

A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS E A CONSTITUIÇÃO

JOSÉ HENRIQUE PIERANGELLI *

Procurador de Justiça em São Paulo (aposentado), membro do Conselho Consultivo do Instituto Interamericano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, Representante do Brasil junto ao Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Professor de Direito Penal na Universidade de São Paulo e advogado criminalista

1. Posicionamento e terminologia — 2. A conduta constitui objeto de regulamentação jurídica — 3. A conduta implica necessariamente em vontade — 4. Conduta biociberneticamente antecipada — 5. Elementos da conduta: Vontade e finalidade — 6. Questões fundamentais referentes ao nexa causal — 7. A conduta como caráter genérico para todas as formas de tipicidade — 8. *Societas delinquere non potest* — a) Teoria da ficção — b) Teoria da realidade — 9. Nosso posicionamento — 10. As pessoas jurídicas na constituição.

1. POSICIONAMENTO E TERMINOLOGIA

O Direito não cria a conduta, apenas a valora mediante a criação de tipos. Dessarte, os tipos não passam de descrições abstratas de conduta, posto que esta existe concretamente, competindo à tipicidade torná-la um delito. A conduta é, pois, um conceito básico sobre o qual se faz recair os caracteres da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade. A conduta é, por conseguinte, a “pedra angular” da teoria do delito, como assinalaram já faz algum tempo, Engisch e Petrocelli, ou, como explicitou Maurach, “*es el punto sillar de la teoría del delito*”.

A afirmação que fazemos, bem o sabemos, não é pacífica na doutrina, pois, sabidamente, é perfeitamente possível construir um conceito de ação de conteúdo puramente normativo, mas, para isso, não nos parece que se possa impedir uma confusão entre a conduta e o injusto, um ingressando como componente do outro.

Do exposto, podemos extrair duas conclusões principais: a) a ação humana é a base comum de todas as modalidades de injusto, sem que

* A palestra foi proferida em 3.6.92, no Congresso patrocinado pela OAB/SP, denominado “O Criminalista e a Constituição”.

aquela se confunda com este; b) resulta inconcebível a existência de delitos sem conduta.

A inexistência de delito sem conduta constitui uma elementar garantia do direito penal liberal, mas, por outro lado, representa um requisito que provém da essência do fenômeno jurídico. Como salientou o clássico Moyart de Vouglans, “uma simples vontade, que não passa dos limites do pensamento, não pode merecer o nome de crime”.

Dentro dessa concepção ontológica ou realista da conduta, esta de maneira alguma se engendra com a proibição, e tão-só se limita a assinalar o caráter antinormativo, razão pela qual não tem qualquer sentido averiguar-se se uma ação é típica, quando sequer sabemos se é ação. O delito, como espécie, só pode ocorrer dentro do gênero conduta, esta se constituindo na base daquele, ou, como o disse Welzel, a conduta “é a coluna vertebral” da teoria do crime.

É indiscutível que ao direito penal só interessam as condutas proibidas, mas, na averiguação da proibição de uma conduta — tipicidade —, devemos compará-la com a descrição legal — tipo. Para a realização dessa comparação, faz-se imprescindível considerá-la como algo diferente do tipo, ou, por outras palavras, considerar a tipicidade estranha à teoria do delito ou torná-la um pressuposto desta, como o faz Alfonso Reyes Echandía, conhecido penalista colombiano. Esta conclusão, parece-nos, fatalmente conduzia a considerar também a antijuridicidade e a culpabilidade como pressupostos do delito, e, como consequência, veríamos a transformação de todos os caracteres do delito convertidos em pressupostos, com o que se romperia com a concepção estratificada ou analítica do delito, fruto do trabalho e da meditação de tantos por séculos, pelo menos da forma como concebemos o conceito de delito.

Um grande número de autores entende que só é concebível para o conceito de delito, uma conduta realizadora do tipo. Para estes, portanto, é o tipo que gera a conduta. Isto é decorrência de sua concepção de uma conduta amalgamada à lei, ou, por outras palavras, vinculada ao desvalor. Assim, por exemplo, Wessels entende só ser possível dar uma resposta suficiente sobre a ação concreta no setor do tipo e do injusto.

Esse posicionamento, para nós, resulta incompreensível. O conceito de conduta pertence ao óntico-ontológico, precedendo, portanto, a toda valoração que possa o legislador lhe atribuir, normatizando-a. Como ensina Zaffaroni, “*la conducta es (ónticamente), tiene su ser, con total prescindencia de la tipicidad legal*”. É que, acrescentamos, a estrutura teleológica do homem, a sua vida interior, é algo que o legislador não pode modificar. Com isto, afastamos o conceito naturalístico da conduta humana, conceito que permanece ainda enraizado em grande parte de nossa doutrina, e, com esse entendimento nos pomos a cobro da concepção idealista do neokantismo e do positivismo.

2. A CONDUTA CONSTITUI OBJETO DE REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA

A ordem jurídica não regula a totalidade dos fatos, mas tão-somente as condutas humanas, ou seja, só algumas espécies de fatos. No estágio atual do desenvolvimento da cultura do nosso mundo, é inconcebível uma ordem jurídica que regule ou que pretenda regular todos os fatos que ocorrem no universo físico, que não sejam condutas humanas. Estes, evidentemente, também acontecem no mundo físico. Disto resulta que os animais e as coisas inanimadas só podem se constituir em objeto de condutas, nunca em sujeitos. Em caso de lesão de coisas e animais, o sujeito passivo só pode ser o seu proprietário, e, eventualmente, o seu possuidor ou detentor.

3. A CONDUTA IMPLICA NECESSARIAMENTE EM VONTADE

A quase unanimidade da doutrina reclama a voluntariedade da conduta. Em realidade, para que exista conduta ou ação, faz-se mister que ela seja voluntária. Uma concepção naturalista da ação a considera apenas como um puro fator causal, contentando-se com o querer de uma determinada conduta, sem questionar pela tendência subjetiva do comportamento, ou seja, pela direção da vontade retora.

A conduta é voluntária quando existe uma decisão da parte do agente, ou, por outras palavras, quando não constitui um simples resultado mecânico. A conduta é voluntária ainda quando a decisão do agente não tenha sido tomada livremente, ou quando o agente a tome motivado por coação ou por circunstâncias extraordinárias, uma vez que isso se resolve no campo da culpabilidade e não no da conduta, pois, em ambas as situações, a conduta sempre existirá. Conduta, como lembra Zaffaroni, não significa conduta livre.

Parte da doutrina procurou estabelecer uma distinção entre vontade e finalidade, coisa que se nos afigura como impossível, porque toda vontade é final. Assim, quando falamos em vontade, referimo-nos a uma vontade final, pois, só a concebemos nesse plano. Como bem assinalou Hartmann, "a conduta humana, em contraste tanto à produção causal como à reação instintiva do animal, está em ser constituída por uma direção do 'suceder real' a partir do desejado, tendo por fim uma meta, para cuja consecução interpõe os próprios componentes determinantes". Por seu turno, disse-o Alejandro Korn, com meridiana clareza: "Ação é a vontade atualizada na medida do nosso poder. O complexo processo da atividade psíquica termina em uma finalidade material". Em resumo, a distinção se torna impossível porque, conclui Hartmann, "ação é atividade final humana", conceito que tomou Weizel ao formular a teoria finalista da ação.

A doutrina causalista moderna, de uma maneira geral, também reconhece ser a conduta uma vontade final, mas afirma que isso só é válido

em um conceito ontológico de conduta, "mas que o direito penal se maneja com um conceito jurídico-penal" distinto do ontológico, ou, por outras palavras, entende que o direito penal "constrói a conduta humana", quando sabemos que é a partir da estrutura ontológica que se pode determinar e conceituar o que constitui delito. Se se admite ser o conceito de ação um conceito jurídico, cai toda vinculação com o conceito ontológico da ação.

4. CONDUTA BIOCIBERNETICAMENTE ANTECIPADA

Nos últimos anos de sua proífica vida, Welzel manifestou-se no sentido de que, talvez, tivesse sido preferível denominar a teoria finalista de uma consideração biociberneticamente antecipada, como o faz Spiegel.

Dentro dessa concepção, na qual nos posicionamos, nega-se toda possibilidade de se separar o fim da vontade, pois, segundo pensamos, resulta inquestionável que toda vontade se dirige a um fim, ou, por outras palavras, inexistente vontade e conduta sem uma finalidade. A vontade não é singela "vontade de *movimentar* o corpo e nem a vontade de *inervação*", diz Zaffaroni. A vontade se manifesta em querer algo, razão pela qual o que existe é *vontade de* e *vontade para*, pois resulta inconcebível uma *vontade de nada* ou *uma vontade para nada*. Sustentar o contrário implica em considerar a conduta em um nível físico e prescindir dos níveis psicológico e sociológico de complexização. O nível psicológico que é impossível desligar-se da conduta sem que ela deixe de ser tal, é que introduz o nexo de finalidade.

Entre o nexo de causalidade e o nexo de finalidade existe uma sensível diferença. Como esclarece Nicolai Hartmann, "a diferença entre o nexo causal e o nexo final se faz no seguinte: no nexo causal, de uma causa sai um efeito; este por sua vez, causa um novo efeito, e, assim se segue *in infinitum*. Produz-se um avançar de caso em caso, sem que o nexo se realize um fim. No nexo final, contrariamente, se põe um fim, que pode estar bem além. No pensamento se localizam os meios que retrocedem a partir do fim, para culminar realizando-se com eles também o fim. O nexo final se constrói, dessa maneira, sobre o nexo de causalidade, pois, na busca dos meios conta tão-somente com a *seqüência* da causa e do efeito".

Examinemos, agora, a concepção de Welzel, que bem o sabemos, partiu das conclusões filosóficas de Max Scheler e Nicolai Hartmann. Welzel afirma que a "direção final de uma ação" se faz em duas etapas: uma passa-se inteiramente na esfera do pensamento e a outra no mundo real. A primeira corresponde à antecipação: o propor-se ao fim que o autor quer realizar; a seleção dos meios da ação para a consecução do fim, e a consideração dos meios concomitantes, que constituem a etapa da programação cibernética. Na segunda etapa, tendo em vista etapa programada, o agente efetua a sua ação no mundo real; põe em movimento, de conformidade com o plano, os meios de ação (fatores causais) escolhidos ante-

riormente, resultando o fim, ao que se juntam os efeitos concomitantes que foram incluídos no complexo total a realizar. Em resumo, como assinala Maurach, uma etapa é a vontade, e a outra é a exteriorização da vontade.

A similitude entre as concepções de Hartmann e Welzel é patente, podendo-se mesmo assinalar serem equivalentes, sem que estejamos a cometer algum exagero ou erro de compreensão.

Com isto, não estamos a afirmar que cada movimento é controlado em todos os passos pela vontade, mas sim que esses movimentos constituem partes de uma conduta intrinsecamente finalista, e, portanto, não desnaturam a finalidade da conduta. Como bem acentua Luiz Luisi, na prática dos atos habituais, como os do datilógrafo, ou, ainda dos esgrimistas, são eles “previstos e aceitos como fases necessárias da execução, isto é, da fase objetiva da ação, pode-se dizer que são queridos como movimentos da realização da conduta, e havidos como meios idôneos para a concreção dos fins propostos e diretores do comportamento”.

5. ELEMENTOS DA CONDUTA: VONTADE E FINALIDADE

A conduta se realiza mediante a manifestação da vontade, na sua essência, dirigida a um fim. A expressão “elementos da conduta”, todavia, só pode ser compreendida dentro de uma concepção exclusivamente analítica, pois, de rigor, a conduta não apresenta elementos. Todavia, com o objetivo de analisá-la em nível ontológico, podemos dividi-la em dois aspectos: interior e exterior (vontade e atividade), que, como vimos, Maurach prefere denominar de vontade e manifestação de vontade.

O primeiro aspecto — vontade dirigida a um fim —, como esclarece o próprio Welzel, abrange: a) o objetivo pretendido pelo agente; b) os meios utilizados para execução; c) as conseqüências secundárias da atividade desenvolvida.

O segundo aspecto, ou “elemento” (atividade), caracteriza-se pelo movimento ou abstenção do movimento corpóreo. Apresenta-se, portanto, na realidade física e desenvolve-se no mundo exterior (objetivo), porém, o processo causal continua regido pelo fim pretendido e pelos meios escolhidos efetivamente utilizados.

Adverte Zaffaroni que não se pode confundir os conceitos ôntico e ontológico (teorético), porque aí se encontra o fulcro do equívoco da teoria causalista, esclarecendo que no nível ôntico no ser conduta não há “elementos”, “partes”, “pedaços”, nem “capítulos”, pois só existe uma conduta em sua totalidade, por inteiro. A nível teorético, ou seja, quando estudamos a conduta, quando a analisamos, ou seja, quando nos encontramos no plano ontológico, é que podemos distinguir *uma interioridade e uma exterioridade*, uma vontade e uma manifestação de vontade, “mas este nível analítico não o podemos extremar a ponto de considerar ambos os aspectos com total independência”. E conclui: “se pretendemos tomá-los

em consideração dessa maneira, estaremos irremediavelmente perdidos, porque, em lugar de um conhecimento da conduta (ontológica), teremos perdido de vista o ser da conduta em si. Não é suficiente, adverte o professor argentino, a afirmação de que “ambos aspectos do fato penal são indispensáveis” (Mezger-Blei; H. Mayer), mas é mister precisar a sua inescindibilidade ôntica”.

6. QUESTÕES FUNDAMENTAIS REFERENTES AO NEXO CAUSAL

A quase unanimidade da teoria causal da ação coloca a causalidade e o resultado dentro da conduta. No posicionamento que expomos, isto resulta inadmissível. O resultado e o nexo de causalidade constituem fenômenos físicos que estão, imperiosa e inafastavelmente, unidos à conduta, mas sem nunca integrá-la. O peixe encontrável no frigorífico não é e nem faz parte da conduta do pescador que o reteve em sua rede.

A causalidade e o resultado sempre acompanham a conduta, como a sombra acompanha o corpo sólido, projetado, e, às vezes, chegam a interessar à proibição, mas, outras vezes, são totalmente indiferentes ou são irrelevantes para o direito penal. A esta conclusão chega-se mediante a comprovação de que o nexo causal e o resultado constituem elementos contingentes dos tipos penais, porque tipos existem em que o legislador não os individualiza, como ocorre nos crimes de mera conduta ou de simples atividade, lembra Fragoso.

A lei não ignora — e nem poderia o legislador ignorar — que qualquer conduta determina a causalidade ou nesta interfere, porque está vinculada à realidade física. Todavia, a lei penal só dá importância ao resultado e à causalidade, quando ligados à conduta. Fora desta, mas ligados a esta, a causalidade e o resultado constituem também conceitos pré-jurídicos que, podem ser posteriormente considerados pela ordem jurídica, como observa Juarez Tavares. Isto porque a causalidade e o resultado na sua forma pré-típica não constituem problema do direito penal. Por outras palavras: estabelecido que toda conduta produz uma modificação no mundo exterior, o problema jurídico-penal não se encontra nesse ponto, mas sim, na forma pela qual o direito penal põe relevo o resultado e a causalidade em relação com os efeitos da proibição legal da conduta. Conseqüentemente, interessam à teoria do tipo.

7. A CONDOTA COMO CARÁTER GENÉRICO PARA TODAS AS FORMAS DE TIPICIDADE

A exposição que fizemos, assim acreditamos, deixou bem evidenciado que a conduta, em sentido final (concepção ôntico-ontológica), é respeitada pela ordem jurídica, que a individualiza em tipos penais, a valora com as características da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade, delimitando, destarte, o conceito de delito. Tanto nos delitos dolosos como

nos culposos, nos ativos como nos omissivos, o que a lei proíbe mediante tipos é uma conduta final. O dolo e a culpa não são formas de culpabilidade; a *atividade* e a *omissão* tampouco são formas de conduta. Trata-se, ao contrário, de quatro formas diferentes de tipicidade, que correspondem a outras tantas formas estruturais distintas dos tipos penais. Seria mesmo apropriado afirmar que são quatro diferentes formas de técnica legislativa para a individualização de condutas proibidas.

Assinala Zaffaroni, cujo entendimento vimos perfilando, que “destas quatro diferentes estruturas dos tipos penais despreendem-se modalidades na situação da tipicidade. Como a tipicidade é o pressuposto necessário da antijuricidade e da culpabilidade, também em tais casos haverá caracteres peculiares nos níveis analíticos. Em verdade, de rigor, a antijuricidade e a culpabilidade oferecem características peculiares de cada tipo penal, mas, em uma teoria geral, as consideramos em abstrato, correspondendo o estudo de suas peculiaridades à Parte Especial do Código Penal.

O penalista argentino, portanto, considera que a Parte Especial tem por objeto o estudo de todas as particularidades, e não somente dos tipos penais. Destarte, entende que a metodologia da chamada Parte Especial deve consistir em uma análise dos tipos em particular, considerada a antijuricidade em cada um desses tipos. Se, em verdade, a teoria do delito não pode chegar a tal grau de particularização, o que levaria a uma confusão com a Parte Especial pelo abandono de sua tarefa, permite pelo menos considerar-se as grandes estruturas dos tipos penais e as suas repercussões sobre os planos desvalorativos da antijuricidade e da culpabilidade. Como decorrência desse fenômeno é que se pode falar em delitos dolosos e delitos culposos, comissivos e omissivos, e não somente de tipos que recebam esses qualificativos. A partir desta exposição, podemos extrair duas possibilidades expositivas:

1.º) A consideração de cada uma destas modalidades típicas, em conjunto com as características que imprime à antijuricidade e à culpabilidade;

2.º) A consideração sucessiva da tipicidade, da antijuricidade e da culpabilidade, “destacando em cada nível as diferenças estruturais e as modalidades imprimidas por elas”.

Dessas duas modalidades, de preferir-se a última. Esta oferece a vantagem de mostrar, em conjunto, a função fixadora indiciária da tipicidade, o desvalor da antijuricidade e a reprovabilidade da culpabilidade. Assim, evita-se a possibilidade de se perder de vista o critério exposto para análise.

8. “SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST”

Uma vez estabelecido que a ordem jurídico-penal só regula condutas humanas, estabelecemos que as pessoas jurídicas não possuem capacidade de conduta. Como salientou Feuerbach, “só um indivíduo pode ser autor de um delito, nunca uma pessoa moral”.

Este tema, bastante controvertido, se resolve seguindo-se o critério de Savigny, com a teoria da ficção, ou com o de Gierke, com a chamada *teoria da realidade* ou *organicista*. Vamos examinar essas duas teorias.

a) Teoria da Ficção

A origem desta teoria remonta ao direito romano e desde a Idade Média predomina na doutrina. Encontrou em Bártolo a sua maior expressão no direito medieval e permaneceu até o séc. XVIII como questão incontroversa: *societas delinquere non potest*. As pessoas jurídicas só existem ficticiamente, e, portanto, dentro de uma realidade, são incapazes de atuar. Resulta, pois, como conseqüência, que não podem ser consideradas culpadas e punidas, conquanto a lei que as cria determine o dever de atuar dentro de limites prefixados.

Em 1840, esta teoria ganhou contornos definitivos com o labor intelectual de Savigny, que lhe deu o reclamado conteúdo científico: tendo por firme o princípio jusnaturalístico de que em todo direito subjetivo existe a causa da liberdade moral, insita em cada homem, e que, portanto, o conceito primitivo de pessoa como *portadora* ou *sujeito* de direitos deve coincidir com o conceito de homem, porque "todo homem individualizado e só o homem assim considerado" é aquele capaz de direitos. As pessoas jurídicas, entendidas como *pessoas artificiais*, criadas por *simples ficção*, não podem ser consideradas penalmente responsáveis. Portanto, fixou, Savigny que só o homem, individualmente considerado, é dotado pela natureza de capacidade para ser sujeito de direitos e de personalidade. Conseqüentemente, sendo criação do direito objetivo, elaboradas pelo Estado ou uma concessão deste, às pessoas jurídicas faltam condições psíquicas de imputabilidade. Quem por elas atua são os seus diretores ou representantes, que penalmente por elas respondem.

b) Teoria da Realidade

A teoria da realidade, também chamada de *teoria organicista*, ou, ainda, de *teoria da vontade real*, contrapõe-se à teoria da ficção. Para ela, a pessoa jurídica é um ser real, verdadeiro organismo, cuja vontade não é a soma das vontades de seus associados ou de seus diretores e administradores. Ao contrário, ela possui vontade própria. Como assinala Achilles Mestre, "esta vontade, atuando sobre as coisas, é o que constitui o poder do grupo; poder que o Estado, às vezes, vem a limitar e a sancionar em nome do direito, com o reconhecimento da personalidade do grupo". E exemplifica: quando o prefeito atua por conta da Municipalidade, não o faz por vontade própria, mas sim pela manifesta vontade do Município. A pessoa jurídica, portanto, como a vê Mestre, constitui uma entidade real, que possui vida e vontade próprias "e nada se lhe opõe, em princípio,

que dirija essa vontade para fins proibidos pelas leis e especialmente pela lei penal².

Os defensores desta teoria afirmam que a impossibilidade de se aplicar sanções penais às pessoas jurídicas, aventada pela doutrina mais antiga, está, atualmente, perfeitamente contornada. Além de penas alternativas preconizadas em substituição às penas de reclusão e de detenção, formas de sanção mais tradicionais, o direito penal dispõe, modernamente, além da multa, da possibilidade de adoção de outras, como a suspensão das atividades por tempo indeterminado ou até da pena de dissolução, que seria a forma mais grave da sanção a elas aplicáveis.

Questiona o penalista espanhol Quintiliano Saldaña, que verteu para o castelhano a obra de Achilles Mestre, naquilo que denominou de *Estudio Preliminar*, “como é possível desconhecer-se que uma associação pode ser coagida a dissolver-se, castigada com pena de dissolução, por motivos de defesa social, pronunciada por um tribunal criminal, segundo uma lei de associações ou um código?”

Não há como negar a existência de um movimento doutrinário de grande vulto, que busca o reconhecimento por via legislativa, de responsabilidade penal das pessoas jurídicas, movimento esse que se desenvolve mais nos Estados Unidos e na Europa, e que se mostra aceito em várias decisões da justiça norte-americana (*Cases Dotterweich, Balint, Park*, entre muitos outros), enquanto se aguarda a aprovação do *Projeto de Federal Criminal Code*, que no art. 402 estabelece a responsabilidade das pessoas morais (sociedades anônimas). O art. 402 define as responsabilidades penais, que são classificados em *delitos comuns; delitos consistentes em transgredir deveres impostos à sociedade; qualquer contravenção é delitos em que não se exija qualquer culpabilidade* (responsabilidade objetiva, parece-nos).

João Marcello de Araújo Júnior, que honra esta mesa, com absoluta justeza assinala que as pessoas jurídicas “ocupam na vida econômica e social de nossos dias um posto proeminente. Bancos, Caixas Econômicas, Partidos Políticos, Sindicatos, Sociedades Anônimas ou não, empresas multinacionais, fazem com que o indivíduo seja passado para o segundo plano no âmbito social e econômico. A isso se une a constatação de Kaiser de que 75% dos casos mais graves de delinquência econômica se realizam sob a cobertura (Dekmantel) de um ente coletivo, tenha ou não personalidade jurídica”.

Isto, porém, não nos leva à adoção da teoria da realidade, pelo menos se a legislação for introduzida no Código Penal.

9. NOSSO POSICIONAMENTO

A aceitação da *teoria da ficção* resulta da própria evidência, por não possuírem as pessoas jurídicas capacidade de conduta. O delito é uma ma-

nifestação individual da vontade humana. Como adverte Bettiol, “o Direito Penal não se baseia em abstrações, pois está alicerçado na realidade ético-psicológica”. E esta é exclusivamente do homem.

Em definitivo, resulta incompreensível que uma pessoa jurídica tivesse agido, digamos, dolosamente. É bem verdade, como observa Camargo Hernández, ter o dogmatismo jurídico penal caído em uma excessiva abstração, produzindo uma profunda separação entre a ciência do direito penal e a realidade social, e que contra isso se reage atualmente. Também é verdade que o direito penal moderno põe em relevo o seu conteúdo social, operando-se uma reconstrução na ordenação dos bens que tutelam, na qual “se apaga a contraposição tradicional, entre uma perspectiva individualista e outra coletivista, para dar lugar a uma imagem social do homem”, lembram Paulo José da Costa Júnior e Giorgio Gregori. Mas isto não conduz, por razões óbvias, a uma ruptura com a tradicional exigência de uma capacidade de conduta, sobre a qual se sustenta a viga-mestra do direito penal, pois o delito, inafastavelmente, é a manifestação da vontade individual humana, posto que fora do homem não se concebe o crime, já que só ele ostenta a faculdade de querer.

Conquanto a nossa doutrina, em grande parte, principalmente aquela que forma a teoria causal da ação, tenha chamado a atenção para a impossibilidade de se creditar às pessoas jurídicas um critério de culpabilidade (entre outros, Noronha e Frederico Marques), autores mais modernos optam pela incapacidade de conduta (entre outros, Júlio Mirabete e Celso Delmanto).

A vontade de ação ou vontade de conduta é um fenômeno psíquico que inexiste na pessoa jurídica. A esta só é atribuível uma conduta involuntária, ou o conhecimento do aspecto objetivo da ação. Não há confundir uma deliberação de um corpo colegiado com a decisão de um indivíduo. Isto só será possível em um outro plano fictício. Teríamos, então, uma ficção de outra ficção, ou uma duplicidade de ficções, uma superposta sobre a outra, já que nenhum ordenamento jurídico-penal concede a pessoa jurídica fora desse plano.

Com isto não fica a sociedade penalmente desprotegida, bastando que se fixe a responsabilidade de seus diretores e administradores. Para as pessoas jurídicas reservar-se-iam sanções que, não sendo penas e nem medidas de segurança, constituem conseqüências administrativas decorrentes das condutas daqueles que por ela atuam, na forma de sua constituição jurídica. *De lege ferenda*, com uma simples adaptação da lei processual penal, poderiam os juizes do crime aplicar essas sanções na própria sentença que vierem a proferir. Este é o entendimento de Jescheck, que é seguido por Zaffaroni, para quem as sanções que correspondem às pessoas jurídicas são penas administrativas, reservando-se a sanção penal para os seus diretores e administradores. Com “esta maneira prática e realista”, diz Zaffaroni, “pode-se defender a sociedade contra as ações individuais escudadas

nas pessoas jurídicas, aplicando-lhe sanções sem alterar o psicológico da vontade”.

Num posicionamento que, em parte se assemelha ao aqui esposado, Cesare Pedrazzi e Paulo José da Costa Jr., embora se restrinjam às sociedades por ações, assim se manifestam: “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 furos protetores da pessoa jurídica, apesar das dificuldades que, muitas vezes, se apresentam, de buscar entre os órgãos da sociedade as pessoas físicas a quem deve a responsabilidade penal ser imputada”.

10. AS PESSOAS JURÍDICAS NA CONSTITUIÇÃO

Uma das questões bastante discutidas em face da Constituição de 1988 é sobre ter ela optado, ou não, pela responsabilidade penal das pessoas jurídicas em face de atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (art. 173, § 5.º) e em relação às condutas e atividades degradadoras do meio ambiente (art. 225, § 3.º). Júlio Mirabete entende ter a Carta Magna aberto essa possibilidade “prevendo que a lei estabeleça a responsabilidade da pessoa jurídica, sem prejuízo daquela dos dirigentes, para sujeitá-la às punições compatíveis com a sua natureza”. Também chegamos a assim pensar em trabalho dedicado a homenagear Heleno Fragoso, ainda inédito, mas, hoje inclinamos inteiramente pela direção oposta. Este novo entendimento decorre de uma interpretação sistemática da Constituição, e, como ela optou claramente pelo princípio da personalidade (art. 5.º, II) e fixou princípios e regras que asseguram o direito de liberdade que reflete-se nos direitos humanos, seria difícil aceitar-se a sua vinculação com a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Mas, não é só. A Constituição também fixou o princípio da responsabilidade pessoal (art. 5.º, XLV), com o que estabeleceu uma relação psicológica entre o homem e a conduta, e, ao lado deste, fixou o princípio da culpabilidade. Esta, numa visão moderna é exigibilidade de conduta diversa da desenvolvida, que fundamenta o juízo de censura ou de reprovação. “Como censurar-se uma pessoa jurídica?” questiona Luiz Vicente Cernicchiaro.

Mas, um exame exegético, até mesmo uma interpretação gramatical mais detida, leva à conclusão a que chegamos. O art. 225, § 3.º tem a seguinte redação: “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”.

Na verdade, o texto estaria perfeito se após a expressão “pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas”, utilizasse a expressão *respectivamente*. Como o legislador constituinte não o fez, cabe ao intérprete buscar a real exegese do texto. Parece-nos que o melhor entendimento é que a Constituição programou sanções penais para as pessoas físicas, e administrativas, para as pessoas jurídicas. Comungamos, portanto, das conclusões de Cernicchiaro: “Nessa passagem, a Constituição tornou explícito que é evidente no art. 225, § 3.º (o professor brasiliense refere-se ao art. 173, § 5.º): as sanções serão compatíveis com as características da pessoa física (responsabilidade pessoal) e da pessoa jurídica. Interpretar o art. 225, § 3.º, sem esse registro, além de contrariar a análise lógica, choca-se com o estudo sistemático da Constituição”.