

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

GUSTAVO NORONHA DE AVILA

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

BEATRIZ VARGAS RAMOS G. DE REZENDE

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Beatriz Vargas Ramos G. De Rezende, Gustavo Noronha de Avila, Nestor Eduardo Araruna Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-196-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo Penal. 3. Constituição.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Neste XXV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade de Brasília (UnB) entre os dias 6 e 9 de julho de 2016, consolidou-se a cisão entre os

Grupos de Trabalho (GTs) de Direito Penal e de Direito Processual Penal, haja vista a diferença de objetos entre eles, malgrado a instrumentalidade deste para com aquele. Contudo, não se abandonou a visão constitucional, que deve ser o norte de ambos.

No dia dedicado à apresentação dos artigos no GT de Processo Penal e Constituição, compareceram os autores dos 19 trabalhos aprovados, e que ora fazem

parte dos presentes anais. A dinâmica operacional consistiu em agrupar temas afins, em uma sequência de apresentações que permitisse uma mais operante interlocução de ideias. Aliás, o número relativamente pequeno de artigos aprovados, se comparados a outros eventos organizados pelo Conpedi, fez com que o debate fosse altamente incentivado e privilegiado, possibilitando o intercâmbio de pensamentos, de discussões e de oitiva de posicionamentos contrapostos, dentro do espírito livre que deve ser preservado na academia.

A sustentação oral dos trabalhos apresentados manteve-se na seguinte ordem: processo penal constitucional (6 trabalhos); relações entre direito processual penal

direito processual civil (2 trabalhos); relações entre o direito penal e o direito processual penal (3 trabalhos); investigação criminal (3 trabalhos); e provas no processo penal (5 trabalhos). A tônica das apresentações, e das discussões que dali surgiram, foi a da necessária constitucionalização do processo penal e da imediata atualização do Código de Processo Penal. Entretanto, alguns poucos trabalhos flertaram perigosamente com a relativização de princípios processuais penais, bem como com o afastamento do sistema acusatório, o que não deixa de ser preocupante em um momento de total autoritarismo processual penal, com o qual a Universidade não pode compactuar.

É certo que o papel persecutório estatal deve ter como premissa a Constituição Federal e os documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, sem deixar de considerar o igual

protagonismo da tutela das liberdades individuais. O debate nacional que envolve a tensão entre segurança pública e liberdades individuais não pode deixar de ter seu foco no indivíduo e nos direitos e garantias consolidados no texto constitucional.

Aqui vale a lembrança do que foi exposto no prefácio da obra organizada neste GT, por ocasião do XXIV Congresso Nacional do Conpedi, realizado em Belo Horizonte em 2015: “Deve, pois, haver um afastamento do operador do Direito, em relação a uma cultura ideológica (e midiática) preconcebida, devendo (o processo penal) funcionar como autêntica garantia do exercício de cidadania. O processo penal, neste sentido, deve ser inclusivo e solicitar a participação de todas as partes envolvidas, para construírem um provimento jurisdicional compartilhado e mais próximo da solução duradoura de conflitos”.

E vale acrescentar: nunca contra a Constituição Federal, nunca se esquecendo dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal, mas sempre de braços dados

com ela.

Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos de Resende (Universidade de Brasília – UnB)

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila (UNICESUMAR)

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza -

**FUNÇÕES DO DIREITO PENAL NO DANO AMBIENTAL E A
ESTIGMATIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA**
**FUNCTIONS OF CRIMINAL LAW IN ENVIRONMENTAL DAMAGE AND
STIGMATIZATION OF LEGAL ENTITIES**

Fernando Marques Khaddour ¹

Resumo

O presente artigo teve por finalidade abordar as funções do Direito Penal e sua aplicabilidade no dano ambiental. Passou pelo entendimento de bem jurídico difuso, corolário à análise da funcionalidade prática, principalmente, no que tange à pessoa jurídica, por previsão expressa em lei, dada a certeza de que a punibilidade de pessoa física é de fácil compreensão e aceitação. Baseado nas funções do Direito Penal, o trabalho apontou para o fato da importância do bem jurídico tutelado: o meio ambiente e a impossibilidade de se levar ao cárcere a pessoa jurídica, o que enseja melhor forma de punição e prevenção.

Palavras-chave: Direito penal, Estigmatização, Dano, Ambiental

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to address the functions of criminal law and its application in environmental damage. He passed the diffuse legal and understanding, a corollary to the analysis of practical functionality, especially with regard to the legal person per expressed in law forecast, given the certainty that the criminal liability of individuals is easy to understand and accept. Based on the functions of the Criminal Law, the work pointed to the fact that the importance of tutored legal right: the environment and the inability to take to jail the legal entity, which entails better form of punishment and prevention.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal law, Stigma, Damage, Environmental

¹ Bacharel em Direito, Advogado militante, Especialista em Direito Criminal, Mestrando em direito ambiental na Escola Superior Dom Helder Câmara.

INTRODUÇÃO

Atualmente, muito se discute sobre a criminalização da pessoa jurídica, sua possibilidade e legalidade. Para muitos autores, como ZAFFARONI (2008) e TOLEDO (2001), entre outros, esta criminalização é impossível, se verificados forem vários fatores, entre eles o princípio da culpabilidade.

Por mais que se afirme que a pessoa jurídica é um ser equiparado ao homem, esta é destituída de vontade, pois a mesma é retratada na figura de seus administradores.

Por outro lado, quando se trata de pessoa jurídica complexa, onde há a dificuldade de se determinar a vontade, ainda que, através da ação praticada, haja reconhecimento de culpa e não de dolo, é quase que impossível a determinação de um único culpado.

Certo é que a Lei 9.605/98, em seu artigo 3º, e a Constituição da Republica Federativa do Brasil, em seu artigo 225, §3º, apontaram a criminalização da pessoa jurídica; e os tribunais, assim como as Supremas Cortes¹, aplicam tal criminalização na prática.

Do entendimento explicitado anteriormente, iniciam-se vários questionamentos importantes, tais como: quais seriam as funções do Direito Penal e se suas funções se ajustam à criminalização da pessoa jurídica; se o bem jurídico tutelado merece ser protegido; como seria ou como é a aplicação do Direito Penal a bens jurídicos difusos; e o mais importante ao presente estudo: mesmo que criminalizada, por proteção ao bem jurídico difuso, qual penalidade deve ser aplicada à pessoa jurídica.

Este último ponto traz vários outros questionamentos, já que, obviamente, a pessoa jurídica não pode ser presa ou encarcerada. Além disso, a aplicação de multa, já utilizável pelo Direito Administrativo, é de certa forma inócua, pois se a pessoa jurídica tiver o entendimento de que, mesmo diante de pagamento de multa, a degradação é lucrativa, não há dúvida que o ato será praticado, tendo em vista que a finalidade da pessoa jurídica é o lucro.

Assim, a solução não seria a terceira via do Direito Penal apontada por ROXIN, aplicada com ajuste à pessoa natural, a qual se subsume ao ressarcimento financeiro. A solução teórica alcançada, através do método vertente jurídico-teórico e raciocínio dedutivo com técnica de pesquisa bibliográfica, seriam as ideias de Jesús-María Silva Sánchez, na obra “A Expansão do Direito Penal”, (2002), marco teórico, onde trata da estigmatização da pessoa jurídica, através de um processo de conscientização. Faz, assim, com que as funções do Direito Penal venham a se exaurir no cumprimento de sua missão.

¹ RE 548181 / PR STF e RHC 53208 / SP STJ.

Insta salientar, sempre, que a utilização do Direito Penal deve ser feita em ultimo caso, e em face de bens jurídicos relevantes, como é o caso do meio ambiente, sob pena de ser banalizado e perder sua credibilidade, como tem acontecido comumente.

1 FUNÇÕES DO DIREITO PENAL

Conforme é possível abstrair da obra de QUEIROZ (2008), o sistema penal se apresenta repleto de polêmicas em sua forma de aplicação, ou seja, quando se fala de persecução penal e execução penal há de se atentar para o fato da existência de confronto aos direitos fundamentais na sua aplicabilidade. Isso faz com que exista o questionamento de sua aplicabilidade: se é legítimo, necessário ou desnecessário, fundamental ou irrelevante.

Importante observar que o tema trata, principalmente, da chamada teoria da pena, através das diversas teorias construídas durante a história, que se digladiam pelos tempos através do desenvolvimento da própria sociedade, tais como prevenção, retribuição, ressocialização.

Certo é que essas teorias são divergentes quanto às razões justificadoras do Direito Penal e, concomitantemente, convergem naquilo que é essencial, pois apresentam, em suas justificativas, a necessidade do estabelecimento de normas jurídico-penais para o controle da criminalidade.

Compreendidas tais teorias, as mesmas devem ser tratadas como forma de legitimação estatal, com o objetivo de cominar penas e definir crimes, sendo esta a própria definição de Direito Penal, segundo SALLES JUNIOR (2009), ao afirmar o seguinte: “Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, tendo em vista os fatos de natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem os pratica.” (SALLES JUNIOR, 2009, p.3).

Por outro lado, existem também as teorias deslegitimadoras na aplicação do Direito Penal e teorias que se confundem tanto como legitimadoras quanto como deslegitimadoras do poder de punir. Dessa convergência e divergência, aplicadas as justificativas de cada autor, como QUEIROZ(2008), SANCHES(2002) e ZAFFARONI (2001), os doutrinadores trazem, em seus discursos, assuntos tais como: teoria absoluta, teoria relativa, prevenção geral (positiva e negativa), prevenção especial, teorias unitárias (ou mista), ressocialização (ora contra a vontade do condenado; ora como um direito do condenado), dessocialização, abolicionismo penal, minimalismo radical, bases críticas para um novo Direito Penal, enfim, várias vertentes para tratar do assunto em voga.

Ainda de forma geral, é de suma importância indagar a legitimidade do Estado ao utilizar o Direito Penal, *jus puniendi*, os fins que o Estado deve perseguir por meio da pena, já que tem o monopólio desse poder-dever e, com isso, pode transformar-se em deslegitimado.

Ao apresentar tanto as legitimadoras como as deslegitimadoras, contrapõem-se as críticas, pertinentes ou não, a cada assunto. Torna-se, assim, necessária a apreciação de cada tema na tentativa de se chegar a uma conclusão, ante a complexidade do tema e em busca da resposta da possibilidade da aplicação dessas funções a criminalização da pessoa jurídica.

2 FUNÇÕES DO DIREITO PENAL E A PESSOA JURÍDICA

Qualquer que seja a teoria escolhida, no que tange a pessoa jurídica, deve se ter ponderação na análise, pois segundo René Ariel Dotti, em prefácio, (PRADO, 2011, p.12), “a responsabilidade criminal tem a sua fonte material na reprovação social de uma conduta que é exclusiva do ser humano”, trazendo muita controvérsia ao assunto.

Para superar tal afirmativa, algumas teorias em relação à pessoa jurídica foram criadas como uma forma de superar a dogmática tradicional que permeia o Direito Penal ou no mínimo foram criadas para tentar igualar a pessoa coletiva à pessoa jurídica. Prova disto é colocação feita por IENNAO, (2010, p. 65), ao escrever que a criminalização da pessoa jurídica não se base na conduta, pois “exige a formulação de um sistema peculiar de incriminação e persecução, talvez com a inclusão da “atividade societária” no conceito de “conduta”, no mesmo plano (normativo) da ação humana.

Tal afirmativa ou teoria joga por terra a rigidez da dogmática penal, sendo possível a utilização das teorias funcionais do Direito Penal em relação à pessoa jurídica.

Certo é que a criminalização da pessoa jurídica é uma forma de controle social e político, com a finalidade de proteger o meio ambiente, tendo em vista que a política é fator presente na construção legislativa, conforme informa GALVÃO, (2003, p.11):

Quando se discute o tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica, não se pode esquecer que o equacionamento da questão deve ser feito no âmbito político. E a opção política sobre o tema já foi feita, e por aqueles que detinham legítimo poder para tanto. O ponto de vista contrário à responsabilização penal da pessoa jurídica foi vencido no debate institucional, segundo as regras do jogo democrático. A opção política foi inserida no ordenamento jurídico, o que significa a preponderância do entendimento da convivência e oportunidade de utilizar a responsabilidade penal da pessoa jurídica como instrumento eficaz no combate à criminalidade ambiental.

Assim, pode-se dizer que existe uma nova teoria do delito, onde se inclui a pessoa jurídica como agente capaz de ser alcançado pelos tentáculos do sistema penal, isto por uma opção constitucional, pois, ainda citando GALVÃO, (2003, p.41):

Ao tratar da proteção ao meio ambiente à constituição federal expressamente se referiu às atividades lesivas ao bem jurídico, deixando clara a possibilidade da construção de nova teoria do delito, adequada a estabelecer os pressupostos fáticos que autorizem a responsabilização da pessoa jurídica. O novo paradigma significa que é a violação das expectativas sociais que preponderantemente importa para a imputação de um resultado a um autor, e esse não se caracteriza somente por meio de condutas humanas.

Em outras palavras, o que se pretende proteger, ao menos teoricamente, em todo o arcabouço penal ou criminal é o bem jurídica, ainda que teoricamente, não somente por se tratar de uma determinação constitucional², onde prevê a proteção altíssima ao meio ambiente, mas também por uma questão social, exaurida através de uma sociedade reflexiva, (BECK, 2013).

No Brasil, como já apontado, a teoria utilizada é a unitária, e acompanhando o pensamento de SCHEERER, (1989), ainda não existe outra forma de controle em face de bens jurídicos muito importantes que não seja o Direito Penal, e para sua aplicabilidade dentro do sistema utilizado, não se pode olvidar a análise de bens jurídicos.

2 BENS JURÍDICOS

Antes de se comentar a aplicabilidade da Direito Penal na defesa do Meio Ambiente, tendo em vista sua função, se faz necessária uma análise do bem jurídico, para se entender a necessidade.

Segundo o Dicionário Técnico Jurídico, (GUIMARÃES, 2004, p. 125), são bens para o Direito, ou seja, Bens Jurídicos, o seguinte:

Conjunto de coisas que tendo um valor apreciável, formam o patrimônio ou a riqueza de uma pessoa, física ou jurídica, de direito privado ou público, como móveis, imóveis, semoventes, valores, ações, direitos etc. Tudo o que é suscetível de utilização ou valor, servindo de elemento para formar o acervo econômico e objeto de direito. Para o Dir., bem é coisa que tem valor econômico ou moral, não importando, para alguns autores, que seja corpóreo ou incorpóreo. No Dir. Penal, bem é tudo o que representa valor para o ser humano (material, moral, intelectual etc) ou para a sociedade.

² Art. 225 da Constituição da republica Federativa do Brasil. (

Observa-se que, se o texto transcrito fosse resumido, principalmente a parte consonante a este trabalho, a conceituação de bem jurídico penal atrelar-se-ia a tudo o que representa valor ao ser humano ou a sociedade, leia-se coletividade.

Através de uma interpretação do significado de bem jurídico, para o Direito Penal, os bens de interesse difusos também interessam a este, não se conformando apenas com os bens individuais como muito se ouve falar.

Com olhar no que afirma BOTTINI, (2010, p. 187), ao informar que “o Direito Penal do meio ambiente não existe para proteger os elementos ambientais em si, como objetos autônomos e independentes dos interesses humanos, mas como fatores indispensáveis à vida e à saúde do homem”, ou seja, como bens da sociedade, da coletividade, bens difusos, através de um olhar antropocêntrico, estão, na verdade, dando um sentido para a proteção ou tutela do Direito Penal, qual seja, a relevância do bem jurídico e a importância para o homem desse bem.

Em hipótese alguma se despreza o entendimento da importância do meio ambiente³ por si só. Tal fato que começa a ser um avanço ao desenvolvimento intelectual e espiritual do ser humano, porém, é o simples fato do homem, como ser, pensar na proteção do meio ambiente o que já torna este meio ambiente objeto de seu interesse, agravando o antropocentrismo quando utiliza este meio ambiente. Destrói este meio ambiente e percebe que sem ele, a espécie humana está condenada⁴.

Atenta-se para o fato de não ser o ordenamento jurídico criador do bem jurídico, este é criado pela vida, pelas relações, pelos interesses que mudam com a evolução ou involução da sociedade, porém é a proteção ou tutela jurisdicional que dá ao objeto o status de bem jurídico, elevando-o a bem vital.

Certo é que o Direito Penal vem para “assegurar as condições de existência da sociedade, em garantir as condições fundamentais e indispensáveis da vida em comum”, (PRADO, 2013, p. 33), e faz isso através da observância do bem jurídico, o que de certo não é o melhor dos sistemas, mas ao menos mitiga os abusos a direitos fundamentais como era observado em sistemas como o absolutismo por exemplo.

Analisando-se o disposto no art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, ao informar que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ...essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ...”, (REUTERS, 2014, p.146), a proteção de todos sem exceção, fica claro o valor que o meio ambiente tem para o homem, e a

³ Quando se refere a meio ambiente aqui, se refere a meio ambiente natural.

⁴ Sociedade reflexiva.

importância deste bem jurídico criado pela vida, desenvolvimento, e tutelado pelo ordenamento jurídico, inclusive, e como *ultima ratio* o Direito Penal.

3 APLICABILIDADE NA TUTELA AMBIENTAL DIFUSA

A questão aqui pretendida passa inicialmente sobre a ótica do dano, especificamente no meio ambiente, denominado dano ambiental. Segundo se verifica na obra de Steigleder, (2011, p.17), o biólogo alemão Haeckel estudando espécies animais, orgânicos e inorgânicos, em 1866, deu origem a Ecologia, sendo tal nome proveniente da palavra grega *oikos* (casa), somada a denominação de ciência, estudo, chegando a denominação ecologia, (ciência da casa).

Certo é que a Ecologia, início desvinculado do homem, o incluiu devido à necessidade de produção e desenvolvimento desse mesmo homem, feita através da utilização e extração de recursos naturais. Fez com que o homem passasse a ser suscetível “de determinar o discurso dogmático do direito ambiental em geral e o regime jurídico da responsabilidade por danos ecológicos”. (STEIGLEDER, 2011, p.17)

Assim, a utilização desses recursos naturais de forma ininterrupta e crescente, durante longos períodos, passou a impedir a autorregulação e automanutenção do organismo natural, sem falar nos danos que impedem instantaneamente a cura natural por sua agressividade, (ex: destruição de monumentos históricos), causando a destruição permanente de certos sistemas, o que é chamado de impacto ambiental, o choque que altera o ambiente, sendo mais importante para o estudo quando traz malefícios.

Sem entrar na seara do antropocentrismo, já tratado anteriormente, criou-se o instituto da responsabilização para regulação e controle, conforme exposto, deixada de lado a discussão relativa à questão etimológica da palavra responsabilidade.

Assim, esta responsabilização se dá na seara cível através da obrigação de fazer e não fazer ou pagamento em dinheiro; na seara administrativa uma sanção administrativa (multa, suspensão de licença, etc), e na seara penal também uma sanção, porém com outro viés, em forma de pena, através de uma óptica garantista para restabelecer a ordem social.

Assim, toda agressão ao meio ambiente é passível de responsabilização em qualquer das searas jurídicas de forma independente, ou seja, a responsabilidade penal, civil e administrativa são autônomas, independem entre si, uma ação ou omissão pode ser tutelada pelas três esferas jurídicas com três consequências distintas, (art. 225, §3º da CF/88 e art. 3º da Lei 9.605/98), sendo que, se o ato praticado contra o meio ambiente estiver previamente

tipificado como crime ambiental, (princípio da legalidade), será tutelado pelo Direito Penal, sem prejuízo de aplicação dos outros ramos do direito.

Verificando o Livro Crimes Ambientais Comentários a Lei 9.605/98, MARCHESAN, (2013), informa na introdução que:

A evolução tecnológica empurrou a sociedade brasileira representada por suas instâncias político-jurídicas a buscarem, também na esfera criminal, respostas para a grave crise ambiental, sociedade que se constrói sobre o paradigma da Sociedade de Risco, conforme a hipótese formulada por Ulrich Beck, que afirma: *o conceito de sociedade de risco designa um estágio da modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial.*

O processo de modernização volta-se para si mesmo como tema e problema através da reflexividade, ou seja, passa a existir uma constatação, certamente pelo homem, da crise ambiental causada por sua produção, tendo em vista o fato de sua forma de organização, na maioria das vezes desordenada, suas indústrias, as condições tecnológicas, sem falar na gestão econômica da sociedade, estando todos esses fatores em conflito com a qualidade de vida desse mesmo homem, (LEITE, 2014, p.27), qualidade de vida essa necessária à vida humana que foi declarada na Conferência das Nações Unidas em Estocolmo em 1972 e está estampada no caput do art. 225 da Constituição Federal de 1988.

Assim a responsabilidade penal aparece como uma das formas de responsabilização para tentar regular a (in)sustentabilidade ambiental percebida por essa mesma sociedade que Beck chama de modernidade reflexiva ou modernidade tardia, (MARCHESAN, 2013, p.14), e amplamente divulgada em várias obras como por exemplo José Affonso Leme Machado, (2015, p.59), que informa o seguinte:

A noção de sustentabilidade funda-se em pelo menos dois critérios: primeiro, as ações humanas passam a ser analisadas quanto à incidência de seus efeitos diante do tempo cronológico, pois esses efeitos são estudados no presente e no futuro; segundo, ao se procurar fazer um prognóstico do futuro, haverá de ser pesquisado que efeitos continuarão e quais as consequências de sua duração.

A fim de atingir os objetivos constitucionais, é clara a importância do Direito Penal, como os outros ramos do Direito também o são, na regulação das condutas, que afetam o meio ambiente, sendo clara sua aplicabilidade diante da pessoa física, já que culturalmente a aplicação da pena se subsume em prisão. Ocorre que tratando-se de Direito Ambiental, ou dano ao meio ambiente, direito difuso, a penalização ou *jus puniendi* se aplica também a pessoa jurídica, ou seja, a responsabilização criminal da pessoa jurídica tem previsão legal, (§3º do art. 225 da Constituição Federal de 1988 e art. 3º da Lei 9.605/98), dispositivos que

são aplicados na prática através do judiciário. Ocorre que a pessoa jurídica não pode ser presa, pelo menos nos moldes conhecidos até hoje, denominado como cárcere. Como se não fosse o suficiente, conforme explica Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Diógenes Baleeiro Neto, em um artigo intitulado “Medidas Despenalizadoras e Proteção ao Meio Ambiente”⁵, o Direito Penal passa por uma real crise no que se refere a sua aplicabilidade, pois vejamos:

A evidente situação de crise vivida pelo Direito Penal, caracterizada pelo questionamento de sua eficácia por um significativo número de teóricos, torna impositiva a busca de alternativas à pena de prisão, com vistas ao resgate da legitimidade do sistema. Nesse contexto, a par das teorias abolicionistas e minimalistas, surgem correntes mais moderadas, que pugnam pela despenalização como possível resposta aos sintomas da crise, de sorte a reforçar a legitimação do Direito Penal como sistema protetor de bens jurídicos, ao tempo em que reduz a possibilidade de sua aplicação a condutas menos lesivas a tais bens. No Brasil, tal movimento ganhou corpo após a Constituição de 1988 e, sobre tudo, com a edição da Lei n. 9.099/95, que, além de criar os Juizados Especiais Criminais, instituiu e disciplinou em nosso Direito as medidas despenalizadoras, a saber: composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo.

Assim, havendo uma responsabilização cível, sem falar na sanção administrativa, haverá o questionamento de uma aplicabilidade do Direito Penal e sua possibilidade ou necessidade. Importante observar também, conforme já exposto, que a responsabilização criminal é subjetiva, enquanto a responsabilização cível é objetiva, inclusive sendo aplicada pelo STJ a responsabilização objetiva com base na teoria do risco integral⁶.

3.1 CRIME AMBIENTAL, CULPABILIDADE E RESPONSABILIDADE PENAL

Segundo a doutrina, “Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, tendo em vista os fatos de natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem os pratica” (Magalhães Noronha, Direito Penal, 23 ed., Saraiva, 1985, v. 1, p.4), tratando-se de uma visão garantista, (SALLES JUNIOR, 2009, p.12). Francisco de Assis TOLEDO, (2008, p.1), traz em sua obra uma definição sobre Direito Penal que sintetiza muito bem a visão cultural que se tem sobre este ramo:

Quando se fala em Direito Penal pensa-se logo em fatos humanos classificados como delitos; pensa-se, igualmente, nos responsáveis por esse fato – os criminosos – e,

⁵ Baleeiro Neto e Gonçalves. Medidas Despenalizadoras e Proteção Penal do Meio Ambiente. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1a47e38c424a51ab> Acesso em 16 abr. 2015.

⁶ REsp 1374284 / MG

ainda, na especial forma de consequência jurídica que lhes estão reservadas – a pena criminal e a medida de segurança.
Sob esse ângulo, o Direito Penal é realmente aquela parte do ordenamento jurídico que estabelece e define o *fato-crime*, dispõe sobre quem deva por ele responder e, por fim, fixa as penas e medidas de segurança a serem aplicadas.

Observa-se que o autor é claro em afirmar que “pensa-se logo em fatos humanos classificados como delitos” e aponta que o pensamento quanto a retribuição por esse crime é pensada como “prisão”, através de uma interpretação histórica.

Continuando, quanto ao Crime, segundo lições tradicionais de Direito Penal, (teoria do crime tripartido), um fato típico, antijurídico e culpável, (para os finalistas é toda ação típica e antijurídica, ficando a culpa para a aplicação da pena), onde a ação ou omissão deve se ajustar a uma conduta previamente determinada em Lei.

Mais uma vez TOLEDO, (2008, p.79), mostrando o lado rígido do Direito Penal, informando que:

O crime, além de fenômeno social, é um episódio da vida de uma pessoa humana. Não pode ser dela destacado e isolado. Não pode ser reproduzido em laboratório, para estudo. Não pode ser decomposto em partes distintas. Nem se apresenta, no mundo da realidade, como puro conceito, de modo sempre idêntico, estereotipado. Cada crime tem sua história, a sua individualidade; não há dois que possam ser reputados perfeitamente iguais. Mas não se faz ciência do particular. E, conforme vimos inicialmente, o Direito Penal não é uma ciência ou mera catalogação de fatos, quer ser uma ciência prática. Para tanto, a nossa disciplina, enquanto ciência, não pode prescindir de teorizar a respeito do agir humano, ora submetendo-o a métodos analíticos, simplificadores ou generalizadores, ora sujeitando-o a amputações, por abstração, para a elaboração de conceitos, esquemas lógicos, institutos e sistemas mais ou menos cerrados.

Partindo dessa premissa para justificar o que se segue, com a edição da Lei 9.605/98, passou-se ter uma proteção jurídica específica de diversos bens de caráter ambiental com definição de tipos penais específicos, porém, essa Lei criou um verdadeiro subsistema de proteção jurídico-penal para o meio ambiente, com princípios e pressupostos específicos para essa proteção, conforme explica MARCHESAN (2013, p.27).

A norma em conceito não se limitou a descrever tipos penais para a tutela de bens ambientais. Ela criou um sistema de proteção jurídica com princípios e pressupostos próprios, consubstanciado nas normas de caráter geral descritas nos artigos 2º a 28, verdadeira Parte Geral da Lei de Crimes Ambientais.

Essa criação sistemática, devido a necessidade de se tutelar o meio ambiente de forma efetiva, para atingir os preceitos do art. 225 da Constituição Federal de 1988, contemplou a responsabilização, porém manteve a culpabilidade tradicional ao Direito Penal.

Assim, partindo-se de uma teoria tradicional de crime, a conduta que se ajusta à norma descrita na Lei 9.605/98, (fato típico), contrariando-a, (antijuridicidade), para se tornar crime, sujeita a sanção penal, necessita ser também culpável, ou seja, sob a ótica do Direito Penal essa conduta deve ser injustificada, conforme continua explicando MARCHESAN (2013, p.27).

Assim, enquanto os demais ramos do Direito para a responsabilização do agente basta que a conduta seja antijurídica, ao Direito Penal vai importar se essa conduta encontra justificativa sob a ótica penal, em outras palavras, se tal conduta é *culpável*.

O que se quer dizer é que a responsabilidade penal é subjetiva, mesmo no direito ambiental, devido a sua característica individualizadora, pois todos os ramos do direito comungam da antijuridicidade e da ilicitude levando a responsabilização, conforme será visto, mas a culpabilidade é requisito para uma condenação criminal, *nullum crimen sine culpa*, (princípio da culpabilidade), ou seja, a observação da culpabilidade como princípio fundamental do Direito Penal está a se negar a responsabilidade penal objetiva, não podendo se basear exclusivamente nos fatos praticados e no resultado para uma responsabilização na seara criminal, já que condutas que não se materializam, (falta de prova), ou se exaurem sem dolo ou culpa não podem ser punidas, pois assim expõe Nilo Batista, em trecho retirado do livro Teorias da Culpabilidade e Teoria do Erro. (RODRIGUES, 2010, p.29).

O princípio da culpabilidade impõe a subjetividade da responsabilidade penal. Não cabe, em Direito Penal, uma responsabilidade objetiva, derivada somente da associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico. É indispensável a culpabilidade. A responsabilidade penal é sempre subjetiva.

A manutenção da culpabilidade, ou seja, a conformação do Direito Penal Ambiental com a dogmática Penalista se faz obrigatória para se evitar a contrariedade da Constituição Federal e a criação de normas autoritárias, descaracterizando o Estado Democrático de Direito. Tanto é assim que a Lei 9.605/98, em seu art. 2º informa essa necessidade.

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. (grifo nosso).

Assim, por tudo até aqui exposto, a responsabilização da pessoa natural é de maior aceitabilidade, havendo a dificuldade de aceitação da responsabilização da pessoa jurídica não só pela pena restritiva de liberdade, pois é certo que as penas não se consubstanciam unicamente em prisão através de uma visão mais moderna, citando Roxin e a terceira via do Direito Penal, mas pela impossibilidade de se vislumbrar o dolo, sem falar nos argumentos do autor Francisco de Assis Toledo expostas acima.

Superando-se esse pré-conceito, acatando-se a Lei e a jurisprudência que criminalizam a pessoa jurídica, há de se observar a necessidade de se tutelar o bem jurídico vital e sem parâmetros de importância para o ser humano e para a sociedade, o meio ambiente.

A existência de um dano ao meio ambiente é fato que contraria os objetivos Constitucionais. A restauração ou a reparação é fator indispensável para se atingir um meio ambiente ecologicamente equilibrado essencial à qualidade de vida e, o Direito Penal, é a última fronteira, o último recurso para no mínimo intimidar ações degradadoras.

Assim, retorna-se ao problema de como penalizar a pessoa jurídica, superados todos os empecilhos que dificultam sua criminalização.

Importante lembrar que empresas vivem de lucros, de cálculos, e a penalização através de multas, principalmente as praticadas no Brasil. Isso sem falar que a administração aplica multas, não parece ser uma forma prática de intimidação já que, dependendo dos cálculos, o pagamento de multa for aceitável, gerando lucros da mesma forma, o Direito Penal será obsoleto e será atropelado pelo fator financeiro.

Então como fazer o Direito Penal ser eficiente na punição e na prevenção, tratando-se de pessoa jurídica? Talvez a resposta esteja na estigmatização.

4 IMPUTAÇÃO CRIMINAL A PESSOA JURÍDICA E SUA ESTIGMATIZAÇÃO

Ultrapassadas as questões dogmáticas, entendendo-se que na proteção de bens jurídicos tão relevantes para a sociedade, como meio ambiente, é possível a criminalização da pessoa jurídica, fica pendente a forma de atuação do Direito Penal na execução da pena, seja para prevenção Geral ou especial.

A França, pioneira na responsabilização criminal da Pessoa Jurídica, e tem o mesmo sistema jurídico do Brasil, civil Law, (romano-germânico), foi pioneira também na aplicação da pena, conforme se observa do Código Penal Francês existe a possibilidade de se incluir a pessoa jurídica em uma lista ou comunicado a sociedade da infração cometida pela pessoa jurídica, o que causa uma estigmatização de sua atuação e imagem.

Nesse sentido é o Código Penal Francês⁷:

Artigo 121-2

As pessoas jurídicas, com exceção do Estado será considerada criminalmente responsável, nos termos do disposto nos Artigos 121-4 e 121-7 das infracções cometidas por conta própria, por seus órgãos ou representantes.

artigo 131-37

Sanções penais ou correcionais efectuadas por pessoas jurídicas são:

1 A multa;

2. Nos casos previstos em lei, as sanções prevista no artigo 131-39.

Artigo 131-39

9º a publicação da resolução aprovada ou de divulgação através da imprensa ou por qualquer meio público de comunicações electrónicas.

Assim, o estigma que pode vir a carregar negativamente uma empresa, ao ser condenada pelo Direito Penal, fazendo com que as pessoas deixem de consumir seus produtos, já que a pessoa jurídica se encontra incluída na lista de infratores, pode gerar um prejuízo muito maior que a aplicação de uma multa.

Fazendo um paralelo com a Petrobrás, que deixou de arrecadar bilhões, desviados de forma corrupta, continuou funcionando com o título de excelência até ser descoberta toda a falcatura. O vazamento da corrupção é que foi responsável pela desestabilização da empresa, caso não houvesse a descoberta da corrupção a Petrobrás estaria funcionando a pleno vapor.

O que se quer demonstrar é que uma pena pecuniária pode nem sequer abalar uma pessoa jurídica infratora, agora o estigma de uma empresa que não respeita a Lei ou os Direitos Humanos pode lhe desestabilizar como acontece com a Petrobras.

Este tipo de notícia cria vários problemas, como perda de crédito e investimento, queda na bolsa de valores, redução de venda, entre outros, além da impossibilidade de se retirar o CND, (Certidão Negativa de Débito), o que impede a contratação com os órgãos públicos.

Além disso, podem ser utilizados mecanismos de marketing, os mesmos usados para vender produtos, no sentido de conscientizar a população sobre a importância de se boicotar esta pessoa jurídica.

⁷ **Artículo 121-2**

Las personas jurídicas, a excepción del Estado, serán penalmente responsables, conforme a lo dispuesto en los artículos 121-4 a 121-7, de las infracciones cometidas, por su cuenta, por sus órganos o representantes. **Artículo 131-37**

Las penas criminales o correccionales que pueden imponerse a las personas jurídicas son:

1º La multa;

2º En los casos previstos por la ley, las penas enumeradas en el artículo 131-39.

Artículo 131-39.

9º La publicación de la resolución adoptada o su difusión a través de la prensa escrita o por cualquier medio de comunicación pública por vía electrónica.

Talvez desta forma, desde que seja utilizado realmente como a *ultima ratio*, faça com que o Direito Penal exerça suas funções e atue em defesa da sociedade, seja na retribuição, seja na prevenção, garantindo o preceito Constitucional e um meio ambiente equilibrado proporcionando vida saudável a todos.

CONCLUSÃO

O Direito Penal, como apontado inicialmente, é objeto de grande polemica, haja vista o reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, que em várias situações são desrespeitados na prática pelo sistema penal, que é violento. A violência não se subsume na prática da infração, ou seja, através da quebra aos ditames da Lei penal, mas também nas formas utilizadas para se combater ou fazer cumprir uma determinação legal, pois, ao defender um determinado bem jurídico acaba, muitas vezes, agredindo outros bens jurídicos.

Diante disso, uma interpretação crítica do Direito Penal, com base nas críticas denunciadas em linhas passadas, faz no mínimo titubear sobre sua necessidade, pois seus fundamentos são sim duvidosos.

Porém, é certo que o Direito Penal não pode ser abdicado imediatamente, a curto e até em longo prazo, o que para se atingir seria necessário trabalho intenso de descriminalização e uma mudança radical de paradigmas na sociedade como um todo, sob o risco de retornarmos ao tempo da autotutela (nômade e velho oeste).

Apesar do pensamento liberal, o que se vê na prática é o aumento da tentativa de controle através do Direito Penal, com Leis sendo criadas e editadas como pães saindo do forno de uma padaria pela manhã, fato que se contrapõe ao Direito Penal mínimo.

Certo é que falta ao Brasil uma política social adequada ou no mínimo boa, aplicando-se realmente o Direito Penal mínimo, já que da forma que é utilizado hoje colhe como frutos a sua banalização e falta de credibilidade. A relação existente entre garantismo negativo e garantismo positivo equivale à relação que existe entre política de Direito Penal e política integral de proteção dos direitos.

Não se pode olvidar que o convívio social é algo complexo, e precisa ser regulado através de mecanismos para se fazer cumprir o contrato social trazido por Jean Jacques Rousseau, e a colocação sobre o Direito Penal nos moldes que consta do *Alternativ-Entwurf*⁸

⁸ Projeto Alternativo. Tradução nossa.

alemão, é precisa ao informar que “o Direito Penal não é um sucesso metafísico, mas uma amarga necessidade de uma sociedade de seres imperfeitos⁹”¹⁰, deixando clara sua importância e necessidade.

Esta importância se revela inafastável, quando se trata de bens jurídicos relevantes, principalmente um bem jurídico que diz respeito a perpetuação dos seres humanos na face da terra, bem jurídico este que tem como objeto o meio ambiente e objetivo a sadia qualidade de vida e o equilíbrio entre o ecológico e o desenvolvimento.

E quando se fala em desenvolvimento se fala naqueles que proporcionam o desenvolvimento e ao mesmo tempo são os maiores degradares do meio ambiente, devido principalmente à magnitude de sua atuação, a pessoa jurídica.

O combate a tal predador, já que este não pode ser encarcerado, nem ressocializado, não seria a multa já aplicada pelo Direito Administrativo, e pelos motivos expostos anteriormente, qual seja, o cálculo de lucratividade para se chegar a conclusão se a prática da infração é lucrativa ou não, se vale a pena.

A única forma aparente de se combater este delinquente é sua estigmatização, já que se trata de uma forma de penalizá-lo, de forma severa, característica do Direito Penal, (brutal), sem encerrar as atividades, porém causando queda drástica de lucratividade. Além de políticas públicas é óbvio.

Dessa forma, estaria o Direito Penal cumprindo sua função, protegendo o bem jurídico mais importante da sociedade nos dias atuais, e garantindo o futuro das próximas gerações.

REFERÊNCIAS:

BALEEIRO NETO e GONÇALVES. **Medidas despenalizadoras e proteção penal do meio ambiente**. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1a47e38c424a51ab> Acesso em 16 abr. 2015.

BECK. Ulrich. **Sociedade de risco, rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2013).

⁹ Strafrecht ist kein metaphysisches Erfolg, aber eine bittere Notwendigkeit einer Gesellschaft der unvollkommene Wesen.

¹⁰ <https://blogs.hhu.de/alternativentwurf/>

BEDRAN, Karina Marcos; MAYER, Elizabeth. **A responsabilidade civil por danos ambientais no direito brasileiro e comparado: teoria do risco criado versus teoria do risco integral.** Revista Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.10 n.19 p.45-88 Janeiro/Junho de 2013. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/viewFile/271/339>> Acesso em: 10 abril 2015.

BITENCOURT. Cezar Roberto. **Teoria geral do delito, uma visão panorâmica da dogmática penal Brasileira.** Coimbra: Almedina, 2007.

BOTTINI. Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato.** 2 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

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

FERNANDES, Fabíola Ramos; TELES, Paula Vieira. **Entre a filosofia e o ambiente: bases filosóficas para o direito ambiental,** org. Émilien Villas Boas Reis – Belo Horizonte: 3i Editora, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 3 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

FRANÇA. **Código Penal.** 1994. Con el concurso del Prof. Dr. José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI, Catedrático de la Universidad de San Sebastián. 2005.

GALVÃO. Fernando. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica.** 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GUIMARÃES. Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico.** 6 ed. São Paulo: Rideel, 2004.

IENNACO. Rodrigo. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica.** 2 ed. Curitiba: Juruá, 2010.

LARRAURI. Elena. **Abolicionismo del derecho penal: das propostas del movimiento abolicionista**. Barcelona: Podery Control 3, 1987.

LEITE. José Rubens Morato. **Dano ambiental do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MACHADO. Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MARCÃO. Renato. **Crimes ambientais**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARCHESAN. Ana Maria Moreira. **Crimes ambientais: comentários à Lei 9.605/98**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PRADO. Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO. Luiz Regis. DOTTI. René Ariel. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

REUTERS. Thomson. **Mini Código Penal**. 16. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RODRIGUES. Cristiano. **Teorias da culpabilidade e teoria do erro**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RODRIGUES. Marcelo Abelha. **Processo civil ambiental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SALLES JUNIOR. Romeu de Almeida. **Curso completo de direito penal: parte geral e parte especial**. 10 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SCHEERER. Sebastian. **Hacia el abolicionismo. Abolicionismo penal.** Trad. de Mariano Alberto Ciafardini et alii. Buenos Aires: Ediar, 1989.

SILVA. José Afonso. **Direito ambiental constitucional.** 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

STEINGLEDER. Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental:** as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil:** doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5 ed. (14ª tiragem). São Paulo: Saraiva, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas.** 2001.