CONFLITOS DOGMÁTICOS DA PROTEÇÃO PENAL DO MEIO AMBIENTE E DA ORDEM ECONÔMICA

MARCELO LAMY *

Resumo: A proteção penal contra a criminalidade ecológica e econômica insere-se em um novo contexto social que reivindica um Direito Penal protetivo, mais do que repressivo. Nesse aporte, surgem conflitos concretos para a dogmática penal clássica: os delitos de perigo abstrato, as normas penais em branco e a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Palavras-chave: crimes ambientais, delitos econômicos, delitos de perigo abstrato, normas penais em branco, responsabilidade penal da pessoa jurídica

INTRODUÇÃO

O estudo do Direito Penal Ecológico e Econômico deve combinar e entrelaçar os planos contextuais, dogmáticos e práticos do seu objeto precípuo: "prevenção" e "repressão" de tais delitos.

Para iniciar, é necessário dirigir a atenção aos aspectos contextuais, sem os quais os dogmáticos tornar-se-iam meras criações intelectuais desconexas e a prática tornar-se-ia uma ação sem fundamentos.

Ademais, é forçoso enfrentar os pontos conceituais em que a dogmática penal e constitucional se entrelaçam, revelando os principais aspectos controversos da proteção penal do meio ambiente: os delitos de perigo abstrato, as normas penais em branco e a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

1. EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

O contexto relevante para o estudo do Direito Penal Ambiental e Econômico é dado pela sociedade hodierna que apresenta "reivindicações protetivas" de sua estrutura íntima de mercado (como apontado alhures, a economia de mercado transformou-se em sociedade de mercado), desde que não se apresente lesiva ao Meio Ambiente.

* Advogado. Doutor em Direito Constitucional (PUC-SP). Mestre em Direito Administrativo (PUC-SP). Diretor, Coordenador e Professor da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional da Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC). Conselheiro internacional e professor convidado do Instituto Jurídico Interdisciplinar - IJI da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (Portugal). Professor de Direito Constitucional da FACIPLAC. Diretor da Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC, dos Cadernos Interdisciplinares Luso-Brasileiros e da Revista Notandum.

Esse Direito Penal é, acima de tudo, uma resposta "política" às exigências sociais de nossos tempos, mais especificamente da reivindicada proteção de diversos aspectos da atividade econômica desenvolvida em uma estrutura econômica e "social" de livre mercado.

Observe-se que a reivindicação social é diversa da que sempre se apresentou ao Direito Penal. O clássico Direito Penal atendia a um propósito concreto: corrigir ou penalizar ao delinqüente ocasional ou habitual, ou simplesmente afastar da sociedade o delinqüente incorrigível. O novo Direito Penal atende a outro desígnio: proteger o mercado ecologicamente correto dos atos desestabilizadores de sua estrutura. Não é objeto central de sua preocupação a figura pessoal do delinqüente, mais sim a atividade perturbadora da economia imaginada.

Contextos como esse desvelam a diferenciada essência do novo Direito Penal e permitem compreender, por exemplo, que se admita a possibilidade da criminalidade estar inserida no bojo de atividades profissionais "lícitas".

O atual contexto social, ambiental e econômico afeta certamente todo o Direito. Concentraremos a atenção primeira no impacto sofrido pelo Direito Penal, seguindo a trilha da tão citada obra, editada em 1999, "La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales", do penalista espanhol Jesús Maria Silva Sánchez.

1.1. Causas da Expansão do Direito Penal

O Direito Penal vivencia sensível expansão de territórios (novos bens jurídicos alçam a categoria de bens de interesse penal, pululam novos tipos penais, agravam-se as penas para tipos penais cuja vítima seja toda a sociedade) e significativa alteração de finalidades (por um lado abstratamente preventivas – para evitar o dano imaginado, por outro de solidariedade com a vítima). Ampliam-se os riscos penalmente relevantes, flexibilizam-se as regras de imputação, relativizam-se os princípios político-criminais de garantia.

A "sociedade do medo", insegura, procura desenfreadamente mais proteção. Não encontrando outro meio, canaliza suas pretensões para a punição... Não se trata da antiga reivindicação de uma atuação judicial e policial mais contundente (mais eficaz), mas de uma consciência social (cultura) de que o Direito Penal é o único instrumento de "proteção" dos cidadãos.

Busca-se o Direito Penal como recurso para os problemas sociais, pois falhou a Moral, o Direito Civil, o Direito Administrativo...

NOVOS INTERESSES

O Direito Penal sempre foi visto como um instrumento qualificado de proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade (vida, integridade física, saúde, honra, liberdade, patrimônio...).

Sua expansão corresponde à aparição de novos bens ou ao aumento de valor experimentado por alguns. Tal incremento essencial de valor é conseqüência da mudança cultural e social. Não mudaram tanto as realidades, quanto a nossa compreensão das mesmas ou da importância das mesmas (por exemplo, o patrimônio histórico sempre existiu, mas nossa percepção de sua importância alterou-se sensivelmente).

O homem de hoje é dependente da "normal" atividade de terceiros. Depende do fornecimento de todos os mais insignificantes bens. Dessa forma, a proteção desse sistema impessoal (não importa determinado fornecedor, mas a permanência do fornecimento) passa a integrar a esfera íntima de cada um de nós. Aos moradores das frenéticas capitais, por exemplo, a cultura do 24 horas, impregna o ser a ponto de não conseguir imaginar-se mais a esperar...

NOVOS RISCOS

Deixando de simplesmente usar o "lugar comum" de caracterizar a sociedade pós-industrial como a "sociedade do risco", é preciso deixar claro que há uma diferença entre o risco de ontem e o de hoje.

Ontem, cada um de nós administrava o risco de dano em sua vida pessoal. Hoje, os riscos apontam a possibilidade de danos globais, não delimitáveis quanto a suas vítimas... Por um lado, porque um dano ao sistema afeta a todos. Por outro, porque há novos instrumentais de produção de dano, intencionais ou não, que adquirem imensurável ou incontrolável repercussão, visto a sua diferenciada potencialidade técnica de produzir lesividades (internet, meios de comunicação etc.).

INSTITUCIONALIZAÇÃO DA INSEGURANÇA

Tendo em vista que as esferas individuais de organização já não são autônomas, dependem da interação, ficam sujeitas a novos perigos, a novos riscos, a novos danos.

O anseio de que os multiplicados momentos de interação não gerem a lesividade de conseqüências sistêmicas, faz-nos naturalmente dirigir nossa atenção não mais ao dano, mas ao perigo, ao risco de dano.

A insegurança institucionaliza-se na sociedade desta forma. Quando o olhar se dirigia ao dano, vivíamos ora tranqüilos (quando estávamos longe da possibilidade do soco, parafraseando Fernando Pessoa) ora perturbados. Quando o olhar se dirige ao perigo, sempre estaremos perturbados. A perturbação contínua certamente incorpora um novo modo de ser, o de "ser inseguro".

SENSAÇÃO SOCIAL DE INSEGURANÇA

Há uma "insegurança sentida", de uma "sociedade do medo" algumas vezes "do pânico", provocada por diversas realidades atuais.

A revolução das comunicações coloca-nos diante de contínuas catástrofes ou crimes de todos os cantos desse planeta que parecem ocorrer ao nosso lado, pois, na comunicação de hoje, o distante e o próximo têm "idêntica presença". Além disso, a mídia reitera e dramatiza tais fatos a ponto de não nos deixar de os assimilar.

Certamente esses fatores deturpam nossa percepção (os infanticídios, por exemplo, não são tão comuns como fazem parecer os meios de comunicação), como aponta Jesús María Silva Sanchez: "la vivencia subjetiva de los riesgos es claramente superior a la propia existencia objetiva de los mismos" [1].

A criminalidade organizada não é de per si geradora de insegurança para a sociedade. As pessoas *naturalmente* estão sujeitas e preocupadas com a criminalidade da rua.

Os meios de comunicação, no entanto, fazendo seu legítimo e necessário papel de denunciar as grandes redes de criminalidade, trazem-nos essa modalidade delitiva para o nosso cotidiano. Tornam-se assim, geradores da "insegurança sentida".

Ademais, cada vez somos mais afetados pelas conseqüências *marginais* de dita criminalidade, na delinqüência de rua. O narcotráfico, em geral, não nos atinge diretamente, mas a ponta desse sistema (por exemplo, a do viciado que sem caminhos apela para a violência na forma da expropriação de bens) nos afeta.

1 Aut. Cit. La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales, p. 26-27.

Por outro lado, a debilidade de referências em nossa sociedade, faz com que os esfumaceados princípios que nos regem cedam ao pragmatismo momentâneo. Vivemos em uma sociedade desabituada do referencial "certo e errado". A competitividade (deusa inquestionável de nosso meio) inculca-nos a necessidade de arriscar-se e de muitas vezes não se submeter a éticas que não sejam as utilitaristas.

Esses fatores, por um lado tornam-nos perigosos, por outro, faz-nos perceber que a qualquer momento, por alguém mais poderoso, podemos ser pisoteados. A insegurança novamente se confirma.

Ainda, há que se ter em conta que o "individualismo narcisista" nos orienta aos próprios desejos e interesses e torna a sociedade não nossa comunidade, mas o empecilho para a auto-realização (vivemos mais e melhor do que se viveu antes, mas estamos impacientes para qualquer trivialidade que possa afetar nossos interesses imediatos – pensamos mais em nosso hoje do que nunca...).

Em uma sociedade sentimentalista (escrava dos próprios desejos, especialmente aos consumistas) e suscetível (qualquer trivialidade a afeta), a segurança contra não turbações torna-se a grande pretensão social.

Todos esses fatores geram um "entusiasmo punitivo" em diversos setores da opinião pública. É preciso afastar radicalmente o que nos perturbe.

ALTERAÇÃO DA PERMISSÃO DO RISCO

Na sociedade industrializada, a coletividade admitia pagar o preço do desenvolvimento, não se exigia que as empresas adotassem as máximas medidas de segurança, nem que apresentassem produtos com a máxima qualidade, pois tais atitudes tornariam impossível a acumulação de capital (necessária para o crescimento).

A admissão social de tal risco tornava-se, logicamente, limite doutrinal para a incriminação de condutas.

A sociedade pós-industrial inverte essa percepção, pois valoriza a vida acima do navegar, reduzindo as fronteiras do risco permitido. O que possibilita novas incriminações.

Configura-se um modelo cultural que segue outra orientação, a da restrição progressiva das esferas de atuação arriscada.

A mudança é tão radical que apresenta sem muitos empecilhos a tendência de transformar o acidente, a desgraça em injusto. Parte-se do raciocínio de que os fenômenos naturais (terremotos, furacões, enchentes...) ou humanos imprevisíveis (acidentes) afetam a grupos numerosos de pessoas também em razão das omissões irresponsáveis, que permitem vivendas inseguras, que não desenvolvem o saneamento adequado, que não protegem as margens dos rios, que não tomaram as medidas de prudência...

Uma vez desmistificados (não se trata do pecado dos pais) e desmitificados (não se trata de hamarthía), perante resultados lesivos de qualquer espécie, tendemos a rejeitar qualquer interpretação de que não tenham tais lesões origem em um comportamento comissivo ou omissivo de alguém.

A catástrofe, nesse olhar, mesmo que decorrente de alguma força da natureza, é potencializada pela ausência de algum comportamento humano ou de uma atuação adequada. Fala-se então em delito, em responsabilidade penal.

Esse fator, a restrição das fronteiras do risco permitido, certamente amplia a presença do Direito Penal.

Esse é um dos marcos ideológicos dos novos crimes de perigo. A responsabilidade penal, no entanto, é uma questão de moral, de dever. Não pode ceder ao risco de tornar-se "mera realização" para o anseio social de imputação.

Observe-se, por exemplo, a alteração de concepção no que diz respeito à tendência hodierna de uma severa responsabilização dos menores, ou mesmo da diminuição da maioridade penal.

A diminuição nos ímpetos de penalização eram reduzidos graças a um sentimento de responsabilidade social sobre os menores. Como se parte da imputação fosse atribuída à própria sociedade.

A sociedade atual se vê avessa a tolerar quaisquer riscos. Assim, a severidade da imputação se coloca frente a qualquer autor... Ao menos em certos delitos, não se vê mais presente a disposição de admitir a co-responsabilidade social.

IDENTIFICAÇÃO DA SOCIEDADE COM A VÍTIMA

No Direito Penal clássico, conhecido como o Direito Penal da Liberdade, a lei penal constitui uma garantia para o próprio delinqüente enquanto mecanismo que impede perseguições injustas (como ocorria com os antigos crimes de traição da época monarquista).

Nessa toada, os tipos penais eram tidos como de interpretação restrita, admitindo-se apenas a redução interpretativa do âmbito punível, nunca ao contrário. Pela mesma razão, admitia-se apenas a analogia "in bonam partem".

A perspectiva mudou. A sociedade e, em decorrência, a lei penal parecem estar voltadas agora para a vítima. A pena altera seu sentido, tornando-se uma espécie de mecanismo psicológico pelo qual a vítima supera o trauma gerado pelo delito. A sociedade que não foi capaz de evitar o trauma causado pelo delito, assume, em princípio, o dever de saldar sua dívida perante a vítima castigando ao autor.

A pena, portanto, torna-se mecanismo de solidariedade do grupo social com a vítima, torna-se mais útil para a vítima do que para o delinqüente. Não se trata propriamente de um sentimento de vingança, mas de castigo.

Como a sociedade também se coloca como vítima, pois vê-se atingida pela ofensa, a consolidação da pena também constitui uma forma de superação social do trauma social.

Nessa perspectiva, abrem-se os caminhos da interpretação extensiva dos tipos (importa o *telos* da lei, mais do que o descrito precisamente no tipo), da analogia "in malam partem".

1.2. Direito Penal Garantista e Direito Penal Não-Garantista

No momento atual, embora a criminalidade continue marcadamente presente nos despossuídos (fundamento da doutrina penal do séc. XIX e XX), sentimo-nos afetados pela criminalidade dos poderosos. E a reação social é tamanha que almeja um direito penal diferente, que supere o garantismo que tanto impede a condenação efetiva dos poderosos.

Perceba-se, no entanto, que tal atitude apresenta uma perversidade muito perigosa. Embora o anti-garantismo se constitua com base na idéia de que os poderosos não precisam de garantia, tal posicionamento pode incidir sobre todo o Direito Penal, ou seja, também sobre os fracos.

A desigualdade de tratamento entre os criminosos despossuídos e poderosos não precisa se resolvida assim. É possível construir ou pelo menos lutar por construir para os marginalizados as mesmas garantias dos abastados.

DESCRÉDITO DE OUTRAS INSTÂNCIAS DE PROTEÇÃO

A exclusão da Moral de nosso cotidiano, pois o homem-massa somente pensa em direitos e não em obrigações, fez com que poucas fossem as condutas que continuassem a ser reprimidas moralmente pela sociedade.

A busca de uma sociedade independente da moral tornou a sociedade efetivamente alheia a essa "instância corretora" dos seus desvios. Desta forma, ao Estado foi transferida tal corrigenda.

O homem moderno não vive mais no Estado, mas do Estado. Perdeu o domínio sobre um espaço vital seu e viu-se sem as reservas existenciais (materiais e espirituais) que advém desse espaço. Enquanto vivente no Estado, realizava sua segurança no seu auto-desenvolvimento. Enquanto vivente do Estado, almeja que este realize sua segurança.

No Direito Civil, no entanto, operou-se a mudança do "modelo da responsabilidade" pelo "modelo do seguro". Assegurando-se a restauração do *status* alterado pelo dano de forma mecanicista (inclusive independente da culpa), diminuiu-se a diligência quanto a sua não incidência, bem como se esfumaçou o sentimento de responsabilidade pessoal. O Direito Civil também deixou seu papel político corretivo.

O Direito Administrativo, por sua vez, tornou-se, ao invés de mecanismo de proteção, instrumento de perpetração de diversos delitos. Nas Administrações Públicas encontraram-se os grandes aliados que permitiam a realização dos novos tipos delitivos econômicos. A corrupção é quase que necessária, condição estrutural prévia, para a perpetração de diversos destes tipos.

Assim, o Direito Penal, que era a *ultima ratio*, tornou-se, de forma absurda, o único instrumento, o único bastião...

Mas aqui não se fala do Direito Penal clássico e liberal, ancorado na taxatividade, na imputação individual, na presunção de inocência. Fala-se de um Direito Penal estruturado para combater a macro-criminalidade, onde se renuncia à imputação individual, onde se inverte a

exigência da prova e se admite delitos de suspeita, que supera o princípio da inocência e o *in dúbio pro reo*.

Por um lado, vê-se que o Direito Penal atual busca mais o desbaratamento da criminalidade do que a punição do delinqüente, do que a recriminação da culpabilidade (a tal ponto que torna legítima a delação premiada).

Por outro, constata-se que não interessa ao Direito Penal verificar a culpabilidade, a responsabilidade criminal, para os delitos de menor potencial ofensivo, visto que incorporou definitivamente a transação penal.

A justiça alcançada nessas duas hipóteses (se pudéssemos chamar de justiça) embaça o sentido da responsabilidade. O objetivo alcançado – de mera pacificação – não são salutares como objetivo político institucional para o Direito Penal. A sociedade tornar-se-á mais irresponsável, pois o efeito preventivo foi abafado.

GLOBALIZAÇÃO E INTERNACIONALIZAÇÃO

A integração econômica entre as nações viabiliza muitas vantagens para os envolvidos. Propicia, no entanto, em função da quebra de barreiras, da maior liberdade de circulação de pessoas e de bens, novas oportunidades de delinqüência e até mesmo novas formas de delinqüência, especialmente para a criminalidade internacionalmente organizada.

Aos crimes econômicos internacionais – que normalmente necessitam de corromper ou pelo menos ludibriar os funcionários alfandegários – abre-se trilha ampla de realização.

Os crimes ambientais, por sua vez, apresentam intrinsecamente a perspectiva internacional. Muitos dos danos ambientais efetivamente apresentam repercussão não apenas local ou regional, mas global.

Tais realidades despertam a crise do princípio da territorialidade. Para combater os crimes globalizados é preciso novos âmbitos de incidência, âmbitos internacionais.

Não basta, portanto, a mera aplicação extra-territorial do direito penal (para evitar disposições estrangeiras que isentem ou extingam a responsabilidade penal), mas a criação de um direito penal internacional (sem barreiras para a perseguição e penalização dos criminosos poderosos).

NOVA FINALIDADE DA PENA

A proletarização e conseqüente exploração desmesurada dos camponeses, na sociedade dos séculos XIX e XX, provocaram verdadeiros bolsões sociais desintegrados com o respectivo meio de convivência. A ausência do sentimento de pertença a um meio, a uma religião, a um estilo de vida compartilhado desde seu nascimento, aliada à exploração desmedida levaram ao caminho curto da marginalidade, da delinqüência patrimonial.

Nesse contexto, a pena desvinculada de fins, como mera retribuição da culpabilidade pelo fato cometido, mostrou-se socialmente ineficiente.

Apresentou-se então, pela mãos de Von Liszt, uma reorientação, revesti-la de funcionalidade preventiva, com tríplice possibilidade: meio de intimidação dirigida ao delinqüente ocasional; instrumento de ressocialização do delinqüente reiterado, mas corrigível; meio de inoculação (anulação da sua presença) do delinqüente incorrigível.

A partir de então inafastável será sua marca ressocializadora.

Nos tempos atuais, no entanto, a macro-criminalidade organiza-se e internacionaliza-se, ganhando azos de profissionalismo e, em algumas esferas sociais, pechas de legitimidade antes insuspeitadas (pois o grande criminoso também sabe manipular e comprar seus comparsas).

Nesse novo cenário, a pena parece impotente para a ressocialização, ganha sim outra funcionalidade: a de simplesmente afastar a incidência da delinqüência, a de desbaratar pelo menos parcela da rede institucionalizada do crime.

A Política Criminal, condutora da mudança do Direito Penal, é hialina, translúcida quanto a sua alteração, especialmente no que diz respeito a decisão de sob quais prioridades se debruçará. Antes se debruçava sobre os métodos psicológicos preditivos de periculosidade, e assim identificava a quem devia deixar inócuo. Hoje, apóia-se em métodos atuariais. É preciso afastar ou dar prioridade aos crimes que estaticamente trarão mais danos sociais.

O retorno à inoculização (terceira possibilidade, na teoria de Von Liszt) faz-se sentir em diversos países, estabelecendo-se medidas de segurança além da pena. Nos EUA, a publicação de listas de delinqüentes sexuais que estão sujeitos, depois de cumprida a pena, a uma liberdade vigiada. Em diversos cantos da Grã-Bretanha e da Bélgica, publicam-se listas de pederastas. Na Espanha, lista de médicos condenados por negligência e de condenados por violência doméstica.

NOVA FINALIDADE DO DIREITO PENAL

Esse conjunto de fatores fez com que o Direito Penal se tornasse um novo mecanismo de realização dos anseios sociais. Classicamente concebido como a *ultima ratio* de proteção das expectativas ou bens essenciais de uma sociedade (vida, liberdade, propriedade), tornou-se, para muitos, mecanismo indiscriminado de proteção da vigência das normas.

A prática, no entanto, desvirtua essa proposta. Se a vigência das normas fosse o objeto da proteção, fatos de menor consistência objetiva (menor potencial ofensivo) ou de menor entidade quantitativa (insignificantes) seriam desestabilizadores em toda a sua plenitude. Somente a perspectiva do bem jurídico afetado permite negar-lhes ofensividade, lesividade ou periculosidade.

Razão pela qual Jesús María Silva Sanchez assevera que é necessário apontar (a) quais são os bens que estão sob a proteção penal, (b) quais são os elementos necessários para caracterizar uma determinada conduta como desestabilizadora desses bens, (c) porque, frente a determinadas desestabilizações, é necessário reagir com sanções administrativas, ou com sanções penais, e dentro das penais, quando se deve reagir com a privação da liberdade, ou com a privação de outros direitos, ou com a sanção pecuniária.

Por outro lado, o Direito Penal hodierno administrativizou-se, ingressou na seara da gestão dos bens sob sua proteção.

Enquanto classicamente configurava-se como uma reação *a posteriori* contra um fato delimitado, individual e lesivo, converteu-se em um Direito de gestão punitiva de riscos gerais.

Há uma diferença qualitativa entre o ilícito administrativo e o ilícito penal, notadamente no que diz respeito a PERCEPÇÃO da lesividade, bem como no tocante aos critérios utilizados para a IMPUTAÇÃO.

Enquanto o Direito Penal clássico protege bens concretos em casos concretos e segue critérios de periculosidade e imputação individual, o Direito Administrativo atende a considerações de afetação geral.

O Direito Administrativo Sancionador é instrumento de reforço da ordinária gestão administrativa. Seu interesse reside na globalidade, sanciona a partir dessa perspectiva. Busca resolver o problema estrutural ou sistêmico.

Quando a Administração Pública sanciona um administrado não busca, de maneira primordial, punir a esse indivíduo, mas sim banir o perigo de determinada conduta para o

sistema (que outros não a repitam). Não direciona sua atenção ao fato específico, mas a qual seria a transcendência global de tal gênero de condutas. Dizendo de outra forma, a percepção é sistêmica, a imputação é geral.

O Direito penal atual adquiriu, assumiu essa forma de raciocinar própria do Direito Administrativo, convertendo-se em um Direito de gestão dos problemas sociais da criminalidade. Também para o Direito Penal começa a importar o impacto sistêmico, mais do que a dimensão concreta de lesividade do comportamento individual.

Admite-se a punição de uma conduta concreta, mesmo que ela não seja de *per si* lesiva, mas pela simples consideração de que, hipoteticamente, se ela se realizar por outros, se multiplicar, vai acabar lesando ao bem jurídico protegido.

Tal posicionamento traz sérias conturbações ao princípio da culpabilidade, pois a percepção não se dirige à conduta concreta, mas à conduta hipoteticamente multiplicada. Por outro lado, a sanção torna-se exemplo, sem qualquer consideração do princípio da proporcionalidade, que indica que a mesma seja correspondente a lesividade e a periculosidade.

Por mais que se considere a multiplicação hipotética da conduta, a pena não será distribuída a todos os hipotéticos agentes, mas apenas ao agente que despertou tal suposição.

A magnitude do problema social vislumbrado não justifica a imposição de uma pena grave a quem, por seu aporte em separado, não provocou danos ou mesmo provocou danos mínimos.

A mentalidade administrativista do Direito Penal é tamanha que as próprias atividades administrativas tornaram-se bens de relevância jurídico-penal, de forma que a conduta de não se sujeitar aos procedimentos administrativos de autorização ou de fiscalização alçou a categoria de crime.

A atuação administrativa do Estado vigilante passou a integrar inexoravelmente o núcleo da identidade normativa da sociedade atual, o conjunto de bens jurídicos de maior relevância.

Por outro lado, a presença de mecanismos de composição penal, como são as transações penais, demonstra que o Direito Penal adquiriu nova finalidade, a gestão de problemas (nesse tocante, de micro-problemas).

UM DIREITO PENAL DE DUAS VELOCIDADES

A sociedade precisa de um novo Direito Penal. Mas sua alteração não deve atingir ao clássico e aperfeiçoado sistema de garantias penais. A sociedade atual não está disposta ao paradigma do Direito Penal Mínimo, mas isto não significa que abarque o do Direito Penal Máximo.

Nesse contexto, Jesús María Silva Sanches apresentou, em 1999, proposta que continua sob discussão: a necessidade de se estruturar um Direito Penal de duas velocidades.

Trata-se de salvaguardar o modelo clássico de imputação para os delitos que tem como reprimenda a pena de prisão e de desenvolver um Direito Penal em que se ampliem ou se modifiquem os critérios de autoria, ou de comissão por omissão, de legalidade, de culpabilidade.

Para combater as formas modernas de delinqüência é preciso construir um novo sistema penal, mais flexível, preventivo e de menor intensidade garantista, mas que renuncie a uma reprovação pessoal mediante penas privativas de liberdade, que esteja ancorado exclusivamente em penas pecuniárias e privativas de direitos (mais próximas das sanções administrativas).

Sob a espécie de pena privativa de liberdade, não se pode abrir mão das garantias. Ademais porque essa sanção reveste-se de caráter abertamente pessoal. Tal espécie pena somente pode ser legitimada pela análise da periculosidade da conduta concreta do agente e da sua culpabilidade. Análises que somente são realizadas pelo modelo garantista.

Apresenta, ainda, Silva Sánchez, uma terceira velocidade ou terceira via, a de um Direito Penal do Inimigo (especialmente contra o terrorismo), cuja pena é a de prisão e as garantias também são relativizadas.

Inimigo é o indivíduo que – por sua conduta ser reincidente e profissional na delinqüência e estar interligada à organizações delitivas estruturadas – demonstra que abandonou completamente ao Direito, não só de maneira incidental. Nessa seara, o crime é de difícil prova e os danos atingem a todo o Direito.

A questão central, para Silva Sánchez, é, frente a sua incontestável existência, caracterizá-lo como excepcional, de emergência, não cotidiano. Talvez até seja um não-Direito que o Direito permite que ocorra limitadamente.

2. DIREITO PENAL DE PERIGO

No tópico anteriores, apresentaram-se as justificativas (do ponto de vista político-criminal) que se fazem presentes para abonar a intervenção do Direito Penal no âmbito ambiental e econômico.

Supostamente justificada sua presença e sua existência, apresenta-se nova necessidade: identificar os elementos mais perturbadores de uma pretensa teoria geral de novo Direito Penal.

Iniciaremos a nova empreitada discutindo a marcante configuração dos delitos econômicos de perigo.

DIREITO PENAL EM SUA NOVA FUNCIONALIDADE

A problemática da utilização da persecução penal de ações que "coloquem em risco" a determinados bens jurídicos penalmente protegidos, seja esse perigo abstrato (suposto *ex ante* da própria ação) ou concreto (verificado concretamente *ex post* a realização da ação), não é algo novo.

Foi explicitamente apresentado pela Recomendação n. 8 do Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal, realizado em 1982: "(...) os crimes de perigo abstrato (...) são meios válidos de combate à criminalidade econômica desde que a conduta proibida seja claramente definida pelo legislador e se relacione diretamente com interesses protegidos claramente identificados. A sua utilização, como simples processo de facilitar a prova, não se justifica (...)".

Insere-se na concepção de que o Direito Penal deve "não apenas punir" a produção de eventos danosos, mas, no contexto da Sociedade de Risco, "evitar" que tais danos sejam produzidos.

Nesse olhar, o Direito Penal debruça-se sobre a ação, mais do que sobre o resultado. O resultado pode faltar (o que se quer efetivamente é impedir seu nascimento), mas a ação não. Consolida, de qualquer forma, a idéia da antecipação da tutela penal.

É certa que a exigência de resultados danosos (como tradicionalmente foram entendidos) tornaria sem eficácia o novo papel do Direito Penal, a função de condutor do modelo econômico almejado. Ao revés, a técnica do perigo, especialmente a do perigo

abstrato (porque em muitos casos é excessivamente dificultoso demonstrar a efetiva lesão, ou mesmo a efetiva colocação em perigo), atualiza toda a potencialidade almejada para o Direito Penal Econômico.

Tal grau de abstração, no entanto, sem mesmo identificar-se o bem jurídico concreto que está sendo tutelado (uma regra concreta do sistema econômico, por exemplo), pode converter os delitos econômicos em delitos de mera desobediência à ordem jurídica (simplesmente realizar uma conduta tipicamente descrita).

Não nos parece adequado que isto se opere. Deve a abstração restringir-se ao grau máximo em que se consiga apresentar a lógica de um perigo de lesão hipotética a pelo menos um bem jurídico concreto valorizado especialmente pela sociedade. Essa foi a lógica antes transcrita da Recomendação da Associação Internacional "se relacione diretamente com interesses protegidos claramente identificados".

A penalização da mera desobediência normativa não nos parece compatível com a base lógica de qualquer sistema penal, a de combater algum tipo de delinqüência (conduta gravemente desviada de um padrão social vigente). A obediência à ordem jurídica impõe-se por outros caminhos menos gravosos que o penal.

Por outro lado, há que se ter em conta que o Direito Penal tradicionalmente isenta de responsabilidade, ou pelo menos a ameniza, quando o agente da conduta típica busca minorar ou mesmo impedir que os eventos danosos de sua conduta sejam produzidos.

CONFLITO DOGMÁTICO

O novo Direito Penal (ancorado nessa preocupação política, criminológica) abala as estruturas clássicas do Direito Penal. Há que se pensar também se tal postura não mina os postulados constitucionais.

Por outro lado, o interesse coletivo ou difuso na Ordem Econômica desenhada pela ordem jurídica, merece um tratamento diferenciado a que o clássico Direito Penal, estruturado para proteger interesses individuais, não está habilitado.

Em suma: quando e como pode se dar a legitimidade do Direito Penal de Perigo?

DESVALOR DA AÇÃO E DESVALOR DO RESULTADO

Sem entrar em detalhes minudentes com relação às dogmáticas causal e finalista, há que se perceber que Welzel deixou patente que a lesão a um bem jurídico (desvalor do resultado) somente adquire relevância penal quando a ação configura-se com antijurídica (desvalor da ação). Mesmo ausente o resultado (como na tentativa), não deixa de ter relevância a ação.

Não se está a desprestigiar o desvalor do resultado, mas apenas a demonstrar que o desvalor da ação pode se tornar a preocupação central.

Há que se considerar que o desvalor da ação existe porque se pressupõe que determinada ação tem a potencialidade de produzir dano (a idéia de perigo), porque se pressupõe o desvalor hipotético do resultado.

Rompe-se dessa forma com o princípio da lesividade ou reforma-se o seu núcleo conceitual para agasalhar a lesividade presumida.

Não há que se admitir, no entanto, a lesividade ficta (salvo nos crimes de perigo abstrato e com alguns matizes que veremos adiante). Ou seja, uma conduta que *ex ante* seja tida como perigosa, mas que *ex post* configure-se como não agressiva (nem mesmo potencialmente) ao bem jurídico protegido, não justifica a reprovação criminal.

O desvalor da ação constitui um espaço construído que pressupõe o desvalor hipotético do resultado.

Em outras palavras, a tentativa é recriminável porque a ação é contrária ao bem que se valoriza. Não há resultado concreto, mas a ação continua sendo recriminada porque o resultado abstratamente pode ser considerado. O desvalor da ação somente permanece presente se a periculosidade a probabilidade de resultado perigoso for inerente a própria ação.

A não consumação do resultado redunda, em nossa sistemática, apenas na redução da recriminação (nos termos do art. 14, II do Código Penal), mas a conduta continua sendo recriminada. Mais ainda, admite-se, excepcionalmente (no art. 30, II, parágrafo único do Código Penal Militar), recriminação idêntica do crime consumando para o crime tentado.

Desta forma, o tipo penal de perigo agasalha o resultado, não enquanto dano verificável, mas enquanto dano *sui generis*, o provável.

Há, no entanto, diferença importante que deve ser apontada com relação à tentativa e aos crimes de perigo. Na tentativa, embora não se dê o resultado, há dolo de lesão. O crime tentado possui o mesmo tipo subjetivo do crime que não conseguiu consumar. Nos crimes de perigo, no entanto, tal consideração do elemento subjetivo não se faz absolutamente necessária.

LEGITIMAÇÃO ARGUMENTATIVA

Parece paradoxal advogar pela proteção penal antecipada e ao mesmo tempo apresentar a necessidade de que a sistemática penal seja despertada em *ultima ratio*, seguindo a idéia da mínima intervenção.

Nesse ponto, parece-nos mais adequado a seguinte formação dogmática: a de que os delitos ambientais e econômicos (apesar de estarem regidos pela possível recriminação exclusivamente da conduta), quando não se configuram como os tradicionais crimes de dano (serão crimes de perigo), exigem outro tipo de resultado, a ameaça ou o perigo (mesmo que abstrato) a um bem jurídico protegido. Ao menos prognoses ou projeções quanto a lesões potenciais devem ser colocadas.

Incriminalizações independentes de tal exigência mínima tornariam erráticas e ilegítimas as trilhas do Direito Penal. A um passo estaríamos de converter o Direito Penal em instrumento de um poder plenipotenciário e não propriamente democrático.

CRIMES DE PERIGO CONCRETO E PERIGO ABSTRATO

Vários crimes de dano podem ser encontrados na lei penal econômica brasileira (v.g. art. 1º da Lei 8.137/90), no entanto, o emprego usual nessa seara é o dos crimes de perigo (v.g. art. 2º da Lei 8.137/90).

A lei penal não define o que é perigo. Torna-se necessário, portanto, esclarecer alguns pontos sobre o que pode ser entendido como perigo e quais suas formas.

Em primeiro lugar, há que se ter em conta que não se pode confundir o perigo com o temor (que pode ser protegido pelo Direito Administrativo, mas não pelo Penal).

Apesar da verificação do perigo se dar, em termos práticos, nas contendas judiciais, mediante a apresentação de argumentos lógicos, de verdadeiros silogismos, não se deve

admitir que a mera representação intelectual seja suficiente para caracterizar o perigo. É preciso que a representação intelectual ancore-se em elementos fáticos e normativos (nos delitos de perigo concreto) ou simplesmente normativos (nos delitos de perigo abstrato).

Os crimes de perigo concreto são aqueles que o tipo penal tem dentro de si a descrição do perigo (resultado ou efeito provocado por determinada ação). De forma que, para que a tipicidade se demonstre, torna-se necessário averiguar e comprovar pelo menos circunstancialmente o perigo.

Nessas hipóteses, há que se fazer presente a demonstração objetiva da probabilidade do dano, do risco efetivo do dano, não apenas de sua possibilidade (embora haja doutrinadores que admitam a simples possibilidade, parece-nos que essa forma de demonstração carece da objetividade almejada pela imputação penal).

Os crimes de perigo abstrato são aqueles que o tipo penal não apresenta qualquer descrição de perigo (do efeito que se almeja impedir); implicitamente, no entanto, são compatíveis com a pressuposição do mesmo, simplesmente por entender genericamente que determinadas condutas estão proibidas, porque são "ações perigosas".

A norma penal apresenta, nessas hipóteses, condutas que têm a propriedade intrínseca de serem perigosas. Assim, a presunção de que são perigosas afasta a necessidade da análise judicial positiva do perigo. Não se apresentará a demonstração do perigo, a incidência da norma ao caso é o suficiente. A prova contrária, a da inexistência do perigo há que se poder apresentar e implicar, se comprovada, na necessária exclusão de recriminação penal da conduta concreta em julgamento.

Essa lógica volta a resgatar posicionamento já exarado de que o Direito Penal Econômico visa proteger a determinada Ordem Jurídico-Econômica, a resguardar esse bem concreto. Se a conduta que o legislador supôs abstratamente perigosa demonstrar-se, na realidade concreta, inofensiva, tornar-se-á exigência da Justiça afastar a possibilidade da pena abstrata.

3. LIMITES AO DIREITO PENAL DE PERIGO

A política criminal atual sustenta que se tornou imperioso, na sociedade do risco, criminalizar, de forma antecipada, determinadas condutas. Há que se evitar até mesmo a possibilidade de lesão.

Ampara-se, tal posicionamento, em um suposto dever do poder público de promover as condições para que a liberdade e a igualdade econômicas sejam reais e efetivas, em um dever de remover os obstáculos a tais objetivos.

Ocorre, no entanto, que tal posicionamento não pode desvirtuar-se em uma liberação desenfreada desta forma de tutela. Há que se pensar: quais são os limites dessa postura?

Efetivamente, a tipificação de delitos de perigo é bastante criticável sob o aporte do Estado democrático de Direito, especialmente quando se tem em conta os princípios da responsabilidade pelo fato e o da lesividade.

PRESUNÇÃO LEGISLATIVA DO PERIGO

A presunção legislativa, no campo penal, há muito tempo é questionada. Francesco Carrara, por exemplo, desde 1946, apontava que ao juízo penal somente interessa a verdade. Inserir presunções nessa seara equivale a interditar a busca da verdade.

Pode-se conviver com presunções penais, mas jamais estas podem ser caracterizadas como indevassáveis. Sempre, há que se admitir a prova em contrário.

Em situações de incriminação hipotética *ratio legis*, deve-se poder perquirir se se está ou não afetando a um bem jurídico, mesmo que essa afetação não seja propriamente uma lesão, mas simplesmente uma crise de segurança.

Se, na verificação concreta, essa afetação não se apresentar, não se pode pensar em desvalor da própria ação: "O injusto haveria de se situar no desvalor da ação, sendo que imprescindível deve ser a presença concreta de um perigo, excluindo-se, por completo, a idéia de possibilidade de incriminação de um perigo presumido"[2].

CARACTERIZAÇÃO DO RESULTADO DE PERIGO

Entre uma ação concreta e a possível lesão futura, é possível identificarmos um resultado intermediário, de perigo: uma crise, uma perda de segurança quanto à integridade de determinado bem jurídico, pois já se torna presente o perigo da lesão futura.

2 Renato de Mello Jorge Silveira. Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo. SP: RT, 2006, p. 139.

Há ações, portanto, que produzem um resultado imediato, o perigo de lesão. Há condutas que possuem intrínseca aptidão lesiva.

A caracterização desse resultado imediato, no entanto, não está pautada pela certeza do resultado futuro lesivo, muito menos pela mera possibilidade (pois no âmbito da possibilidade qualquer ação pode ser lesiva), pauta-se pela probabilidade da lesão. A lesão há que ser uma conseqüência adequada (própria, potencial, possível) da ação e que, pelas circunstâncias, apresente-se como uma possibilidade relevante (provável), de acordo com as leis probalísticas ou estatísticas disponíveis:

> "A infração penal não é só conduta. Impõe-se, ainda, o resultado no sentido normativo do termo, ou seja, dano ou perigo ao bem juridicamente tutelado. A doutrina vem, reiterada, insistentemente renegando os crimes de perigo abstrato. Com efeito, não faz sentido punir pela simples conduta, se ela não trouxer, pelo menos, probabilidade (não possibilidade) de risco ao objeto jurídico. (...) A relevância criminal nasce quando a conduta gerar perigo de dano. Até então, a conduta será atípica" (cf. STJ, REsp 34.322-0-RS, 6a T., Rel. Vicente Cernicchiaro, j. 1.6.93, v.u., DJU de 2.8.93, p. 14.295).

Precisando um pouco mais. Se for necessária, para evitar a lesão, uma ação do sujeito ou uma milagrosa aparição de circunstâncias causais, presente estará a probabilidade. De outra forma, o perigo deve-se apresentar como "real", "objetivo" e não simplesmente hipotético ou intelectual.

VERIFICAÇÃO DA OFENSIVIDADE

Nos delitos de perigo abstrato, há um "desvalor da ação" ao se caracterizar determinada conduta como perigosa a um determinado bem jurídico (desvalor de perigosidade), mas também há de estar presente um "desvalor do resultado imediato", mesmo que potencial.

Caso a caso, há que se averiguar se tal potencialidade de periculosidade subsiste, se o perigo subsiste (mesmo que abstratamente) nas circunstâncias concretas sob júdice. As circunstâncias que permeiam ou se entrelaçam à ação típica sob análise judicial são as trilhas que permitem vislumbrar a possibilidade ou a impossibilidade da ofensa efetivar-se.

A inidoneidade ofensiva, nesse sentido, deve afastar a movimentação penal. A incriminação de condutas desprovidas de potencial danoso não são compatíveis com a natureza que caracteriza o Direito Penal: *ultima ratio*.

Por outro lado, mesmo que esteja caracterizado o risco, se este vir a se apresentar irrelevante ou de lesividade irrisória, descaracterizada estará a ofensividade.

Tais posicionamentos remetem-nos ao abalo, à mutação atual da teoria do perigo abstrato... Em verdade: "O perigo tipificado como abstrato acaba por se verificar, faticamente, em função do risco de cada conduta, em situação concreta"[3].

É verdade, a comprovada falta de lesividade e/ou ofensividade de condutas concretas torna impossível a caracterização destas ações como crimes de mera conduta perigosa. A desincorporação do desvalor do resultado quebranta qualquer possibilidade de recriminação.

A perigosidade, na seara penal, necessita de aportes de tangibilidade, precisa tornar-se palpável. Há que se permitir a prova da não-periculosidade, há que se exigir a demonstração da probabilidade do perigo, há que se fazer sempre presente a consideração da ofensividade ou da lesividade.

Não se pode pensar em um Direito Penal legítimo sem a caracterização segura da lesividade (danosidade) ou pelo menos da ofensividade (potencialidade de se colocar em risco de dano).

Embora abstratamente possamos nos deparar com situações que são perigosas, se em concreto mostram-se inofensivas não são mais recriminâveis.

CRIMES BASEADOS NA AUSÊNCIA OU INFRAÇÃO AO CONTROLE ADMINISTRATIVO

Os crimes de perigo abstrato apresentam-se em uma gama de fenômenos bastante heterogêneos. Notório, no entanto, é a quantidade de condutas tidas presumidamente por perigosas e recriminâveis penalmente simplesmente por não obedecerem ao *iter* administrativo.

Na lei nº 9.605/98, que tipifica sanções penais para condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, há uma profusão dessa espécie delitiva:

> 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**: (...) § 1º Incorre nas mesmas penas: (...) III - quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota

3 Renato de Mello Jorge Silveira. Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo. SP: RT, 2006, p. 141.

migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de **criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização** da autoridade competente. (...).

Art. 30. Exportar para o exterior peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, **sem a autorização** da autoridade ambiental competente: (...).

Art. 31. Introduzir espécime animal no País, **sem parecer técnico oficial favorável e licença** expedida por autoridade competente: (...).

Art. 33. (...) Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas: (...) II - quem explora campos naturais de invertebrados aquáticos e algas, **sem licença, permissão ou autorização** da autoridade competente; (...).

Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares **interditados por órgão competente**: (...).

Art. 39. Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, **sem permissão** da autoridade competente: (...).

Art. 44. Extrair de florestas de domínio público ou consideradas de preservação permanente, **sem prévia autorização**, pedra, areia, cal ou qualquer espécie de minerais: (...).

Art. 46. Receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, **sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente**, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento: (...) Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, tem em depósito, transporta ou guarda madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, **sem licença válida** para todo o tempo da viagem ou do armazenamento, outorgada pela autoridade competente. (...)

Art. 50-A. Desmatar, explorar economicamente ou degradar floresta, plantada ou nativa, em terras de domínio público ou devolutas, **sem autorização do órgão competente**: (...).

Art. 51. Comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, **sem licença ou registro** da autoridade competente: (...).

Art. 52. Penetrar em Unidades de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais, **sem licença** da autoridade competente: (...).

Art. 55. Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais **sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida**: (...) Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem deixa de recuperar a área pesquisada ou explorada, **nos termos da**

> **autorização, permissão, licença, concessão ou determinação** do órgão competente. (...)
>
> Art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, **sem licença ou autorização** dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes: (...).
>
> Art. 63. Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, **sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida**: (...).
>
> Art. 64. Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, **sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida**: (...).

Na lei nº 8.137/90, que tipifica crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, também se ampara tal possibilidade:

> Art. 6° Constitui crime da mesma natureza [contra a ordem econômica]: I - vender ou oferecer à venda mercadoria, ou contratar ou oferecer serviço, por preço superior ao **oficialmente tabelado**, ao regime legal de controle (...).

Na lei no 7.492/86, que apresenta os crimes contra o sistema financeiro nacional, o mesmo se dá:

> Art. 7º Emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários: (…) II - **sem registro prévio** de emissão junto à autoridade competente, e**m condições divergentes das constantes do registro ou irregularmente registrados**; (…) IV - **sem autorização prévia** da autoridade competente, quando legalmente exigida: (...).
>
> Art. 22. Efetuar operação de câmbio **não autorizada**, com o fim de promover evasão de divisas do País: (…) Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, s**em autorização legal**, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.

A objetividade da tipificação abstrata que recai literalmente, na maioria das vezes, na mera conduta em desacordo com o *iter* administrativo, parece-nos, no entanto, abusiva ou pelo menos carecedora de temperamentos.

Ao Direito Penal não deve recair o papel de mero assegurador do cumprimento da ordem jurídica-administrativa. A recriminação penal somente torna-se compatível com os propósitos dessa área de atuação estatal se estiver protegendo, pelo menos, uma ofensividade ou uma lesividade objetiva.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESTRUTURANTES

O Direito Penal não pode se apresentar sem os seus postulados estruturantes, notadamente sem o princípio amplo da culpabilidade individual, da proporcionalidade e da insignificância. Muito menos sem seus postulados garantísticos, especialmente o da ampla defesa e do contraditório.

Nos delitos de perigo abstrato, nos quais não é necessário comprovar o dano, embora seja necessário apresentar a probabilidade do mesmo, as tarefas probatórias ficam, de certa forma, simplificadas para a acusação. Nada obstante isso, a possibilidade de se apresentar a contra-prova ou mesmo a prova desconstitutiva não pode sofrer qualquer ingerência. O princípio constitucional da ampla defesa é, nesse ponto, o critério soberano.

Nos crimes de perigo abstrato a danosidade é presumida legislativamente. No entanto, não nos parece adequado dispensar a prova judicial da ofensividade, pois *nullum crimen sine injuria*. Não nos parece adequado sustentar-se, como alguns têm o feito, que se opera uma inversão da carga probatória. Tal posicionamento inverteria o postulado constitucional da inocência, bem como dificultaria sobremaneira a atuação da defesa.

O princípio constitucional da presunção de inocência exige que toda condenação perpasse por uma atividade probatória produzida pela acusação, veda taxativamente a condenação pela mera pressuposição.

A proporcionalidade e a culpabilidade, nesse tópico, também ganham relevo.

Se a ação não é lesiva por si mesma e o agente não pode ser responsabilizado senão por sua conduta (princípio da responsabilidade pelo fato), fácil é de se concluir que: perante a mínima afetação do bem protegido, a mínima pena aplicada seria desproporcional à significação social do fato isolado.

Há que se ter em conta que toda norma infraconstitucional está condicionada em sua validade e eficácia pela coerência ou compatibilidade de significados e pela adequação de propósitos contidos nos fundamentos constitucionais, nos princípios constitucionais.

OBJETIVO DA RECRIMINAÇÃO

Não é sempre que uma ofensa administrativa reveste-se da reprovação social que justifica a movimentação da força penal, ou mesmo da relevância penal. A pretensão de correção do Direito Penal tem finalidades específicas que pautam as suas possibilidades.

Há que diferenciar os fatores que legitimam a censura administrativa dos elementos que justificam a censura penal.

A recriminação, a censura criminal, a pretensão de correção penal tem um sentido próprio. Todas as violações da ordem jurídica são merecedoras de uma censura social. Mas apenas aquelas condutas que necessitem de uma expiação, de uma recuperação do agente para o comportamento contrário é que são tributárias da pena.

O Direito Penal é um mal a ser despertado somente em situações em que se torne imprescindível, pois se revelaram ineficazes outras vias ordinárias, notadamente as administrativas. Não pode haver incriminação salvo quando demonstrada sua necessidade.

Não deve se apresentar a máquina penal em situações em que os valores de maior dignidade não estão sendo afetados, em que a danosidade social seja meramente ficta, em que a proteção especial não se demonstre necessária.

A punição para condutas contrárias à ordem econômica deve ser buscada, primeiramente, com sanções administrativas (restritivas de direitos ou pecuniárias) compatíveis com a magnitude da lesão. Somente quando essas punições anteriores mostrarem-se ineficazes e a conduta efetivamente apresentar-se com ofensividade significativa, devem-se colocar em pauta as penas (inclusive as restritivas de liberdade).

CRIMES POR ACUMULAÇÃO

Por outro lado, há quem busque legitimar a recriminação penal de condutas, que por si só seriam inofensivas, pela suposição de que, se permitirmos sua multiplicação, podem tornar-se efetivamente perigosas.

Supondo a acumulação, o dano torna-se certo.

Nesse suposição, todas as situações podem ser tidas como penalmente relevantes, mesmo as insignificantes. A cumulatividade ficta torna todas as menores condutas significantes.

Não nos parece que tal posicionamento seja compatível com o postulado da responsabilidade pelo fato. Tal desmedida na criminalização, tal desmesura na ampliação do perigo abstrato, por certo, deve ser repelida.

A incriminação de condutas que se revistam de agressividade à ordem econômica somente apresentar-se-ão legitimadas se elas mesmas tiverem o condão de lesar a esse bem protegido.

Por fim, há que se fazer uma ressalva.

Um Direito Penal que se fixe em meras condutas, sem considerar o princípio clássico da culpabilidade (*nulla poena sine culpa*), automatizando-se, certamente apresentar-se-á como o protótipo autoritário. Exemplo disso apresentou-se no Direito Penal nazista que converteu a infidelidade no eixo material do injusto, independente da ofensa ao bem jurídico.

Assim nos alertou Forthoff: "um Estado que aproveita as necessidades dos seus súditos para aumentar o seu poder... não realiza um Estado social, mas afirma-se como Estado totalitário"[4].

4. NORMA PENAL EM BRANCO

ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DA NORMA PENAL EM BRANCO

É a clássica discussão dos penalistas sobre as possibilidades e os limites a que está sujeita a técnica legislativa de remeter o conteúdo incriminado para normativa diversa da que prevê o tipo (a técnica da norma penal em branco).

Sabedores, no entanto, de que qualquer conceito jurídico é dinâmico (como é o próprio Direito, em função de constituir sempre o retrato de uma cultura) e deve ser "re-pensado" diante de novos matizes, de novas realidades, de novos contrastes, "re-discutir-se-á" esse tema.

O primeiro passo necessário é estabelecer com clareza o que vem a ser esse instituto e em que contexto se insere (o contexto sempre condiciona o texto).

O conceito não é novo.

4 APUD Eduardo Correia. Direito Penal e Direito de mera Ordenação Social. In Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários. Vol. 1. Problemas gerais. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 17.

Karl Binding (que foi um dos primeiros juristas a desenvolver de forma estruturada tal instituto), em 1872, apontava a necessidade, no contexto autoritário ou simplesmente policialesco que vivenciou, de permitir-se que a lei penal adquirisse flexibilidade a ser preenchida pelas autoridades policiais, embora conhecesse as afirmações de Heinze de que essa possibilidade constituía verdadeira ameaça cega.

No séc. XIX, portanto, apresentou-se, mas timidamente e de forma excepcional.

Nos domínios humanos, curiosamente, as realidades que causam espanto e exigem argumentação exaustiva para serem aceitas em uma geração, aparecem, sob a misteriosa mágica da nova geração, como se naturais fossem, quase que genéticas.

Assim aconteceu no séc. XX, já a partir da primeira metade. O emprego das normas penais em branco tornou-se cada vez maior. Alterou-se apenas o fundamento justificante. Apresentou-se o seguinte raciocínio: há atividades extremamente dinâmicas, como a economia, cuja regulamentação é de difícil determinação, que dependem intrinsecamente de circunstâncias temporárias (as próprias valorações são transitórias); nesse contexto a legislação de textura aberta é necessária. Como se a dinamicidade social por si só justificasse a dinamicidade penal, o romper os grilhões que mantinham o poder punitivo estatal nos estritos raios da lei.

Nesse contexto, admitiu-se que a norma de complementação adviesse não apenas de outras leis em sentido técnico (atualmente intitulada norma penal em branco homogênea ou imprópria), mas de normativas de outras instâncias, até mesmo regulamentares (heterogênea ou própria).

A imprecisão (não a omissão) definitória da conduta proibida, necessária para dotar o Direito Penal da flexibilidade dos tempos, apresentou esse instituto como um "mal necessário".

Atualmente, imersos nessa pretensa realidade (justamente porque nasceram nessa ficção), os pensadores apontam simplesmente que esse é uma "necessidade". A mágica da nova geração aparece novamente.

O panorama social dos últimos tempos (como reiteradamente aponta-se ao discutir a Sociedade de Risco), que transformou o Direito Penal em instrumento de manobra social, em *prima ratio*, explica também porque aceita-se tão facilmente esse instituto: Não se quer mais o

Direito Penal para proteger a sociedade de determinados bens de relevância, mas para resguardar a sociedade de tudo.

Quando o "risco" era revestido culturalmente do manto do "acidente" (como um acontecimento exterior e imprevisto, um acaso, um golpe cruel do destino), a sua reparação operava-se excepcionalmente e pelo instituto da responsabilidade civil.

Com a consciência cultural de que há riscos previsíveis, que não são meros acidentes, e de que a sociedade não pode conviver com eles, emana um Direito proibitivo (e sensato) de atividades perigosas e a responsabilização torna-se quase automática.

Na Sociedade que está embebida pelo risco previsível e imprevisível (todas as condutas são potencialmente lesivas e as lesões são planetárias), que está imersa na certeza de que perdeu sua capacidade de prevenção, seu domínio, toda medida "aberta" de proteção está justificada. Os riscos, os medos (reais ou irreais) incorporam-se à vida e geram a conseqüente aceitação de qualquer medida estatal protetiva. Legitima-se o Leviatã moderno, que deve criar a ordem mediante qualquer forma de violência.

Nesse contexto, o Direito Penal é buscado como mito, adquire função absolutamente simbólica, pois não mais se discute previamente se o caminho criminal é o adequado, nem mesmo (o que é mais grave) se determinado comportamento é tido como socialmente inadequado. Pelo contrário, sob a lógica da máxima proteção, o Estado quase que livremente criminaliza o que quer ver como socialmente desvalorado (inverte-se a equação).

As "normas penais em branco" beneficiam-se dessa conjuntura, pois a indefinição da conduta recriminada não incomoda à sociedade atual, interessa apenas que o Estado a proteja dos riscos que nem ela mesma sabe quais são.

CONCEITO E POSSIBILIDADES PARA A NORMA PENAL EM BRANCO

Constituem-se como "norma penal em branco", portanto, todas as leis penais que descrevem uma conduta proibida de modo incompleto (há espaços definitórios em branco), remetendo (expressa ou implicitamente) sua complementação de significado (a completude do que se proíbe) a outros dispositivos legais ou regulamentares[5].

5 Embora o tema seja tratado aqui sob o prisma da teoria, da dogmática. Ao estudioso convém acompanhar exemplos concretos na legislação desse instituto. Por isso, indicamos alguns exemplos nacionais: art. 2º, XI

São normas que apresentam o *núcleo da conduta proibida* e por isso permitem identificar claramente *qual é a proibição apresentada*. No entanto, dependem de outras normas para que se possa individualizar "plenamente" todos os elementos da conduta abstratamente incriminada.

Em termos práticos, aponta Cláudio Brandão:

> "a lei penal descreve o núcleo da conduta proibida, já que a dita lei sempre traz na sua descrição abstrata o verbo, o qual indica o comportamento que é vetado pelo Direito Penal sob a ameaça de uma pena. Todavia, o complemento do verbo, sempre necessário para a individualização da conduta incriminada, é feito por outra norma jurídica" [6].

No mesmo sentido, exemplifica com clareza. Quando o artigo 16 da Lei 6.368/76 incrimanava o consumo de substâncias entorpecentes, descrevia o núcleo da conduta proibida – adquirir, guardar, trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica (a proibição está clara); mas remetia para outra determinação legal ou regulamentar a tarefa de definir quais eram essas substâncias (no art. 36 da mesma lei, indicava-se a competência do Ministério da Saúde para tal tarefa).

As definições complementares são indispensáveis para julgar se uma conduta concreta subsume-se à conduta incriminada, mas são dispensáveis para concluir qual é a proibição que se apresenta.

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE E A EXIGÊNCIA DA LEI CERTA

A descrição da conduta incriminada apresenta-se de modo incompleto, mas isto não implica em se admitir que possa apresentar-se de modo impreciso. Há uma precisão inafastável: a do núcleo da conduta proibida, a de um sentido unívoco do que se quer proibir. Não fosse assim, caíríamos no despotismo descrito por Beccaria em 1764.

Mais ainda, a norma penal em branco é admissível no sistema jurídico, desde que se apresente compatível com os princípios, com os postulados fundantes do mesmo, em especial com os postulados constitucionais do Direito Penal.

---

da Lei 1.521/51; art. 8º da Lei 7.492/86; arts. 12, 13, 15 e 16 da Lei 6.368/76 (revogada); arts. 27 e 29 da Lei 11.105/05; arts. 12, 14 e 16 da Lei 10.826/03; arts. 14, 16, 17, 18 e 20 da Lei 9.343/97; toda a Lei 9.605/98.

6 Aut. Cit. Curso de Direito Penal. RJ: Forense, 2008. p.74.

O Direito Penal sempre apresentou a necessidade de se respeitar o Princípio Constitucional da Legalidade traduzido no postulado *nullum crimen nulla poena sine lege certa*:

> "Para que o Princípio da Legalidade não fique com seu conteúdo esvaziado, é necessário que o legislador se atenha à obrigação de definir com clareza e individualizar a conduta delituosa, além de cominar a pena. De nada adiantaria que houvesse a exigência formal da lei, sem também se exigir uma definição precisa do preceito e da sanção, contidos na lei penal. Uma lei sem precisão não seria hábil para cumprir a função do Princípio da Legalidade, que é a limitação dos *jus puniendi* estatal; isto posto, não estaria o homem livre da utilização arbitrária do Direito Penal pelos detentores do poder político. A própria história nos mostra a realidade: se tomarmos como exemplo o Direito Penal da Alemanha hitlerista, veremos que a norma dispunha que poderiam ser declaradas criminosas as ações contra o sadio sentimento popular. Ora, ocorre que a norma não estabelecia quais ações eram contrárias as sadio sentimento popular. Isto posto, não se pode afirmar que a potestade punitiva da Alemanha de Hitler estava delimitada em virtude da presença de uma lei incriminatória, posto que a norma em comento não tinha a determinação de seu conteúdo" [7].

Para um Estado Democrático de Direito, não é legítimo o Direito Penal que não seja pautado pela legalidade concreta (art. 5, XXXIX, da CF88), pela definição precisa do que se incrimina. É nesse contexto que a "norma penal em branco" deve ser estudada.

Não como uma delegação de poderes franqueada abertamente para o Estado protetor (mesmo na Sociedade de Risco). Mas como uma técnica legislativa aparentemente necessária, mas que deve respeitar os princípios formais e materiais estruturantes do ordenamento em que se insere.

O uso indiscriminado de conceitos vagos ou indeterminados na esfera penal não pode ser admitido sem ressalvas, sob pena de se criar um estado de afronta aos cidadãos:

> "A lei penal assim como qualquer outra, é compreendida pelo seu destinatário pela *linguagem*. Todavia, há uma tendência do legislador moderno em se expressar com signos pouco claros e até mesmo ambíguos. Se em alguns ramos do Direito, que precisam de uma característica de mobilidade – como, por exemplo, no Direito Econômico – isso pode ser considerado um indício de modernidade, em outros – é o caso do Direito Penal – a falta de clareza na formulação da lei significa uma afronta aos cidadãos, que ficam sujeitos à instabilidade e à insegurança" [8].

7 Cláudio Brandão. Curso de Direito Penal. RJ: Forense, 2008. p.55.

8 Cláudio Brandão. Curso de Direito Penal. RJ: Forense, 2008. p.56.

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

À medida que se formulam preceitos normativos poucos claros, imprecisos, excessivamente abstratos, as questões que não são resolvidas pelo legislador (verdadeiro legitimado para tais funções, em função do princípio da legalidade - art. 5, XXXIX, da CF88) serão resolvidas pelo Executivo unilateralmente (o que se configura inadequado no contexto de um Estado que almeja ser democrático) ou pelo aparato judicial. À guisa dos ensinamentos de Roxin, Cláudio Brandão aponta, no mesmo sentido, que

> "a falta de lei certa além de não proteger o cidadão do arbítrio estatal, viola a separação dos poderes. É que se a norma apresenta uma excessiva vaguiedade, o julgador estará criando, quando da aplicação da norma, a determinação da conduta incriminada. Com efeito, se pela falta de determinação se permite ao juiz qualquer interpretação, permite-se a ele invadir o terreno legislativo. Ademais (...) se não existe determinação de conduta incriminada, não se poderia falar em eficácia de prevenção geral, visto que o indivíduo não pode conhecer o que se quer proibir" [9].

Ainda no que diz respeito ao princípio constitucional da Separação dos Poderes, há que se esclarecer que a competência legislativa em matéria penal, no regime da Constituição de 1988 (art. 22), é privativa União, podendo apenas Lei complementar autorizar que os Estados legislem sobre questões específicas.

Assim sendo, legitimada estará a União para complementar as normas penais em branco por outras leis, até mesmo alterando o seu núcleo significativo. Legitimado estará o Estado-membro a complementar as normas penais em branco, da mesma forma anteriormente apontada, se a referida Lei complementar for produzida (exigência do parágrafo único do art. 22).

O Poder Executivo e o Poder Judiciário da União, bem como todos os Poderes estaduais e municipais (salvo a exceção acima apontada para o Legislativo estadual) não podem alterar ou mesmo complementar o núcleo significativo da conduta incriminada, sob pena de desrespeitarem o princípio da legalidade e o da separação dos poderes. Todas essas esferas podem, no entanto, complementar o significado da conduta incriminada de outra maneira: apresentando os outros elementos que permitem individualizar concretamente a conduta abstratamente descrita na norma penal primária.

9 Aut. Cit. Curso de Direito Penal. RJ: Forense, 2008. p.57.

IDEALIZAÇÃO DE CRITÉRIOS LEGITIMADORES

Não existe uma proibição constitucional de utilizarem-se as normas penais em branco. No entanto, sua admissão tem que passar por alguns filtros:

1) A utilização da norma penal em branco, por ser perigosa ao Estado Democrático de Direito, não se justifica genericamente, mas apenas quando se mostrar imprescindível, em função, especialmente, da natureza do bem jurídico protegido;

2) É preferível que o reenvio se faça de modo expresso, ou, pelo menos, que a literalidade da norma penal primária permita identificar claramente que tipo norma (legislativa, regulamentar) e de quem deve ser a norma complementar;

3) O reenvio implícito, na prática, é inafastável, mas deve ser evitado em prol da segurança jurídica;

4) A norma penal em branco tem de apresentar o núcleo conceitual da conduta que se quer proibir, tem de configurar com clareza uma proibição, os elementos essenciais que caracterizam a conduta que se quer impedir;

5) A norma de complementação tem de cumprir plenamente seu objetivo – complementar (jamais deveria apontar uma segunda remissão), de modo que a sociedade saiba não apenas em essência, mas exatamente o que se proíbe.

6) A norma de complementação deve possuir uma "cláusula de remissão inversa", pois somente assim temos a certeza necessária de que se trata de uma norma de complementação e não de uma "suposta complementação articulada por um intérprete criativo" (não se pode admitir a criação interpretativa, a aplicação no Direito Penal da analogia, da mera semelhança, pois *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*).

PROBLEMAS PRÁTICOS DA NORMA PENAL EM BRANCO

Por outro lado, a utilização da norma penal em branco pode gerar uma série de problemas ao Direito Penal.

Primeiramente, dificulta o conhecimento das leis penais.

Esse fator, por conseqüência imediata, desvanece o propósito penal da prevenção geral.

Se a finalidade primordial da intervenção penal vê-se desvirtuada, mais uma vez vislumbra-se a possibilidade do Direito Penal fixar raízes no arbítrio punitivo.

Por sua vez, a compreensão da conduta incriminada exige estudo diferenciado, a começar pela busca de regulamentações de pouco conhecimento ou de acesso muito pouco disseminado, como é o caso das normas ministeriais. Tal constatação torna muito fácil compreender os erros de aplicação a que essas normas estão sujeitas.

ALGUMAS PALAVRAS FINAIS

Luigi Ferrajoli apontava, em sua obra Direito e Razão, que as normas penais em branco, de *per si*, não são arbitrárias, mas o uso que delas se faz pode as revestir de tal mancha. É esse perigo que procuramos desvendar.

O Direito pautado pelas normas penais em branco não cria a paz social, não promove a segurança jurídica, apenas alimenta ilusões equivocadas sobre as funções sociais do Direito Penal.

5. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Rotineiramente, ocorrendo um delito de natureza econômica ou ecológica, o agente imediato (pessoa física), sem maiores dificuldades, pode vir a ser punido. No entanto, quando tal conduta delitiva se dá no seio de uma pessoa jurídica (muitas vezes a verdadeira beneficiária da conduta concreta), o Direito Penal sempre encontrou obstáculos para atribuir-lhe conseqüências incriminatórias.

Razão pela qual, os congressos da Associação Internacional de Direito Penal têm se debruçado há muito sobre o tema.

Desde 1929, no 2º Congresso realizado em Bucareste, até 1994, no 15º Congresso realizado no Rio de Janeiro, esta foi a pauta marcante. Mas ainda, patente mostrou-se a sistemática recomendação congressual da necessidade de se adotar medidas nacionais de criminalização das pessoas jurídicas.

No contexto de um Direito condicionado pela evolução histórica e cultural, de um Direito cada vez mais integrado à sociedade internacional, às discussões políticas e jurídicas

internacionais, foram diversos os países que admitiram tal possibilidade. Destaque-se, de imediato, a Holanda, Portugal e França.

O Brasil não ficou afastado de tais tendências. A partir da Constituição de 1988, em função de dois dispositivos expressos, nosso ordenamento acolheu a responsabilidade penal da pessoa jurídica:

> Art. 173, §5º: "A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular".
>
> Art. 225, §3º: "As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

A partir de então, os constitucionalistas reconheceram que a Carta Política de 1988 consagrou tal responsabilidade.

Dos comentários de José Afonso da Silva, que apresentou a necessidade de considerar os dois dispositivos transcritos acima de forma integrada, por estarem inseridos no mesmo contexto, conclui-se que a responsabilidade penal citada literalmente para as questões ambientais, apresenta-se também para os atos contrários à ordem econômica[10].

Mesmo que se discorde da opção dos constituintes, como Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins, há que se reconhecer (como eles o fizeram) que a vontade do Texto Constitucional é incontroversa[11].

Diversos foram também os juristas que seguiram o mesmo esteio. Gilberto Passos de Freitas, por exemplo, afirmou categoricamente: "não há mais o que discutir"[12] . No mesmo caminho colocaram-se Édis Milaré[13], Paulo Affonso Machado[14] e Paulo José da Costa Júnior[15].

10 Cf. José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9ª Ed. SP: Malheiros, 1994, p. 718 e ss.

11 Cf. Aut. Cit. Comentários à Constituição do Brasil. SP: Saraiva, 1990, v. 7, p. 103 e 104.

12 Cf. A tutela penal do meio ambiente. IN Antonio Herman Benjamin (coord.). Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão. SP: RT, 1993, p. 314.

13 Cf. Processo coletivo ambiental. IN Antonio Herman Benjamin (coord.). Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão. SP: RT, 1993, p. 270.

14 Cf. Direito ambiental brasileiro. 4ª Ed. SP: Malheiros, 1992, p. 405.

15 Cf. Paulo José da Costa Júnior & Luiz Vicente Cernicchiaro. Direito Penal na Constituição. 3ª Ed. SP: RT, 1995, p. 262.

Vozes abalizadas, no entanto, resistem a admitir que a Constituição tenha consagrado tal opção[16]. Luiz Vicente Cernicchiaro e René Ariel Dotti negam que tal interpretação pela responsabilização penal da pessoa jurídica seja compatível com contexto constitucional que consagra os princípios da culpabilidade e da responsabilidade pessoal[17].

Para deslindarmo-nos de tais contrapontos, parece-nos adequado voltar a considerar as regras apontadas pela hermenêutica constitucional. Especialmente a atinente à interpretação histórico-evolutiva.

As idéias consagradas pelo constituinte, como as de qualquer legislador, não são fruto de sua genialidade, de sua iluminação especial, mas reflexo de uma cultura social. Dependem sempre do contexto em que se inserem, de uma evolução da percepção social da realidade. Não são fruto de uma inteligência arguta, de reflexões individuais, mas do embate democrático que traduz os anseios sociais[18].

Como foi anteriormente apontado, havia uma pretensão de cunho internacional de que essa incriminação se apresentasse. O próprio Comitê de Ministros do Conselho da Europa, em duas oportunidades, havia recomendado a responsabilização penal das corporações: Resolução n. 77-28, de 28/09/1977, e a Recomendação n. 82-15, de 24/09/1982. Diversos países, em sua história recente, acolheram tal modificação.

É essa esteira que nosso constituinte seguiu. E o fez com parcimônia, pois apresentou a responsabilidade penal da pessoa jurídica não como regra geral, mas especial, aplicável tão **somente aos delitos econômicos e ambientais**. Tal como uma exceção, a semelhança do que se buscou nos demais países citados.

A responsabilidade pessoal, ou a pessoalidade, amparado no artigo 5º, inciso XLV (nenhuma pena passará da pessoa do condenado), não resta ofendida se temos em conta a necessidade de se apresentar a co-autoria da empresa.

Coloca-se em pauta a teoria do "domínio do fato", segundo a qual é autor ou co-autor aquele que tem a capacidade para interferir sobre o delito, para conduzir a ação. Quem não tem domínio funcional sobre o fato não será autor ou co-autor, no máximo partícipe (moral –

16 Nesse sentido: José Cretella Júnior. Comentários à Constituição de 1988. 2ª Ed. RJ: Forense Universitária, 1993, v. VIII, p. 4045. Luiz Regis prado. Direito Penal Ambiental (problemas fundamentais). SP: RT, 1992, p. 32.

17 Cf. Paulo José da Costa Júnior & Luiz Vicente Cernicchiaro. Direito Penal na Constituição. 3ª Ed. SP: RT, 1995. René Ariel Dotti. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro). RBCCcrim, v. 11, jul./set. 1995.

18 Cf. Sérgio Salomão Shecaira. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. SP: Método, 2003, p. 138.

se incutir na mente do autor o ânimo delituoso ou reforçar o mesmo, tal como na instigação e no induzimento; material – se colaborar para a realização do ato, mas não tiver domínio sobre o ato, tal como se dá com a cumplicidade).

Como, na responsabilidade penal da pessoa jurídica, estará presente (veremos adiante nos requisitos de sua configuração) necessariamente a "decisão" empresarial e seu "poderio", não é possível pensarmos em sua responsabilização como partícipe, apenas como autora ou co-autora.

Não há que se confundir, por outro lado, a restrição da pessoalidade, com eventual restrição de efeitos reflexos da pena, pois tal concepção inviabilizaria qualquer pena.

> "(...) ao se admitir a responsabilidade da empresa, não se faz com que a pena passe da pessoa do condenado. Isso só aconteceria se houvesse o reconhecimento da responsabilidade objetiva na esfera penal, felizmente banida com a Reforma Penal de 1984. O princípio da responsabilidade individual só seria maculado quando um diretor de uma empresa fosse processado por ato praticado por outro diretor. Não tendo havido contribuição pessoal, não há responsabilização; não há crime; não há pena. **Reconhecer a responsabilidade da empresa**, e isso só ocorrerá nos casos em que se evidenciar sua contribuição para o fato delituoso, **é reconhecer só a sua responsabilidade. Nenhuma pessoa física será processada e apenada pelo reconhecimento de que a empresa contribui para a prática do delito.** Isso só ocorrerá quando a pessoa natural de alguma forma praticar o ato delituoso, ou concorrer de algum modo para a sua prática (...)"[19] (sem destaques no original)

Por sua vez, a exigência de culpabilidade deve ser considerada tendo em mente que esse instituto não tem um conteúdo a-histórico, depende da percepção do que, em determinado momento histórico, tem-se por inadequado.

E, em termos práticos, pode-se afirmar que a culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, é a culpa social. Conceito que implica tão somente na verificação da voluntariedade (vontade social) de se produzir um resultado em desacordo com o papel social imposto à empresa pelo sistema normativo vigente.

RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA NA LEI N. 9.605/98

No âmbito infraconstitucional brasileiro, a Lei Ambiental inaugurou a possibilidade da responsabilização penal da pessoa jurídica:

19 Sérgio Salomão Shecaira. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. SP: Método, 2003, p. 143.

> Art. 3º. Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Trata-se de verdadeiro subsistema ou micro-sistema de responsabilidade penal regido por determinadas condições.

Condições Expressas:

1. A infração perpetra-se apenas por um ato tipicamente empresarial, por uma decisão "de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado". Em outras palavras, o ato delituoso é um ato da empresa, perpetrado por quem tem os poderes para atuar em seu nome. Como a empresa não pode atuar sem suas pessoas naturais, há que se identificar se o substrato humano do ato é constituído por quem tem poderes de atuar pela empresa.
2. A infração despertará a responsabilização empresarial apenas quando vislumbrar-se claramente o interesse ou o benefício da empresa (esse requisito garante que a empresa é a agente, e não simplesmente "fachada" para benefícios de determinadas pessoas que a integram).

Condições Implícitas:

1. Se a infração somente pode ser cometida imediatamente por quem detém o poder decisório, por quem pode atuar em nome da empresa, e enquanto exerce tais funções (1º requisito expresso), implicitamente se presume que a infração depende do poderio da empresa (a independência desse implicaria que a infração seria comum e não empresarial, a empresa seria novamente a "fachada" a ser desconsiderada).
2. Se a infração deve beneficiar a atividade precípua da empresa (2º requisito expresso), a infração não pode se situar fora da esfera da atividade da empresa, seja por desvio de poder, abuso ou excesso de direito, ou mesmo fraude (esse é o caso de desconsideração da pessoa jurídica, pois caracteriza desvio da

finalidade empresarial, e de conseqüente responsabilização dos agentes – pessoas naturais – imediatos e não de responsabilidade empresarial[20]).

O parágrafo único, por outro lado, incorpora o sistema de dupla imputação, de se atribuir dupla responsabilidade: uma empresarial e outra de pessoas naturais autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato. Não se pode dizer que há *bis in idem*, pois cada parte será ser punida conforme a contribuição dada para o fato delituoso.

OBSTÁCULOS CONCRETOS A RESPONSABIIZAÇÃO PENAL DA LEI AMBIENTAL

O Direito Penal, mesmo que admita a responsabilização penal das pessoas jurídicas, pelo simples fato de que a consolidação normativa de tal instituto se operou, somente poderá utilizar-se dessa via se a persecução criminal atender os demais princípios constitucionais fundantes desse ramo do Direito.

Nesse sentido, ressai a relevância do "Princípio Constitucional da Legalidade", agasalhado pelo art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal ("não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal"), reforçado pelo artigo 1º do Código Penal ("Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal") e traduzido pelo aforismo ou postulado *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. As normas proibitivas penais subsumem-se necessariamente a essa condição de eficácia.

As decorrências lógicas desse princípio são múltiplas: não se admitem leis retroativas (salvo as benéficas, descriminatórias), afasta-se a possibilidade de agravamento posterior da punibilidade, a admissibilidade de leis indeterminadas (ressalva se faça as normas penais em

20 Nesse sentido coloca-se a legislação pátria: (1) art. 158 da Lei 6.604/76 – "O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II - com violação da lei ou do estatuto..."; (2) art. 135 do Código Tributário Nacional – "São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: I - as pessoas referidas no artigo anterior; II - os mandatários, prepostos e empregados; III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado."; (3) art. 28 do Código de Defesa do Consumidor – "O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social...".

branco, nos parâmetros anteriormente apontados da pré-determinação do núcleo da conduta), bem como a analogia *in malam partem*[21].

No que diz respeito à "previsão normativa prévia da pena" é que a lei ambiental exige cuidado.

A cominação especial da pena dá-se pela indicação abstrata, no próprio dispositivo que consolida determinado tipo penal. A cominação geral da penal dá-se quando prevista na parte normativa geral.

Todos os tipos proibitivos da Lei 9.605/98 são absolutamente silentes no que diz respeito à indicação abstrata de uma pena "específica" atribuível a uma pessoa jurídica. Apresenta-se, genericamente, em todos os tipos delitivos, a possibilidade da pena privativa da liberdade e/ou multa. Em nenhum momento menciona se esta ou aquela pena deveria ser aplicada à pessoa jurídica.

Depreende-se, em primeira leitura, que a aplicação de pena à empresa somente pode se dar sob a modalidade da multa, pois restringir sua liberdade física é impossível.

A referida lei, no entanto, apresenta uma cominação genérica para as pessoas jurídicas:

> Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são: I - multa; II - restritivas de direitos; III - prestação de serviços à comunidade.

Poderia tal dispositivo geral substituir a previsão específica exigível pela legalidade em cada figura delitiva?

Temos para nós que tal possibilidade somente tornar-se-ia razoável se entendêssemos, como faz a dogmática penal clássica, que as penas "restritivas de direitos" ou "de prestação de serviços à comunidade" são penas substitutivas da pena de multa (à semelhança do que ocorre no Código Penal, que apresenta as penas restritivas de direitos como substitutivas das penas privativas de liberdade – art. 44).

Não é, porém, o que a literalidade do artigo 21 se propõe, pois apresenta a cumulatividade.

21 Diferencie-se apenas o instituto da "interpretação extensiva ou analógica" da "analogia". Na interpretação analógica, para todos admissível, amplia-se o significado, a vontade de proibição presente na norma, que não se vislumbra de imediato apenas pela imperfeição lingüística. Frente ao caso, apresenta-se com clareza o seguinte: a norma originária possuía tal sentido. Na analogia, inadmissível, o aplicador amplia a vontade da norma, cria uma nova restrição. Não há como colocar, ao menos implicitamente, tal interpretação nas expressões normativas originárias.

A falta de cuidado na técnica legislativa deixa-nos perplexos. Como diz Fernando Pessoa: como quem pensou, achou e esqueceu...

Não bastasse isso, o artigo 23 da referida Lei apresenta serviços à comunidade que são verdadeiras multas pecuniárias:

> Art. 23. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em: I - custeio de programas e de projetos ambientais; (...) IV - contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

Ainda no que diz respeito à multa, a Lei deixa ao sabor judicial a fixação do valor da multa ou contribuição.

Estamos diante da cominação legal de penas mais do que abstratas, de penas livres. Não há qualquer regra para a fixação, nenhum parâmetro para as multas, nem um mínimo, nem um máximo.

Essas são as dificuldades a se conciliar: admissível é a penalização de pessoas jurídicas, mas o instrumental normativo de que dispomos não é um instrumento típico de um Estado Democrático de Direito.

Apresentamo-nos diante de um beco sem saída: perante uma norma penal sem uma sanção legítima, não há possibilidade justa de incriminar as pessoas jurídicas. Inconstitucionais são as sanções penais criadas pela Lei Ambiental às pessoas jurídicas, pois *nullum poena sine lege*. Salvo se utilizarmos uma interpretação salvadora, como faz a técnica da interpretação conforme a Constituição, segundo a qual, as penas possíveis de serem aplicadas às pessoas jurídicas são as de multa, desde que não caracterizem punição excessiva (comparando-as com as privativas de liberdade que, nessa legislação, afetam, no máximo, cinco anos da vida do incriminado) – o que atende ao princípio da legalidade; ou "substitutivamente" as restritivas de direitos ou de prestação de serviços elencadas nos dispositivos 22 e 23 [22].

22 Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são: I - suspensão parcial ou total de atividades; II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações. § 1º A suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente. § 2º A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar. § 3º A proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações não poderá exceder o prazo de dez anos.

Art. 23. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em: I - custeio de programas e de projetos ambientais; II - execução de obras de recuperação de áreas degradadas; III - manutenção de espaços públicos; IV - contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

Por outro lado, muitas dúvidas residem no que diz respeito a qual deve ser o devido processo legal a ser observado nos processos penais. Por exemplo, no interrogatório da pessoa jurídica, mediante a oitiva de seu representante legal ou preposto, figuraria este como testemunha? Poderia calar a verdade ou cometeria crime se isto fizesse?

Por fim, necessário seria estabelecer-se verdadeiro aperfeiçoamento das técnicas legislativas de tipificação.

O tipo é uma expressão sintética que cristaliza uma opção política, a opção da incriminação. A legislação penal seleciona dentre o plexo de bens jurídicos apresentados em sociedade aqueles que merecem uma tutela diferenciada e gravosa. Deve, portanto, pautar-se pela total clareza quanto à opção desse tratamento jurídico diferenciado.

Tendo isso em vista, é mister que o tipo penal que vise a incriminação da pessoa jurídica apresente tal opção hialinamente, de forma cristalina, expressa. A responsabilização penal da pessoa jurídica possui princípios operacionais próprios que devem ser traduzidos em cada um dos tipos delituosos. A ausência de tal cuidado torna o Direito Penal da Empresa instrumento de arbitrariedades e não mecanismo de justiça.

APONTAMENTOS FINAIS

O presente texto não almejou apresentar sínteses conclusivas sobre os problemas aqui apresentados. Quis-se, em verdade, desnudar os principais conflitos dogmáticos a que estão sujeitos os novéis mecanismos de proteção penal do meio ambiente e da ordem econômica.

O desenrolar desse novelo intrincado de novas ideologias e paradigmas clássicos é o único caminho para se construir um instrumental penal efetivamente protetivo da coletividade.

REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Cláudio. Curso de Direito Penal. RJ: Forense, 2008.

CORREIA, Eduardo. Direito Penal e Direito de mera Ordenação Social. In Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários. Vol. 1. Problemas gerais. Coimbra: Coimbra, 1998.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da & CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Direito Penal na Constituição. 3ª Ed. SP: RT, 1995.

CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição de 1988. 2ª Ed. RJ: Forense Universitária, 1993, v. VIII.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro). RBCCcrim, v. 11, jul./set. 1995.

FREITAS, Gilberto Passos de. A tutela penal do meio ambiente. IN Antonio Herman Benjamin (coord.). Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão. SP: RT, 1993, p. 314.

MACHADO, Paulo Affonso. Direito ambiental brasileiro. 4ª Ed. SP: Malheiros, 1992.

MARTINS, Ives Gandra da Silva & BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil. SP: Saraiva, 1990.

MILARÁ, Édis. Processo coletivo ambiental. In Antonio Herman Benjamin (coord.). Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão. SP: RT, 1993, p. 270.

PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Ambiental (problemas fundamentais). SP: RT, 1992.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. SP: Método, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales. Buenos Aires: B de F Ltda, 2008.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9ª Ed. SP: Malheiros, 1994.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo. SP: RT, 2006.