



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Seção: Artigos de Graduação

Responsabilidade administrativa da pessoa jurídica, Direito Penal para que?

Administrative liability of legal entities, Criminal Law for what?

João Otávio Torelli Pinto

Resumo: O presente artigo visa analisar o uso da complementação administrativa na responsabilização criminal da pessoa jurídica, de forma a questionar se o Direito Penal seria a melhor via de aplicação. Foi utilizado como marco legal a Lei 9605/98. Verificou-se que a atual complementação administrativa nos delitos ambientais não é compatível com o Direito Penal brasileiro, entre outros motivos por ferir o princípio da legalidade nessa seara. Por fim constata-se a necessidade de melhor desenvolver a via administrativa como forma de se responsabilização da pessoa jurídica.

Palavras-chave: direito penal ambiental; responsabilidade da pessoa jurídica; direito administrativo sancionador.

Agência de Fomento: Fundação de Amparo e Apoio à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP.

Abstract: This article aims to analyze the use of complementation in administrative criminal liability of legal entities, questioning whether the criminal law would be the best route of application. As a legal framework was used to Law 9605/98. In result of the research, the current administrative complementation in environmental offenses is not compatible with the Brazilian Penal Law, among other reasons for violating the principle of legality. Finally it is noted the need to further develop the administrative as a means of accountability of the corporation.

Keywords: environmental criminal law; corporate responsibility; administrative law sanctioner.

Financing Agency: Foundation and Research Support of the State of São Paulo - FAPESP.

Disponível no URL: www.direitorp.usp.br (seção periódicos)

Artigo submetido em: setembro de 2013

Aprovado em: outubro de 2013

RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DA PESSOA JURÍDICA, DIREITO PENAL PARA QUE?

João Otávio Torelli PINTO*

Sumário: 1 Introdução; 2 Responsabilidade administrativa por dano ambiental; 3 Responsabilidade penal ambiental – vantagens e desvantagens; 3.1 Complementação administrativa dos tipos penais; 3.2 Direito Penal simbólico; 4 Reestruturação do direito administrativo; 5 Conclusão; 6 Referências bibliográficas.

1 Introdução

Na tentativa de se obter efeitos não manifestos pela norma, o Direito Penal brasileiro passa a atuar em grande parte apenas em sua via simbólica, conforme Costa (2010, p. 109), e se utiliza da via da prevenção geral, sem que exista a possibilidade de aplicação concreta da mesma (prevenção especial). Duarte (2009), sobre esse ponto, considera que o Direito Penal na “fama de ser rigoroso demais” quando aplicado, pelo excesso de simbolismos, não seria efetivo, esvaziando-se.

Nesse contexto se insere a responsabilização criminal da pessoa jurídica, especificamente no âmbito do Direito Ambiental com a criação da Lei 9605/98, que veio a regulamentar o artigo 225, § 3º da Constituição Federal. Responsabilização que, segundo Dotti (1995, p. 85-207) enfrenta diversas dificuldades que colocam em dúvida sua aplicabilidade e eficiência. Dentre elas há problemas como a dificuldade de investigar e individualizar as condutas, especificamente no âmbito empresarial (CONSTANTINO, 2001, p. 15).

Shecaira (1998, p. 88) levanta ainda outras questões como a de se aplicar a culpabilidade em relação à pessoa jurídica, ou seja, sofreria esta reprovabilidade social ou não. O autor aborda também se tal responsabilização infringiria o princípio da personalidade das penas de modo a atingir uma coletividade de pessoas envolvidas direta ou indiretamente com a pessoa jurídica.

Assim, se visa discutir especificamente a possibilidade de utilização do Direito Administrativo na complementação dos tipos penais¹ em matéria ambiental frente ao princípio da estrita legalidade penal.

* *Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/ USP), conclusão 2014. Desenvolveu pesquisa de Iniciação Científica na área de Direito Penal Ambiental pela FDRP/USP vinculado à FAPESPE.*

¹ A Lei 9605/98, ao estabelecer a responsabilidade penal em matéria ambiental, se utilizada de tipos penais abertos, que fazem remissão à dispositivos administrativos como forma de complementar e possibilitar a aplicação da norma na seara penal.

O Direito Penal, que deveria ser a *ultima ratio* na proteção de tais direitos, assume cada vez mais a função administrativa, e faz uso de uma função meramente simbólica frente à satisfação da sociedade (COSTA, 2010, p. 23).

A pena aplicada à pessoa jurídica, por sua vez, também perde em muitos casos sua função, na medida em que se restringem a penas de multa ou advertência (SHECARIA, 1998, p. 108), semelhantes as sanções administrativas. Fato que leva à mesma indagação apresentada por Costa (2010, p. 184): a reestruturação do Direito Administrativo, em seu aspecto sancionador, seria mais adequada que o uso do Direito Penal?

Nesse estudo, portanto foi utilizado o método teórico, com o uso de processos dialéticos, discursivos e argumentativos. E como marco legal a Lei 9605/98, que trata dos crimes ambientais e da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

2 Responsabilidade administrativa por dano ambiental

Antes de iniciar a discussão em torno da complementação administrativa nos delitos ambientais, faz-se necessário definir o que é infração ambiental e apresentar os dispositivos legais. A Lei 9605/98, em seu artigo 70, define o que é infração ambiental:

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

Conceito legal este amplo, que abre caminho para criação de condutas proibidas por meio de decretos,² regulamento e resoluções. Tal abertura pode ser entendida como uma violação ao princípio da legalidade, pois a lei não é objetiva o suficiente. Não define condutas específicas, nem suas respectivas sanções e ocorre que a maior parte das condutas descritas nas infrações administrativas é mera cópia das condutas previstas como infração penal pela Lei 9605/98 (COSTA, 2010, p. 177).

Entretanto, no Direito Administrativo temos a definição de infração diversa da do Direito Penal. Naquele, a infração é tida como um comportamento típico e antijurídico, todavia a tipicidade a antijuridicidade são vistas de formas diferentes às do Direito Penal: a primeira é tida de modo mais relativo e mais formal (a mera inobservância à norma já a configura); a segunda não é tema de grande estudo pelos administrativistas e a culpabilidade não é considerada (COSTA, 2010, p. 177).

Essas diferenças para com o Direito Penal, por si só, não significa estar-se diante de uma via mais branda em face às infrações ambientais. Devido à sua estrutura (mais flexível que a do ilícito penal) permite uma maior aplicabilidade, principalmente quando relacionado às

² As infrações administrativas em espécie (em relação ao meio ambiente) são reguladas pelo Decreto 6514/2008 (regulamento da Lei 9605/98).

infrações ambientais cometidas por pessoas jurídicas (não se aplica, entre outras coisas, o princípio da culpabilidade).³

Não bastasse isso, a atividade administrativa na seara ambiental deve ser vista como limitada (COSTA, 2010, p. 172), ou seja, com seus limites de exercício na lei (exercício do poder de polícia), assim, deve o poder de polícia se subordinar ao princípio da legalidade e ao interesse público, conforme o artigo 78 do Código Tributário Nacional⁴ que conceitua a matéria.

Além de tal dispositivo legal, a doutrina, segundo Mello (2002, p. 697), também apresenta conceitos do poder de polícia, que se divide em dois tipos: o poder de polícia em sentido amplo (atos do Legislativo e do Executivo) e em sentido estrito (intervenções do Poder Executivo). Poder este que se apresenta como importante instrumento para a preservação e repressão ao dano ambiental (ANTUNES, 1990, p. 33).

Para Antunes (1990, p. 34) tais medidas, assim como quaisquer outras medidas administrativas, devem sempre ser respeitadas as bases impostas pela Constituição, presentes em seu artigo 37 (princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade etc.), a fim do Direito Administrativo atuar em sua função preventiva (limita e restringe direitos) e repressiva (sanciona a desobediência à norma). Como exemplo de instrumentos utilizados pelo Direito Administrativo no âmbito ambiental, pode-se citar, o estudo de impacto ambiental, políticas de manejo ou gestão, delimitação de áreas protegidas etc. (COSTA, 2010, p. 173)

Para a concretização de tais medidas, o Direito Ambiental conta com a estrutura do SISNAMA⁵ – Sistema Nacional do Meio Ambiente (Lei 6938/81), com sua estrutura elencada no artigo 3º do Decreto N. 99.274, já os princípios e objetivos⁶ da Política Nacional do Meio Ambiente elencados na Lei 6938/81.

Estrutura ambiental essa voltada, em especial, para aspectos administrativos (prevenção e repressão de delitos administrativos), pois o uso de tal via está atrelado à baixa reprovabilidade social dos crimes ambientais, fato que leva a via de sua repressão (preferência

³ O uso da culpabilidade para a pessoa jurídica apresenta forte entrave na responsabilidade penal, visto não ser possível a utilização da responsabilidade objetiva seja para com as pessoas físicas, seja para com as pessoas jurídicas.

⁴ Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966: Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 28.12.1966)

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

⁵ Rede articulada de entes, estruturas controlado pelo CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente, conforme Silva (2010, p. 226).

⁶ Entre os objetivos e princípios tem-se a educação ambiental, importante via de conscientização da proteção do meio ambiente (ideia de consciência e responsabilidade de todos nessa proteção).

ao uso do Direito Administrativo, que ao uso do Direito Penal), conforme Sá e Shecaira (2008, p. 197-215). Tal fato ocorre, entre outros fatores, por ocasião de a criminalidade moderna⁷ apresentar ausência de vítimas individuais (SÁ; SHECAIRA, 2008, p. 197-215).

Como via alternativa a baixa reprovabilidade social, tem-se o direito administrativo sancionador, capaz de atuar na esfera ambiental em vez do Direito Penal. Ramo este do Direito que melhor se adequa⁸ à realidade ambiental, que tem a necessidade de um sistema mais flexível às mudanças ambientais e econômicas, além de mais condizente com a realidade empresarial. Sua melhor aplicação em relação à pessoa jurídica ficará mais clara nos próximos tópicos.

Como mais uma característica das sanções administrativas em matéria ambiental tem-se que os valores arrecadados administrativamente, no atual sistema brasileiro, são destinados a um Fundo (Fundo de Defesa dos Direitos Difusos – FDD⁹), conforme artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública, que visa à reparação do dano (SILVA, 2010, p. 319). Dessa forma, a utilização do Direito Administrativo em casos de danos ambientais apresenta-se como meio preventivo e repressivo. Capaz de se aplicar tanto em relação às pessoas físicas, quanto em relação às pessoas jurídicas.

Por fim, é essencial para a aplicação de qualquer sanção administrativa, o respeito as garantias e direitos constitucionais e processuais (SILVA, 2010, p. 305-306). Deste modo, deve-se pensar em um processo administrativo condizente com a realidade administrativa mais gravosa, capaz de fornecer todas as garantias processuais necessárias (SOUZA, 2012, p. 153).

3 Responsabilidade penal ambiental - vantagens e desvantagens

Diversos são os pontos a serem enfrentados quando se está diante do Direito Penal Ambiental. Um deles é a utilização da técnica das normas penais em branco, que em certas hipóteses pode gerar ofensa ao princípio da legalidade dos delitos e das penas (PRADO, 2009, p. 83). Nesse contexto, o Direito Administrativo desempenha importante papel, pois além da complementação normativa dos tipos penais ambientais, que, segundo Prado (2009, p. 86-87), é uma forma de dar unidade ao sistema, cumpre a tarefa de proteção do bem jurídico ambiental.

Porém, quando tanto os ilícitos penais, quanto os ilícitos administrativos incidem sobre o mesmo fato, mesmo agente e com igual fundamentação jurídica, viola-se o princípio do *ne bis in idem* (PRADO, 2009, p. 88-89), ou seja, as condutas previstas na Lei 9605/98 em sua maioria

⁷ Criminalidade moderna entendida aqui como crimes econômicos e ambientais.

⁸ A adoção da via penal ou administrativa não tem como base o bem jurídico a ser protegido, mas sim um critério de conveniência política e eficácia social (em muitos casos, as sanções administrativas se mostram mais gravosas que as próprias sanções penais, conforme Sá e Shecaira (2008, p. 197-225).

⁹ Conforme site: <http://portal.mj.gov.br/cfdd/>, visualizado em 27/10/2013.

apresentam condutas administrativas correspondentes.¹⁰ Assim, uma mesma conduta pode ser penalizada administrativamente e penalmente.¹¹

Situação essa que tende a reforçar a ideia meramente simbólica do ramo penal, frente a condutas que poderiam ser sancionadas de forma mais eficaz por outras áreas do direito, caso houvesse mecanismos eficientes de controle e fiscalização (PRADO, 2009, p. 91).

Especificamente em relação à legislação ambiental, diversas são as críticas feitas, como as referentes à parte referente à responsabilização criminal da pessoa jurídica, além das acima já referidas. A primeira, elencada por Gomes (1999, p. 35-41), se refere à possibilidade de se aplicar a culpabilidade em relação ao ente coletivo.

Em decorrência de a pessoa jurídica não ser capaz de ter consciência, não há como auferir sua culpabilidade. Em posicionamento diverso, Tiedemann (1995, p. 21) entende que haveria a possibilidade de se aplicar a culpabilidade social à empresa, baseada na consciência social. O que possibilitaria sua responsabilização por meio do Direito Penal.¹² Sem se excluir a responsabilidade das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, por meio do uso da coautoria necessária entre agente individual e coletividade, posicionamento este apresentado por Shecaira (1998, p. 127).

Uma segunda crítica faz relação com as penas aplicáveis à pessoa jurídica. A Lei 9605/98, em 32 dos 62 delitos nela previstos, se utiliza de delitos de bagatela¹³, fadados à prescrição (PRADO, 2010, p. 40). Dessa forma, Luisi (2010, p. 42) critica a lei por violar os princípios básicos do Direito Penal ao alargá-lo indiscriminadamente, e por ferir o princípio da intervenção penal mínima.

Não só isso. De acordo com Breda (2010, p. 292), a responsabilidade penal da pessoa jurídica colide com as formas de sucessão e transformação societária, ou seja, não há como cindir a sanção penal entre duas empresas que venham a se separar, ou mesmo aplicá-la ao novo ente jurídico formado pela fusão ou incorporação. Pois não se pode imputar a responsabilidade penal a terceiros que não tenham minimamente participado do ato delitivo, violar-se-ia o princípio da pessoalidade da pena.

¹⁰ No mesmo sentido se posiciona Caldeira (2012, p. 327-356).

¹¹ Sobre a dupla imputação na responsabilidade penal ambiental consultar Freitas V. e Freitas G. (2001, p. 304).

¹² Tiedemann baseia seu posicionamento na Lei 9605/98 que estaria a consagrar os ditames constitucionais ao proporcionar a responsabilidade penal, administrativa e civil em relação ao meio ambiente.

¹³ Entende-se por delitos de bagatelas àqueles cujas penas não ultrapassam 4 (quatro anos) e por isso se sujeitam ao trâmite dos Juizados Especiais Criminais – JECRIM. Tais delitos por responsabilizarem pequenos infratores, não são aptos a evitar grandes agressões ao meio ambiente (em especial às realizadas por pessoas jurídicas. Como exemplo na Lei 9605/98: Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa; Art. 33. Provocar, pela emissão de efluentes ou carreamento de materiais, o perecimento de espécimes da fauna aquática existentes em rios, lagos, açudes, lagoas, baías ou águas jurisdicionais brasileiras: Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas cumulativamente.

Além disso, a legislação ambiental conta com diversas outras dificuldades em sua execução como a falta de consciência e educação das pessoas, pouca credibilidade dos órgãos ambientais e do Poder Judiciário, sistema de fiscalização ineficiente entre outros (LEMOS, 2002, p. 104). Nas infrações penais do meio ambiente, o agente normalmente é punido não por praticar um ato ou atividade danosa ao meio ambiente, mas por não ter obtido autorização para a realização de tal atividade, pune-se penalmente por atos de mera infração administrativa.

A lei prevê, ainda, três modalidades de pena: a multa,¹⁴ as restritivas de direitos (artigo 22) e a prestação de serviços à comunidade (artigo 23). Em relação à primeira, a lei apenas remete ao Código Penal (artigo 18), e faz referência ao sistema de dias multa, sem, contudo, fazer qualquer adaptação à pessoa jurídica. Com isso, a pena de multa, se torna pouco adequada, uma vez que, a depender do tamanho da empresa em análise, o sistema de dias multa torna a multa final irrisória em relação à proporção do dano ambiental.

Para além das penas aplicadas à pessoa jurídica, também se discute a responsabilização de seus dirigentes,¹⁵ independentemente de terem praticado de forma direta a conduta delitiva. Para Tavares (2012, p. 9-11) a responsabilidade seria estritamente pessoal, atribuída ao indivíduo que tenha agido de forma relevante para aquele resultado (insuficiente a mera desobediência de normas).¹⁶

Não se poderia vislumbrar, também, nos dizeres de Prado (2009, p. 112), a responsabilização dos dirigentes em decorrência do risco da atividade empresarial por si só, pois existe a dificuldade de concretização da norma penal com o uso de crimes de perigo (problema em se identificar quando o bem jurídico ambiental foi atingido), em especial com o uso de crimes de perigo abstrato.¹⁷

Crimes estes que não se coadunam com o ordenamento, pois, no Direito Penal brasileiro, vige a culpabilidade como requisito necessário à configuração do crime, além de a Constituição Federal ter estabelecido o princípio da presunção de inocência do acusado por uma prática delituosa (COSTA, 2010, p. 34).

Costa (2010, p. 82-83) completa ainda, que ao se visar um Direito Penal mínimo, não se pode utilizar a figura dos crimes de perigo abstrato, situação que se aplica tanto para com as pessoas físicas, quanto para com as pessoas jurídicas, cujas atividades podem ser inviabilizadas em

¹⁴ A crítica à pena de multa aplicável à pessoa jurídica é feita apenas em relação a sua forma de aplicação (sistema de dias multa), não cabe aqui questionar a destinação dos valores arrecadados com essa pena (valores revertidos em benefício do Fundo Nacional do Meio Ambiente (Lei 7.797/89).

¹⁵ A Lei 9605/98, em seu art. 2º traz a seguinte redação: “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).

¹⁶ Impossível de se utilizar a responsabilidade objetiva dos dirigentes do ente coletivo em matéria penal.

¹⁷ No mesmo sentido do autor citado tem-se Costa (2010, p. 34).

decorrência de um aumento significativo do risco decorrente desses crimes. Segundo Silveira (2006, p. 74 e ss.) deve haver reprovação concernente tanto à ação, quanto ao resultado, para se aplicar tais delitos,¹⁸ de modo a distinguir da mera desobediência.

Por fim, outro ponto falho de nossa legislação foi o de responsabilizar apenas as pessoas jurídicas, pois se exclui da responsabilidade penal as sociedades de fato, irregulares, sem registro etc.

Os problemas mencionados são agravados na medida em que o ordenamento penal, processual e constitucional está voltado para as pessoas naturais e se faz necessário à criação de um sistema ou microsistema específico para tais casos, abarcando também regras processuais próprias (PRADO; DOTTI, 2010, p. 149).

3.1 Complementação administrativa dos tipos penais

Fato que se observa na Lei 9605/98 é que constantemente seus tipos penais são complementados por normas administrativas (COSTA, 2010, p. 78). Contudo, essa complementação traz alguns problemas, entre eles o de ferir o princípio da legalidade, pois, para tal princípio não basta o simples informar que determinada conduta é proibida. É necessário também que o tipo penal ou administrativo sirva como limite à política criminal.

Como exemplo tem-se o uso de normas penais em branco e de tipos penais subsidiários de normas administrativas. Ambas as técnicas utilizadas para gerar mais mobilidade ao sistema normativo (sem a necessidade de alterações constantes). Entretanto, como aponta Shecaira (1998, p. 141), esse uso apresenta dificuldades em sua utilização quando passa a gerar indeterminação na aplicação da norma penal (lesão ao princípio da legalidade).

Milaré e Costa Jr. (2002, p. 35) colocam que tal técnica legislativa, apesar de viável em diversas áreas como o Direito Civil e o próprio Direito Administrativo, devido à maior flexibilidade que gera no sistema, no Direito Penal se torna um óbice, pois este deve ter suas normas de forma completa e autônoma, evitando a remissão a outras regras do ordenamento.

Costa (2010, p. 18-19), nessa linha, apresenta que a complementação administrativa em relação aos delitos ambientais se faz necessária ainda que criticável, pois se privilegiaria a unidade do sistema, uma vez que o Direito Penal não conseguiria contemplar todos os detalhes em sua estrutura típica. Entretanto, entende que a atual utilização do Direito Administrativo (acessoriedade administrativa), especificamente na complementação de tipos penais ambientais, apresenta problemas de difícil superação.

Barandier (2012, p. 14-15) expõe tal visão, ao entender que a Lei 9.605/1998 merece diversas críticas pelo fato de se utilizar grande número de normas penais em branco, tipos abertos e problemas em relação a complementação administrativa, mesmo ao inovar em relação a

¹⁸ Impossível de se utilizar a responsabilidade objetiva dos dirigentes do ente coletivo em matéria penal.

responsabilidade penal da pessoa jurídica, não o fez de forma compatível com o restante do ordenamento.

Além disso, o Direito Administrativo se mostra mais flexível que o Direito Penal, pois utiliza conceitos indeterminados e faz uso de maior discricionariedade. Fato que, na complementação dos tipos penais, resulta em um alto grau de incerteza quanto à aplicação da norma (COSTA, 2010, p. 81).

A complementação administrativa, além da dificuldade de aplicabilidade no caso concreto, gera também forte insegurança aos usuários da norma. Referindo-se aqui, especificamente às pessoas jurídicas, que pela natureza de suas atividades as coloca em posição de potencial risco de cometer um ilícito ambiental, ao não possibilitar a prevenção de ações de forma correta frente a uma incerteza de interpretações e complementações¹⁹ por meio do Direito Administrativo (COSTA, 2010, p. 82-83).

3.2 Direito penal simbólico

Feitas as considerações quanto ao uso complementar do Direito Administrativo em relação ao Direito Penal Ambiental, uma breve explanação do uso simbólico dessas normas se faz necessário para melhor entendimento da matéria.

Assim, o Direito Penal Simbólico, quando aplicado de forma exacerbada pode gerar efeitos indesejados. Segundo Carvalho É. e Carvalho G. (2010, p. 243) seu uso, em decorrência de exigências político-criminais (celeridade e eficácia), frente à sociedade de risco, funciona como agravante para a crise do Direito Penal Moderno e desnatura cada vez mais a essência do instituto penal (fundamentalmente garantista).

Segundo Costa (2010, p. 110), o simbolismo penal é utilizado para fazer referência à reprovação ao uso do Direito Penal como instrumento ilegítimo na criminalização e se obter um efeito meramente ilusório e não instrumental. Para se entender essa ideia de direito simbólico, é preciso ter em mente que o Direito Penal é um fenômeno comunicativo, e este fenômeno está presente em todas as normas, já o simbolismo está presente apenas em algumas que buscam obter efeitos não manifestos, ou seja, quando o texto de lei se torna mais importante que a conduta por ele prevista (COSTA, 2010, p. 113-114).

Algumas características podem ser elencadas em relação ao Direito Penal Simbólico, ao se considerar o caráter simbólico superior ao caráter instrumental da norma. A primeira delas é a não efetividade, característica não exclusiva dessas normas. Essa não efetividade deve ser

¹⁹ Importante ressaltar nesse ponto, que o uso exclusivo do Direito Administrativo, por si só não é capaz de acabar com a insegurança jurídica, pois é necessário que os tipos administrativos sejam claros e específicos. Não se pode criar normas administrativas de natureza infra legal (hoje se tem o Decreto 6514/08). É essencial um sistema com tipos administrativos completos, ou com padrões mínimos de condutas, que possibilite a atuação dos entes coletivos com maior segurança jurídica.

entendida como a “incapacidade estrutural da norma penal simbólica de produzir resultados instrumentais manifestos” (COSTA, 2010, p. 118).

Outra característica do simbolismo é atuar sobre o comportamento social, porém, o meio utilizado para isso não é a conduta que a norma visa supostamente tutelar, mas meios indiretos, como a via da prevenção geral, indução de políticas públicas, etc. (COSTA, 2010, p. 119).

Diversos são os fatores que podem dar ensejo a uma norma penal simbólica, dentre eles a pressão pública, situações de crise, interesses eleitorais etc. Todos esses casos fadados a gerar um fracasso legislativo, visto que, aos olhos da sociedade, o Estado se mostra eficiente e atuante, mas não efetivo (COSTA, 2010, p. 120).

A pergunta que se deve fazer é se o Direito Penal, na seara ambiental, ao atuar como simbólico é suficiente para gerar consciência ecológica na população, capaz de alterar comportamentos. E, além disso, o Direito Penal Ambiental serve para esse fim? Não seria o caso de se utilizar outras políticas públicas nessa área, como incentivos econômicos?

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

Contudo, há defesa para a utilização do Direito Penal Simbólico, no sentido de que a sociedade muitas vezes busca a sensação de segurança maior do que a realidade da insegurança. Por meio disso, o simbolismo penal atenderia a necessidade de proporcionar a sensação de segurança, além de servir como uma função pedagógica (LLADÓS; PETIT, 2013).

Da mesma forma como Costa (2010, p. 133), não se entende ser nenhuma das justificativas apresentadas suficientes para se fazer uso do Direito Penal Simbólico, pois nenhuma delas é aceitável em um Estado Democrático de Direito, na medida que a atuação de Direito Penal, mesmo que simbólico, gera um efeito devastador na esfera do cidadão que se vê submetido ao um processo criminal.

Em longo prazo, o efeito da lei simbólica²⁰ é ainda pior, pois, além de não efetiva em relação à solução dos problemas que supostamente deveria resolver, mostra-se como um empecilho à construção de caminhos mais adequados à solução do problema (incentivo a certificações

²⁰ A crítica não se faz em relação a todos os efeitos da norma penal simbólica, pois seu uso é característica nata de tal instituto, que detém forte apelo social em sua atuação. O que se pretende é comprovar que o uso indiscriminado de seu efeito simbólico é pouco eficaz ao se reduzir a credibilidade do Direito Penal. Conforme posicionamentos de: Scalcon (2013, p. 06-07); Silveira (2003, p. 173).

ambientais; conscientização dos consumidores; tematização de formas de produção e de consumo; etc.), além do descrédito em relação às medidas penais (LLADÓS; PETIT, 2013).

4 Reestruturação do direito administrativo

A utilização do duplo sistema sancionador, ou seja, a utilização do Direito Administrativo conjuntamente com o Direito Penal acarreta diversos questionamentos, entre eles o da dupla imposição de sanções pelo mesmo fato (COSTA, 2010, p. 184). A solução, entretanto, não é a de que todos os delitos penais ambientais sejam automaticamente revertidos em sanções administrativas²¹, mas sim uma formulação por completo de um novo sistema sancionador, capaz de atender as peculiaridades que o Direito Ambiental requer (COSTA, 2010, p. 186).

O sistema administrativo, isoladamente, também não é suficiente como sistema de prevenção das infrações ambientais, pois se faz necessário o uso de outros meios mais voltados às políticas públicas, como o investimento em educação, conscientização, investimentos em atividades ambientalmente sustentáveis, maior fiscalização etc. (COSTA, 2010, p. 187). Além da atuação complementar de outros ramos jurídicos como o Direito Civil na reparação dos danos e o Direito Penal como última via, em relação às infrações cometidas por pessoas físicas.

Para a implementação de um novo sistema administrativo (em especial em seu aspecto sancionador) algumas mudanças são necessárias, como o maior grau de certeza em relação à interpretação das normas ambientais (aumenta-se o grau de certeza jurídica) (COSTA, 2010, p. 189-192).

A reestruturação de questões de ordem processual também se fazem necessárias, pois o Processo Penal enfrenta diversas dificuldades de aplicação aos entes coletivos. Dentre elas tem-se o problema de a quem se dirigir os atos processuais, quem será interrogado, como entender a confissão, à revelia, competência, interesse e legitimidade para recorrer, suspensão condicional do processo, etc. (MOREIRA, 2010, p. 327).

O ilícito administrativo, por sua vez, apresenta algumas diferenças em relação ao ilícito penal, pois este necessita de diversos elementos para se concretizar como o elemento da dignidade penal (justiça – lesão ou colocação de perigo de um bem jurídico penal -, e adequação aos fins – viabilidade do meio) (COSTA, 2010, p. 203).

Já o ilícito administrativo é mais flexível, porém também apresenta limites em sua utilização (limites formais e materiais – interesse coletivo na proteção do meio ambiente). Não é possível sancionar uma conduta apenas por cumprimento aos requisitos formais. A diferença de utilização do Direito Administrativo para com o Direito Penal não se reduz apenas às sanções, pois o Direito Administrativo se mostra mais amplo em relação a elas, fato que pode resultar como mais gravoso que o Direito Penal (COSTA, 2010, p. 204).

²¹ Situação essa já exposta nesse artigo, ao se ressaltar que ilícitos penais e administrativos, na seara ambiental, incidem sobre o mesmo fato.

No uso do Direito Administrativo, como possa parecer, não há a exclusão total dos direitos e garantias presentes no Direito Penal, pois a maioria delas está prevista constitucionalmente, e incidem a todos os indivíduos, além das garantias materiais e processuais já previstas em nosso ordenamento (artigo 5º, II, X, XI, XII, XXXIII, XXXV, LIII, LIV, LV, artigo 37 da CF/88). O que se retira são entraves que impossibilitam a utilização do Direito Penal para entes coletivos (COSTA, 2010, p. 215).

Ponto importante também se faz em relação à competência legislativa para a criação dos ilícitos e sanções administrativas. Prevista em nossa Constituição como concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, de modo a ser mais flexível e atender a peculiaridades ambientais locais (COSTA, 2010, p. 221).

Já em relação ao uso da culpabilidade ao ente coletivo (ponto controvertido no Direito Penal), para o Direito Administrativo esta discussão não se aplicaria. Costa (2010, p. 224) coloca que para a responsabilização das pessoas jurídicas não haveria problema em se utilizar a responsabilidade objetiva (salvo casos de sanções extremamente gravosas a empresa, como o seu fechamento), somente para as pessoas físicas é que a responsabilidade deverá ser subjetiva. Posicionamento esse que se destaca por assemelhar-se à responsabilidade civil por dano ambiental, que favorece o caráter preventivo da norma.

A antijuridicidade deve ser parte integrante do Direito Administrativo, pois não se pode sancionar uma conduta autorizada por lei. Porém o Direito Civil pode ser aplicado, pois seu intuito é a reparação ambiental. Independentemente do cometimento ou não de uma infração administrativa ou penal, a responsabilidade civil incidirá (COSTA, 2010, p. 225). Também tem-se outros elementos essenciais para a utilização de um Direito Administrativo Sancionador, como a censurabilidade da conduta, além do princípio da insignificância, prazo prescricional (atualmente previsto pela Lei 9873/99) (COSTA, 2010, p. 226).

Como ponto também favorável ao uso do Direito Administrativo há a possibilidade da não aplicação do sistema de dupla imputação.²² Sistema esse que gera problemas fáticos de aplicação processual, pois a identificação das condutas no seio empresarial além de difícil, a depender da hierarquia e complexidade de relações, se apresenta como altamente manipulável, dada a possibilidade de substituições dos agentes. A via administrativa não esbarraria nesse ponto, na medida em que poderia se punir o ente coletivo independentemente da identificação e responsabilização do agente pessoa física.

As sanções a serem aplicadas pelo direito administrativo devem estar de forma clara, especificadas a cada caso. Diferentemente do adotado hoje, em que a Lei 9605/98 traz um rol de sanções, mas não as especifica a cada caso e deixa a cargo de seu aplicador a escolha da sanção (art. 72) (COSTA, 2010, p. 229).

²² Necessidade de se responsabilizar a pessoa física para então se responsabilizar a pessoas jurídica. Não se exclui dessa análise o posicionamento divergente apresentado no RE 548181/2013, cuja relatora Min. Rosa Weber posicionou-se contrária ao uso de concurso necessário entre o ente coletivo e a pessoa física envolvida.

Situação que gera aumento demasiado da discricionariedade em sua aplicação (verdadeira arbitrariedade). Fato este inconcebível, tanto para uma responsabilização administrativa, quanto para uma responsabilidade penal, além de ferir o princípio da legalidade ao não prever sanções específicas para cada delito.

Dessa forma, Carvalho Filho (2010, p. 54-55) conceitua o poder discricionário da administração como “a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público”. Tal prerrogativa²³ não se desenvolve sem que haja limites em sua utilização, deve essa escolha estar em conformidade com o fim último da lei, ou seja, o interesse da coletividade. Sempre com respeito ao princípio da adequação da conduta escolhida a essa finalidade.

Portanto, o direito administrativo, juntamente com o processo administrativo, desde que respeitado as garantias constitucionais e processuais, representa um procedimento possível para se aplicar em relação à pessoa jurídica.

Com o uso de órgãos julgadores dotados de especificidade técnica, o ganho em eficiência e qualidade nas decisões poderia ser um resultado a se esperar. Situação semelhante ao adotado no sistema econômico, com o uso do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

Da mesma forma, Reale Jr. (2010, p. 344-345) entende que falta à pessoa jurídica capacidade criminal, pois esta não tem capacidade do querer, um querer valorativo. Considera suficiente a punição administrativa para tais casos, e faz analogia ao sistema econômico, em que as punições se restringem ao sistema administrativo por meio da Secretaria do Direito Econômico e do CADE (em muitos casos mais eficientes, eficazes e positivas do que a utilização da lei penal).

5 Conclusão

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

²³ Não podemos confundir a atuação arbitrária com uma atuação discricionária, pois enquanto esta está pautada nos limites da lei (critérios de conveniência e oportunidade) e, portanto legítima, aquela é uma atuação fora dos limites legais, muitas vezes mascarada como uma atuação discricionária, apresentando uma conduta ilegítima e passível de controle de legalidade.

Diversas outras são as críticas em relação à atual legislação ambiental como o fato de a maior parte dos delitos nela previstos representarem delitos de bagatela, de modo a alargar o uso do Direito Penal, além de violar princípios, como o da *ultima ratio*.

Em relação à pessoa jurídica, à responsabilidade penal colide com o sistema de sucessão e transformação societária. Diferentemente para a seara administrativa, tal fato não seria incompatível, dadas as características dessa área, mais flexível que a penal.

Além da questão da dupla imputação do mesmo fato para o Direito Penal e para o Direito Administrativo (violação do princípio do *ne bis in idem*), a utilização complementar do Direito Administrativo, em relação aos delitos ambientais, também não se apresenta como viável. Na medida em que o Direito Penal não admite que se utilize normas vagas, violar-se-ia o princípio da estrita legalidade, além de tal complementação, hoje utilizada, não apresentar grau de certeza e exatidão em sua utilização. O que ocasiona margem à discricionariedade ao aplicador de tal norma, fato este não compatível com nosso atual Direito Penal em um Estado Democrático de Direito.

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

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

O Direito Administrativo se mostra como via a ser utilizada em matéria ambiental, ao apresentar estrutura hierarquizada responsável pelo controle preventivo, repressivo e educacional do meio ambiente. Com o uso do poder de polícia para atingir tais objetivos.

A utilização do Direito Administrativo não se apresenta, também, como um abrandamento no tratamento dos infratores ambientais, pois tal área jurídica, por não ser dotada de características essencialmente garantistas, inerentes ao Direito Penal, pode ser, em muitos casos, mais rigoroso e custoso ao infrator. Sobretudo se considerarmos as pessoas jurídicas como infratores.

Dessa forma, o Direito Administrativo se apresenta como importante via a ser utilizada para com as infrações ambientais. Com a necessidade de alterações a fim de possibilitar mais aplicabilidade e não gerar incompatibilidade com nosso atual sistema de dupla imputação (penal e administrativa sobre os mesmos fatos).

5 Referências bibliográficas

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

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

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

CALDEIRA, Felipe Machado. A conformação constitucional do direito penal econômico e a impossibilidade de sobreposição de sanções administrativa e penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 20, v. 95, mar.-abr. p. 327-356, 2012.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

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

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

DOTTI, René Ariel. *A incapacidade criminal da pessoa jurídica*, in Cadernos de Ciências Criminais n.11. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 185-2007, 1995.

DUARTE, Júlio Gomes Neto. O Direito Penal simbólico, o Direito Penal mínimo e a concretização do garantismo penal. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 12, n. 66, jul. 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6154. Acesso em fev. 2013.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

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

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

LUIZI, Luiz. Notas sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, in: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

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

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. A responsabilidade penal da pessoa jurídica, in: _____; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

REALE JR., Miguel. A responsabilidade penal da pessoa jurídica, in: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

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

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

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

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

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

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

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

TIEDEMANN, Claus. Responsabilidade penal de las personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 11, p. 21, 1995.

FICHA CATALOGRÁFICA

PINTO, João Otávio Torelli. Responsabilidade administrativa da pessoa jurídica, Direito Penal para que? <i>Revista Digital de Direito Administrativo</i> , Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 52-68, 2014.
--