

### A INCAPACIDADE CRIMINAL DA PESSOA JURÍDICA (Uma perspectiva do direito brasileiro)

RENÉ ARIEL DOTTI

Professor Titular de Direito Penal  
Membro da Academia Paranaense de Letras

1. Introdução: 1.1 Os ilícitos de autoria coletiva e a crise da investigação criminal; 1.2 A classificação das pessoas jurídicas; 1.3 O movimento abolicionista; 1.4 A sede natural do problema — 2. Abolição de princípios e garantias: 2.1 Ofensa a princípios e garantias constitucionais; 2.2 Ofensa a regras da aplicação da lei penal; 2.3 Ofensa a princípios relativos à teoria do crime; 2.4 Ofensa a princípios relativos à teoria das penas e das medidas de segurança; 2.5 Ofensa a princípios e regras do Direito Processual Penal — 3. A legislação em vigor: 3.1 O Código Penal; 3.2 A Lei das Contravenções Penais; 3.3 As demais leis especiais — 4. A reforma da parte especial do Código Penal: 4.1 O anteprojeto de 1984; 4.2 O esboço de 1994 — 5. O crime como propriedade do ser humano.

#### 1. INTRODUÇÃO

##### 1.1 Os ilícitos de autoria coletiva e a crise da investigação criminal

1. Os clássicos problemas da investigação criminal e da administração da justiça penal, que se revelam mais intensamente na criminalidade astuciosa das últimas décadas, constituem duas vertentes básicas para explicar a insensata tendência de neocriminalizar a pessoa jurídica como ente distinto das pessoas físicas que a compõem. Para superar os obstáculos opostos à identificação do autor e à caracterização das várias espécies de participação punível nas infrações de múltipla conduta, inverte-se a ordem natural do problema que tem natureza e caráter processuais. A expressão *crimes de autoria coletiva* ganhou estabilidade na linguagem da jurisprudência ao tratar do tema da aptidão ou inépcia da denúncia em ilícitos penais contra a ordem econômi-

ca e financeira e outros bens jurídicos, como a pessoa e o patrimônio, sempre que a incompetência, a omissão, a corrupção ou a simples impotência dos órgãos estatais determinam a *concordata* ou a *falência* da investigação.

2. Num primeiro estágio, existe uma espécie de *acerto* para a solução dos débitos gerados pelo crime. O Estado, como produtor ou garantidor de bens e interesses jurídicos dos credores individuais ou coletivos, atua como o comerciante que, reconhecendo a inadimplência, obtém as duas finalidades da *concordata*: a dilatação dos prazos para o pagamento da dívida social da apuração do crime e o abatimento no crédito dos indivíduos em ver satisfeitas as obrigações de segurança e justiça. Os prazos são dilatados e somente não se lançam ao infinito do tempo porque a prescrição extingue o chamado *jus puniendi*. A passagem dos anos e a viragem dos acontecimentos fazem com que se atenuem ou elimine a relação débito-crédito

gerada pela prática do ato ilícito. Esse reconhecimento vem se fortalecendo com a chamada *prescrição antecipada*. Trata-se de recente criação pretoriana que declara a prescrição pela pena concretizada antes da sentença condenatória e, por consequência, sem a aplicação concreta da sanção. Como é curial, a qualidade e a quantidade da resposta penal constituem as bases de cálculo para a declaração da extinção da punibilidade por esse caminho. Independentemente da avaliação sobre a pertinência científica dessa orientação judicante — que vem sendo rejeitada pelos tribunais<sup>1</sup> — é importante destacar que a falta da prestação jurisdicional, por essa ou aquela razão de carência, significa a violação da garantia constitucional do acesso ao Poder Judiciário (art. 5.º, XXXV). Com efeito, não somente o ofendido como também o acusado tem o direito de obter uma decisão sobre a sua causa em prazo determinado pela lei. E, obviamente, a demora ou a omissão em tal atendimento constitui uma das formas de injustiça que se mantém contra o direito e o interesse das partes em confronto.

Também o Ministério Público tem se mostrado receptivo a esta orientação. Em despacho proferido na forma do art. 28 do CPP, o Procurador-geral da Justiça de São Paulo, José Emmanuel Burle Filho, insistiu no arquivamento de inquérito policial, instaurado contra acusado de crime de lesão corporal culposa, menor de 21 anos à data do fato que ocorrera há mais de um ano. Sustentando faltar “justa causa para a ação penal”, o chefe do Ministério Público

estadual paulista, salientou que se a certeza da impossibilidade da fixação de pena no máximo legal leva à constatação antecipada de que ocorrerá prescrição retroativa, “não há sentido em acionar a máquina estatal para um esforço persecutório inútil. Seja porque falta interesse de agir, seja porque possível um juízo provisório a respeito do mérito da ação penal para verificação da extinção da punibilidade, a decorrência é a de que falta justa causa para a propositura da denúncia”.<sup>2</sup>

3. Numa segunda etapa, o *comerciante* se revela insolvente e falta com a obrigação assumida de apurar o delito ou atua enganosamente em relação aos credores pelo inadimplemento das obrigações em seu vencimento. É a *bancarrota*, a *quebra* como expressão da *falência de fato* do Estado-Administração da justiça penal. Surgem em tais situações os pregoeiros de fórmulas miraculosas que propõem a supressão da lei penal através da alienante *justiça alternativa* que declara o “estado jurídico da falência”. A *massa falida* será administrada pelos atomistas de ocasião, os arautos da ilusão e os taumaturgos do *direito alternativo*.

A necessária crítica ao direito positivo para revitalizá-lo ou até mesmo reformá-lo, como é desejável e necessário, foi cambiada pela aventura de um novo totalitarismo: o direito não estaria na lei, mas na cabeça do juiz. Nessa *nouvelle vague*, o “juiz-legislador” (*judge made law*) é personagem central da crise de segurança jurídica, uma extravagância de princípios, uma violência institucional e uma excrescência no sistema de distribuição e interação dos poderes do Estado. E nessa *marcha batida*, rumo à ditadura do solitário julgador, desfilam antigos e novos militantes do discurso político da anomia,

1. Cf. STJ, 5.ª T., HC 1.9083-8, Rel. Min. Edson Vidigal (DJU, de 20.9.93, p. 19.184 e *Boletim IBCCrim* 9, out./93); STJ, 6.ª T., RHC 2.926-9, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro (DJU 28.2.94, p. 2.916 e *Boletim cit.*, p. 43); TACRIM-SP, 6.ª Câ., HC 248.194, em *Boletim e loc. cit.*

2. DOE 25.3.94 e *Boletim IBCCrim*, 15/48, 1994.

muitos deles distribuídos entre o magistério, a literatura jurídica e o foro. São os *anarquistas de sistemas* que, paradoxalmente, vivem a custa deles.

## 1.2 A classificação das pessoas jurídicas

4. Um dos aspectos ainda não enfrentado pelos corifeus da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas diz respeito à indicação de quais os entes coletivos que seriam capazes de ação e de culpa jurídico-penal.

Segundo o Código Civil, as pessoas jurídicas são de Direito Público, Interno ou Externo, e de Direito Privado (art. 13). São pessoas jurídicas de Direito Público Interno: I — a União; II — cada um dos seus Estados e o Distrito Federal; III — cada um dos Municípios legalmente constituídos (art. 14). As autarquias são também pessoas jurídicas de Direito Público Interno, o mesmo ocorrendo com as fundações de Direito Público que têm o dever de cumprir os princípios inerentes à administração pública estabelecidos pelo art. 37 da CF. Por outro lado, são pessoas jurídicas de direito privado: as sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações e as sociedades mercantis (art. 16).

A proposta generalizadora de capacitação criminal da pessoa jurídica não indica se a autoria "delituosa" é factível em relação a todas as pessoas jurídicas — inclusive no âmbito das relações internacionais — ou a algumas delas face a determinados tipos de crimes como os atentados contra o meio ambiente, contra a ordem econômica e financeira e as relações de consumo.<sup>3</sup>

3. Anota Marino Barbero Santos que os defensores dessa responsabilidade não a estendem aos entes públicos, embora haja alguns autores que advogam a responsabilidade

## 1.3 O movimento abolicionista

5. Diante da falta de recursos humanos e materiais para atender à grande demanda popular na satisfação de valores, bens e interesses que devem ser protegidos pelo Direito Penal, desponta o movimento abolicionista que prega a destruição do próprio sistema positivo. Trata-se de uma espécie de cirurgia radical para extirpar o suposto câncer produzido pelas *agências operativas* (a Polícia, a Magistratura, o Ministério Público, os advogados e demais instâncias de trabalhadores do processo), mas que, ao fundo e ao cabo, irá destruir o paciente.

A aventura intelectual que pretende afirmar a imputabilidade penal da pessoa jurídica tem um cariz manifestamente abolicionista. É o *ovo da serpente* de um processo de eliminação dos princípios e das garantias penais e processuais defendidas em regimes políticos liberais do final do séc. XVIII e que revelaram destacado progresso ao longo de períodos históricos seguintes, não obstante o eclipse do ser humano determinado pelas luzes ofuscantes do nazi-fascismo e outras doutrinas totalitárias que, de tempos em tempos, se alternam em vários lugares do mundo. Para elevar a pessoa jurídica à condição de sujeito ativo do crime, os ministros desse culto pregam o sacrifício das conquistas inerentes à elaboração das teorias da aplicação da lei, do delito e das reações penais, em territórios mais sensíveis do corpo e da alma das instituições modeladas com o cinzel da História. O Direito Penal é uma ciência de valores tendo como referência um sujeito concreto. Daí a verdade do axioma: "*Valor é sempre valor para*

dos Estados. ("Responsabilidade penal das pessoas jurídicas?", artigo publ. em *Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoso*, Forense, Rio, 1992, p. 458, nota 35).

*alguém. Valor — pode dizer-se — é a qualidade de uma coisa, que só pode pertencer-lhe em função de um sujeito dotado de uma certa consciência capaz de a registrar*".<sup>4</sup> O suspeito, o indiciado, o réu, o condenado ou o internado, como sujeito ativo na prática do crime, é sempre o homem inserido num universo de relações que lhe permitam a formação dos juízos de valor para orientar e definir a sua conduta. E na expressiva conclusão de Joahnnes Hessen, "não é o indivíduo, mas o gênero homem, pura e simplesmente, que aqui entra em causa. Os valores acham-se referidos ao sujeito humano, isto é, àquilo que há de comum em todos os homens. Referem-se àquela mais profunda camada do ser que se acha presente em todos os indivíduos humanos e que constitui o fundamento objetivo do seu *serem homens*".<sup>5</sup>

#### 1.4 A sede natural do problema

6. A dificuldade ou a impossibilidade para resolver questões relativas à prova da autoria e participação de um grande número de ilícitos onde haja pluralidade de condutas, sejam eles de concurso necessário ou eventual, porém cometidos mediante a atuação ou sob a capa da pessoa jurídica, tem motivado, como foi dito acima, a tendência para deslocar o eixo de rotação do procedimento investigatório. Em tal circunstância, mais fácil será debitar a causalidade do evento a um ente coletivo que proceder às diligências geralmente penosas para o estabelecimento das responsabilidades individuais.

No entanto, os problemas referentes à apuração da autoria, das facetadas modalidades de concurso e da colheita

de elementos para a formação do corpo de delito são de natureza e sede processual e neste terreno é que devem ser enfrentados. As providências de reconstituição do fato típico e de suas circunstâncias objetivas e subjetivas constituem tarefa a ser enfrentada através dos instrumentos jurídicos que servem ao processo penal.

## 2. ABOLIÇÃO DE PRINCÍPIOS E GARANTIAS

### 2.1 Ofensa a princípios e garantias constitucionais

7. A pretensão de atribuir a imputabilidade penal às pessoas jurídicas não está em harmonia com a letra e o espírito da Constituição.

Com efeito, no Capítulo relativo ao meio ambiente, a Carta Política de 1988 declara que "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 o dano" (art. 225, § 3.º). Tal disposição, em sua interpretação literal, poderia ensejar o entendimento de que é admissível a responsabilidade penal dos entes coletivos. Porém, a melhor compreensão da norma nos leva à conclusão de que tanto a pessoa física como a pessoa jurídica podem responder nas ordens civil, administrativa e tributária pelos seus atos; mas a responsabilidade penal continua sendo de natureza e caráter estritamente humanos.

8. A Constituição adota (entre outras) as seguintes espécies de pena: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e e) suspensão ou interdição de direitos (art. 5.º, XLVI).

A presente relação não exclui a possibilidade, *in these*, da pessoa coletiva ser objeto de algumas das mencio-

4. Johannes Hessen, *Filosofia dos valores*, trad. de L. Cabral de Moncada, Arménio Amado, Ed., Sucesso, Coimbra, 1974, p. 47.

5. Ob. cit., p. 49.

nadas sanções. Salvo a primeira delas, de natureza eminentemente física, as demais poderiam se coadunar às pessoas jurídicas. Com efeito, penas patrimoniais como a perda de bens, a multa e a prestação social alternativa (de que é exemplo o trabalho em favor da comunidade) e penas restritivas de atividade, como a suspensão e a interdição de direitos, podem ser aplicáveis, em linha de princípio, contra a pessoa humana ou contra a pessoa moral. Mas, apesar dessa compatibilidade formal, a Constituição veda a hipótese de se levar a pessoa jurídica para o banco dos réus criminais. Tal conclusão deflui de outra regra constitucional de responsabilidade, agora prevista no Tít. VII que trata da ordem econômica e financeira em especial no Capítulo que define os princípios gerais da atividade econômica. O § 5.º do art. 173, dispõe: "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".

9. Luiz Vicente Cernichiaro, um dos mais qualificados intérpretes das normas constitucionais penais, em seus officios na magistratura e na cátedra, enfatiza que a sanção penal "está vinculada à responsabilidade pessoal (art. 5.º, XLV). Hoje, dela é inseparável. A Constituição brasileira, portanto, não afirmou a responsabilidade penal da pessoa jurídica, na esteira das congêneres contemporâneas".<sup>6</sup>

#### *a) O princípio da igualdade*

10. A inevitabilidade da pena como um corolário lógico do princípio de isonomia (CF, art. 5.º, caput) é uma das exigências

que seria fatalmente comprometida com a adoção da extravagância da capacidade penal das pessoas jurídicas.

Realmente, a partir do momento em que o inquérito policial, civil ou administrativo, se satisfizesse com a identificação da pessoa jurídica como "responsável" pela infração penal, os partícipes, ou sejam, os instigadores ou cúmplices, poderiam ser beneficiados com o relaxamento dos trabalhos de investigação. Com tal procedimento seria perfeitamente possível estimular um novo tipo de criminalidade organizada: em lugar do comando pessoal, isto é, individual e humanamente caracterizado, o *cappo* seria a empresa estatal ou privada; um novo tipo de "autor" e líder das condutas de seus diretores ou prepostos.

#### *b) O princípio da humanização das sanções*

11. O princípio da humanização das penas e das medidas de segurança está consagrado expressamente pela Constituição em mais de uma passagem normativa. Ao declarar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ao assegurar aos presos o respeito à integridade física e moral e ao garantir às presidiárias condições para permanecerem com os filhos durante o período de amamentação (arts. 1.º, III e 5.º, XLIX e L), a lei fundamental reafirma a proibição das penas cruéis (art. 5.º, XLVII, e).

12. As disposições acima indicadas têm como referencial exclusivo a condição humana que é inerente às pessoas físicas ou naturais.

#### *c) O princípio da personalidade da pena*

13. O delito é fruto da conduta humana individualmente considerada,

6. *Direito Penal na Constituição*, RT, S. Paulo, 1990, p. 144.

mesmo quando o evento típico decorre do concurso, necessário ou eventual, de duas ou mais pessoas. A sanção penal (pena ou medida de segurança) não pode ser aplicada ou executada contra quem não seja o autor ou partícipe. Este dogma, de longa maturação histórica e jurídica, tem a sua proclamação no art. 5.º, XLV, da Carta Política.

14. No sistema vigente, os efeitos secundários da pena, tanto materiais como morais, podem se projetar contra pessoas inocentes. Um exemplo rotineiro é o dos dependentes do condenado à prisão, que carecem de alimentos para sobreviver e são afetados pela impossibilidade de tal suprimento. Não obstante esse grave problema, ainda assim pode-se afirmar que a pena ou a medida de segurança não se aplicam e nem se executam contra o terceiro que não concorreu para o delito. A sentença que identifica um dos membros da família como autor solitário de uma infração penal é imposta somente contra ele e mais ninguém.

15. Os procedimentos de identificação e submissão acima expostos não se aplicam quando o "autor" do crime seja a pessoa jurídica. Mesmo que o fato típico tenha sido causado somente por um de seus diretores, todos os demais sofrem, em maior ou menor intensidade, os efeitos primários da condenação. E se, em consequência da sanção imposta, a pessoa jurídica não tiver condições materiais ou morais para sobreviver, tal evento alcança todas as pessoas físicas e jurídicas que vivem sob a sua dependência.

#### d) O direito de regresso

16. Consiste o direito de regresso, para os fins administrativos, no direito público subjetivo do Estado contra o seu servidor para cobrar o que a administração pagou a terceiro, em consequência de ato doloso ou culposo do servi-

dor. Em face da descentralização dos serviços públicos, o direito de regresso, em tal circunstância, também pode ser exercido pelas pessoas jurídicas de Direito Privado contra os seus prepostos. Esta é a regra constante do § 6.º do art. 37 da CF: "As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

17. A chamada *ação regressiva*, prevista pelo mencionado dispositivo, é a que *deve* ser proposta pela União, as unidades federativas, o Estado, o Município e outras pessoas de direito público interno (autarquias, fundações), ou que pode ser promovida pelas pessoas jurídicas de direito privado para se ressarcirem dos prejuízos causados pelos seus agentes a terceiros, sempre que o causador do dano tenha obrado com dolo ou culpa. Tem-se, portanto, que, embora responsável objetivamente pelo dano, a pessoa jurídica não realiza a conduta física que o produz. O texto acima transcrito imputa ao *agente* da pessoa moral a causação do fato. E, nos termos do art. 13 do CP, a causalidade é o vínculo entre a *ação* ou *omissão* e o resultado. É curial, portanto, que a pessoa jurídica não é a causadora material da ofensa, mas, sim, o seu agente.

18. A se aceitar a esdrúxula proposta da imputabilidade penal da pessoa jurídica, não poderia ela promover a ação de ressarcimento contra o preposto causador do dano posto ser a "co-responsável" pelo crime gerador do dever de indenizar. Faltar-lhe-ia legitimidade pois um réu não pode promover contra o co-réu a ação de reparação de danos oriunda do fato típico, ilícito e culpável que ambos cometeram. Corolário dessa conclusão é a regra do

art. 270 do CPP: "O co-réu no mesmo processo não poderá intervir como assistente do Ministério Público".

## 2.2 Ofensa a regras da aplicação da lei penal

19. Também no terreno da aplicação da lei penal a delirante tentativa de incriminar a pessoa jurídica se mostra inviável frente à multiplicidade de problemas que seriam gerados em setores importantes do sistema teórico e prático do Direito Penal com seus naturais reflexos no quadro do processo penal. Uma sumária abordagem neste capítulo possibilita identificar algumas dessas dificuldades.

### a) O tempo do crime

20. Nos termos do art. 4.º do CP, com a redação determinada pela Lei 7.209, de 11.7.84, considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado. A redação primitiva da Parte Geral do Código não estabelecia um critério reitor, deixando para a doutrina a definição entre as teorias da *atividade*, do *resultado* e a *mista*. Ao decidir-se pela primeira, o legislador entende que o momento da ação (ou da omissão) é que estabelece a marca temporal de qual resultam múltiplas conseqüências, entre elas o início da contagem do prazo prescricional (CP, art. 111).

21. Com a opção adotada, o sistema positivo faz da atividade o referencial exclusivo para reconhecer o tempo em que o crime foi praticado. Relativamente ao fato típico produzido pelo homem, nenhuma dificuldade maior poderá ocorrer, uma vez identificada a causa (conduta) que produziu o resultado (CP, art. 13). Porém, torna-se as mais das vezes impossível apurar o momento do delito quando o evento é característico dos *reati collegiali*, isto é, daqueles crimes

que surgem não dos sujeitos reunidos com tal objetivo, como na quadrilha ou bando, mas do interior da entidade já constituída pela lei ou pelo contrato, como sucede com a delinquência econômica e ecológica.

Com a teoria adotada para definir o momento do crime, o Código se orienta por um conceito de ação (ou omissão) humana, vale dizer, aquela atividade final própria das pessoas físicas. O entendimento contrário, isto é, de que a ação pode ser praticada pela pessoa jurídica encontra resistência intransponível da doutrina como se procura demonstrar nos itens 24 e 25 (*infra*).

### b) O lugar do crime

22. Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado (CP, art. 6.º).

Também quanto a este tema o legislador decidiu-se em favor de uma das três teorias que disputavam preferência: a) *teoria da atividade*: o lugar do delito é aquele em que o agente desenvolveu a ação ou a omissão (atos executórios); b) *teoria do resultado*: também designada por *teoria do evento* ou *teoria do efeito*, o lugar do delito é o lugar da produção do resultado; c) *teoria da ubiquidade*: considera-se como *locus delicti* tanto o local da conduta como o do resultado. Esta foi a teoria agasalhada pelo sistema positivo brasileiro.

23. Em relação à (suposta) capacidade penal da pessoa jurídica, plantam-se novos problemas. Como estabelecer o local da "atividade" delituosa em relação às associações que têm diretorias e administrações em várias partes do território nacional? Ou relativamente às sociedades por ações que segundo os respectivos estatutos, é comandada pelo Conselho de Administração ou somente pela Diretoria (Lei 6.404, de 15.12.76, art. 138)?

Se tal problema poderia ser solucionado à luz da adoção do critério da ubiquidade, reconhecendo-se como lugar do delito o lugar do dano ou do perigo de dano (nos crimes econômicos, financeiros e contra as relações de consumo, por exemplo) restariam as dificuldades insuperáveis para definir os lugares onde os atos de execução foram praticados, a fim de apurar a responsabilidade dos administradores ou procuradores.

### 2.3 Ofensa a princípios relativos à teoria do crime

#### a) A conduta humana

24. A conduta, revelada através da ação ou da omissão, como primeiro elemento estrutural do crime, é produto do homem.

A literatura internacional, pela pena de eminentes escritores, não reconhece às pessoas jurídicas a capacidade de ação ou omissão como elemento primário da infração penal. Entre outros, pode-se referir Bettiol;<sup>7</sup> Welzel;<sup>8</sup> Jescheck;<sup>9</sup> Maurach;<sup>10</sup> Antolisei<sup>11</sup> e Zaffaroni.<sup>12</sup>

7. Giuseppe Bettiol, *Diritto penale — Parte Generale*, 11.ª ed., Cedam, Padova, 1982, p. 409.

8. Hans Welzel, *Derecho Penal Aleman — Parte General*, trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, Ed. Jurídica de Chile, 11.ª ed., 1970, p. 50: "Toda la vida comunitaria del hombre se estructura, para bien o para mal, sobre la actividad final del hombre".

9. Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal — Parte General*, trad. e acréscimos do direito espanhol por S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, Bosch Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1981, I/299.

10. Reinhart Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, trad. Juan Córdoba Roda, Ed. Ariel, Barcelona, 1962, p. 178.

11. Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale — Parte Generale*, 7.ª ed., Giuffrè Ed., 1975, p. 480.

12. Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal — Parte General*, Ediar, B. Aires, 1981, III/57.

25. Os penalistas brasileiros, de modo geral, quando tratam deste assunto qualificam a ação como atributo exclusivo do ser humano. A propósito, Francisco de Assis Toledo: "Poder-se-á, pois, dizer, parodiando o poeta, que, no mundo social, só os seres humanos são capazes de ouvir e de entender as normas, portanto só eles podem cometer crimes".<sup>13</sup> Em outras palavras: somente através da ação é que as tendências e deliberações criminosas do sujeito podem tornar-se juridicamente relevantes e colocar em funcionamento a justiça penal.<sup>14</sup>

O conceito de ação como "atividade humana conscientemente dirigida a um fim",<sup>15</sup> vem sendo tranquilamente aceito pela doutrina brasileira,<sup>16</sup> o que implica no *poder de decisão pessoal* entre fazer ou não fazer alguma coisa, ou seja, num atributo inerente às pessoas naturais. A quase unanimidade de penalistas, independentemente de suas concepções acerca das teorias sobre a ação, também repudia a hipótese da conduta ser atribuída à pessoa jurídica. Vale referir: Basileu Garcia: "Sujeito ativo do delito, ou agente, é quem o pratica. Só o homem, individualmente ou associado, pode sê-lo";<sup>17</sup> Manoel Pedro Pimentel: "Responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica é solução que a doutrina

13. Francisco de Assis Toledo, *Princípios básicos de Direito Penal*, Saraiva, S. Paulo, 1986, p. 85.

14. Anibal Bruno, *Direito penal: Parte Geral*, Forense, Rio, 1967, t. 1.º, p. 296.

15. Cf. Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal: a nova parte geral*, Forense, Rio, 1985, p. 152.

16. Damásio de Jesus, "Conduta é a ação ou omissão humana consciente e dirigida a determinada finalidade" (*Direito Penal: Parte Geral*, Saraiva, S. Paulo, 1985, 1.º/197).

17. Basileu Garcia, *Instituições de Direito Penal*, Max Limonad, 4.ª ed., S. Paulo, I/214, t. I.

predominante não aceita";<sup>18</sup> Jair Leonardo Lopes: "A ação humana, aqui conceituada, é simplesmente a atividade orientada no sentido de um fim";<sup>19</sup> Miguel Reale Junior: "Ao agir, o homem escolhe meios idôneos à consecução do fim almejado. A ação se alicerça em uma escolha de fins e de meios a estes adequados enquanto que a escolha se funda e um valor que se coloca como o fim mesmo da ação";<sup>20</sup> José Henrique Pierangelli: "Posto que a ordem jurídico-penal só regula condutas humanas, estabelecemos que as pessoas jurídicas não possuem capacidade de conduta";<sup>21</sup> Juarez Tavares: "A vontade eleva-se, pois, à condição de 'espinha dorsal da ação'. Sem vontade não há ação, pois o homem não é capaz nem de cogitar de seus objetivos, se não se lhe reconhece o poder concreto de prever os limites de sua atuação";<sup>22</sup> Antonio de Queiroz Filho: "A conduta criminosa: a ação e a omissão. O homem é um ser que se conduz. E, partindo desta característica que singulariza a criatura humana, conduta significa, na continuidade da vida, o modo de viver";<sup>23</sup> Luiz Luisi: "Todo ser vivo racional, ou melhor, toda pessoa humana, pode, em princípio, ser sujeito ativo de um delito. A regra, pois, é que todo homem, isto é, todas as pessoas físicas, têm condi-

ções — e elas exclusivamente — para serem sujeitos de um delito referido nos tipos penais";<sup>24</sup> Júlio Fabbrini Mirabete: "Apresenta a conduta várias *características*, a seguir mencionadas. É um comportamento humano, não estando incluídos, portanto, os fatos naturais (raio, chuva, terremoto), os do mundo animal e os atos praticados pelas pessoas jurídicas";<sup>25</sup> João José Leal: "Sendo o crime conduta humana, fica claro que somente o ser humano tem capacidade para delinquir. Até o final da Idade Média a justiça criminal julgava e condenava também animais como autores de infrações penais. Hoje apenas o homem pode ser o sujeito ativo do crime. É que a conduta delituosa exige a manifestação da vontade conscientemente dirigida a um fim e somente o ser humano pode atuar voluntariamente";<sup>26</sup> Sheila Jorge Selim de Sales: "Assim, segundo a nossa lei penal, às pessoas coletivas não se empresta nem 'capacidade de ação' nem 'capacidade de culpa'. Não há que se falar, pois, em 'responsabilidade penal' das mesmas, bem como em sanções penais a elas aplicáveis e em relação a elas exequíveis, tendo em vista o Código Penal e diante dos objetivos traçados na Lei de Execução Penal".<sup>27</sup>

Em sentido contrário se manifesta João Marcello de Araújo Júnior: "A nosso juízo, as pessoas jurídicas têm vontade e capacidade de agir" (...) "Assim, entendemos que as pessoas

18. Manoel Pedro Pimentel, *Direito Penal Econômico*, RT, S. Paulo, 1973, p. 148.

19. Jair Leonardo Lopes, *Curso de Direito Penal — Parte Geral*, RT, S. Paulo, 1993, p. 109.

20. Miguel Reale Junior, *Antijuridicidade concreta*, José Bushatsky Ed., S. Paulo, 1973, p. 39. A passagem transcrita está subordinada ao item que trata da "Compreensão axiológica do tipo e da ação".

21. José Henrique Pierangelli, *Escritos jurídico-penais*, RT, S. Paulo, 1992, p. 18.

22. Juarez Tavares, *Teorias do delito*, RT, S. Paulo, 1980, p. 59.

23. Antonio de Queiroz Filho, *Lições de Direito Penal*, RT, S. Paulo, 1966, p. 121.

24. Luiz Luisi, *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*, Sérgio Antonio Fabris Ed., Porto Alegre, 1987, p. 43.

25. Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de Direito Penal — Parte Geral*, Atlas, S. Paulo, 1985, 1/106.

26. João José Leal, *Curso de Direito Penal*, Sérgio Antonio Fabris Ed., Porto Alegre, 1991, p. 147.

27. Sheila Jorge Selim de Sales, *Do sujeito ativo*, Livraria Del Rey Ed., Belo Horizonte, 1993, p.40.

jurídicas têm capacidade de vontade e de ação".<sup>28</sup>

### b) A crise do concurso de pessoas

26. A abolição de princípios e regras fundamentais ao Direito Penal em favor da adoção da capacidade penal da pessoa jurídica irá, fatalmente, gerar uma crise insolúvel também nos domínios do concurso de pessoas. Como pensar na *vontade comum* inerente à concorrência, entre a pessoa física, vinculada ou não à empresa, e esta quando se procure estabelecer a natureza e o grau da *divisão de tarefas*? Haverá possibilidade de se reconhecer a co-autoria entre a pessoa física e a pessoa jurídica? Como imaginar a hipótese de *instigação*, ou seja, da forma intelectual de participação pelo estímulo, que pressupõe a atividade psicológica de um agente em relação ao outro? Seriam muitas as situações espantosas desse festival de surrealismo promovido no cenário do processo penal. Alguns aspectos podem, desde já, ser abordados.

### c) A medida da culpabilidade

27. Para evitar que os limites da relação de causalidade se ampliem ao infinito nos casos de participação e auxílio no concurso de pessoas, o Código Penal instituiu a *cláusula de adequação* através da exigência da culpabilidade que atua como fundamento e limite da pena. Reza o art. 29: "Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, *na medida de sua culpabilidade*".

Como, porém, "medir" a "culpabilidade" da pessoa jurídica quando ela "participar" do fato típico realizado pela pessoa física? Como saber a forma de

participação (mandato, comando, conselho e ameaça) ou de cumplicidade (auxílio material)? *Quem é quem* na estrutura administrativa da sociedade por ações ou da pessoa jurídica de Direito Público Interno para ser identificado como o prestador do serviço de informações? *Quem* poderá identificar a forma e o alcance da participação ou do auxílio? Em outras palavras: para *quem* o Delegado de Polícia (*rectius*: o escrivão) vai mandar a intimação?

### d) A participação de menor importância

28. Dispõe o § 1.º do art. 29 do CP que "se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de 1/6 a 1/3".

Segundo orientação da jurisprudência, quanto mais a conduta se aproximar do núcleo do tipo, maior deverá ser a pena; quanto mais distante, menor deverá ser a resposta penal. A verificação concreta da menor importância da participação deve ser aferida em razão da eficiência na produção do evento.

### e) A vontade de um crime menos grave

29. Se algum dos concorrentes *quis* participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ser *previsível* o resultado mais grave (CP, § 2.º do art. 29).

As noções de *vontade* e *previsibilidade* certamente não se acomodam à estrutura da pessoa jurídica para se deslindar o problema referente à diferença entre o crime "pensado" e "querido" pela empresa ou associação, por exemplo, e o crime efetivamente praticado pelo seu preposto, com desvio de mandato.

30. Indubitavelmente, o tema da cooperação dolosamente distinta é mais um desafio para os patronos da responsabilidade criminal da pessoa jurídica.

28. João Marcello de Araújo Júnior, *Dos crimes contra a ordem econômica*, RT, S. Paulo, 1995, pp. 74 e 76.

ca. Cuida-se, neste passo, de reconhecer, por um lado, a exigência da *individualização da culpa* e, por outro, o imperativo da *proporcionalidade da punição*, em razão de o fato mais grave se conservar na linha de desdobramento psicológico da conduta do partícipe.

f) *As circunstâncias comunicáveis*

31. A pessoa jurídica poderá ser acusada pela prática de crime funcional sempre que “participar” no fato cometido por um servidor público, como, por exemplo, o peculato? Essa curiosa indagação somente poderá ser respondida com a admissibilidade de um *concurso anfibio* no qual a imaginação criadora do futuro legislador colocasse em letra de forma tal excentricidade.

32. A expressão “circunstâncias e condições de caráter pessoal” (CP, art. 30) indica o caráter subjetivo do coautor ou partícipe. Referem-se às condições ou qualidades do sujeito, à imputabilidade, à culpabilidade, ao dolo e à culpa, a reincidência e também às relações entre o culpado e a vítima.

g) *O tipo subjetivo: o dolo*

33. Nos termos do art. 18, diz-se o crime *doloso*, “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”.

Comentando esse dispositivo, Silva Franco observa que a reforma instituída pela Lei 7.209, de 11.7.84, deslocou o dolo — e também a culpa — do antigo domínio da culpabilidade para o terreno da tipicidade e, com tal orientação, atendeu a um dos postulados da teoria finalista da ação. E exemplifica, também, com as disposições dos arts. 20 (erro de tipo) e 29 (concurso de pessoas).<sup>29</sup>

29. Alberto Silva Franco, *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, 5.ª ed., RT, S. Paulo, 1995, p. 196.

34. Conforme autorizada doutrina, o *dolo* “é a consciência e vontade na realização da conduta típica. Compreende um *elemento cognitivo* (conhecimento do fato que constitui a ação típica) e um *elemento volitivo* (vontade de realizá-la).”<sup>30</sup>

Distinguem-se, a partir do próprio texto legal, o *dolo direto* e o *dolo eventual*. Como é curial, no primeiro o agente *quer* o resultado como próprio de sua conduta; no segundo, aceita o risco de produzi-lo. A dificuldade prática em se reconhecer uma ou outra dessas modalidades de comportamento, principalmente quando se trate de separar o *dolo eventual* da *culpa consciente*, somente poderá ser contornada pelo diagnóstico da vontade.

Segundo Platão, o primeiro significado de vontade é o *apetite racional* ou conforme a razão, enquanto se distingue do apetite sensível que é o desejo. E, conforme Santo Agostinho, a vontade é identificada como princípio geral da ação, isto é, como *aptidão*.<sup>31</sup>

35. Torna-se impossível recortar, nos casos ocorrentes da vida, essas flutuações do pensamento e da representação que irão convergir na direção da conduta sem a identificação do universo interior do sujeito ativo do crime. Em acórdão relatado no Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Silva Franco expõe com bastante clareza esse desafio judicial: “O momento volitivo se manifesta na esfera do subjetivo, no íntimo do agente e, deste modo, não é um dado da realidade que possa ser diretamente apreendido. Mas isto não significa que não possa ser extraído do *caráter* do agente e de todo o complexo de circunstâncias que cercaram o seu atuar.”<sup>32</sup>

30. Heleno Cláudio Fragoso, ob. cit., p. 175.

31. Em Nicola Abbagnano, *Dicionário de Filosofia*, trad. de Alfredo Bosi, Ed. Mestre Jou, S. Paulo, 1970, pp. 970-971.

36. Os problemas relativos ao *erro de tipo*, tratados na sede da tipicidade e ao *erro de proibição*, analisado no quadro da ilicitude (CP, arts. 20 e 21), têm natureza e conteúdo radicalmente humanos. A distinção, amplamente aceita no plano penal, entre *erro* (a representação defeituosa da realidade) e a *ignorância* (a falta de representação da realidade) tem a sua base no processo psicológico, pois tanto o *conhecimento falso* como o *não conhecimento* se remetem ao universo interior do homem.

Nas primeiras linhas de sua monografia sobre o tema, à luz do sistema penal brasileiro, Luiz Flávio Gomes refere-se ao antigo provérbio latino: *errare humanum est*. E acentua que o erro “faz parte do cotidiano do homem e se a ciência jurídica, de modo especial a ciência penal, cuida, sobretudo, dos acontecimentos humanos, é evidente que deve também se ocupar do erro”.<sup>32</sup> Em outra importante passagem de seu lúcido estudo, acolhe o axioma segundo o qual “a culpabilidade tem como fundamento a liberdade de vontade e esta tem seu limite extremo na previsibilidade e na inevitabilidade”<sup>34</sup> que, como é curial, são operações do espírito humano.

#### *h) Os tipos culposos e omissivos*

37. Como bem observa Juarez Tavares, os tipos de *delitos culposos* e *omissivos* possuem outras características das do delito doloso comissivo. “O *delito culposo* contém, em lugar do tipo subjetivo, uma característica normativa aberta: o *desatendimento ao cuidado*

*objetivo* exigível ao autor. O crime omissivo anexa-se à infração do *dever ser de agir* (legalmente determinado) ou de *impedir o resultado* (tendo a real possibilidade física de realizar a ação)”.<sup>35</sup>

38. A *culpa* consiste na violação de um dever de cuidado objetivo, resultante tal violação de um comportamento imprudente, negligente ou imperito. A propósito, o Anteprojeto de Código Penal elaborado por Nelson Hungria (1963) definia o crime culposo como a conduta do agente que, deixando de empregar a atenção ou a diligência ordinária ou especial a que estava obrigado em face das circunstâncias, não previu o resultado ou, prevendo-o, supunha levianamente que não se realizaria ou que poderia evitá-la (art. 16, II). Na primeira hipótese, diz-se que a culpa é *inconsciente*; na segunda, que é *consciente*.

39. Uma das mais freqüentes modalidades de responsabilidade civil imposta aos entes coletivos, tanto públicos ou privados, se situa muito mais nos domínios da negligência que da imperícia ou da voluntariedade (CC, art. 159). O problema da negligência, em sede penal, jamais seria resolvido com a atribuição de imputabilidade penal à pessoa jurídica. Conforme a lição de Juarez Tavares, a questão da ação típica é, sem dúvida, bastante complexa nos delitos negligentes, “pois envolve tanto os elementos constitutivos da conduta humana em geral, como os requisitos da estrutura normativa, expressa no dever de cuidado”.<sup>36</sup>

#### *i) Os elementos subjetivos do tipo*

40. Não se confundem as hipóteses de dolo ou da culpa *stricto sensu*, como tipos subjetivos da *conduta* ilícita, com os elementos subjetivos do tipo. A

32. Em Alberto Silva Franco, ob. cit., p. 206.

33. Luiz Flávio Gomes, *Erro de tipo e erro de proibição (e a evolução da teoria causal-naturalista para a teoria finalista da ação)*, 2.ª ed., RT, S. Paulo, 1994, p. 17.

34. Ob. cit., p. 114.

35. Ob. cit., p. 68.

36. Juarez Tavares, *O direito penal da negligência*, RT, S. Paulo, 1985, p. 134.

propósito, observa com propriedade Luiz Luisi, que o legislador, ao elaborar os tipos legais de ilícito, muitas vezes insere neles expressões que traduzem, “além do dolo, certos estados de consciência do agente, bem como situações sentimentais e afetivas, e outras de matizes inquestionavelmente subjetivas”.<sup>37</sup> São várias as indicações em tal sentido: a) quando o agente deve ter conhecimento de determinada circunstância (ofensa à pessoa jurídica);<sup>38</sup> b) quando o tipo fixa um determinado fim (o rapto); c) quando o tipo fixa um determinado fim que se realiza com o delito (o homicídio com o objetivo de ocultar outro crime); d) quando o tipo prevê a conduta com determinado ânimo (furto); e) quando o tipo estabelece um estado psicofísico do autor (infanticídio).<sup>39</sup>

*j) A responsabilidade em função da culpa*

41. “Sem culpabilidade não existe pena”. Este é um dogma de segurança individual garantido pelo sistema penal brasileiro, que não admite a responsabilidade objetiva ou sem culpa.

A doutrina clássica de Direito Penal considera a culpabilidade como um dos elementos estruturais do delito para se evitar a adoção da responsabilidade objetiva. Modernamente se sustenta que a culpabilidade não se esgota na relação de desconformidade substancial entre o fato e o ordenamento jurídico “sino que además fundamenta el reproche personal

contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aun cuando podía omitirla. La conducta del autor no es como se la exige el Derecho, aunque él habría podido observar las exigencias del deber ser del Derecho.”<sup>40</sup> Dentro de tal perspectiva, a culpabilidade é um *pressuposto* da pena em obediência ao aforisma de garantia *nulla poena sine culpa*. Acolhendo esta linha de raciocínio, Damásio de Jesus conclui que “a culpabilidade é pressuposto da pena e não requisito ou elemento do crime”.<sup>41</sup>

42. A Lei 7.209, de 11.7.84, que reformou a Parte Geral do Código Penal brasileiro, harmoniza-se com o primado *nulla poena sine culpa*, expressamente consagrado em vários dispositivos: arts. 19, 20, 21 e 29, por exemplo. A culpabilidade é indicada como o primeiro dado de consulta para a fixação judicial da pena, para se estabelecer o regime inicial de execução e para operar a substituição da pena privativa de liberdade por outra cabível (art. 59).

Nos termos da Constituição brasileira, o princípio da culpa é extraído de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ou seja, da “dignidade da pessoa humana” (art. 1.º, III). Esta compreensão do generoso princípio em função do texto constitucional também se verifica em Portugal. Na correta afirmação de Souza e Brito, “a culpa pressupõe a consciência ética e a liberdade do agente, sem admissão das quais não se respeita a pessoa nem se entende o seu direito à liberdade. Implica que não há pena sem culpa, excluindo-se a responsabilidade penal objectiva, nem medida de pena que exceda a da culpa.”<sup>42</sup>

37. Luiz Luisi, ob. cit., p. 69.

38. Tratava-se do tipo previsto no art. 147 do CP/69 (Dec.-lei 1.004 de 21.10.69) com as alterações da Lei 6.016, de 31.12.73, contendo a seguinte redação: “Propalar fatos, que sabe inverídicos, capazes de abalar o credito de uma pessoa jurídica ou a confiança que esta merece do público”.

39. Luiz Luisi, ob. cit., pp. 69 e ss.

40. Hans Welzel, ob. cit., p. 196.

41. Damásio de Jesus, ob. cit., ed. de 1991, p. 398.

42. José de Souza e Brito, “A lei penal na Constituição”, trabalho pub., em *Estudos sobre a Constituição*, Ed. Livraria Petrony, Lisboa, 1978, 2.º/197.

43. A culpabilidade jurídico penal tem como elementos: a imputabilidade, a consciência (real ou potencial) da ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa.

O princípio da culpabilidade se extrai do direito positivo, como se poderá ver pelos arts. 19, 29 e 121, § 5.º do CP e se manifesta em outros dispositivos referentes ao crime e à pena (arts. 20 e § 1.º; 21; 22; 26 e parágrafo único; 27; 28, §§ 1.º e 2.º; 29 e §§).

44. Não se admite a capacidade criminal das pessoas jurídicas em face da exigência da culpabilidade que atua como fundamento e limite da pena. O primado *nulla poena sine culpa* é expressamente declarado pelo Código Penal: "Art. 19. (Agravação pelo resultado). Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente".

A culpabilidade é indicada como o primeiro elemento de referência para escolher e quantificar a pena, "conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime" (CP art. 59). E é novamente mencionada quando o Código trata do concurso de pessoas, ao declarar: "Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade".

Pode-se afirmar que no sistema proposto pela Lei 7.209, de 11.7.84, a culpa é o fundamento e a medida da pena enquanto a periculosidade é a base para a imposição da medida de segurança.

Nos costumes jurídicos brasileiros, a "culpabilidade da pessoa jurídica" é uma hipótese manifestamente incompatível não somente com a realidade ontológica das pessoas morais como também com o refinado conceito de culpa, vista como "reprovabilidade da conduta ilícita (típica e antijurídica) de quem tem capacidade genérica de entender e de querer (imputabilidade) e

podia, nas circunstâncias em que o fato ocorreu, conhecer a sua ilicitude, sendo-lhe exigível comportamento que se ajuste ao Direito".<sup>43</sup>

Em obra que aborda o universo da criminalidade econômica, Gérson Pereira dos Santos pondera que falar-se em responsabilidade das pessoas jurídicas continua parecendo a muitos *cegueira científica*, malgrado o magistério de tantos estudiosos. No entanto, e apesar de reconhecer que a factual hipótese da responsabilidade da pessoa coletiva não se compagina com o império dos conceitos de culpa e personalidade da pena, o mestre baiano adverte que "o dissídio não é insuperável".<sup>44</sup>

45. A imputabilidade é a *capacidade de culpa*. Segundo o conceito normativo extraído dos arts. 26 e 27 do CP, a imputabilidade consiste na reunião dos pressupostos de capacidade bio-psicológica que deve ter a pessoa humana, a partir dos 18 anos de idade, para entender o caráter criminoso do fato e de se determinar de acordo com esse entendimento. O requisito da idade é um dos dogmas nesse terreno como se verifica pela enfática redação do art. 228 da CF: "São penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas da legislação especial".

46. A pretensão de se incriminar as pessoas coletivas esbarra na impossibilidade de se conceber que uma empresa comercial, por exemplo, tenha possibilidade de formar a "consciência de ilicitude" da atividade que é desenvolvida pelos seus prepostos e servidores. Nem seria razoável formular-se um juízo de reprovabilidade penal pelo desempenho de uma instituição financeira, embora seja possível estabelecer-se o

43. Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal*, cit. p. 202.

44. Gérson Pereira dos Santos, *Direito Penal Econômico*, Saraiva, S. Paulo, 1981, pp. 137 e 134, respectivamente.

juízo externo de reprovação pelo seu comportamento nocivo junto ao mercado mobiliário. Mas, trata-se de um julgamento que desagua na imputação da responsabilidade administrativa, fiscal e civil; jamais de natureza criminal.

Também é importante acentuar que a culpa deve ser livre não somente em sua causa, isto é, na formação da consciência do proibido, mas, também, durante o itinerário do delito. E não é possível afirmar-se a autonomia da liberdade da pessoa jurídica que atua em consequência da conduta de seus agentes.

## 2.4 Ofensa a princípios relativos à teoria das penas e das medidas de segurança

### a) *Concepção nuclear da pena*

47. Etimologicamente e na sua compreensão generalizada, a pena criminal é expressão de sofrimento e tormento, cuja imagem foi muito bem apreendida por Carnelutti ao estabelecer a relação entre *pena e dolore*.<sup>45</sup>

Por outro lado, a pena deve ser necessária e suficiente para a prevenção e a reprovação do crime (CP, art. 59). O seu caráter nitidamente aflictivo se desume do sistema positivo ao tratar das medidas penais não institucionais como o livramento condicional e a suspensão da pena mediante condições que recortam a liberdade do condenado. Outro exemplo claro da identificação da pena como sofrimento nos vem da redação do § 5.º do art. 121 do CP: "Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária".

45. *Principi del processo penale*, Morano Ed., Napoli, 1960, p. 30, lembrado por Francisco de Assis Toledo, ob. cit., p. 217.

48. Através desta *previsão legal da tragédia*, verifica-se que a pena é sofrimento, é dor, enfim, uma *procissão de amargura*, mesmo naquelas hipóteses em que a liberdade física não é suprimida.

### b) *A aplicação da pena*

49. A individualização judicial da pena, como um corolário lógico do princípio constitucional da personalidade da sanção constitui uma das mais importantes etapas da realização do Direito Penal. Pressupõe um conjunto de elementos de fato e de Direito sobre os quais o juiz vai refletir para a escolha e a quantidade da reação necessária e suficiente a fim de reprovar e prevenir o crime, bem como sobre o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e a substituição desta espécie por outra (penas restritivas de direito e multa) (CP, art. 59).

A *culpabilidade*, os *motivos* e as *circunstâncias subjetivas* compõem parte de um roteiro indispensável a ser seguido pelo juiz além da verificação de outros indicadores como os antecedentes, a conduta social, a personalidade, as consequências do crime e o comportamento da vítima. Se a pessoa jurídica, *in these*, é portadora de alguns deles, não o será certamente quanto à maioria, que pressupõe a condição do *ser homem*.

### c) *A execução da pena*

50. Para fechar o circuito de objeções à tentativa de se incriminar a pessoa jurídica (embora sem esgotar o tema) convém insistir num ponto: é inconcebível falar-se em execução da pena criminal — que pressupõe aflição e reinserção social — sobre a pessoa jurídica. Com efeito, tanto a pena como a medida de segurança se destinam ao *homem de carne e osso*, que é o destinatário das reações contra o delito.

O art. 1.º da Lei 7.210, de 11.7.84 (Lei de Execução Penal), embora não tenha assumido nenhum compromisso programático com a recuperação social ou reeducação do infrator, declara que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Poderia a pessoa jurídica ser a destinatária de tal preceito?

#### *d) Concepção nuclear da medida de segurança*

51. Relativamente às medidas de segurança, além da prática de um fato previsto como crime, é seu pressuposto a *periculosidade* do agente. Trata-se de um conceito normativo que se extrai do art. 26 e parágrafo único do CP e válido somente em relação às pessoas naturais. A *internação* e o *tratamento ambulatorial*, como espécies das medidas de segurança (CP, art. 96), têm caráter pessoal em face da natureza das providências adotadas para lutar contra a periculosidade. O paciente internado ou em liberdade (CP, art. 97 e ss.; LEP, art. 172 e ss.) é somente o homem, como portador de anomalias biopsicológicas que o distinguem das demais pessoas.

### **2.5 Ofensa a princípios e regras do Direito Processual Penal**

52. Os corifeus e os propagandistas da capacidade criminal das pessoas coletivas ainda não se dedicaram ao trabalho de analisar as consequências desse projeto no quadro do processo penal. Existem as mais variadas implicações com a *metamorfose* do Município ou da empresa industrial, por exemplo, em acusados na ação penal quando o desabamento de um prédio ou a poluição de águas constituírem fatos típicos. Quem prestará, em nome do “réu” ou da “ré”, o interrogatório? Ou o sistema legal dispensará em

tal hipótese o interrogatório que, além de um meio geral de prova é, também, um elemento de defesa? Como se tornará efetiva a investigação policial ou mesmo a instrução criminal se a pessoa jurídica tiver vários centros de atividade e que o fato típico tenha sido gerado por mais de um deles? Quais as testemunhas a serem ouvidas, principalmente se a ré tiver também domicílio em outras comarcas do Estado e do País? E se for uma transnacional?

Princípios e regras da maior importância, como os relativos à investigação, à verdade material, à concentração e à imediação, serão gravemente comprometidos pela *aventura* de se perseguir a pessoa coletiva como causadora de um evento delituoso. O assunto justifica uma exposição mais detalhada, tarefa que se remete para outra oportunidade.

53. No entanto, há necessidade de se destacar a frustração de um outro e importantíssimo princípio: o do *ônus da prova* (CPP, art. 156). Ultimamente se intensificam os precedentes dispensando a individualização das condutas em caso do chamado *crime de autoria coletiva*. Louvando-se no § 5.º do art. 39 do CPP, o Ministério Público vem dispensando a realização de inquérito (policial ou administrativo) para apresentação de denúncia em casos de crimes contra a ordem econômica e tributária, as relações de consumo e o meio ambiente.<sup>46</sup> Em tais situações o desafio imposto aos advogados criminalistas é muito relevante para demonstrar a violação dos mais caros princípios

46. Essa praxe tem, na generalidade, a interpretação literal e arbitrária do art. 28 da Lei 7.492/86. Não se confundem, obviamente, as noções de “documentos necessários à comprovação do fato” — para a responsabilidade fiscal — com os elementos do *corpus delicti* indispensáveis para estabelecer a responsabilidade criminal e as formas de participação, em se tratando de crime de autoria coletiva.

de ordem pública como observa Antonio Cláudio Mariz de Oliveira.<sup>47</sup>

54. A tradição da jurisprudência do STF, em matéria de crime de autoria coletiva, era a de exigir a descrição individualizada da participação de cada um dos acusados no fato punível, para possibilitar o exercício do contraditório e da ampla defesa.<sup>48</sup> No entanto, aquela orientação vem se modificando como se constata pelo seguinte paradigma: “Nos casos de autoria conjunta ou coletiva, e em especial nos delitos praticados em sociedade, não se faz indispensável a individualização da conduta específica de cada agente”.<sup>49</sup>

Em seu voto, na qualidade de relator, o Min. Octávio Gallotti declarou: “A circunstância de não individualizar a conduta específica de cada agente não se faz indispensável, como já assentou, este Tribunal, nos casos de autoria conjunta ou coletiva (HC 58.802, *RTJ* 100/556) e, em especial, nos delitos praticados em sociedade (HC 59.857, *RTJ* 104/1.002), hipótese em que consiste a espécie versada nestes autos. A participação ou não do recorrente, ante o que se argumenta no pedido, só com a prova produzida no curso da ação penal poderá ser averiguada. Não no âmbito estreito da via ora intentada. Nego provimento ao recurso”.<sup>50</sup>

47. Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, “A responsabilidade penal e os crimes tributários”, em *Seminário sobre crimes contra a ordem tributária*, Ed. IOB, S. Paulo, 1995, p. 9.

48. Em tal sentido, *RT* 574/440, *RT* 576/472.

49. RHC 62.968-7 (SP), j. 10.5.85, *RT* 597/416. No mesmo diapasão o acórdão de 20.9.94, HC 71.788-8 (PR), *DJU* 4.11.94, Sec. I, p. 29.830; “A denúncia, nos casos de crimes de autoria coletiva ou conjunta, em especial nos delitos praticados em sociedade, pode conter narração genérica dos fatos, sem especificação pormenorizada da conduta de cada agente, desde que não prejudique o direito de defesa, segundo jurisprudência do STF quanto ao art. 41 do CPP”.

50. *RT* 597/418. (Grifos do original).

Essa inversão do ônus da prova tem sido freqüente em ações penais instauradas contra diretores de empresa cujos nomes constam do contrato social, requisitado para instruir o procedimento fiscal. Em muitos casos são denunciados diretores que não mais exercem, de fato, qualquer atribuição na empresa e assim, não teriam participado de forma alguma para o apontado delito. E não são raras as aberturas de processo criminal contra a esposa do diretor ou gerente porque seu nome integra um dos conselhos.<sup>51</sup>

O STJ, ao qual compete uniformizar a interpretação e a aplicação, em última instância, da lei federal, não conheceu de Recurso Especial questionando a falta de individualização das condutas dos agentes em concurso. Vale transcrever: “O crime de autoria coletiva não obriga, a denúncia, a pormenorizar o envolvimento de cada réu, bastando a narrativa genérica do delito, sem que tolha, evidentemente, o exercício da defesa”.<sup>52</sup> Em outro paradigma, a mesma Corte Federal já sentenciou que em se tratando dos denominados “crimes coletivos” (*rectius*: autoria coletiva), “os tribunais têm sido complacentes quanto à exigência da descrição da atividade de cada um dos partícipes (CP, art. 41)”.<sup>53</sup>

51. Um dos poucos casos de limitação desse critério se contém na decisão do HC 94.04.09448-0/PR, da 1.ª T. do TRF da 4.ª Reg., j. 28.4.94. Embora admitindo a desnecessidade de descrição detalhada da participação, o Tribunal excluiu da denúncia a paciente “que era apenas sócia-quotista da empresa, e não ocupava funções de gerência e nem participava da administração da empresa” (*DJU* 8.6.94).

52. *RSTJ* 25/367, set./91.

53. RHC 2.768-3 (93.013505-8) — SP, j. 28.6.93, 6.ª T., *DJU* 16.8.93, Sec. I, p. 15.996. No mesmo rumo e também do STJ: RHC 2.308-2 — RS, j. 5.2.93, em *DJU* 15.3.93, Sec. I, p. 3.823; RHC 2.847-5 (BA), j. 18.8.93, em *DJU* 13.9.93, Sec. I, p. 18.572; HC 2353-6 (PA), j. 8.2.94, em *DJU* 11.4.94, Sec. I, p. 7.659 e RHC 3.560-9 (PA), j. 18.4.94, em *DJU* 9.5.94, Sec. I, p. 10.885.

### 3. A LEGISLAÇÃO EM VIGOR

55. No sistema jurídico positivo brasileiro, a responsabilidade penal é atribuída, exclusivamente, às pessoas físicas. Os crimes ou delitos e as contravenções não podem ser praticados pelas pessoas jurídicas, posto que a imputabilidade jurídico-penal é uma qualidade inerente aos seres humanos. Quando o Código Penal trata deste tema o faz em consideração exclusiva às pessoas naturais, como agentes que revelam capacidade para entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 26). Os inimputáveis, sejam maiores ou menores, e os semi-imputáveis, são as pessoas físicas em torno das quais gravitam as noções de responsabilidade ou de irresponsabilidade pessoal e os objetos sobre os quais incidem os princípios e as regras atinentes à culpabilidade jurídico-penal.

56. O sistema positivo brasileiro é infenso à capacidade penal das pessoas jurídicas. Ver, a propósito, Heleno Cláudio Fragoso, salientando que a responsabilidade criminal é pessoal (depende de atuação do sujeito) e subjetiva (depende de culpa).<sup>54</sup>

Esta conclusão é extensiva às leis especiais não somente em função da regra de abrangência ditada pelo art. 12 do CP, como também pela *communis opinio doctorum*. Vale como indicador o trabalho de Cesare Pedrazzi e Paulo José da Costa Junior, sobre o Direito Penal Societário brasileiro. O prestígio dos autores e a especialidade da matéria abordada sugerem a transcrição de expressivos trechos que bem caracterizam a repulsa à tese da capacidade penal da pessoa jurídica. Com efeito, assim se pronunciavam: “Mas, ainda que limitemos a discussão aos crimes que

ofendam exclusivamente interesses de terceiros, não parece que a responsabilidade penal da sociedade possa constituir meio eficaz de política criminal. A experiência ensina que nas sociedades por ações, não obstante a estruturação democrática imposta pela lei, o poder efetivo concentra-se habitualmente em mãos de número restrito de indivíduos, cujos interesses nem sempre coincidem com o interesse social. O fenômeno da dissociação entre propriedade e controle tende a acentuar o distanciamento entre interesse da sociedade como tal e interesse do grupo de comando. Daí resulta que a ameaça de uma sanção penal endereçada à sociedade não poderia desempenhar séria eficácia dissuasiva. ‘O problema está, pelo contrário, em individuar e golpear as pessoas físicas que escondem sua atividade delituosa por trás dos muros protetores da pessoa jurídica’”.<sup>55</sup>

#### 3.1 O Código Penal

57. Em nenhuma passagem do Código Penal se infere a possibilidade de se estabelecer a capacidade penal da pessoa jurídica. Com o advento da Lei 7.209, de 11.7.84, que introduziu nova Parte Geral, eliminaram-se as medidas de segurança patrimoniais e com elas, a interdição de estabelecimento ou de sede de sociedade ou associação (art. 88). Especificamente assim declarava o revogado art. 99: “A interdição de estabelecimento comercial ou industrial, ou de sede de sociedade ou associação, pode ser decretada por tempo não inferior a 15 dias, nem superior a 6 meses, se o estabelecimento, sociedade ou associação, serve de meio ou pretexto para a prática de infração penal”. Aque-

54. Heleno Cláudio Fragoso, *Comentários ao Código Penal*, Forense, Rio, 1978, I/628, t. II.

55. Cesare Pedrazzi e Paulo José da Costa Júnior, *Direito Penal das Sociedades Anônimas*, RT, S. Paulo, 1973, pp. 29-30. (Grifos meus).

la previsão legal foi criticada, entre outros, por Manoel Pedro Pimentel.<sup>56</sup>

58. O sujeito ativo do delito é somente a pessoa física que na linguagem do Código Penal é referido por *agente*, *omitente*, *concorrente*, *réu*, *condenado*, *preso* ou *internado*. Já o sujeito passivo poderá ser tanto a pessoa natural como a pessoa jurídica que são referidas como *vítima* ou *ofendido*.

### 3.2 A Lei das Contravenções Penais

59. O primeiro artigo da Lei das Contravenções Penais (Dec.-lei 3.688, de 3.10.41), estabelece que a estes tipos de ilicitude se aplicam as regras gerais do Código Penal, sempre que o diploma não disponha de modo diverso. Vem a propósito a lição de Basileu Garcia, *in verbis*: "Subordinando-se a existência do fato contravencional a uma ação ou omissão voluntária, não se pode, é claro, dizer que o elemento subjetivo é dispensado. Este necessariamente existe. E, sendo manifestação da vontade, também o é da inteligência. Ocorre, pois, na contravenção, um processo intelectual-volitivo, em relação ao qual, porém, não se indaga se tendeu ou não para um evento de dano ou de perigo (dolo), nem se a ação ou omissão oriunda de tal processo foi realizada com imprudência, negligência ou imperícia (culpa)".<sup>57</sup>

60. A *voluntariedade*, o *dolo* e a *culpa*, assim como são considerados para o bom entendimento da lei, são fenômenos psicológicos inerentes às manifestações da pessoa humana, razão pela qual pode-se concluir que também nesse terreno vigora o princípio *societas delinquere non potest*.

56. Manoel Pedro Pimentel, *Direito Penal Econômico*, cit., p. 149.

57. Basileu Garcia, ob. cit., 1/282-283, t. I.

### 3.3 As demais leis especiais

61. Quanto às outras leis especiais, vigora o mesmo princípio acima enunciado. É certo que alguns diplomas contendo vícios de técnica<sup>58</sup> estariam, aparentemente, se opondo ao princípio da responsabilidade em função da culpa. Como exemplo pode-se referir os seguintes diplomas: a) a Lei 4.511, de 1.12.64 (dispõe sobre o meio circulante) ao afirmar que, quando a infração ao art. 13, § 1.<sup>o</sup> for atribuída à autoridade pública, "o Ministro da Fazenda instaurará inquérito competente, sendo o fato considerado crime de responsabilidade"; b) a Lei 4.728, de 14.7.65 (disciplina o mercado de capitais), dispondo no § 2.<sup>o</sup> do art. 73 que "a violação de qualquer dos dispositivos constituirá crime de ação pública, punido com pena de 1 a 3 anos de detenção, recaindo a responsabilidade, quando se tratar de pessoa jurídica, em todos os seus diretores" e c) a Lei 4.595, de 31.12.64 (dispõe sobre política e instituições monetárias, bancárias e creditícias), declarando: "Quaisquer pessoas físicas ou jurídicas que atuem como instituição financeira, sem estar devidamente autorizadas pelo Banco Central da República do Brasil, ficam sujeitas à multa referida neste artigo e detenção de 1 a

58. O grave problema da má redação das leis especiais tem sido denunciado com veemência por vários penalistas. A propósito Heleno Cláudio Fragoso, "O novo Direito Penal tributário e econômico", em *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, 12/63 e ss., Ed. Universidade do Estado da Guanabara, 1966.

59. Lei 4.511/64, art. 13: "É proibido o uso, para qualquer fim, de cheques, vales, bilhetes, bônus, brindes ou qualquer outra forma de impresso, seja qual for a sua procedência ou origem, de natureza particular ou pública, que, de algum modo, se assemelhem às cédulas de papel-moeda ou às moedas metálicas".

2 anos, ficando a estas sujeitos, quando pessoa jurídica, seus diretores e administradores" (art. 44, § 7.º).

Não obstante tais deficiências técnicas de redação, é inquestionável a atribuição de responsabilidade penal exclusivamente às pessoas naturais que agem em nome da pessoa jurídica. Tal conclusão é extraída da leitura dos textos ora indicados: a) a Lei 4.729, de 14.7.65 (crime de sonegação fiscal), ressalva que "quando se tratar de pessoa jurídica, a responsabilidade pelas infrações previstas nesta lei será de todos os que, direta ou indiretamente ligados à mesma, de modo permanente ou eventual tenham praticado ou concorrido para a prática da sonegação fiscal; b) a Lei 6.435, de 15.7.77, criminaliza a conduta de quem atua como entidade de previdência privada sem estar devidamente autorizada. E destaca que em se tratando de pessoa jurídica, os seus diretores e administradores incorrerão na mesma pena (art. 80).

Esta última disposição poderia gerar a impressão de que estar-se-ia a reconhecer a capacidade criminal da pessoa coletiva. Na verdade, porém, o texto deve ser interpretado à luz do critério lógico-sistemático e com base na regra geral do art. 12 do CP.

62. Relativamente aos atentados ao meio ambiente, o caráter pessoal e subjetivo da responsabilidade penal tem sido afirmado pelos nossos penalistas. Merece invocação, entre outros, o trabalho de Nilo Batista e Aurélio Wander Bastos, apresentado na VII Conferência da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada em Manaus, no ano de 1980.<sup>60</sup>

É possível afirmar que tanto os ilícitos ambientais já previstos no Código Penal, como os constantes da legislação extravagante, são punidos em função do mesmo sistema geral da responsabilidade

de baseada no dolo ou na culpa *stricto sensu*. Como exemplos das modalidades dolosas podem ser mencionados os tipos previstos nos artigos 163, 250, 251, 252, 256, 259, 271, 272 e 273, do CP. E das hipóteses culposas, os tipos previstos em parágrafos dos mencionados dispositivos, a partir do art. 250. Nas leis especiais, haverá crime doloso contra a fauna se for praticada a caça profissional; se houver o comércio de espécimes da fauna silvestre e de produtos e objetos que impliquem a sua caça, perseguição, destruição ou apanha ou outros ilícitos previstos pela Lei 5.197, de 3.1.67, art. 27, com a redação determinada pela Lei 7.653, de 12.2.88. Também haverá delito doloso se a pesca for praticada com a utilização de explosivos ou substâncias que, em contato com a água produzam efeito semelhante, ou através de substâncias tóxicas (Lei 7.679, de 23.11.88). Os atos de produzir, comercializar, transportar, aplicar ou prestar serviço na aplicação de agrotóxicos, seus componentes e afins, descumprindo as exigências estabelecidas nas leis e nos regulamentos, serão reconhecidos como criminosos. Se a conduta for *dolosa* a pena será de reclusão de 2 a 4 anos, além da multa de 100 a 1.000 maiores valores de referência. Em caso de culpa, a reclusão é de 1 a 3 anos, além da multa de 50 maiores valores de referência (Lei 7.802, de 11.7.89, art. 15). Igualmente prevenido as modalidades de crime doloso e crime culposo é o art. 16 desta mesma lei (infração praticada pelo empregador, profissional responsável ou prestador de serviço que deixar de promover as medidas necessárias de proteção à saúde e ao meio ambiente).

63. Finalmente e para revelar o espírito e a tendência da legislação penal especial, deve-se invocar dois diplomas mais recentes. Embora admitindo a presença da pessoa jurídica como entidade visível na prática de ato ilícito, o

60. "Liberdade e proteção do meio ambiente", em *Anais*, ed. da OAB, Rio, 1980, pp. 222 e ss.

legislador ressalta que a responsabilidade criminal é da pessoa natural. Em matéria eleitoral, a Lei 8.713, de 30.9.93, prevê crimes referentes ao abuso do poder econômico, abuso de propaganda e outros ilícitos. A pena criminal é reservada às pessoas físicas enquanto que à pessoa jurídica, da qual se origina recurso ilícito, ou seja, além do limite permitido pelo mesmo diploma, será aplicada multa de valor igual ao excesso verificado (art. 57, §§ 3.º a 5.º). E a Lei 9.029, de 13.4.95, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias para admissão ou permanência no trabalho, após cominar a pena privativa de liberdade de um a dois anos e multa, ressalta: "São sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo: I — a pessoa física empregadora; II — o representante legal dos empregados, como definido na legislação trabalhista; III — o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" (art. 2.º, parágrafo único).

#### 4. A REFORMA DA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL

##### 4.1 O anteprojeto de 1984

64. Através da Portaria 518, de 6.9.83, o Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel instituiu uma Comissão para redigir o anteprojeto de reforma da Parte Especial do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais. Seus membros foram Francisco de Assis Toledo (Coordenador), Luiz Vicente Cernicchiaro, Miguel Reale Junior, René Ariel Dotti, Manoel Pedro Pimentel, Everardo da Cunha Luna, Jair Leonardo Lopes, Ricardo Antunes Andreucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e José Bonifácio Diniz de

Andrade.<sup>61</sup> Em 17 de julho daquele mesmo ano, foi autorizada a publicação do texto de anteprojeto da Parte Especial, para avaliação crítica e receber sugestões da comunidade científica e demais setores e pessoas interessadas.<sup>62</sup>

Retomando as suas atividades, a Comissão passou a ser coordenada por Luiz Vicente Cernicchiaro. Após várias reuniões de trabalho nas quais foram conhecidas e discutidas muitas propostas de emenda, supressão e acréscimos ao texto publicado, um novo *disegno di legge* foi entregue ao Ministro da Justiça em 17.10.84. Mas foi somente por iniciativa do criminalista Eduardo Augusto Muylaert Antunes, no exercício da presidência do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária que o texto revisto do anteprojeto de 1984 foi publicado. E assim ocorreu pela Res. 34, de 19.10.87, acolhida pelo Ministro da Justiça Paulo Brossard.<sup>63</sup>

65. O anteprojeto da Parte Especial de 1984, previu os crimes contra a ordem econômica, financeira e tributária e os crimes contra o meio ambiente (arts. 372 a 421). Em nenhuma passagem do texto se encontra base para estabelecer a imputabilidade penal da pessoa jurídica embora a sua categoria de sujeito passivo tenha sido reafirmada nas hipóteses clássicas (crimes contra o patrimônio e contra a administração pública, por exemplo) e instituída em novas figuras típicas como a ofensa ao conceito ou crédito de pessoa jurídica (art. 140).

##### 4.2 O esboço de 1994

66. Em 10.12.92 e pela Portaria 581, o Ministro da Justiça Mauricio Corrêa instituiu Comissão para elaborar um anteprojeto da Parte Especial do Código Penal, distinguindo o e. Min. Evandro Lins e

61. *DOU* 8.9.83, p. 15.654.

62. Cf. Portaria 304, de 17.7.84.

63. Portaria 790, de 27.10.87.

Silva para coordenar os trabalhos. Foram nomeados para compor o grupo: Mins. Francisco de Assis Toledo, Luiz Vicente Cernicchiaro; Des. Alberto Silva Franco; Profs. René Ariel Dotti, João Marcello de Araújo Junior, Jair Leonardo Lopes e Juarez Tavares; Drs. Paulo Sérgio Pinheiro, Luiza Nagib Eluf e Wandenkolk Moreira; e Dep. Hélio Bicudo.

Os trabalhos foram iniciados em janeiro do ano seguinte e as reuniões se realizaram na Capital Federal, em São Paulo e Rio de Janeiro. Para maior rendimento, foram criadas Subcomissões com distribuição de temas em relação aos títulos já existentes e outros a serem criados. A primeira Subcomissão (Alberto Silva Franco, Jair Leonardo Lopes, Luiza Eluf e Paulo Sérgio Pinheiro) se encarregou dos crimes contra a pessoa, o patrimônio, a propriedade imaterial, o sentimento religioso, costumes, identidade genética e família; a segunda (Francisco Assis Toledo, Luiz Vicente Cernicchiaro e Hélio Bicudo), tratou dos crimes contra a incolumidade pública, paz pública, fé pública e administração pública e a terceira (René Ariel Dotti, Juarez Tavares, João Marcello de Araújo Junior e Wandenkolk Moreira) dos crimes contra a ordem econômica e financeira, contra os valores culturais e contra o Estado Democrático de Direito.

67. Em 19.10.94 a Comissão Geral comunicou ao Ministro da Justiça, Alexandre Dupeyrat, a impossibilidade de concluir o texto de um anteprojeto como era desejo daquele titular da Pasta da Justiça, a fim de submetê-lo ao Presidente da República e, em seguida, encaminhá-lo ao Congresso Nacional como projeto do Governo. Além de dissidências internas a respeito de várias soluções legislativas, a Comissão reconheceu a necessidade de divulgar previamente o trabalho para receber a avaliação crítica da comunidade especializada, bem como das pessoas e

entidades que devem participar de tal processo de discussão. Com o objetivo de identificar a natureza da proposta a Comissão deliberou nominar de "*Esboço de anteprojeto da Parte Especial do Código Penal*" o documento de 135 páginas, contendo as previsões típicas desde o art. 121 (homicídio) até o art. 468, que ressalvou a legislação especial relativamente aos crimes de responsabilidade, eleitorais, militares, de imprensa e informação e sobre tráfico de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física e psíquica. O mesmo dispositivo determinava a revogação das disposições em contrário, abrangendo uma vasta gama de leis especiais que foram em parte absorvidas e em parte revogadas. O último artigo determinava a entrada em vigor do Código para 6 meses contados de sua publicação.

68. Fiel à tradição legislativa brasileira, o *Esboço* não instituiu a capacidade penal da pessoa jurídica. E poderia fazê-lo posto que a Comissão tinha poderes para propor a revisão, a revogação ou a criação de disposições ou setores da Parte Geral a fim de compatibilizar o sistema proposto para a Parte Especial. No âmbito da 3.<sup>a</sup> Subcomissão, foram relatores: João Marcello de Araújo Junior (crimes contra a ordem econômica e financeira); René Ariel Dotti (crimes contra o meio ambiente e os valores culturais) e Juarez Tavares (crimes contra o Estado Democrático de Direito).

Como se verifica, é precisamente nesses territórios de ilícitos que são plantadas as sementes para o cultivo da imputabilidade da pessoa jurídica.

O *Esboço*<sup>64</sup> mantém a criminalização de condutas que ofendem bens da pes-

64. O paciente e minucioso trabalho não foi publicado. Não mereceu do Min. Dupeyrat pelo menos, o benefício da dúvida a ser dirimida com o debate externo.

soa jurídica, assim como foi previsto no Anteprojeto elaborado há 10 anos antes.

## 5. O CRIME COMO PROPRIEDADE DO SER HUMANO

69. A História esclarece que primitivamente eram as tribos ou as nações as proprietárias do solo. Como observa Clóvis Beviláqua,<sup>65</sup> em relação a elas se estabelecia o parentesco e a responsabilidade contratual e criminal; a elas cabiam as prerrogativas e a maior parte dos direitos que estamos habituados a ver como emanções da personalidade individual. "Pouco a pouco é que o valor jurídico do indivíduo se vai destacando da massa amorfa comum, da nebulosa jurídica, que se espalha por todo o círculo de organização social, a que ele pertence. Só então o homem, individualmente considerado, assume o posto mais nobre de portador de direitos".<sup>66</sup>

70. Em meu entendimento e conforme o espírito da lei fundamental, somente o homem pode cumprir os vários estágios da *provação processual*: desde o momento em que aparece como suspeito ou indiciado até a derradeira saída do palco onde a história do delito é montada. O *preso* de que fala a Constituição é o homem e assim o é também o *acusado* a quem se assegura a presunção de inocência. O *condenado* que poderá ser credor da indenização pelo erro judiciário é somente o ser humano, nascido de mulher e capaz de operar o milagre da transformação das coisas e a metamorfose dos sentimentos.

71. Em passagem antológica de Direito Penal e Filosofia, Bettiol alude ao grande significado histórico do existencialismo por ter conseguido o regresso ao homem *concreto e completo*. E salien-

ta que "se, conceitualmente, os limites da culpa são constituídos pela possibilidade de um juízo de censura pela acção ilícita praticada, esta definição ainda, porém, não nos dá o verdadeiro sentido da culpa, que, além de ser voluntariedade do facto, é tormento, remorso, agitação. É a angústia que deve estar no coração da noção, não uma angústia transcendental, emurhecida na construção de uma impecável forma verbal, mas a angústia concreta, que se apodera do homem, autor do mal, e o leva ao arrependimento e ao desespero".<sup>67</sup>

Ao tratar da culpa jurídico-penal "no contexto de uma culpa da pessoa", Figueiredo Dias — em obra coincidentemente dedicada a Giuseppe Bettiol — alude ao *sentido* da liberdade e da responsabilidade do homem como irrenunciáveis pressupostos de um conceito de culpa juridicamente válido.<sup>68</sup>

72. É, portanto, no labirinto das emoções e paixões, como formas de expressão da consciência e da vontade humanas, que vamos conhecer o *coração* do Direito Penal que é a culpabilidade. As hipóteses de admissão ou rejeição da paixão como causa de aumento, diminuição ou isenção de pena se remetem aos mais distantes territórios da alma, assim como nos conta Humberto de Campos referindo-se a um gravíssimo delito de homicídio: " (...) somente agora vim a conhe-

67. *O problema penal*, trad. de Fernando Miranda, Coimbra Ed., Ltda, 1967, pp. 33/34. Sobre o tema, Joe Tennyson Velo, *O juízo de censura penal (o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências)*, Sergio Antonio Fabris Ed., Porto Alegre, 1993, p. 98: "Tem-se em mira a preliminar idéia de que a conduta, objeto do juízo de censura penal, não significa uma mera objetividade ao Direito, mas é o reflexo da personalidade do autor".

68. *Liberdade, culpa, direito penal*, Coimbra Ed. Ltda, 1976, p. 181.

65. Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral do Direito Civil*, Ed. Livraria Francisco Alves, S. Paulo, 1955, p. 104.

66. Clóvis Beviláqua, ob. e loc. cit.

cer na limpeza de sua verdade, o acontecimento vermelho e trágico de que tanto ouvia falar quando menino. E como se humanizou, aos meus olhos, em paixão amadurecida e consciente, o terror infantil que me enchia o

coração pequenino quando se pronunciava, diante de mim, o nome de Pontes Visgueiro!”<sup>69</sup>

69. Humberto de Campos, *Destinos*, Opus Ed., S. Paulo, 1983, p. 176.

ESTE EXEMPLAR PERTENCE A  
BIBLIOTECA DO INSTITUTO BRASILEIRO DE  
HISTÓRIA E GEOGRAFIA