

## **A CRISE NO DIREITO PENAL**

**FÁBIO GUEDES DE PAULA MACHADO**

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

**SUMÁRIO:** Introdução – 1 O simbolismo – 1.1 O abolicionismo – 1.2 O garantismo – 1.3 O direito penal mínimo – 2 Criminalidade moderna: a proteção ao meio ambiente – 3 O meio ambiente como bem jurídico e sua relação com a Constituição Federal – 4 Direito penal funcionalista e meio ambiente – 5 A ação penalmente relevante – 6 A pena – 7 Culpabilidade e o direito de intervenção – 8 O Direito penal comparado – 8.1 Alemanha – 8.2 Itália – 8.3 A Espanha – Conclusão

### **Introdução**

O Direito Penal moderno tem-se detido precipuamente em alguns temas, dentre os quais o seu sistema atual; os direitos humanos e a proteção dos bens jurídicos; os fins destes no Estado contemporâneo; a prevenção geral positiva e negativa da pena; a evolução do conceito de ação, conduta; sem falar nas constantes remissões às teorias da imputação objetiva e da culpabilidade, ao simbolismo outorgado ao Direito Penal e à tutela penal do meio ambiente, abrindo-se aqui as discussões acerca da responsabilidade da pessoa jurídica.

Diante da análise dos temas inseridos na metodologia do Direito Penal, mormente da teoria geral do crime e da pena, destaca-se a inovação brasileira quanto à responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes contra o meio ambiente, Lei n. 9.605/98, tornando-se, assim, necessária a realização de uma minuciosa análise dessa inovação à luz dos conceitos reitores do Direito Penal.

Desde logo, o objetivo deste trabalho é o de demonstrar a impossibilidade de enquadramento da responsabilidade penal da pessoa jurídica no sistema jurídico-penal brasileiro tal como ele se encontra, servindo a referida lei, ao lado de outras, para expressar ao Direito Penal uma função que ele não tem, qual seja, a de representar uma função simbólica.

Assim, a metodologia empregada será a da justaposição de alguns desses elementos basilares do Direito Penal frente ao tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica, despida da preocupação de se proceder à exaustiva análise filosófico-doutrinária.

## 1 O Simbolismo

Após a análise dos resultados obtidos pelo Direito Penal ao longo de seu desenvolvimento no tocante à realização da justiça, alguns estudiosos, inconformados com a posição atual, desenvolveram sistemas vistos como solucionadores dos conflitos, identificados pela concretização da falência da intervenção estatal nas relações sociais ao aplicar pena e pela realização da Justiça consensual.

Pela não-interferência estatal nas relações sociais em razão da hipossuficiência instrumental do Estado, desenvolveu-se, principalmente na Europa, a teoria do abolicionismo, marcada por seu posicionamento extremo. De outro lado, e até mesmo recepcionado não só pelo sistema jurídico brasileiro mas também pela maior parte dos ordenamentos estrangeiros, o sistema de justiça consensual ganhou força entre nós através da edição da Lei dos Juizados Especiais Criminais, n. 9.099/95, possibilitando a efetividade do processo através de solução consensual, pela via da conciliação.

De outro lado, enuncia uma moderna doutrina jurídico-penal que o Direito Penal está em crise. Essa crise é revelada pela antinomia liberdade e seguridade, expressada pela tensão existente entre prevenção e garantias, ou entre legalidade e política criminal<sup>1</sup>. Em sequência, fala-se ainda numa crise de legitimação, questionando-se a justificação dos recursos por parte do Estado destinados à máquina penal. Nesse sentido, explica o Prof. Silva Sánchez que essa crise teve começo nos anos sessenta, no momento da ruptura em definitivo do esquema tradicional de um Direito Penal retributivo proporcionado pelas idéias filosóficas de Kant e Hegel quanto aos fins da pena, ultrapassadas que foram pela teorias escandinavas e norte-americanas, que valorizavam a prevenção especial ressocializadora e o tratamento do delinqüente.<sup>2</sup>

Ainda na atualidade, um novo conflito se estabelece, precisamente entre as teorias da função instrumental e da função simbólica da pena.

Pela teoria da função instrumental da pena, afirma-se que esta se legitima porque protege bens jurídicos e previne a comissão de delitos mediante a prevenção geral negativa (intimidação) e a prevenção especial (positiva e negativa). Pela segunda teoria, da função simbólica da pena, considera-se que esta se legitima não por sua função instrumental-preventiva, mas porque afirma a vigência das normas penais e consolida os valores que há por trás de si, mediante a retribuição; ou seja, a pena é porque deve ser, porque deve imperar a Justiça, por meio da prevenção geral positiva. (A pena tem por finalidade, não preventiva

---

<sup>1</sup> SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p.13.

<sup>2</sup> SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p.15.

em sentido clássico, de confirmar a validade das normas e integrar os cidadãos conforme a lei.)<sup>3</sup>

Contudo, ultrapassada essa fase reconhecida como de avanço nas estruturas penais, marcada pela despenalização, houve um retorno aos processos de incriminação, sem, contudo, a concretização de verdadeiros conceitos de bem jurídico como supedâneo a essas novas figuras penais, pondo-se em dúvida a necessidade de proteção jurídico-penal.

Ainda na lição atualizada do Prof. Silva Sánchez, essa tendência incriminadora manifesta-se através de uma legislação claramente simbólica ou retórica, sem possibilidades reais de aplicação útil.<sup>4</sup> Essa legislação expansiva acaba por chocar-se com outras duas tendências. A primeira defende um Direito Penal mínimo, ressaltando a vertente garantística do Direito Penal, e põe de manifesto uma total descrença ante a eficácia preventivo-especial (ressocializadora) do mecanismo punitivo mais característico: a pena privativa de liberdade. Já a segunda tendência argumenta que a pena privativa de liberdade, espinha dorsal do sistema penal, antagoniza-se com as modernas instituições de política criminal e com o Direito Penitenciário, com amparo na inidoneidade da prisão para reinserir o condenado na sociedade, destarte favorecendo, como produto dessa concepção, uma permanência mínima na prisão. Por esse posicionamento, será efeito do Direito Penal apenas o poder estigmatizador do intimidatório ou submetimento de um agente a um processo penal e no fato simbólico de uma eventual imposição de pena.<sup>4</sup>

O Brasil tem sido palco de uma produção intensa de leis penais de cunho simbólico, eivadas de forte carga moral e emocional, com manifesta intenção de manipulação da opinião pública, fazendo crer à população que age o Governo contra a criminalidade e que assim o faz no interesse público e social. Foi assim na edição primeira da Lei n. 8.072/90, que trata dos crimes hediondos, no seu retoque através da Lei n. 8.930/94, para fazer incluir o crime de homicídio qualificado, e, mais recentemente, estendendo o rigoroso no que concerne aos remédios falsificados.

Esses manipuladores do Direito, em especial do Direito Penal, atribuem-lhe um julgamento moral ou de carga moral, quando na realidade esse julgamento não pertence ao Direito Penal. A moral deve ficar completamente afastada do moderno Direito Penal, não havendo se falar mais em intensidade de dolo ou de culpa. E hoje, a se extrair das lições do Prof. Dr. Chaves Camargo nas aulas que

---

<sup>3</sup> ZUGALDÍA ESPINAR. *Fundamentos de derecho penal*, p.90.

<sup>4</sup> ZUGALDÍA ESPINAR. *Fundamentos de derecho penal*, p.16.

ministra no curso de pós-graduação da USP, o Direito Penal, inclusive, direciona-se para a extinção da figura dolosa e culposa, uma vez que o agente, quando realiza o comportamento, deixa de estar no domínio do fato, não podendo ser o responsável pela assunção de qualquer resultado, aqui recordando-se as sérias polêmicas para distinguir se determinado delito foi cometido na forma dolosa ou culposa, como se fosse possível introjetar-se na mente do agente para se descobrir qual o seu desiderato.

Não obstante o acima alegado, mais recentemente, com a descoberta das falsificações havidas em remédios, como que num passe de mágica, foi promulgada e publicada lei penal tipificando comportamentos envoltos na área da saúde pública, notadamente destinada aos laboratórios e seus responsáveis.

Assim, está configurada a denominada crise do Direito Penal, corroborada pela extensão da norma e seu embrutecimento, pelo simbolismo e pela retórica, e, de outro lado, pela comprovação, até mesmo através dos estudos da criminologia moderna, de que a pena de prisão é incapaz de inserir ou de reinserir o condenado na sociedade, sem falar ainda na crise material havida em todo o sistema penitenciário, mormente o brasileiro.

## **1.1 O Abolicionismo**

Entretanto, e paralelamente à concepção de diminuição da intervenção estatal nas relações sociais, vê-se que, no Brasil e no mundo, há uma crescente onda de violência urbana, sendo alarmantes os índices de criminalidade, aqui denominada individual, coletiva e organizada, além de uma nova criminalidade ou criminalidade moderna, entendendo-se esta como sendo a atinente não só aos considerados crimes clássicos previstos no Código Penal, mas também às novas ou recentes figuras penais, tais como os crimes econômicos, ambientais, contra a saúde pública (tráfico de drogas, por exemplo), contra o mercado de capitais etc., chegando-se a ponto de a violência ocorrida em cidades como São Paulo e Rio de Janeiro levar ao óbito mais pessoas do que algumas guerras espalhadas pelo planeta, como a recente guerra que envolveu a Bósnia e a Croácia.

Diante dessa falácia humana e do fato de as próprias ciências criminais terem sido incapazes até aqui de diminuir a criminalidade, o que é corroborado ainda pela superpopulação do sistema penitenciário e pela hipossuficiência na prestação jurisdicional adequada, surgem outros “sistemas penais”, preocupados em repensar o papel da teoria geral do delito, da pena e do próprio direito de punir por parte do Estado, alcançando-se a extremidade desses pensamentos

justamente o abolicionismo do discurso punitivo moderno, também encarado como criminologia crítica.

É o abolicionismo o modo mais radical de enfrentar a realidade do Direito Penal, entendido como potestade punitiva do Estado, assinalando a substituição do Direito Penal por outras formas não punitivas de resolução dos conflitos denominados de delitos.<sup>5</sup>

Um importante dado é o de que o abolicionismo surgiu em países que adotam predominantemente a ressocialização do infrator, tendo sido já constatado o seu fracasso, verificando-se em países como os Estados Unidos, Holanda e os escandinavos. Os principais autores internacionais dessa corrente são Louk Husman, da Holanda, Thomas Mathiesen e Nils Christie, da Escandinávia, e Sebastian Scheerer, da Alemanha. No Brasil, ergue-se o nome de Roberto Baptista Dias da Silva, entre outros.

Em rápida análise desse contexto, conquanto possua íntima relação com o direito de punir, preconiza-se que o sistema penal, tal como se vê desde os primórdios dos tempos, não é a única forma de lidar com as violências, visto que apenas impõe a punição, deixando de lado o acordo, privilegiando o ato criminoso isolado, negando a diversidade existente na vida social, preocupando-se com o criminoso e esquecendo-se da vítima.<sup>6</sup>

Ao ver dos posicionamentos teóricos acerca do assunto, o sistema penal, desde que concebido pelos homens até a presente vertente, assim o foi para solucionar problemas de natureza criminal ocorridos dentro da própria sociedade, quando valores por ela protegidos fossem ameaçados e/ou lesados. Mas, no campo visual da realidade cotidiana, vê-se que os índices de reincidência são extremamente elevados, e de difícil verificação é a reinserção do indivíduo na sociedade após o cumprimento da pena, não conseguindo o caráter preventivo do sistema punitivo funcionar frente aos infratores das normas. Assim, o sistema penal, em vez de solucionar esse trágico quadro, apenas o agrava e cria novos problemas.

Como fecho dessa concepção teórica, para a pacificação da violência, em vez do manuseio do sistema penal punitivo, entendido aqui como ortodoxo, estimula o abolicionismo a conciliação entre as pessoas envolvidas no problema, com orientação de pessoas estranhas ao litígio, a fim de que pensem e criem uma

---

<sup>5</sup> SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p.18.

<sup>6</sup> SILVA. Abolicionismo, criatividade e satisfação. Comentário feito acerca do texto: "Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal", da lavra do Prof. Louk Hulsman, in: *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*, p. 214.

resposta para o fato ocorrido, buscando-se nessa integração uma solução que satisfaça às partes.

Diz-se que a grande contribuição dessa teoria é a humanização defendida em vista da falência do direito de punir do Estado, incompetente em ressocializar o infrator e possibilitar-lhe um cumprimento de pena digno à qualidade de ser humano.

## 1.2 O garantismo

Surge a proposta garantística sob o fundamento de acentuar-se o papel das garantias formais aos cidadãos, notadamente ao agente processado e ao condenado, em face da decepção acerca da capacidade do ideal socializador, com seus problemas de facticidade e licitude para legitimar por si só o exercício do *ius puniendi* e o rechaço categórico dos excessos da denominada ideologia de tratamento.<sup>7</sup>

Segundo Ferrajoli,

“A palavra garantismo pode ser compreendida sob três acepções: pela primeira, garantismo designa um modelo normativo de direito, quanto ao Direito Penal, de extrema legalidade, próprio do Estado de Direito. No plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognoscitivo ou de poder mínimo, no plano político, como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade, e no plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à potestade punitiva do estado em garantia dos direitos dos cidadãos. Em consequência, é garantista todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo e o satisfaz de maneira efetiva”.<sup>8</sup>

O movimento garantístico recebeu a denominação de “neoclassicismo”, sendo seu ponto de partida a crítica à ideologia de tratamento e suas manifestações mais destacáveis, como por exemplo a sentença indeterminada.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p.34.

<sup>8</sup> FERRAJOLI. *Derecho y razón*, p. 851-852.

<sup>9</sup> SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p.34.

Diante dessa primeira premissa, extrai-se que busca esta teoria submeter “a controle o poder punitivo do Estado, exigindo-se do mesmo uma estrita vinculação aos princípios de previsibilidade, seguridade jurídica, igualdade e estrita proporcionalidade”, sem se falar nas garantias formais inerentes ao suspeito, ao processado e ao condenado.<sup>10</sup>

De outro lado, esta teoria também não é isenta de críticas. Talvez a mais contundente seja a de que ela é por demais limitada, em vista de que é direcionada apenas aos aspectos formais da intervenção do Estado, não tratando de questões como a da efetiva diminuição da intervenção penal, de sua redução ao estritamente necessário.<sup>11</sup>

### 1.3 Direito penal mínimo

Já dizia o art. 8º da Constituição Francesa de 3 de setembro de 1791 que a lei não deve estabelecer penas senão quando estritamente e evidentemente necessárias.

Por essas considerações, a intervenção estatal só se deve verificar quando efetivamente necessária, no que acarreta a formação do princípio do Direito Penal mínimo, que propõe, ao contrário do que defende a teoria do garantismo, a redução dos mecanismos punitivos do Estado ao “mínimo necessário”.

A questão que fica é a de se saber qual é esse mínimo necessário. Reportando-se a Ferrajoli, diz o Prof. Silva Sánchez que o Direito Penal mínimo é aquele que tem que ser primariamente o mínimo necessário para evitar a violência social informal, ou, o que legitima o Direito Penal é a minimização da violência na sociedade.<sup>12</sup>

Assim, diz Ferrajoli que “um sistema penal está justificado unicamente se a soma das violências, vinganças e punições arbitrárias que ele, Direito Penal, pode prevenir, é superior às violências constituídas pelos delitos não prevenidos e pelas penas para eles cominadas”.<sup>12</sup>

Portanto, esse Direito Penal mínimo pode ser entendido em três sentidos: de máxima redução quantitativa de intervenção penal, de lhe ser destinada a mais ampla extensão de garantias formais e de exclusão de métodos de intervenção coercitiva.

---

<sup>10</sup> SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p.36.

<sup>11</sup> SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p.37.

<sup>12</sup> SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p.38.

## 2 Criminalidade moderna: a proteção ao meio ambiente

Acerca da criação de sistemas no ordenamento jurídico, peculiarmente de defesa do meio ambiente, foi a Lei n. 6.938/81 que primeiramente sistematizou a matéria, traçando a Política Nacional do Meio Ambiente, embora algumas leis sancionatórias já se encontrassem em larga aplicação, como é o caso do Código Florestal, do Código de Caça, do Código de Pesca etc. No âmbito penal da norma em questão a referida lei tratou de estabelecer as primeiras figuras delituosas.

Em que pese a importância adquirida pela Lei. n. 6.938/81, restava ainda a necessidade de se possibilitar à defesa do meio ambiente alguns meios mais rápidos e eficazes de tutela. Nesta sequência, foi o Direito Processual Civil o pioneiro. Em 1985, o legislador, pressionado pela necessidade de tutelar no âmbito civil os interesses difusos e coletivos, notadamente o meio ambiente, isso em razão do despreparo do ordenamento processual civil para dirimir conflitos de massa, considerado então como ortodoxo e individualista, editou a Lei da Ação Civil Pública, n. 7.347, dando surgimento, assim, ao primeiro microssistema processual de importância reconhecida.

Em continuação, agora em 1990, editou-se o Código de Defesa do Consumidor, que, além de regular as relações de consumo, alterou profundamente conceitos processualistas, como v.g. o de estender os efeitos da coisa julgada favorável à proteção do direito difuso e/ou coletivo àqueles que não fizeram parte da relação processual, e também alargou o rol ativo da relação processual, fazendo-se incluir algumas pessoas jurídicas antes não previstas, como por exemplo as pessoas jurídicas descaracterizadas, de tal forma que, harmonizando-se expressamente com o já criado sistema de ação civil pública, fez-se novamente utilizar os dispositivos do Código de Processo Civil benéficos a esta tutela.

Destarte, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, juntos, formam um microssistema processual capaz de solucionar os conflitos de massa e de tutela.

Senão o bastante, em 1995, o legislador pátrio possibilitou uma série de reformas no Código de Processo Civil, entre outras a chamada tutela antecipada, esculpida no art. 273, e a tutela específica, erguida no art. 461. Esses dois dispositivos têm em comum a antecipação de um resultado que só viria com a manifestação jurisdicional quando da prolação de sentença. Assim, possibilitou-se, no tocante à ação civil pública ambiental, que o seu operador, entre outros o Ministério Público, pudesse utilizar desses novos instrumentos

para a proteção ambiental, materializando-se através da consecução da suspensão das atividades da empresa, antecipação da recuperação do meio ambiente degradado etc.

Paralelamente à responsabilidade civil já delineada, entendeu-se que os diplomas normativos de natureza penal já editados não eram suficientemente capazes de tutelar o meio ambiente de forma geral. Nesse sentido, discutia-se se o dispositivo constitucional do art. 225, §3º, criara ou não a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. A questão ainda perdura, contudo com predominância entre os defensores desse novo tipo de responsabilidade penal, até mesmo em face da edição da Lei n. 9.605/98, que fixou entre nós sanções penais.

Antes disso, porém, ao lado das ciências criminais, pode-se dizer que a Lei n. 9.099/95, instituidora dos juizados especiais criminais, criou o primeiro microssistema de grande importância. Em que pese a esse microssistema receber críticas contundentes direcionadas em grande parte à não-obediência plena do princípio da culpabilidade, ele se mantém íntegro e “hermético”, conseguindo sobreviver e responder com tranquilidade às questões que lhe são postas.

Alcançando o dispositivo bandeirante da responsabilidade penal da pessoa jurídica trazida pela lei em apreço, com total respeito às opiniões favoráveis a sua inserção no sistema, entendo que, da forma como se apresenta, não há como essa modalidade de responsabilidade penal sobreviver cientificamente à luz dos princípios cardiais do Direito Penal, como será exposto a seguir.

### **3 O meio ambiente como bem jurídico e sua relação com a Constituição Federal**

Inicialmente, ressalta-se que é grande a discussão para se compreender ou para se definir o que sejam bens jurídicos. Contudo, pode-se dizer que a função primordial do Direito Penal é a proteção dos denominados bens jurídicos, como também é a de limitar a intervenção do Estado nas relações sociais.

Quanto à concepção de bem jurídico, a propósito, esse conceito é inerente apenas a este campo das ciências sociais, o Direito Penal, não se podendo estendê-lo aos outros ramos do Direito, como v.g. o Direito Civil. Ele figura como consequência do postulado da garantia, impedindo não só a intensificação dos aspectos subjetivos estranhos à realidade social, mas também a interferência do poder autoritário do aplicador da lei sobre condutas que, mesmo juridicamente relevantes, não ofendam esses bens jurídicos.

Em se considerando que a Constituição Federal traz em si os princípios

máximos da Justiça que se quer impor, qualquer ofensa relevante ao bem jurídico protegido penalmente terá que ser cotejada com os princípios constitucionais de natureza penal.

Assim, o bem jurídico protegido pela norma penal deve sofrer um processo de avaliação diante dos valores constitucionais de âmbito e relevância maiores, sendo certo que o Direito Penal, como parte do sistema global tutelado pela norma maior, dela não poderá afastar-se.

A relação do Direito Penal com a Constituição Federal se verifica quando se depreende que a essência do delito se alicerça em uma infração ao direito, e o conceito do que é o direito tem de ser deduzido do que se encontra concentrado como tal, como idéia de justiça expressa no ordenamento constitucional. Logo, a missão do Direito Penal consiste na proteção dos valores elementares da consciência, do caráter ético social e, por acréscimo, na proteção de bens jurídicos particulares.

Portanto, é preciso buscar na Constituição a gênese e a função social do bem jurídico. Sabe-se que através dos tempos e das constituições torna-se sempre necessária uma revisão acerca dos bens jurídicos, no sentido de se estabelecer quais deverão ser protegidos, através do processo de criminalização, e, em contrapartida, quais não mais deverão ser protegidos, de forma a se descriminar e/ou despenalizar figuras abrigadas pelas leis penais que não ofendam significativamente os novos interesses tutelados, perdendo, pois, sua relevância social. São exemplos dessa reformulação a Lei n. 9.099/95 e a penalização de fatos até então atípicos que, diante da Carta da República, passaram a ter relevância social, como, por exemplo, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, através da Lei dos Crimes Ambientais.

Por essas considerações, levando-se em conta o atual regime constitucional, uma lei penal anterior só poderá ser recepcionada quando for congruente com a norma constitucional, ou seja, quando a lei penal tutelar bem jurídico protegido constitucionalmente, situação em que passa a ter eficácia e validade.

Diante disso, o Direito Penal reconhece os bens jurídicos ditados pelo desenvolvimento social. Dessa forma, é o bem jurídico o conteúdo da tipicidade, e só a partir deste pode-se dar um conteúdo ao injusto. Assim, é o bem jurídico o ponto de união entre a dogmática e a política criminal, isto é, entre a teoria do delito e a realidade social, sem se esquecer de que para a formação de uma figura delituosa é necessária a reunião de alguns aspectos, tais como: incidência maciça, condição aflitiva que se impõe à sociedade, resistência a este

comportamento, e, por último, formação de um juízo de política criminal.

Para exemplificação do que se afirma, basta direcionar a atenção para o uso de bebidas alcoólicas. Sabe-se do seu poder destrutivo e potencializador de degradação social, contudo, o uso não é criminalizado em face da inexistência de um juízo negativo de política criminal, diferentemente do que ocorre com o uso de outras espécies de droga.

Ao lado da função garantidora, indicando o que e por que se protege, e que por isso se sanciona, apresenta o bem jurídico uma função material, qual seja, a de fornecer conteúdo ao injusto, isto é, à tipicidade e à antijuridicidade. Dentro do critério da significação social, surgem excludentes da tipicidade, quais sejam: a contribuição da vítima à realização do crime, a falta de relevância social, o princípio da insignificância, entre outros, a serem extraídos a partir do caráter fragmentário do Direito Penal.

Conforme Hassemer, o princípio da proteção dos bens jurídicos enuncia precisamente que uma ameaça penal contra um comportamento humano é ilegítima sempre que não possa lastrear-se na proteção de um bem jurídico. A partir desse ponto de vista, o Direito Penal manifesta-se como instrumento de controle social que só pode ser acionado para a proteção necessária de elementares interesses humanos, e desde que instrumentos menos lesivos e com resultados equivalentes não estejam disponíveis, pretendendo mais influir no campo da política criminal e restringindo como bens jurídicos penalmente relevantes somente objetos palpáveis, concretos e delimitáveis.<sup>13</sup>

Esses bens jurídicos traduzem-se pelo interesse primário da pessoa à vida, à saúde, à liberdade, à propriedade, ou seja, são bens jurídicos individuais.

Importante ressaltar que, quando as pessoas se comportam em conformidade com o Direito, assim o fazem não por obra do Direito Penal, e sim por efeito de normas sociais e da socialização primária.<sup>14</sup>

Frente aos posicionamentos dogmáticos aqui estabelecidos, e em se considerando a preocupação dominante dos povos quanto à manutenção da qualidade de vida e a manifesta adesão do Brasil, foi que o legislador constituinte de 1988 ergueu a proteção ao meio ambiente em capítulo próprio, precisamente no art. 225, contudo, e anteriormente, já tendo estabelecido no art. 170, inciso VI, que trata da Ordem Econômica e Financeira, a defesa do meio ambiente como um dos princípios gerais da atividade econômica.

Nessa linha de raciocínio, fala-se que todo crime tem por pressuposto a

---

<sup>13</sup> HASSEMER. *História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra*, p. 52.

<sup>14</sup> HASSEMER. *História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra*, p. 56.

violação de um bem jurídico, sendo expressão de conquista do Estado Democrático exatamente porque o bem jurídico vai determinar se o delito constitui efetivamente uma necessidade na regulamentação de um determinado conflito, ou se o delito é apenas um instrumento de poder do Estado sem respaldo algum na manutenção de qualquer sistema que o Estado queira preservar.

Gunther Jakobs depura sem descanso os conceitos básicos do Direito Penal de todo componente descritivo, isto é, referido à realidade. Exemplo disso é a idéia que concebe acerca do bem, como sendo uma situação ou fato valorado positivamente.<sup>15</sup>

Pode-se dizer, em outras palavras, que o citado autor empreende a tarefa de uma geral renormatização dos conceitos sistemáticos da parte geral do Código Penal. Em sua opinião, dado que a dogmática jurídico-penal de base ontológica quebrou-se absolutamente, é preciso preencher de conteúdo a totalidade dos conceitos dogmáticos a partir das funções do Direito Penal. Assim, conceitos como os de causalidade, poder, capacidade, culpabilidade, entre outros, perderiam seu conteúdo pré-jurídico, surgindo unicamente por relação com regulamentações jurídico-penais.

O método puramente normativista de Jakobs, que rechaça qualquer delimitação descritiva (desqualificada por ele como naturalista) dos conceitos dogmáticos, remete para a interpretação dos conceitos exclusivamente a funcionalidade sistemática em relação com o sistema que em cada momento se utilize como Direito Positivo.<sup>16</sup>

Contudo, frente à recepção daquele sistema, produzida no começo do século, o sistema de Jakobs mostra duas vantagens substanciais: por um lado, Jakobs põe-se a salvo de cair no relativismo axiológico mediante o reconhecimento da prevenção geral, no sentido de exercitante na fidelidade ao Direito, como função preponderante do *jus puniendi* do Estado; por outro lado, ao proceder à funcionalização dos conceitos dogmáticos, pode apoiar-se nas categorias da teoria sociológica dos sistemas.<sup>17</sup>

Sua primeira crítica recaiu sobre o conceito de culpabilidade, cujo entendimento tradicional, como poder atuar de outro modo, está errado, devendo, ao contrário, obter a culpabilidade seu conteúdo exclusivamente do fim de prevenção geral. Outra crítica é que considera errada toda delimitação entre

---

<sup>15</sup> HASSEMER. *História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra*, p. 56.

<sup>16</sup> SCHÜNEMANN. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, p.44.

<sup>17</sup> SCHÜNEMANN. *El sistema moderno del derecho penal*, p.69-70.

dolo e imprudência realizada em virtude do critério descritivo psicológico da consciência.<sup>18</sup> Afirma que só o defeito cognitivo deve exonerar da pena mais grave do delito doloso, de modo que, por essa razão, segundo ele, no caso de um defeito volitivo, como o de uma falta de reflexão por indiferença, unicamente resulta adequada a pena do delito doloso.

Em suma, pelas considerações feitas, insere-se perfeitamente o meio ambiente como bem jurídico.

#### 4 Direito penal funcionalista e meio ambiente

Metodologicamente, diz-se que o Direito Penal das conseqüências cumpriu relevante papel no desenvolvimento e formação de princípios. Hoje, contudo, a sociedade moderna reclama um novo Direito Penal, e este se apresenta como “instrumento efetivo da política interna ou de segurança pública, rejeita sumariamente a indagação crítica sobre sua aptidão instrumental e desvencilha-se pouco a pouco dos grilhões representados por esses princípios”.<sup>19</sup>

Pelo denominado Direito Penal funcionalista, há de se entender como sendo um instrumento de solução de conflito, e esta premissa basicamente vai transparecer Vogo. na pena, em se considerando os processos de modernização da sociedade e os seus respectivos instrumentos de política criminal. Contra a argumentação funcionalista do Direito Penal recaem algumas críticas, dentre as quais a da falta de fundamentação filosófica, sendo ele voltado exclusivamente ao pragmatismo. Na linha do funcionalismo é que se caracteriza e se aceita a responsabilidade penal da pessoa jurídica, mormente em relação aos delitos de natureza ambiental, também podendo inserir-se os delitos contra o consumidor, a ordem econômica etc., em que os bens jurídicos tidos como universais ou de interesse coletivo, como é o caso do já citado meio ambiente, ganham predominância em face da tutela dos bens individuais, sendo mais uma vez importante a ressalva feita por Hassemer, que sentencia que o Direito Penal moderno deve estar preparado para combater a criminalidade moderna, necessitando para tanto de estruturas de relevância e critérios de avaliação totalmente novos e adequados ao fim.<sup>19</sup>

Quando se fala em funcionalismo do Direito Penal, surgem três grandes concepções, uma de cunho social, defendida por Winfried Hassemer, outra que eleva a política criminal, de Claus Roxin, e a terceira, de Gunther Jakobs, no

<sup>18</sup> SCHÜNEMANN. *El sistema moderno del derecho penal*, p. 45.

<sup>19</sup> HASSEMER. *História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra*.

sentido de revalorizar a norma. Diz Jakobs que o funcionalismo jurídico-penal se concebe como aquela teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade.<sup>20</sup>

Só sobre a base de compreensão comunicativa do fato entendido como afirmação que contradiz a norma e da pena entendida como resposta que confirma a norma pode-se ter uma relação inseparável entre ambas, e, nesse sentido, uma relação racional.

A prestação que realiza o Direito Penal consiste em contradizer, por sua vez, a contradição das normas determinantes da identidade da sociedade. O Direito Penal confirma, portanto, a identidade social. O delito não se toma como princípio de evolução, nem tampouco como sucesso que deva solucionar-se de modo cognitivo, senão como comunicação defeituosa, sendo imputado esse defeito ao autor como culpa sua. Dito de outro modo, a sociedade mantém as normas e se nega a conceber-se a si mesma de outra forma. Nessa concepção, a pena não é tão-só um meio para manter a identidade social, mas constitui esse mesmo mantimento.

O funcionalismo afirma que o que tem de ser resolvido é sempre um problema do sistema social, e isso dá lugar a que seja objeto de crítica em um duplo sentido: por um lado, desde a perspectiva das teorias puras da justiça, e por outro, pela exclusiva referência funcional ao sistema social. Para completar o panorama assinalado e feita a afirmação de que para o desenvolvimento de regras jurídicas, é dizer, para o trabalho dogmático, a prestação externa do sistema jurídico deve ser tomada como pressuposto desde a perspectiva interna do sistema jurídico, se se quer obter conclusões que não sejam meramente casuais.

Todas as instituições dogmáticas dignas de menção no Direito Penal moderno, desde a imputação objetiva até o conceito funcionalista ou a teoria do discurso sobre a culpabilidade, discorrendo sobre a possibilidade de excluir a responsabilidade no caso de desconhecimento da norma até a possibilidade de fundamentar a responsabilidade por ingerência, etc., não poderiam ter-se desenvolvido desde uma perspectiva puramente interna ao sistema jurídico que não tivera em conta a função da normatividade jurídica. Com isso, é possível que o funcional se tenha apresentado como justo.<sup>21</sup>

Seja como for, a solução de um problema social através do Direito Penal tem lugar, em todo caso, por meio do sistema jurídico enquanto sistema social-parcial, e isso significa que tem lugar dentro da sociedade. Portanto, é

---

<sup>20</sup> JAKOBS. *Sociedad, norma, persona en una teoria de um derecho penal funcional*, p. 10.

<sup>21</sup> JAKOBS. *Derecho penal*, p.12-13.

impossível separar o Direito Penal da sociedade. O Direito Penal constitui um cartão de apresentação da sociedade altamente expressivo, ao igual que sobre a base de outras partes da sociedade cabe derivar conclusões bastante viáveis sobre o Direito Penal.

Existe uma dependência recíproca entre a sociedade e o Direito Penal: cabe pedir ao Direito Penal que realize esforços para assumir novos problemas sociais, até que o sistema jurídico alcance uma complexidade adequada com referência ao sistema social, do mesmo modo que, ao inverso, ao Direito Penal pode recordar a sociedade que se devem ter em conta certas máximas que se consideram indisponíveis.

Diante desses posicionamentos dogmáticos que ainda são desconhecidos do legislador brasileiro e de grande parte da doutrina é que se acena para a possibilidade de se responsabilizar penalmente a pessoa jurídica, isto é, funcionalmente é viável incriminar-se uma pessoa jurídica por delito cometido contra o meio ambiente.

## **5 A ação penalmente relevante**

Entende-se que a ascensão à condição de responsável penal por parte da pessoa jurídica deva-se ao fato de a mesma poder servir de instrumento para a prática de crime ambiental, ou dessa prática auferir lucro. Paralelamente, grande parte da doutrina moderna do Direito Penal concebe a ação como elemento integrante do conceito analítico de crime, ao lado da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

Na justaposição do conceito de ação com a nova responsabilidade penal, por si só não se poderá nela falar, porque, imperativamente, a pessoa jurídica não pratica ação tal como concebido no sistema ortodoxo de Direito Penal. Neste, ela é um ser anímico, quem pratica a ação em seu nome poderá ser um dirigente ou quem lhe faça as vezes.

Diante dessa primeira afirmativa, seja pelo conceito de ação da teoria hegeliana, pela qual ação é a exteriorização da vontade moral, ou da teoria causalista ou naturalística, que preconiza que ação é todo o ato expressado por movimento corporal proveniente da vontade que ponha em perigo interesse protegido, ou pela teoria finalista tradicionalmente concebida, que entende que o que define a ação humana é a finalidade que se baseia no saber causal do homem, pois este pode prever dentro de certos limites as consequências possíveis de sua atividade futura, ou através das novas concepções finalistas, tais como a

teoria social da ação, a política criminal, a normativista etc., não há como reconhecer que pratica ela, a pessoa jurídica, uma ação ou omissão.<sup>22</sup>

Os adeptos da teoria de que a pessoa jurídica pratica ação servem-se de teses civilistas (Savigny, Girk e outros) para fundamentá-la, em manifesta exorbitância dos conceitos civilistas no pensamento jurídico-penal.

Contra a inserção do posicionamento civilista no Direito Penal, conseqüentemente, se a pessoa jurídica não pratica ação, resultarão negativos o nexo de causalidade e o juízo de imputação objetiva, que, a propósito, ainda é tema de pouca divulgação no Brasil, mas é do conhecimento dos alemães desde 1927 e 1930, com Larenz e Honig.

A título de um breve esboço histórico, a doutrina causalista concebeu, em sua primeira época, o nexo entre a ação e o resultado como uma mera relação de causalidade, é dizer, em termos naturalísticos (ontológicos). Constatada essa relação, entendia-se realizado o tipo objetivo. Entretanto, como ressaltado acima, a teoria, criada na Alemanha, elaborou uma nova explicação para essa relação, basicamente em termos normativos, axiológicos, denominada de imputação objetiva. Em síntese, vem a dizer que ao tipo objetivo não interessa qualquer relação causal, senão aquela jurídico-penalmente relevante.

Pela imputação objetiva, restringe-se o âmbito da aplicação da norma, e essa restrição haverá de incidir na ação propriamente dita. Em outras palavras, somente será ação, para fins penais, aquela que demonstrar ser relevante ao Direito Penal, para apenas após se realizar o raciocínio de subsunção à norma.

Leciona o Prof. Chaves Camargo que a imputação objetiva procura analisar o resultado a partir de tipos penais que descrevem situações como um processo complexo de comunicação entre tais sujeitos, ou um sujeito e um coletivo. A interação própria a um processo comunicativo é o que há de se destacar.<sup>23</sup>

Entende o citado mestre que a função específica da imputação objetiva é a adequação, através de critérios normativos de excludentes de tipicidade, que, sem encontrarem um lugar na causalidade, eram forçados a se transformar em condutas típicas. Diante disso, firma posição de que a imputação objetiva não é elemento de tipicidade, sendo melhor posicioná-la na antijuridicidade.<sup>23</sup>

Quanto ao posicionamento da imputação objetiva, prefiro afastá-la tanto da antijuridicidade quanto da tipicidade, apenas para isolá-la no conceito da ação.

---

<sup>22</sup> JAÉN VALLEJO. *El concepto de acción en la dogmática penal*, p. 19-37.

<sup>23</sup> JAÉN VALLEJO. *El concepto de acción en la dogmática penal*, p. 102.

Assim, e ainda na lição do Prof. Chaves Camargo, a imputação objetiva permite que se analise a existência da causalidade e, a partir desta, a valorização da conduta típica, pois, presente a voluntariedade para a causação do resultado de acordo com o tipo penal, estaremos diante de um crime.<sup>24</sup>

Há de se entender que a imputação objetiva é uma teoria que depura a ação no sentido de que, sendo ela relevante, a partir de então é que se realizará o raciocínio de enquadramento à norma.

Exemplo dessa “depuração” da ação se dá no crime culposos, uma vez que, não infringido um dever de cuidado na realização de um risco permitido, o resultado ocorrido não poderá ser imputado ao agente.

Portanto, se a pessoa jurídica não pratica ação ou omissão, não pode ter contra si a aplicação de uma pena, pois, se assim ocorresse, estar-se-ia defronte de uma responsabilidade objetiva, ainda mais se se considerar que uma pessoa jurídica, em especial a sociedade anônima, com ações no mercado de capitais, tanto tem diretores e sócios conhecidos como também sócios desconhecidos, e estes, que não tomaram decisão alguma ou realizaram qualquer comportamento penalmente relevante, figurariam como partícipes e seriam indiretamente responsabilizados, precisamente em razões monetárias.

Conseqüentemente, por razões lógicas, ela, pessoa jurídica, não poderia lesar o bem jurídico meio ambiente, tampouco receber uma reprovação social no requisito da culpabilidade, nem mesmo obedecendo-se à moderna aceção de necessidade de aplicação da pena. Ainda que se pudesse falar em lesividade ao bem jurídico, outro descompasso diante de tantos poderia ocorrer, qual seja, o de se reconhecer uma excludente da ilicitude ao agente que assim tinha conhecimento de que agia, o mesmo não se estendendo à pessoa jurídica.

Mas não é só. Ainda que fosse ultrapassada a teoria geral do delito, isso apenas hipoteticamente, melhor sorte não lhe restaria no tocante à pena e suas conseqüências jurídicas, sem falar ainda no processo penal.

Reconhecendo as dificuldades dogmáticas tradicionais para acolher penalmente a responsabilidade penal da pessoa jurídica, Claus Tiedman enumera as noções fundamentais de ação, culpabilidade e capacidade penal, fundamentando que a ação penal está sempre ligada ao comportamento humano e a culpabilidade parece significar uma reprovação ética ou moral, que estaria excluída no caso da pessoa jurídica, posto que não poderia ser a destinatária ou o sujeito passivo de penas criminais que possuem finalidade preventiva e retributiva.<sup>25</sup>

A essas questões, responde o mesmo autor que de maior dificuldade e compreensão é o fato de não serem aplicadas à pessoa jurídica verdadeiras penas, mas sim sanções quase que de natureza penal, além do que, se pode a pessoa

---

<sup>24</sup> JAÉN VALLEJO. *El concepto de acción en la dogmática penal*, p. 102.

jurídica violar obrigações contratuais firmadas por ela própria, isso quer dizer que pode a pessoa jurídica atuar de maneira antijurídica, mesmo porque existem normas jurídicas de natureza econômica e social que são destinadas unicamente à pessoa jurídica.<sup>25</sup>

Por todas essas considerações, entendo que a responsabilidade penal da pessoa jurídica pelo modelo da ação/omissão, tal como concebida, não se enquadra no modelo tradicional já de conhecimento, conquanto se reconheça uma necessidade político-criminal de sancionar diretamente essas pessoas jurídicas. De qualquer sorte, fixado um conceito de ação ou omissão exclusivamente para a pessoa jurídica, a teoria da imputação objetiva continuará a ser pertinente em sua adoção.

## 6 A pena

O princípio da legalidade norteia tudo que se refere à pena, a começar de que ela deve estar mencionada na lei penal sancionadora, em respeito e obediência ao Estado Democrático de Direito.

Levando-se em consideração a nova lei ambiental, n. 9.605/98, no tocante à fixação da pena, é evidente que o aplicador da lei terá grande dificuldade em aplicá-la, ao menos da forma como se encontra a regra primária e geral erguida no art. 59 do Código Penal. Como seria a análise da conduta social, da personalidade..., o mesmo podendo-se dizer dos incisos inscritos no art. 6º da nova lei ambiental, que nada mais é senão um *plus* do dispositivo legal antes invocado.

As penas possíveis de se aplicar à pessoa jurídica estão descritas na parte geral da nova lei; contudo, os preceitos secundários das normas de tutela do meio ambiente descrevem somente penas que podem ser aplicadas à pessoa humana. Perguntar-se-ia: O juiz, ao aplicar a pena para uma pessoa jurídica, deve desconsiderar o preceito secundário estabelecido naquela norma e buscar, automaticamente, a norma prevista na parte geral? Isso porque não poderia o magistrado aplicar uma pena privativa de liberdade à pessoa jurídica e depois convertê-la em uma pena restritiva de direitos. A busca dessa pena também não feriria o princípio da individualização da pena, deixando ao arbítrio único do juiz escolher a pena dentre as previstas? E resta ainda a dúvida: o tempo da pena

---

<sup>25</sup> TIEDEMANN. *Responsabilidad penal de personas juridicas y empresas en derecho comparado*, p. 33.

restritiva de direitos à pessoa jurídica varia de acordo com o mínimo e o máximo da pena prevista no preceito secundário da norma?

Não obstante essas questões pragmáticas, mais importante que isso é a vulnerabilidade do princípio da personalidade das penas, resultando duvidoso seu caráter de sanção proporcionado e adequado às garantias materiais individuais do Estado Democrático de Direito.

Senão o bastante, a pena de multa e a obrigação de reparação do dano, que, em tese, são as mais indicadas para aplicação, não restaram suficientemente claras. Pela pena de multa, a lei ambiental não aponta um critério de valoração, remetendo ao Código Penal. Entretanto, este é específico para a pessoa física, pois fala em dias-multa. E mais, é sabido que, entre a degradação havida ao meio ambiente e sua efetiva reparação, muito tempo, ou até mesmo anos, pode-se passar. Diante disso, uma pessoa jurídica que cause um dano ambiental e por ele venha a ser condenada corre o risco de ter que cumprir por anos e anos sua pena, isso se a degradação que perpetrar for suscetível de reparação.

Por tais considerações é que se afirma que a lei ambiental, concebida tal como o foi, quebra de vez com a tão sonhada regra da proporcionalidade da pena, verificando-se que melhor seria se o legislador deixasse à esfera civil-administrativa a obrigação de reparar o dano.

Os tipos penais descritos na norma são comuns para pessoas físicas e jurídicas, conquanto as penas não o sejam. A se ver pela energia dessas penas verdadeiramente administrativas, notadamente pela suspensão parcial ou total de atividades e interdição temporária de estabelecimento, obra ou finalidade, são estas desproporcionais com as penas privativas de liberdade e restritivas de direito já tradicionalmente concebidas. Diante dessas colocações não estariam os princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade efetivamente lesados?

Enfim, são questões suscitadas, que apontam a imperfeição técnica legislativa empregada pelo legislador pátrio e que haverão de impedir o pleno uso da norma protetiva ao meio ambiente.

## **7 Culpabilidade e o direito de intervenção**

Outro grande problema trazido pelo modernismo da responsabilidade

penal da pessoa jurídica se dá quanto à aviltação do conceito tradicional e até mesmo do conceito moderno de culpabilidade. “A culpabilidade determina a reprovação, quando presente a consciência da ilicitude. Faltando esta consciência, por erro de proibição invencível, ou, por uma exculpante, não se concretiza a reprovação penal.”<sup>26</sup>

Com o surgimento desta nova criminalidade, envolvendo crimes ambientais, econômicos, de saúde pública, entre outros, além de uma peculiar importância aos denominados crimes de perigo, repensa-se o real papel do Direito Penal, mormente quanto à culpabilidade, entre outros temas. Isso porque o Direito Penal clássico e especificamente a culpabilidade e suas causas de exclusão não resolveram os problemas atuais da criminalidade.

Ao contrário, naquilo que chama o Prof. Hassemer de Direito Penal simbólico, os instrumentos existentes não são aptos contra a criminalidade moderna e, senão o bastante, dispôs-se o Estado a uma imensa produção legislativa, mais repressiva, como v.g. o aumento de penas, impossibilidade de progressão do regime de pena, crime hediondo, os especiais delitos de racismo, motivados pela tutela do bem jurídico honra etc., isto é, proporcionando à sociedade uma reação política, uma reação simbólica, reação em sentido de um gesto, de um símbolo. É o funcionalismo do Direito Penal como tranquilizante; contudo, a longo prazo, a sociedade, de uma forma geral, verificará, ou já verificou, tratar-se apenas de uma reação simbólica.<sup>27</sup>

A criminalidade moderna não é violenta, há a internacionalidade do crime, a profissionalidade e profissionalismo deste.<sup>27</sup> Ainda, há a proteção contra a investigação policial, o despreparo material do Ministério Público enquanto titular do exercício da ação na *persecutio criminis in judicio*, à luz da ausência de conhecimentos técnico-científicos etc., não se verificando sequer a propositura de ações penais, ou, quando esta se verifica, impõe-se a excessiva demora no transcurso do processo, até mesmo pelo sistema atual, geralmente ocasionando-se absolvição ou até mesmo a extinção do *jus puniendi*.

Frente a essas considerações relativas à incapacidade do Direito Penal em solucionar os problemas advindos da moderna criminalidade, o Prof. Hassemer sustenta a necessidade da criação de um “novo Direito”, ao qual denomina Direito de Intervenção.

Para este conceituado professor da Universidade de Frankfurt, temos os grandes problemas de uma sociedade moderna de riscos, e esses problemas

---

<sup>26</sup> CAMARGO. *Culpabilidade e reprovação penal*, p.201

<sup>27</sup> HASSEMER. *Perspectivas de uma moderna política criminal*, p.95.

devem ser minuciosamente observados. Pelo chamado Direito Penal clássico, não os resolveremos, ao contrário, destruiremos os princípios gerais e as garantias deste Direito, hoje elevados ao grau constitucional nos países inseridos como integrantes de um Estado Democrático de Direito. Surge, pois, o Direito de Intervenção, de natureza eminentemente preventiva, onde não se deve falar em culpa e inocência, que possa ter garantias fundamentais menores, materializando-se como um híbrido de Direito Penal, Direito Administrativo e Direito Civil, no tocante à teoria dos atos ilícitos, com elementos de mercado, tornando-se, portanto, um Direito eficiente.

Afastando-se o tradicional Direito Penal clássico como instrumento solucionador desses novos conflitos sociais, também afastada estará a teoria da culpabilidade.

O princípio da culpabilidade moderna decorre da estrutura do Estado Democrático e está baseado não mais numa mera reprovação formal, mas numa demonstração efetiva de que o agente estava capacitado a motivar-se de acordo com a norma porque a norma era adequada a essa motivação.

Um outro aspecto reside em que a culpabilidade hoje é vista sob outro ângulo: não é meramente um princípio de reprovação, não é mais acolhida com o juízo puro e simples de reprovação, mas possui elementos materiais que são fundamentais para este juízo.

É indiscutível que a culpabilidade reflete um conflito social, assim como o delito, e é impossível descartar do campo da culpabilidade exatamente os elementos materiais desse conflito social. E se exige, portanto, para fundamentar-se a culpabilidade, que o agente que vai ser motivado pela norma esteja em condições de defender o bem jurídico, porque só é possível fundamentar a culpabilidade de alguém não só com base na capacidade de motivação da norma mas também na situação concreta, ou seja, se o agente, com base na sua função social, encontrava-se em condições de defender o bem jurídico.

A oportuna lição do prof. Hassemer faz-se impor neste instante, mormente quando assevera que “a moderna dogmática da culpabilidade busca critérios para precisar o conceito de poder geral num campo próximo: nos fins da pena”.<sup>28</sup>

Esse “novo Direito” recebeu do prof. Hassemer o nome de Direito de Intervenção, no qual um dos cerne de sua efetivação é a não-formação do juízo de culpabilidade, para, em seu lugar, destinar maior importância à prevenção.

<sup>28</sup> HASSEMER. *Fundamentos del derecho penal*, p. 290.

É destacada, dessa forma, a ineficiência do denominado Direito Penal clássico e também de seu instituto, a culpabilidade, para a pacificação das relações sociais.

## **8 O Direito Penal comparado**

Analisando-se o presente tema frente aos países historicamente reconhecidos por sua tradição jurídica, Alemanha, Itália e Espanha, estes ainda recuam em admitir em suas legislações a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, conquanto que parte da doutrina assuma que esta tende a ocorrer.

### **8.1 A Alemanha**

Pelo reconhecido avanço que possui a dogmática jurídico-penal alemã, cumpre-se aqui alinhar alguns comentários.

Diz H. Achenbach que o direito alemão desconhece a punibilidade no sentido estrito das empresas, buscando sempre a responsabilização de uma pessoa natural que atua em nome dela.<sup>29</sup> Contudo, o referido autor, após exaurir os pontos controvertidos da aceitação dessa responsabilização com o tradicional Direito Penal, considera ser possível fundamentar, de forma independente, a existência de uma responsabilidade da empresa e de outras associações de pessoas que sirva de base legítima para a imposição de sanções às associações.

### **8.2 A Itália**

A dogmática penal italiana, que até bem pouco tempo serviu de inspiração para muitas legislações, concebeu o Código Rocco, em 1939, manifestação inequívoca do tecnicismo jurídico, mantendo-o até o presente, apenas com algumas modificações, pois não estava voltado para a hoje considerada criminalidade moderna, ao contrário.

Sem prosseguir na escada epistemológica do Direito Penal, diz Vincenzo Militello que também a Itália não conhece a responsabilidade penal da pessoa jurídica, em face da inexistência de diploma normativo que possibilite proceder-se a esta análise, sendo certo que o Código Penal italiano adotou o princípio do

---

<sup>29</sup> SILVA SÁNCHEZ. Responsabilidade penal de las empresas y de sus órganos en derecho español, p.382.

*societas delinquere non potest* de modo rigoroso.<sup>30</sup> Ao final de seu artigo, leciona o professor italiano afirmando a tendência de se criminalizar esta pessoa, contudo havendo uma grande distância até se chegar o momento próprio.

### 8.3 A Espanha

Tal como na Alemanha e na Itália, pelos delitos praticados no âmbito de uma empresa, na Espanha só respondem as pessoas individuais. Contudo, diz Silva Sánchez que uma doutrina dominante percebe a existência de uma necessidade político-criminal de se sancionar diretamente as pessoas jurídicas. Ao mais, as mesmas questões de choque entre as teorias dominantes e essa moderna responsabilização econômica passam a ser uma realidade das nações mais desenvolvidas.<sup>31</sup>

### Conclusão

Atualmente fala-se que o Direito, e especificamente o Direito Penal, está em crise. Essa crise recebe forte carga moral-emocional, tornando-se o Direito penal instrumento de simbolismo e de retórica do discurso pragmático feito pelos governantes, a se ver pelos últimos diplomas normativos, mormente da responsabilidade penal da pessoa jurídica e do controle penal da saúde pública em face da falsificação de remédios.

Choca-se essa intervenção com os modernos conceitos trazidos pela criminologia e pela dogmática penal, já que ambas acenam contra o excesso de prisão. Em decorrência dessa concepção, surgem alguns movimentos, como por exemplo o do abolicionismo crítico, radical em si, preconizando o afastamento do Direito Penal na solução dos conflitos sociais, buscando-se, em vez do *ius puniendi*, a solução consensual. Bem menos radical é a teoria do garantismo, que em seu seio não prega uma diminuição do *ius puniendi*, mas apenas a obediência cega às garantias formais postas à disposição dos cidadãos.

A Lei 9.605/98, que instituiu a responsabilização penal da pessoa jurídica, trouxe ao cenário nacional questões de debate já conhecidas na Europa. Tutela a citada lei o meio ambiente, tema das mais árduas e sérias preocupações dos povos.

---

<sup>30</sup> SILVA SÁNCHEZ. Responsabilidade penal de las empresas y de sus órganos en derecho español, p.413.

<sup>31</sup> SILVA SÁNCHEZ. Responsabilidade penal de las empresas y de sus órganos en derecho español, p. 357.

Elevado a categoria constitucional, reforçou-se definitivamente o tema meio ambiente como bem jurídico penal, decorrendo daí a necessidade de se proceder ao estudo do tema bem jurídico frente à realidade brasileira atual, buscando-se no direito comparado novas acepções.

Na análise da defesa do meio ambiente, vê-se um conjunto de instrumentos de tutela urgentes postos à disposição do operador do Direito, como os arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, entre outros. Entretanto, a prestação jurisdicional rápida trazida pelo processo civil não foi suficiente para convencer os políticos pragmáticos, vez que estes imputaram às pessoas jurídicas capacidade penal. Importante ressaltar que, pelo que ordinariamente acontece, a sentença penal será prolatada após os provimentos jurisdicionais de urgência prolatados na esfera cível. A probabilidade de ser utilizada a “prova emprestada” do processo civil no processo penal é grande; caso contrário, as mesmas teriam que ser reeditadas, e é de conhecimento que o Ministério Público não tem condições de produzi-las, tendo em vista os grandes custos financeiros que as norteiam; e, por fim, servindo-se mais uma vez das regras de experiência, o momento em que for prolatada a sentença condenatória não terá o condão de pôr em prática as concepções trazidas pelas modernas teorias de prevenção.

Essa inovação legislativa alterou drasticamente os conceitos tradicionais inerentes ao Direito Penal, como v.g. o da ação, da culpabilidade, das teorias da pena etc.

Diz-se que a pessoa jurídica não é motivável, pois não pode receber a ameaça da lei. Os que podem ser motivados são os administradores das empresas, seres humanos que atuam em nome da sociedade.

As pessoas jurídicas não praticam ação no sentido de uma ação final. Por não praticarem ação, a fundamental teoria da imputação objetiva fica prejudicada de adoção, tal como posto no sistema brasileiro.

Ainda, a teoria geral do delito baseia-se no comportamento de um ser humano e não é aplicável aos entes sociais e coletivos.

Igualmente, a pena é endereçada ao ser humano, tendo finalidade de prevenção geral e especial, positiva e negativa, e, mais uma vez, tal como posto no ordenamento, acrescentando-se ainda a sua má redação, surgem fortes dúvidas acerca de sua aplicação, sendo necessária a realização de um mirabolante raciocínio por parte do aplicador do Direito.

Diante de tão severas críticas, para a perfeita incriminação da pessoa jurídica é imperiosa a criação de um microsistema, tal como já o fora concebido quando da tutela do meio ambiente no âmbito extrapenal. Acerca desse *sistema*,

visando-se tornar o Direito Penal instrumento solucionador de grandes conflitos trazidos pela modernidade, concebeu-se o denominado sistema funcionalista de Direito Penal, justamente com a missão de solucionar esses conflitos modernos.

Um sistema que traduza um novo conceito de ação, de imputação objetiva, de culpabilidade e de pena, ou melhor, como defende o prof. Hassemer, a criação de um novo Direito, ungido de forma híbrida, com elementos do Direito Penal, do Direito Civil, no tocante à teoria dos atos ilícitos, do Direito Administrativo e, por fim, de elementos do mercado de capitais, em que a culpabilidade, tal como a conhecemos, estaria afastada, dando margem inclusive à possibilidade de obtenção de provas obtidas à margem do sistema constitucional, pois o que de fato importa é a instrumentalização dos meios preventivos de impedimento da ocorrência do crime.

A pena, como tema principal do Direito Penal, nesta lei foi mal cuidada, surgindo dúvidas quanto à sua aplicabilidade e quanto à sua proporcionalidade, a se ver pela pena de multa, de reparação do dano etc.

O problema da responsabilidade penal da pessoa jurídica deve ser repensado, como também deve ser repensada toda a dogmática jurídica penal; caso contrário, essa responsabilização penal não logrará aceitação e efetividade no Direito, havendo de se aperceber, num espaço mínimo de tempo, o discurso demagógico dos governantes em possibilitar aos povos maior segurança pública.

### Referências Bibliográficas

ACHENBACH, H. *Fundamentos de un sistema europeo dei derecho penal*. Barcelona: José Maria Bosch, 1995.

CAMARGO, A.L. Chaves. *Culpabilidade e reprovação penal*. São Paulo: Saraiva Sugestões Literárias, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoria do garantismo penal*. 23. ed. Madrid: Trotta, 1997. Tradução: Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantanero Bandrés.

FERRI, Emico. *Princípios de direito criminal*. Campinas: Bookseller, 1996. Tradução: Paolo Capitanio.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos dei derecho penal*. Madrid: Bosch, 1984. Tradução: Francisco Mufioz Conde e Luis Arrayo Zapatero

— História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 36-71. abr./jun. 1994.

\_\_\_\_\_. *Perspectivas de uma moderna política criminal: três temas de direito penal*. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

JAÉN VALLEJO, Manuel. *El concepto de acción en la dogmática penal*. Madrid: Colex, 1994.

JAKOBS, Gunther. *Derecho penal: parte general, fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1995. Tradução: Joaquim Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzales de Murillo.

\_\_\_\_\_. Sociedad, norma, persona en una teoría de um derecho penal funcional. *Cuadernos de Conferencias y Artículos*, Universidad Externado de Colombia; Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, n. 13, 1996.

MILIETELLO, Vincenzo. La responsabilidad jurídico-penal de la empresa y de sus órganos en Itália. In: SILVA SANCHES, Jesus Maria; SCHÜNEMANN, Bernd; DIAS, José de Figueiredo (coord.) *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: José Maria Bosch, 1995.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Centro de Investigación de Derecho Penal, 1996. Colección de Estudios, n. 70. Tradução: Manuel Cancio Meliá.

SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno dei derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991. Tradução: Jesús Maria Silva Sanchez

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al derecho penal contemporáneo. Barcelona: Bosch, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; SHÜNEMANN, Bernd; DIAS, José de Figueiredo (coord.) *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1995.

TIEDMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 36, 1995.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de derecho penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1993.