¹⁰⁾ Idem, ibidem, p. 85.

⁽¹¹⁾ Discutindo os vários objetivos que justificam a criminalização da pessoa jurídica, v. Brent Fisse, "Reconstructing corporate criminal law: deterrence, retribution, fault", *Southern California Law Review* 56/1.114/1.174, september 1983. Esse autor apresenta, como os principais objetivos do direito penal, *deterrence*, *retribution*, *rehabilitation* e *incapacitation*, concluindo pelo predomínio da primeira, mas sustentando a importância das demais.

⁽¹²⁾ Sustentando a primazia do objetivo de prevenção (*deterrence*), v. V. S. Khanna, "Corporate criminal liability: what purpose does it serves?", *Harvard Law Review* 109/1.493-1497, n. 7, may 1996.

implica sempre o risco de atingir inocentes acionistas, empregados e mesmo consumidores, esvaziando sensivelmente o caráter retributivo da sanção penal.

O mesmo se diga da reabilitação. Se a pena, prisional, restritiva de direitos ou de prestação de serviços, quando aplicada a um sujeito individual, tem um claro papel educacional, no sentido de impor novos condicionamentos morais e comportamentais ao agente, o mesmo não se poderá dizer do sancionamento penal da pessoa jurídica. Nada garante que os administradores responsáveis pela conduta empresarial criminosa sejam os mesmos que responderão pela sanção, nada garantindo, também, a formação de uma cultura empresarial capaz de passar pelas inúmeras modificações societárias e administrativas a que as empresas contemporâneas estão sujeitas.¹³

O objetivo central, ou direto, da responsabilização penal da pessoa jurídica é o da prevenção da prática de fatos delituosos.¹⁴ Esse objetivo, no entanto, deve ser considerado em um contexto mais amplo, ou seja, relacionado com a própria preservação do meio ambiente, com a prevenção do dano ambiental. Somente assim será possível vislumbrar quais são as políticas públicas implicadas, de forma a chegar a uma correta e justa aplicação desse instituto.

A consideração da tutela penal do meio ambiente, portanto, deve ser feita levando em conta os demais meios para fazer valer as normas protetivas do meio ambiente, devendo estar pautada por critérios originários do próprio direito ambiental. A esse propósito cabe observar que o direito ambiental, como área específica de estudos jurídicos, cobre um vasto campo de interesses, públicos e privados, individuais e coletivos, abrangendo a atenção de outros ramos do direito,¹⁵ bem como de outras disciplinas acadêmicas.

É preciso ter em mente que a tutela jurídica do meio ambiente é eminentemente coletiva, dirigida à proteção de bens de interesse comum, regulando, entretanto,

(13) Discutindo as relações entre a responsabilidade criminal de gerentes e da empresa, v. Richard A. Posner, *Economic analysis of law*, Boston : Little, Brown and Company, 1992, p. 421-423.

(14) Comentando o advento da lei brasileira, cf. Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado, "Projeto de lei dos crimes contra o meio ambiente: previsão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas", *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA* 5/ 278-279, jan./dez. 1996-1997; e Fernando Antonio N. Galvão da Rocha, "Responsabilidade penal da pessoa jurídica", *Revista de Direito Ambiental* 3/26, n. 10, abr./jun. 1998; Sirvinskas, op. cit., p. 483-484. Tomando por base o contexto norte-americano, cf. Khanna, op. cit., p. 1.493-1.497. Admitindo também outros objetivos, Fisse, op. cit., p. 1.141-1.245.

(15) Nesse sentido o direito ambiental tem um caráter horizontal, expandindo-se por outras áreas clássicas do direito. Cf. Michel Prieur, *Droit de l'environnement*, 3. ed., Paris : Dalloz, 1996, p. 7; também Beniamino Caravita (*Diritto pubblico dell'ambiente*, Bologna : Società Editrice Il Mulino, 1990, p. 57-58) apontando que o direito ambiental se realiza tanto pela tutela publicista como por aquela individualista.

também condutas privadas e individuais, relativas à relação do homem e das atividades produtivas por ele desenvolvidas com o meio ambiente. Com isso, abrange as mais diversas áreas, com implicações de direito público, relativas ao poder regulamentar e de polícia do Estado, e de direito privado, no que toca a restrições ao direito de propriedade, ao uso de recursos naturais e à definição de responsabilidades por danos sofridos por terceiros. A abrangência do direito ambiental manifesta-se, também, em sua multidisciplinaridade, tendo em vista a necessidade de recorrer a outros ramos do conhecimento para avaliar e compreender sua repercussão sobre realidades fáticas de enorme complexidade, envolvendo um grande número de fatores inter-relacionados e de sujeitos interessados.¹⁶

Observe-se, ainda, ter a proteção ambiental uma implicação direta com o domínio econômico e sua efetivação estar relacionada com a capacidade de os instrumentos legais gerarem os corretos incentivos aos agentes no mercado. Nessa interação da proteção ambiente-mercado, a capacidade de *enforcement* de normas protetivas daquele tem um papel fundamental, podendo não só interferir negativamente na dinâmica do segundo como gerar incentivos ao descumprimento das disposições que deveria acatar. Toda vez que o descumprimento da lei for mais vantajoso do que seu atendimento, a conduta dos agentes se orientará naquele sentido,¹⁷ sendo de se notar que a capacidade de o sistema compelir à obediência das normas legais está reciprocamente relacionada com sua aptidão para gerar incentivos para o cumprimento dessas normas.¹⁸

Certamente, a conclusão de que a responsabilização penal da pessoa jurídica pode ocupar um papel na prevenção do dano ambiental deve ser considerada ao lado de outros mecanismos jurídicos para se atingir o objetivo maior de preservação do meio ambiente. A tutela penal do meio ambiente deve ser considerada no contexto de outros mecanismos voltados ao mesmo objetivo, como é o caso da responsabilidade civil pelo dano ambiental e da imposição de medidas administrativas aos agentes.

A responsabilização penal da pessoa jurídica, por razões conceituais e pela sua própria finalidade no sistema jurídico, não pode estar pautada no conceito tradicional de culpabilidade, devendo ser vista como instrumento de controle social, interligado a outros mecanismos jurídicos voltados à realização de determinados objetivos sociais.¹⁹

(16) SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo : RT, 1998. p. 88-89.

(17) Para uma completa avaliação do funcionamento dos incentivos econômicos em matéria ambiental, v. Roger W. Findley e Daniel A. Farber, *Cases and materials on environmental law*, 4. ed., Saint Paul : West, 1995, p. 337-364.

(18) SALLES, op. cit., p. 94-95.

(19) GOLDSTEIN, Abraham S. "White-collar crime and civil sanctions". *Yale Law Journal* 101/1.895-1.899, June 1992. Sustentando a possibilidade de a culpabilidade da pessoa jurídica ser verificada no contexto da teoria organizacional da empresa, v. William S.

3. A relação entre responsabilidade penal da empresa e responsabilidade individual

O estabelecimento da correta relação entre a responsabilidade penal da empresa e a responsabilidade individual de seus sócios, administradores, gerentes ou empregados é outro ponto fundamental na aplicação da Lei 9.605/98. Inexistente a possibilidade de responsabilização legal da empresa, lamentava-se a dificuldade de determinação do responsável pelo ilícito penal. “A complexidade dos interesses em jogo na estrutura das empresas pode levar à irresponsabilidade organizada dos indivíduos. Surge a dificuldade em identificar o(s) indivíduo(s) responsável(eis) na pessoa coletiva”.²⁰ Amarradas pelos rigores processuais e probatórios próprios do processo penal, as tentativas de responsabilização penal do alto escalão da empresa acabavam quase sempre malsucedidas, resultando em uma absolvição ou, pior, na condenação de um funcionário subalterno sem qualquer poder de efetivo mando e decisão no contexto empresarial.

A abertura da possibilidade de responsabilização penal de pessoa jurídica viria, então, em resposta a esse tipo de problema, causador de uma quase que completa ineficácia das normas penais de tutela do meio ambiente e de outros interesses colocados em confronto com a atividade econômica. De fato, a estrutura decisória e hierárquica da empresa, muitas vezes, constrói um verdadeiro escudo ou labirinto para chegar aos efetivos responsáveis por uma dada decisão. Significativamente, a literatura jurídica de língua inglesa vem utilizando nesses casos a expressão *judgment-proof* para designar a posição dos agentes individuais responsáveis pelas decisões empresariais.²¹ Em termos bastante simples, a resposta legal no sentido de permitir a responsabilização da pessoa jurídica está baseada no seguinte raciocínio: se não posso pegar os agentes responsáveis pela empresa, então pego a própria empresa.²²

Resta saber, no entanto, se esse raciocínio é o que melhor atende ao objetivo de prevenção da ocorrência de novos fatos delituosos. Será que, responsabilizan-

Laufer, “Culpability and the sentencing of corporations”, *Nebraska Law Review* 71/1.049-1.145, 1992.

(20) LECEY, Eladio. “Autoria singular e coletiva nas infrações contra o ambiente e as relações de consumo – A problemática da criminalidade pela pessoa jurídica”. *Revista de Direito do Consumidor* 22/53-63, abr./jun. 1997; no mesmo sentido, esse mesmo autor, Eladio Lecey, “A proteção do meio ambiente e a responsabilidade penal da pessoa jurídica”, *Ajuris – Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, ed. especial, p. 167-180, jun. 1999; e PIERANGELI, op. cit., p. 122-126.

(21) Cf. Khanna, op. cit., p. 1.495-1.496, observando que “probably the best reason for relying on corporate liability over direct liability is that corporate agents are often judgment-proof” (p. 1.495).

(22) Embora, com será visto adiante, a responsabilização da empresa não exclua aquela dos agentes e vice-versa.

do a empresa, mas deixando de fora os agentes efetivos responsáveis pela decisão da qual resultou o ilícito, não se estará fazendo uma “justiça de segunda classe”, distante dos objetivos maiores da tutela penal? É preciso que se tome cuidado para que a responsabilização da pessoa jurídica não se torne uma verdadeira isenção de responsabilidade para os agentes individuais, causadores últimos do ilícito penal. O afastamento da responsabilidade direta dos sujeitos formadores da vontade da pessoa jurídica somente será adequada se a responsabilização da empresa tiver um maior alcance.

A esse propósito, com acerto observa V. S. Khanna que, “na realidade, o direito objetiva deter os atos e omissões ilegais daqueles que agem em nome da empresa. Para defender a responsabilidade da empresa em termos de prevenção, deve-se mostrar que ela detém os gestores da empresa ou seus empregados de agirem ilícitamente de maneira melhor que a responsabilidade individual direta”.²³

Nesse sentido, observe-se que a responsabilidade penal da empresa atua de maneira mais indireta. A aplicação de sanções à pessoa jurídica acarreta um decréscimo em seu valor de mercado, fazendo com que os acionistas que suportam esse decréscimo passem a ter um incentivo para encorajar os gestores do negócio a não praticarem atos penalmente tipificados. É claro que, para que tal aconteça, os benefícios do ato ilegal não podem superar os custos decorrentes da imposição da medida penal, sob pena de, seguindo a lógica do mercado, não se verificar o incentivo ao abandono da prática ilícita.

Importante considerar que, nos termos do que está assente no direito norte-americano, a responsabilidade penal de pessoa jurídica por crimes dolosos é uma *vicarious liability*, uma responsabilidade vicária, isto é, a culpabilidade da empresa é verificada a partir de atos de outras pessoas, seus administradores ou funcionários, não por uma falta pessoal sua.²⁴ A pessoa jurídica, como uma ficção, não tem vontade própria e não age senão por atos de seus gestores e funcionários.

A responsabilidade penal da empresa nos Estados Unidos é feita pela imputação da conduta de um agente à pessoa jurídica, usualmente através da doutrina chamada *respondeat superior*.²⁵ Essa doutrina exige a verificação de três requisitos para o reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica: 1) o agente da pessoa jurídica deve ter praticado o ato ilegal com consciência da ilicitude, mesmo que essa consciência decorra de um “conhecimento coletivo” dos empregados enquanto grupo, ainda que nenhum deles tenha informação suficiente para saber que um crime estava sendo cometido; 2) o agente deve ter agido dentro do escopo de seu emprego ou em uma atividade com ele relacionada, sendo tal requisito objeto de consideração abrangente pela jurisprudência, que

⁽²³⁾ KHANNA, op. cit., p. 1.494-1.495, traduzido do original em inglês.

⁽²⁴⁾ Idem, ibidem, p. 1.484-1485.

⁽²⁵⁾ Por doutrina, no direito norte-americano, entendem-se aquelas posições firmadas pelo conjunto de precedentes relativos a determinado tema.

tem reconhecido a responsabilidade mesmo quando a empresa proíbe determinado ato; 3) o agente deve ter agido com a intenção de beneficiar a pessoa jurídica, ainda que essa intenção não seja exclusiva e mesmo que a empresa não tenha recebido de fato o benefício.²⁶

A experiência do direito norte-americano parece essencial ao correto entendimento desse instituto recente no direito brasileiro. Embora se trate de instituto hoje sob forte questionamento nos Estados Unidos, suas origens remontam ao início do século XIX, tendo passado por momentos de forte afirmação.²⁷ Não obstante a responsabilização penal da pessoa jurídica não precise ser equacionada necessariamente dentro dos parâmetros tradicionais de culpabilidade,²⁸ o direito penal norte-americano tem dado várias explicações para sua aplicação à pessoa jurídica. Alguns exemplos são o conceito de culpa da pessoa jurídica construído a partir dos procedimentos e práticas internas que falharam em evitar violações criminais; outro é baseado na avaliação do que a empresa e seus representantes fizeram em reação ao ato ilícito; e, por fim, outras explicações enfatizam o *ethos* empresarial, ou a adequação de seus procedimentos e políticas internas, ou, ainda, tomam por base as teorias organizacionais da empresa.²⁹

A disciplina legal da matéria no Brasil deixa espaço para sérias dúvidas no tocante à aplicação e quanto à possível efetividade da responsabilização penal da pessoa jurídica.

Curiosamente, embora o fato de a responsabilização penal da pessoa jurídica ter por inspiração a necessidade de responder àquelas situações nas quais os agentes individuais são *judgment-proof*, como dito acima, o art. 3.º da Lei 9.605/98 condiciona a imputação criminal a demonstrar que a infração foi cometida mediante aprovação do órgão deliberativo legitimamente autorizado a responder pela empresa (seu representante, legal ou contratual, ou seu colegiado administrativo).³⁰ Na prática, esse dispositivo torna também a pessoa jurídica *judgment-proof*! Ora, a dificuldade em criminalizar os dirigentes empresariais por práticas criminosas está localizada exatamente na complexidade e possibilidade de dissimulação existentes na gestão empresarial. Ninguém imagina que a prática de crimes será objeto de deliberação constante em ata das reuniões so-

(26) Cf. KHANNA, op. cit., p. 1.489-1490.

(27) Cf. FISSE, op. cit., p. 1.143-1.144, e KHANNA, op. cit., p. 1.532-1.533; ARLEN, Jennifer. "The potentially perverse effects of corporate criminal liability". *Journal of Legal Studies* 23/833, june 1994.

(28) Salientando a necessidade da construção de um "novo edifício dogmático" para viabilizar a repressão da pessoa jurídica, v. Rocha, op. cit., p. 27-28.

(29) Discutindo especificamente a questão da culpabilidade da pessoa jurídica, v. Laufer, op. cit., p. 1.049-1.145; sumariando as várias tendências, v. Khanna, op. cit., p. 1.485 (nota 40); e sustentando as estratégias reativas da empresa, v. Fisse, op. cit., p. 1.197-1.201.

(30) Cf. SIRVINSKAS, op. cit., p. 487-488.

cietárias ou mesmo que se poderá contar com o testemunho sincero de seus funcionários contra os controladores da empresa. Nesse sentido, portanto, andou pouco nossa disciplina legal.

Por outro lado, no tocante ao relacionamento entre a responsabilidade individual e a responsabilidade da pessoa jurídica, a regra do art. 3.º da Lei 9.605/98 deixa espaço para sérias dúvidas, obscurecendo a necessária concomitância da responsabilização do agente individual e da pessoa jurídica. O *caput* do dispositivo, ao referir a decisão social tomada “no interesse ou no benefício da sua entidade”, não permite uma segura interpretação naquele sentido, deixando entreaberta a possibilidade de se afirmar a definição da responsabilidade de acordo com o titular do interesse determinante do ato ou de quem foi seu beneficiário. Digamos, se o ato foi praticado no interesse ou em benefício da empresa, responde a empresa, caso contrário, respondem os responsáveis individuais.

Não é essa, no entanto, a interpretação extraída da contraposição da regra do *caput* com a do seu parágrafo único. Este último dispositivo expressamente estabelece que a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a participação e a co-autoria por parte das pessoas físicas que de qualquer forma deram causa à prática da conduta tipificada em lei. O que, entretanto, não resta suficientemente claro é se o ato dos representantes legais da pessoa jurídica, consistente na decisão referida no *caput*, não estaria absorvido na conduta imputada ao ente coletivo, deixando espaço para indesejável zona de incertezas.

Parece razoável supor que o correto entendimento dos dispositivos em questão nos leva a crer que, “quanto à infração praticada por intermédio da pessoa coletiva, o diretor, o administrador, o gerente, enfim o seu dirigente, participando das decisões conjuntas no seio da pessoa jurídica, uma empresa por exemplo, já está trazendo colaboração ao delito”. (...) “Por vezes essa deliberação do dirigente poderá assumir tal relevância, de modo a não mais constituir mera participação, mas revelar o domínio finalístico do fato, configurando autêntica autoria (ou co-autoria) pela teoria final-objetiva.”³¹ Vale dizer, o responsável pela decisão da pessoa jurídica em sua estrutura interna é partícipe ou co-autor do fato a ela imputado.

Aliás, sendo certa a obrigatoriedade de comprovar que a prática ilícita foi cometida por deliberação de pessoas ou órgãos autorizados da pessoa jurídica, pode-se concluir que, imputado o fato a esta, necessariamente se deverá imputá-lo também aos sujeitos individuais responsáveis pela decisão da qual resultou o ato. A lei coloca a pessoa jurídica em uma situação de ambigüidade, na qual ela é, ao mesmo tempo, sujeito ativo do delito e instrumento do crime.

Se correta a interpretação acima, pode-se dizer que a lei condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica à do agente individual, levando a concluir pela possibilidade de imputar-se o crime apenas aos agentes individuais, mas não se poder fazer o mesmo em relação à pessoa jurídica. Assim, diferentemente do

⁽³¹⁾ LECEY, “A proteção...”, cit., p. 173.

que pode parecer à primeira vista, a Lei 9.605/98 não facilitou, de maneira geral, a responsabilização penal por lesões ao meio ambiente, embora inegavelmente tenha aumentado suas possibilidades.

4. A responsabilidade civil e a responsabilidade criminal como alternativas à proteção ao meio ambiente

Nos termos do que foi apresentado no tópico inicial deste trabalho, algumas imprecisões e lacunas deixadas pela regulamentação legal da responsabilidade penal da pessoa jurídica conduzem à necessidade de utilização de uma estratégia interpretativa baseada na consideração de argumentos de política pública buscados nas justificações à adoção desse tipo de instituto. Nesse sentido, é preciso que se entenda a sanção penal como um dos instrumentos legais e institucionais por meio dos quais o objetivo social de proteção ao meio ambiente é buscado.

Nessa perspectiva, o direito penal deve ser entendido como mais um instrumento de implementação das políticas de proteção ao meio ambiente. O desafio desse ramo do direito é “reconhecer que cada medida, cível ou criminal, é parte de uma rede de sanções destinadas a controlar os comportamentos desviantes; prover mecanismos de filtragem para determinar qual sanção deve ser imposta e por quem, com a finalidade de fazer o *enforcement* legal mais efetivo como um todo; e criar procedimentos híbridos unicamente apropriados para cada um desses processos igualmente híbridos”.³²

Assim, a conveniência da sanção criminal deve ser considerada em contraponto com o sancionamento civil – e possivelmente administrativo – dos fatos em questão, para saber qual mecanismo é socialmente mais interessante ou qual é a combinação ideal entre eles.

A esse propósito se tem sustentado vantagem para sanção penal com base em sua capacidade de gerar estigma social e perda de reputação para a pessoa jurídica.³³ Observadas as sanções aplicáveis às pessoas jurídicas (arts. 22 a 24 da lei estudada), verifica-se que todas consistem na imposição de perdas financeiras, diretas ou indiretas, à empresa condenada. Nesse ponto as sanções criminais não diferem significativamente daquelas medidas de ordem cível. Levanta-se, no entanto, uma maior capacidade daquelas primeiras em impingir um estigma ao condenado, com conseqüente perda de reputação social da pessoa jurídica.

Não obstante se duvide da efetividade desse estigma,³⁴ não se sabendo ao certo até que ponto as opções de compra no mercado se baseiam em tais critérios, trata-se de um fator que, em tese, pode ou não ocasionar perdas financeiras à

⁽³²⁾ GOLDSTEIN (op. cit., p. 1.899) apontando também o risco de com isso ocorrer uma perda da utilidade incremental da sanção criminal.

⁽³³⁾ Cf. KHANNA, op. cit., p. 1.499-1.512; também FISSE, op. cit., 1.147-1.159.

⁽³⁴⁾ Cf. KHANNA, op. cit., p. 1.508.

empresa.³⁵ A imposição de uma pena de multa diminui o patrimônio da empresa, enquanto a perda de reputação reflete negativamente no seu valor acionário. Essas perdas são apontadas como um fator adicional de prevenção na aplicação da sanção criminal. Fazendo a empresa incorrer em custos e perdas, a sanção criminal conduziria a um comportamento de controle, evitando ao máximo incorrer em ilícitos penais.

A grande dificuldade reside em aquilatar a totalidade de conseqüências decorrentes da sanção penal. Por exemplo, se a empresa condenada for uma mineradora, distante do consumidor final na cadeia de produção, provavelmente sua perda de reputação será muito pequena ou nula, sendo de se supor que seus compradores (outras empresas), agindo em bases inteiramente racionais,³⁶ não se deixem influenciar por essa situação. É de se supor, no entanto, que situação diversa ocorreria se a condenação incidisse sobre um supermercado, em relação ao qual é mais provável a possibilidade de uma modificação das opções de compra do consumidor em relação ao fornecedor condenado criminalmente.³⁷

Por outro lado, como a sanção penal leva a empresa a incorrer em um custo, tornando muito difícil saber até que ponto – dependendo de sua posição de mercado – esse custo não será repassado ao consumidor. Mesmo deixando de lado aquelas empresas que ocupam uma posição de monopólio – em relação às quais o repasse dos custos ao consumidor é certo –, é possível que essa transferência ocorra também em setores competitivos. Suponha que, em decorrência do ramo de atividade da empresa, todas incorram uniformemente no risco de virem a ser responsabilizadas penalmente. É certo que, nessa situação, o risco poderá ser socializado através do seguro, levando-as a incorrer em um custo semelhante em relação à possibilidade de condenação criminal, possibilitando o repasse desse custo para o preço do produto. Finalmente, há de se considerar o argumento indicando a possibilidade de a imposição de um custo adicional de produção acabar por reduzir a competitividade do mercado (a alocação eficiente de recursos) e resultar, também, em prejuízo para o consumidor.

Todas essas situações indicadas estão a demonstrar que a sanção penal, vista de uma perspectiva de mercado, pode acabar por acarretar um prejuízo indireto ao consumidor, a demonstrar a dificuldade em mensurar a extensão dos efeitos concretos da sanção penal. Essa mesma dificuldade pode ocorrer, também, em relação aos acionistas da empresa. Se da perda de reputação resulta uma diminuição no valor da empresa, com evidente perda para seus acionistas, dimensionar antecipadamente essas perdas é tarefa verdadeiramente impossível. Tratando-se

⁽³⁵⁾ Sustentando a existência de conseqüências não financeiras à empresa, v. Fisse, op. cit., p. 1.154-1.159.

⁽³⁶⁾ Sobre a ação racional dos agentes no mercado, v. Mark Seidenfeld, *Microeconomics predicates to law and economics*, Cincinnati: Anderson Publishing, 1996, p. 5-6.

⁽³⁷⁾ Nenhuma evidência indica que a condenação civil não possa ter o mesmo efeito.

de uma sociedade por ações, por exemplo, a variação da bolsa de valores decorrente de uma condenação criminal é algo absolutamente imponderável.

Assim, se a lei, como vimos de início, não fixa parâmetros claros para a quantificação da pena à pessoa jurídica, a tarefa judicial de estabelecer a natureza e a quantidade da reprimenda mostra-se extremamente complexa, devendo levar em conta fatores contingentes de difícil ponderação. Nesse aspecto, a tutela cível do meio ambiente leva evidente vantagem sobre a criminal. Como, nesta última, o parâmetro para condenação é a reparação do dano – nem sempre livre de controvérsias –, a atividade jurisdicional pode melhor aquilatar as consequências de sua intervenção. Em termos de mercado, a responsabilidade civil ligada ao meio ambiente realiza a importante função de promover a internalização dos custos externalizados através do dano ambiental.³⁸

O processo criminal apresenta mais duas desvantagens em relação ao processo civil na função de proteção ao meio ambiente. Primeiro, o processo penal possui garantias procedimentais mais rigorosas, a dificultar e tornar mais custoso seu desenvolvimento. Segundo, o padrão probatório exigido para aplicação da pena é mais alto, tendo em vista as garantias que cercam tal aplicação nesse âmbito. Vale dizer, portanto, que é mais fácil e economicamente menos custosa a obtenção de uma medida cível para proteção ao meio ambiente do que medida similar na esfera criminal.

Dessa forma, verifica-se que a tutela penal do meio ambiente não deve ser vista como um mecanismo de substituição das medidas de natureza cível. Trata-se a responsabilização penal de pessoa jurídica de um adicional de prevenção do dano ambiental, não podendo, no entanto, substituir outros mecanismos existentes e devendo ser objeto de séria e extensiva consideração no momento de sua aplicação.

5. Conclusões

A introdução da possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica no Brasil, tornada efetiva a partir da Lei 9.605/98, trouxe consigo uma série de problemas a serem resolvidos para tornar-se possível sua aplicação. À completa falta de tradição e cultura jurídica nessa modalidade específica de reprimenda penal somam-se diversas dificuldades observadas na própria estrutura do texto normativo. A principal dessas dificuldades é a falta de parâmetros para fixação da pena, deixada inteiramente a critério do julgador.

O presente trabalho propõe, baseado em Dworkin, que essa situação seja resolvida com a consideração de *argumentos de princípio* e *argumentos de políticas públicas*. Seguindo o modelo proposto por esse autor, sustenta-se não tratar propriamente de discricionariedade no exercício do poder jurisdicional, mas de uma descoberta, por parte do juiz, do direito aplicável à situação controvertida

(38) Cf. SALLES, op. cit., p. 91-95.

sob sua apreciação, ainda que este não esteja expressamente indicado na forma de regras jurídicas.³⁹

A esse propósito o presente trabalho afirma que o principal objetivo a ser considerado pelo juiz na aplicação do instituto estudado é aquele de prevenção da prática de novos fatos delituosos por parte da empresa ré, atingindo assim sua finalidade maior de preservação do meio ambiente. Para tanto, a sanção penal deve ser moldada de forma a dissuadir os agentes da prática de novos delitos.

Por seu turno, sustenta-se que, em se tratando de responsabilização penal de pessoas jurídicas, esse objetivo de prevenção somente poderá ser alcançado se a sanção atingir, direta ou indiretamente, aos indivíduos pessoalmente implicados com a prática criminosa. Isso poderá acontecer tanto diretamente, pela responsabilização penal dos controladores, administradores, gerentes ou gestores da empresa na condição de partícipes ou co-autores do crime, como indiretamente, pela perda patrimonial impingida à entidade coletiva ou pelo decréscimo de seu valor de mercado.

Este trabalho, a propósito da relação entre responsabilidade da pessoa jurídica e responsabilidade individual dos responsáveis pela empresa, sustenta que a opção legal do legislador, expressa no *caput* do art. 3.º da lei em debate, não foi a mais condizente com as expectativas que a antecederam. Ao condicionar a responsabilidade penal à existência de uma decisão dos seus representantes legais ou contratuais da pessoa jurídica, impõe à persecução penal a mesma dificuldade anteriormente observada, ou seja, de apurar o fato delitivo ligado a um ambiente inteiramente desfavorável, sujeito à complexidade e dissimulação dos processos decisórios da empresa e à pouca disposição de seus empregados testemunharem contra seus patrões.

Em termos práticos, o condicionamento da responsabilização da pessoa jurídica à verificação de uma decisão de seus representantes, exigida pelo dispositivo referido, impõe a necessidade de seus responsáveis figurarem na condição de partícipes ou co-autores, uma vez que, em graus variáveis, deram causa ao delito.

Por fim, o presente estudo sustenta que a aplicação da responsabilidade penal de pessoa jurídica deve ser vista em um contexto mais amplo, como um entre vários instrumentos de *enforcement* das disposições legais e constitucionais de proteção ao meio ambiente. Sob esse aspecto, o principal contraponto (ou alternativa) é a responsabilização civil por danos ao meio ambiente, pautado principalmente na ação civil pública.

No que toca às características das medidas de natureza criminal é preciso tomar alguns cuidados, pois a repercussão do sancionamento penal de uma conduta, quando aplicado à empresa, é de difícil avaliação e, muitas vezes, foge ao controle do juízo. A noção – inteiramente correta – afirmando a capacidade de a sanção criminal apresentar uma força adicional, por produzir a capacidade de

⁽³⁹⁾ Cf. DWORKIN, op. cit., p. 81-84.

estigmatizar socialmente e de levar a uma perda de reputação, deve ser objeto de cautela, pois, dependendo do posicionamento do agente no mercado, nem sempre se alcançam os resultados esperados, ficando aquém do desejado e podendo, contrariamente, resultar em perdas para pessoas não responsáveis pela prática do delito, como acionistas e consumidores.

A possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica, não obstante algumas falhas e dificuldades, está claramente dada por nosso sistema legal, inclusive por meio de permissivo constitucional. Resta esperar que a doutrina e jurisprudência interpretem corretamente os dispositivos legais envolvidos, de maneira a permitir que esse instituto seja utilizado em consonância com os objetivos a ele colocados, respondendo ao necessário senso de justiça social que deve pautar sua aplicação.

Bibliografia

- ALVES, Roque de Brito. "A responsabilidade penal da pessoa jurídica". *RT*, São Paulo : RT, v. 748, fev. 1998.
- ARLEN, Jennifer. "The potentially perverse effects of corporate criminal liability". *Journal of Legal Studies*, v. 23, June 1994.
- CARAVITA, Beniamino. *Diritto pubblico dell'ambiente*. Bologna : Società Editrice Il Mulino, 1990.
- CONSTANTINO, Carlos Ernani. "Meio ambiente – O art. 3.º da Lei 9.605/98 cria o intolerável *bis in idem*". *Revista Jurídica*, n. 248, jun. 1998.
- . "Meio ambiente – O art. 3.º da Lei 9.605/98 é inconstitucional". *Revista Jurídica*, 252, out. 1998.
- COSTA, José Augusto Fontoura. "Normas jurídicas, aplicação e casos difíceis". *Cadernos de Pós-Graduação da Universidade Católica de Santos*, n. 3, jun. 2000.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge : Harvard University, 1978.
- FERREIRA FILHO, Edward. "As pessoas jurídicas como sujeito ativo de crime na Lei 9.605/98". *Revista de Direito Ambiental*, v. 3, n. 10, abr./jun. 1998.
- FINDLEY, Roger W. e FARBER, Daniel A. *Cases and materials on environmental law*. 4. ed. Saint Paul : West Publishing, 1995.
- FISSE, Brent. "Reconstructing corporate criminal law: deterrence, retribution, fault". *Southern California Law Review*, vol. 56, september 1983.
- FONSECA, Luiz Vidal da. "Ainda sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos crimes ambientais". *RT*, São Paulo : RT, v. 90, n. 784, fev./2001.
- GOLDSTEIN, Abraham S. "White-collar crime and civil sanctions". *Yale Law Journal*, vol. 101, June 1992.
- KHANNA, V. S. "Corporate criminal liability: what purpose does it serves?". *Harvard Law Review*, v. 109, n. 7, May 1996.
- LAUFER, William S. "Culpability and the sentencing of corporations". *Nebraska Law Review*, v. 71, 1992.

- LECEY, Eladio. "A proteção do meio ambiente e a responsabilidade penal da pessoa jurídica". *Ajuris - Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Ed. especial. jun. 1999.
- . "Autoria singular e coletiva nas infrações contra o ambiente e as relações de consumo - A problemática da criminalidade pela pessoa jurídica". *Revista de Direito do Consumidor*, n. 22, abr./jun. 1997.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 2. ed. São Paulo : RT, 2000.
- PIERANGELI, José Henrique. "A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a nova lei ambiental". *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, v. 8, n. 15, jan./jun. 2000.
- POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. Boston : Little, Brown and Company, 1992.
- PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. "Projeto de lei dos crimes contra o meio ambiente: previsão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas". *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, n. 5, jan./dez. 1996-1997.
- PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. 3. ed. Paris : Dalloz, 1996.
- ROCHA, Fernando Antonio N. Galvão da. "Responsabilidade penal da pessoa jurídica". *Revista de Direito Ambiental*, v. 3, n. 10, abr./jun. 1998.
- SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo : RT, 1998.
- SEIDENFELD, Mark. *Microeconomics predicates to law and economics*. Cincinnati : Anderson Publishing, 1996.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. "Responsabilidade penal da pessoa jurídica na Lei 9.605/98". *RT*, v. 784, fev. 2001.
- TRUBEK, David M. "The handmaiden's revenge: on reading and using the newer sociology of civil procedure". *Law and Contemporary Pr*, vol. 51, n. 4, 1988.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito na sociedade moderna*. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1979.