

A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS E A NOVA LEI AMBIENTAL

José Henrique Pierangeli

Professor na Faculdade de Direito do Alto Paranaíba - Araxá

Texto básico da palestra proferida em março de 1999, no Seminário Latino-Americano de Direito Penal e Política Criminal, em comemoração aos 30 anos da Faculdade de Direito da Universidade de Cruz Alta (RS) e aos 30 anos de docência do Professor Emérito Dr. Luiz Luisi.

1. Introdução - 2. A conduta é objeto de regulamentação jurídica - 3. Conduta implica em vontade - 4. Conduta biociberneticamente antecipada - 5. As pessoas jurídicas podem delinquir? - 6. Dificuldades na elaboração de uma legislação penal específica - 7. A nova legislação ambiental - Bibliografia.

1. Introdução

A Constituição de 1988, em dois dispositivos, estabeleceu a responsabilidade penal de pessoas jurídicas: art. 173, § 5.º, e 225, § 3.º. O primeiro possui a seguinte redação: “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.” O segundo diz, textualmente: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas continua sendo matéria candente em direito penal, pois a questão não se encontra em absoluto resolvida com a adoção, pela maioria da doutrina, da regra *societas delinquere non potest*. De qualquer maneira, o legislador constituinte reativou o problema ao

estabelecer, em duas passagens, a responsabilidade penal dessas entidades, exatamente quando volta a sua preocupação para com as atividades que envolvem a ordem econômica e financeira e para o meio ambiente. E com isso criou uma séria preocupação para o penalista.

2. A conduta é objeto de regulamentação jurídica

Toda a estrutura da teoria do delito assenta-se na conduta, ou, como preferem alguns, na ação, mas esta não é criação da ciência jurídica. O direito apenas a toma do mundo da realidade e lhe atribui uma valoração, ou, por outras palavras, tipifica-a. Destarte, os tipos penais constituem apenas descrições abstratas de conduta, que recebem uma valoração do legislador.

A conduta, por conseguinte, é um conceito básico, fundamental e indispensável, sobre a qual se estruturará o conceito de delito,⁽¹⁾ fazendo sobre ela recair as características da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade.⁽²⁾

Bem o sabemos não estar esta conclusão isenta de críticas, pois, alguns autores edificam o conceito do delito a partir da tipicidade, ou seja, é possível elaborar-se um conceito de delito puramente normativo, mas, para que tal ocorra, no nosso entendimento, não se pode escapar de uma confusão entre a ação (em sentido amplo) e o injusto, um ingressando como componente do outro.⁽³⁾

Posta assim a questão, duas conclusões se apresentam: a)- a conduta humana é o fundamento comum de todas as espécies de injusto, sem que se opere uma confusão entre ambos; b)- é absolutamente inadmissível a existência de um delito sem conduta.

Dentro dessa concepção ontológica ou realista da conduta, esta de nenhuma maneira 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 ainda não sabemos se se trata ou não de uma conduta.

¹ A conduta é a pedra angular da teoria do delito (Karl Engisch, *Der finale Handlungsbegriff*, Kohlrauch Festschrift, 1944, p. 143). Em idêntico sentido, v. Biagio Petrocelli, *Principi di diritto penale*, Napoli, Eugenio Jovene, 1964, l/247.

² Nesse mesmo sentido, Miguel Reale Júnior, ao escrever que o direito penal "deve partir da estrutura ontológica da ação para determinar e conceituar o que seja crime", pois, a base ontológica é o objeto da valoração jurídica (*Dos estados de necessidade*, S. Paulo, J. Bushatsky, Editor, 1971, pp. 1 e 2).

³ Para Edgardo Gramajo existe uma relação entre a definição do delito e o conteúdo do conceito de ação, formando zonas integradas, de sorte que o conteúdo jurídico-penal da ação não pode partir de uma observação empírica da conduta (*La acción en la teoría del delito*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1975, pp. 20-21). V. Também a respeito, Johannes Wessels, *Direito Penal* (Parte Geral), tradução de Juarez Tavares, Porto Alegre, S.A. Fabris Editor, 1976, p. 18.

Por conseguinte, o delito como espécie só pode ocorrer dentro do gênero conduta, esta formando a base daquele, vez que a inexistência de delito sem conduta, hodiernamente, constitui garantia do direito penal liberal representando um requisito que provém a essência do fenômeno jurídico, pois, inclusive entre os autores liberais, sempre ocorreu a preocupação de interpretar o direito de maneira racional. Isto foi ressaltado por Moyart de Vouglans: “uma simples vontade, que não passa dos limites do pensamento, não pode merecer o nome de crime”.⁽⁴⁾

Nullum crimen sine actione.

Não há negar que o direito penal só interessa uma parte das condutas possíveis ao ser humano, ou por outras palavras, apenas as ações proibidas, tipificadas como delito. Mas também é verdade que, na averiguação da proibição - **tipicidade** -, devemos fazer uma comparação entre a conduta com a abstrata descrição legal - **tipo** -, e, para que realizemos essa comparação, torna-se indispensável considerá-la como algo diferente do tipo, ou, talvez com melhor redação, faz-se necessário considerar a tipicidade estranha à teoria do delito ou torná-la apenas um pressuposto desta.⁽⁵⁾ Nessa linha de raciocínio, imperioso é considerar a antijuridicidade e a culpabilidade como pressupostos do delito, e, com tal aceitação, seria forçosa a exclusão de todas as características definidoras do delito, pelo menos da forma como vislumbramos a teoria do delito.

Muitos penalistas entendem, que a elaboração de um conceito de delito exige indispensavelmente uma conduta realizadora do tipo, ou, por outras palavras, é o tipo quem cria a conduta. Tal conclusão origina-se do fato de conceberem a conduta amalgamada à lei, ou seja, ligada ao desvalor. Daí Johannes Wessels salientar que somente é possível dar-se uma resposta suficiente sobre a ação concreta no setor do tipo e do injusto.⁽⁶⁾ Para nós, tal concepção do delito torna-se incompreensível, vez que o conceito de conduta pertence ao ôntico-ontológico, precedendo a toda valoração que possa o legislador a ela atribuir ao normatizá-la. Como bem esclarece Zaffaroni, “la conducta *es* (ônticamente), tiene su *ser*, con total prescindencia de la tipicidad legal”.⁽⁷⁾ A

⁴ *Institutes du Droit Criminel*, Paris, 1757, 1/2.

⁵ Alfonso Reyes Echandía entende ser a tipicidade pressuposto do delito (*La tipicidad penal*, Bogotá, Editora Universidad Externado de Colombia, 1967, pp. 16-17).

⁶ Johannes Wessels, ob. cit., p. 18. Este também é o entendimento de Juan Cordoba roda para quem o conceito de ação que interessa ao direito penal só pode ser “determinado con arreglo a criterios normativos. En virtud de esta estructura se convierte el concepto de acción en un concepto ‘referido a valor’” (*La doctrina de la acción finalista*, publicação da Universidad de Valencia, 1978, p. 17).

⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal* (Parte General), Buenos Aires, Ediar, 1981, III/50.

estrutura teológica do ser humano, a sua vida interior, é algo que legislador algum pode modificar. ⁽⁸⁾

Concluído, o nosso entendimento afasta-se totalmente do conceito naturalístico da conduta humana que, ainda nos nossos dias, permanece como básico em parte da nossa doutrina, e, como consequência disso, põe-nos a cobro da concepção idealista, do neokantismo e do positivismo. ⁽⁹⁾

A ordem jurídico-penal não regula a totalidade dos fatos, e sim apenas e tão somente algumas espécies dessas manifestações. No estágio atual do desenvolvimento cultural do mundo atual, é inconcebível uma ordem jurídica que regule ou que pretenda regular todos os fatos ocorridos no universo físico, que não sejam condutas humanas. É lógico que também estas ocorrem no mundo físico. Do exposto, resulta que os animais e as coisas inanimadas só podem constituir-se em objeto de condutas, nunca em sujeitos do delito. Em caso de lesões de coisas e de animais, o sujeito passivo só pode ser o seu proprietário, ou, eventualmente, o seu possuidor.

3. Conduta implica em vontade

A doutrina, de uma maneira geral, exige para a conduta a voluntariedade, inclusive os autores que a vêem como integrante do mundo sensível, posto que a admitem como causa voluntária ou não impeditiva de uma modificação no mundo exterior.

A conduta é voluntária quando nela existe uma decisão da parte do agente, ou, por outras palavras, quando não é um simples resultado mecânico, automático. 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, pois isso se revolve no âmbito da culpabilidade e não no da conduta, pois, em ambas as situações, a conduta sempre existirá. Conduta não significa conduta livre. ⁽¹⁰⁾

⁸ Antonio Quintano Ripollés reproduz a lição de P. Montes, vazada nos seguintes termos: "es inutil plantear el problema de si es o no punible el pensamiento hasta que la Justicia humana haya descubierto los procedimientos de penetrar hasta él. Ante esta dificultad suprema toda las consideraciones jurídicas deben callar, constituyendo el punto de vista contrario una insufrible inmixon del juicio humano en lo divino, entre los que debe mediar, como dijo uno de nuestros clásicos, el P. Simancas, la misma distancia que existe entre la tierra y el cielo" (*Compendio de Derecho Penal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, I/371-2).

⁹ A essência da fundamentação da teoria causal da ação está em que a conduta é um conceito jurídico-penal. Pelo menos na sua versão neokantiana, o causalismo pretende construir um conceito jurídico-penal de conduta, que é, evidentemente de todo independente da concepção óntico-ontológica aqui esposada.

¹⁰ No mesmo sentido, Maurach (*Tratado de Derecho Penal*, tradução espanhola de Juan Cordoba Roda, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962, I/177-8); Hans Welzel (*Derecho Penal Aleman* (Parte General), tradução castelhana de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976, pp. 51 e ss.); Juarez Tavares (*Teorias do Delito - variações e tendências* -, S. Paulo, Ed. RT, 1980, p. 55); Heleno Fragoso escreve: "A ação integra-se através de um comportamento exterior, objetiva e subjetivamente, através do conteúdo psicológico desse comportamento, que é a vontade dirigida a um fim. Compreende a representação ou antecipação mental do resultado a ser alcançado, a escolha dos meios e a consideração dos efeitos concomitantes ou necessários e o movimento corporal dirigido ao fim proposto" (*Lições de Direito Penal* (Parte Geral), S. Paulo, J. Bushatsky Editor, 1977, p. 167).

Uma outra parte da doutrina, mais no campo da filosofia do que do direito penal, teve a preocupação de buscar uma distinção entre vontade e finalidade, mas tal é inteiramente inconcebível, pois, toda vontade é final. Destarte, quando falamos em vontade nos referimos a uma vontade final, posto que só a concebemos nesse plano. Porém, é evidente, a finalidade não se confunde com a voluntariedade, esta vazia de conteúdo e de direção, base da teoria causalista. A causalidade é cega, a finalidade, é vidente, afirma Welzel. Assim, a atividade final é um atuar conscientemente orientado para um fim, enquanto que o acontecer causal não está orientado pelo fim. Como lembra Enrique Cury y Urzúa, “la finalidad es voluntad de realización y, por ende, está llena de contenido y dirección”... “la finalidad es la voluntad de realización misma, expresándose en acto, es decir, operando sobre el mundo exterior para la realización del fin cuya elección fue, precisamente, el resultado de la motivación”.⁽¹¹⁾ Por outras palavras, esta também é a lição de Alejandro Korn: “A ação é a vontade atualizada na medida do nosso poder. O complexo processo da atividade psíquica termina em uma finalidade material”.⁽¹²⁾

A teoria causal-mecanicista, de uma maneira geral, também reconhece que a conduta possui um componente finalístico.⁽¹³⁾ No entanto, entende ser isto apenas e tão somente válido num conceito ontológico de ação, pois, na sua maneira de ver no direito penal trabalha-se com um conceito jurídico-penal bem distinto, e mesmo distante, do ontológico. Isso improcede, pois, como é sabido, só a partir da estrutura ontológica é que se pode determinar e conceituar aquilo que constitui um delito. Se se aceita que o conceito de conduta é um conceito jurídico, cai toda ligação com o conceito ontológico da conduta.

4. Conduta biociberneticamente antecipada

Nos últimos anos de sua profícua existência, Welzel, exteriorizou o seu sentimento de que, talvez, tivesse sido preferível substituir a denominação de sua teoria da ação final, por uma consideração biociberneticamente antecipa-

¹¹ Enrique Cury y Urzúa, *Derecho Penal* (Parte General), Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982, I/220.

¹² Cf. In Zaffaroni, *Tratado*, III/61.

¹³ Nesse sentido, v. Mezger-Blei (*Strafrecht*, All. Teil, pp. 53 e ss.), Biaggio Petrocelli (ob. cit., I/252-3); Giuseppe Rocco Torrepadula (*Il problema della responsabilità*, Napoli, Libreria Dektan & Rocholl, 1906, pp. 47-8); Ricardo C. Nuñez (*Manual de Derecho Penal* (Parte General), Córdoba-Buenos Aires, Lerner, 1975, p. 132); José Frederico Marques (*Tratado de Direito Penal*, S. Paulo, Saraiva, 1965, II/46).

da, a exemplo de Spiegel. ⁽¹⁴⁾

Dentro da concepção de Welzel, com a qual comungamos, nega-se toda possibilidade de uma separação entre vontade e finalidade, vez que, como já assinalado, a conduta é a vontade do ser humano exteriorizada dirigida a um fim. Em consequência, uma vontade não é a *simples vontade de movimentar o corpo*, ou a *mera vontade de inervação*, ⁽¹⁵⁾ pois a vontade manifesta-se em *querer alguma coisa*. Resulta, portanto, inconcebível uma *vontade de nada ou a vontade para nada*, pois o que existe é a *vontade de* e a *vontade para*. ⁽¹⁶⁾ Entendimento em contrário importa em considerar a conduta num nível físico e prescindir dos níveis psicológico e sociológico de complexização. O nível psicológico, impossível de se desligar da conduta sem que esta deixe de ser conduta, é quem introduz o nexo de finalidade. ⁽¹⁷⁾

Não por isso se pode pensar que inexistente uma diferença entre os nexos de causalidade e de finalidade. Diferença há, e esta é bem sensível. A exposição de Hartmann é bastante elucidadora: “a diferença entre o nexo de causalidade e o nexo de finalidade se faz no seguinte: na relação 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 com 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-os e com eles também o fim. O nexo final se constrói, dessa maneira, sobre o nexo causal, pois na busca dos meios conta tão-somente com a seqüência da causa e do efeito”. ⁽¹⁸⁾

Este também é o pensamento de Welzel, quando afirma que a *direção final de uma ação* se realiza 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” e “a consideração dos efeitos concomitantes”,

¹⁴ V. a respeito, Welzel, conferência pronunciada no Instituto Nacional de Estudos Jurídicos de Madri, em 22.04.68, publicada no *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, p. 229. Também in *La teoría de la acción finalista y el delito culposo*, B. Aires, Ponencias, Universidad de Belgrano, pp. 57-59. O trabalho de Spiegel a que se refere Welzel, segundo Zaffaroni, denomina-se “Die Strafrechtliche Verent ortlichkeit des Kraftfahres für Fehlreaktionen”, in *DAR*, 1968, pp. 283-293 (*Tratado*, III/66, em nota).

¹⁵ Hans Welzel, *Derecho Penal Aleman*, p.61.

¹⁶ Zaffaroni, *Tratado*, III/64; Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, tradução espanhola de Juan Cordoba Roda, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962, 1/206-7.

¹⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Teoría del Delito*, B. Aires, Ediar, 1973, p. 99.

¹⁸ Nicolai Hartmann, *Einführung in die Philosophie*, Hannover, 1956, pp. 22-3. Em sentido crítico, v. Jürgen Baumann, *Derecho Penal (conceptos fundamentales y sistema)*, tradução castelhana de Conrado Finzi, B. Aires, Depalma, 1973, pp. 96-7.

que se constituem na etapa da programação cibernética. A segunda, tendo em vista a etapa programada, realiza a sua ação no mundo real, põe em movimento, de acordo com o fim, juntamente com os efeitos concomitantes que foram incluídos no complexo total a realizar. ⁽¹⁹⁾

Como se deve concluir, as concepções de Hartmann e de Welzel guardam tal similitude, que nos permite, sem exagero, afirmar serem equivalentes. Mas, essa afirmação não nos permite concluir que cada movimento é controlado, em todos os seus passos, pela vontade, e sim que esses movimentos formam parte de uma ação intrinsecamente finalista, e, por tal razão não desnatura a finalidade da conduta. Correta, pois, a afirmação de Luiz Luisi, de que na prática dos atos habituais, como os do datilógrafo, ou, ainda, dos esgrimistas, eles são “previstos e aceitos como fases necessárias da execução, isto é, da fase objetiva da ação, pode-se dizer que são queridos como momentos da realização da conduta, e havidos como meios idôneos para a concreção dos fins propostos e diretores do comportamento”. ⁽²⁰⁾

5. As pessoas jurídicas podem delinquir?

A problemática, faz já muito tempo, vem sendo examinada pela doutrina, sem perder, nunca, a sua atualidade. De uma maneira geral, o controvertido tema pode ser resolvido a partir de dois critérios: o de Savigny, com a chamada *teoria da ficção*, e o de Gierke, com a chamada *teoria da realidade* ou *organicista*. Vamos examinar, em resumo, suas propostas de solução.

a) teoria da ficção. Esta teoria origina-se do direito romano e desde a Idade Média predomina na doutrina. Encontrou em Bartolo, no direito medievo, a sua maior expressão, e até o século XVIII era considerada questão incontroversa: *societas delinquere non potest*.

As pessoas jurídicas têm existência fictícia, e, por conseguinte, dentro de uma visualização realista, a elas falta a capacidade de atuar, e, por qual razão, não pode ser considerada culpada e punida, conquanto a lei que as cria determine a validade de atuar dentro de limites preestabelecidos. Vale, pois, a máxima de Feuerbach, de que “só um indivíduo pode ser autor de um delito, nunca uma pessoa moral”.

Esta teoria, em 1840, ganhou contornos tidos como definitivos, com a

¹⁹ Hans Welzel, *Derecho Penal Aleman*, pp. 54-7.

²⁰ Luiz Luisi, *O tipo penal e a teoria finalista da ação*, dissertação apresentada à faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul para livre-docência da cadeira de direito penal, s/d., p. 102.

genialidade de Savigny, que lhe deu o reclamado acabamento científico. Tal teoria tem por firme o princípio jusnaturalístico de que em todo o direito subjetivo existe a causa da liberdade moral, ínsita em cada homem, e que, portanto, o conceito primitivo de pessoa como *portadora* (Träger) ou *sujeito de direito* (Rechtssubject) deve coincidir com o conceito de homem, porque *todo homem individualizado e só o homem assim considerado é capaz de direitos*. Às pessoas jurídicas, entendidas como *pessoas artificiais*, criação de uma simples ficção, não pode ser atribuída a responsabilidade penal. Destarte, estabeleceu Savigny que só o ser humano, individualmente considerado, é dotado pela natureza de capacidade para ser sujeito de direitos e de personalidade.

Em conseqüência, sendo criação do direito objetivo, elaborado pelo Estado ou uma concessão deste, às pessoas jurídicas faltam condições psíquicas de imputabilidade, e, por conseguinte, são os seus diretores ou representantes que por elas atuam que respondem penalmente.

b) teoria da realidade. A teoria da realidade, também chamada de teoria organicista e da personalidade real, oferece uma perspectiva inteiramente distinta. Para ela, a pessoa jurídica é um ser real, um verdadeiro organismo cuja vontade não é a soma das vontades de seus associados ou de seus diretores ou administradores. Contrariamente, ela possui vontade própria, e, em conseqüência, o ato praticado por seus integrantes é distinto destes, ato próprio que o é. Como assinala Aquiles 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”.⁽²¹⁾

Os defensores desta teoria, em resposta às objeções acerca das dificuldades de se punir penalmente a pessoa jurídica, dizem estar esse problema perfeitamente contornado, pois, além das penas alternativas preconizadas em substituição às sanções mais tradicionais, dispõe o direito penal, modernamente, da multa e da possibilidade de adoção de outras, como a dissolução e a suspensão de suas atividades por tempo determinado. Questiona-se Quintiliano Saldaña como pode ser “possível desconhecer-se que uma associação pode ser coagida a dissolver-se, castigada com a pena de dissolução, por motivos de

²¹ *Las personas morales y su responsabilidad penal*, tradução espanhola de César Camargo y Marin, Madrid, Editora Gongora, 1930, pp. 135-188.

defesa social, pronunciada por um tribunal criminal, segundo uma Lei de Associações ou um Código?" (22)

Para nós, a aceitação da teoria da ficção é consequência da própria evidência, por serem as pessoas jurídicas incapazes de conduta, pois resulta inimaginável que uma pessoa jurídica possa dirigir voluntariamente sua conduta em direção a um fim que ela própria determine. Como adverte Bettioli, "o direito penal não se baseia em abstrações, pois está alicerçado na realidade ético-psicológica. E esta é exclusivamente do homem". (23)

Não queremos negar, aqui, como bem relata César 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 relaciona atualmente. (24) Daí a advertência de Nedelmann de que a atual ciência do direito penal, em suas tendências dominantes, apega-se "à pura teoria, dirigindo-se contra toda ciência que não esteja baseada nela e sim na experiência. Rechaça a Psicologia com a mesma decisão com que descuida da Criminologia que, quase sempre, se realiza em suas mãos"... É preciso "que a ciência do Direito Penal desprenda a sua irracionalidade parcial e se converta em uma ciência das circunstâncias sociais, ou - se não o consegue - perca sua influência na regulamentação da proteção de bens jurídicos em favor de ciências que mais se ajustam à realidade". (25)

Não obstante o ceticismo com que muitos autores vêem o direito penal moderno, uma verdade, pelo menos para nós, se mantém intangível: toda reconstrução do direito penal em que se ponha em relevo o seu conteúdo social, operando um reescalonamento na ordenação dos bens que tutela, não exclui a realidade de sempre se reclamar, para a existência de um delito, uma capacidade de conduta. A vontade de ação ou vontade de conduta é um fenômeno psíquico que inexistente na pessoa jurídica. A esta só é atribuível uma conduta involuntária, ou o conhecimento do aspecto objetivo da ação.

Ferindo profundamente a questão, Norberto Spolansky assinalou que as "personas jurídicas no son entidades, como lo son, por ejemplo, los individuos particulares. En nuestra experiencia podemos percibir seres humanos, sus

²² In *Estudio Preliminar à versão castelhana da obra de Aquiles Mestre*, cit., p. 22.

²³ Giuseppe Bettioli, *Direito Penal*, tradução brasileira de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco, S. Paulo, Ed. RT, 1971, II/43.

²⁴ César Camargo Hernández, *Introducción al estudio del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1964, p. 66.

²⁵ Nedelman, "Die Reform des Rechtsgüterschutzes unter dem Dogma des Strafprinzips" in *kritik der Strafrechtsreform*, Frankfurt am Main, 1968, pp. 21-22. V. Também, em sentido crítico, Enrique Gimbernat Ordeig, *Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?* Bogotá, Temis, 1983.

movimientos corporales, pero no registramos, aun cuando agudicemos nuestros sentidos, personas jurídicas. Como lo dije, la expresión 'persona jurídica' es una expresión que es usada como una construcción conceptual. Es ilusorio intentar detectar una entidad real denotada por la expresión 'persona jurídica' ". (26)

Repudiando esse entendimento, Jaime Malamud Goti, defensor da teoria organicista, afirma que numa partida de futebol, por exemplo, os espectadores elogiam ou criticam a ação de uma equipe, ou seja, de um conjunto de pessoas que executam uma atividade ordenada em seus esforços, onde se identificam os jogadores por sinais de ligação, como as camisetas. (27) Embora se repute o resultado a uma pessoa jurídica e exista entre todos os componentes da equipe uma inter-relação ou até uma interdependência quanto ao resultado pretendido, o que se vê nos estádios é cada jogador perfeitamente individualizado, dando a sua parcela de esforço para a consecução do fim comum, que pode-se confundir com o fim social. Conseqüentemente, Pelé nunca se confundiu com o Santos, assim como Maradona não é o Boca Juniors. A conclusão que se tira é apenas a seguinte: Pelé integrou a pessoa jurídica Santos Futebol Clube e Diego Maradona a pessoa jurídica denominada Boca Juniors, que se dedicam à prática do futebol. Nada além disso.

6. Dificuldades na elaboração de uma legislação penal específica

Estabelecida, em definitivo, a impossibilidade de se atribuir conduta à pessoa jurídica, como se poderá atender às exigências da Constituição e estabelecer a responsabilidade penal dessas sociedades?

Em um trabalho nosso largamente difundido em nosso país e que mereceu divulgação no exterior, enfocamos pela primeira vez a árdua tarefa que se atribuiria ao legislador, quando da elaboração de uma legislação penal ecológica. Observamos que não se poderia estruturar o delito ecológico - e a observação é válida também para os delitos socio-econômicos - em um código penal, pelo menos quando se pretender penalizar penalmente as pessoas jurídicas. Advertimos que, na elaboração de uma legislação ecológica se deveria recorrer a normas penais em branco, a tipos de ação múltipla e a uma riqueza

²⁶ Norberto Spolansky, "Culpabilidad, la responsabilidad solidaria de las sociedades anónimas y la de sus directivos en el regimen cambiario (El caso del Banco Santander)" (in *Revista La Ley* de 13.10.1978).

²⁷ Jaime Malamud Goti, *Persona Jurídica y Penalidad (el estado actual del derecho penal administrativo frente a la responsabilidad de la persona jurídica y sus directivos por las acciones de los agentes)*, Buenos Aires, Depalma, 1981, p. 42.

de elementos normativos ou culturais. Afirmamos, ainda, que se poderia vir a recorrer à responsabilidade sem culpa ou responsabilidade penal objetiva, com o que se romperia com os postulados fundamentais do chamado direito penal moderno. O carácter pluriofensivo que caracteriza os delitos contra o meio ambiente e que também se apresenta nos chamados delitos sócio-econômicos, ou, como preferiu o constituinte, crime “contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”, obrigaria ao rompimento com princípios e regras assentes no direito penal liberal. E mais, o legislador teria de se confrontar com dificuldades na própria fixação do conceito do bem jurídico, tarefa árdua e extremamente problemática. Embora se refira só ao direito penal econômico, uma lição de Pedrazzi parece-nos que também se aplica ao direito penal ecológico. Diz o mestre peninsular que “en su extrema complejidad, el fenómeno económico afecta a una serie de intereses de distinta naturaleza, entre los cuales existe una relación dialéctica que oscila entre la convergencia y el antagonismo: intereses individuales y de grupo, intereses ‘difusos’ e intereses referidos a la comunidad considerada de forma unitaria”.⁽²⁸⁾

É bem verdade que a elaboração de legislações penais de conteúdo ecológico, fora do código, podem dificultar e até prejudicar a elaboração de uma doutrina mais desenvolvida desses ramos do direito penal, mas pelo menos diante da nossa realidade legislativa não vemos como se possa construir uma avançada legislação específica no contexto de um código penal. Não bastasse isso, lembra ainda Pedrazzi, “a intervenção penal do âmbito econômico, na medida em que aparece mais determinada ideologicamente, tanto mais encontra da parte da coletividade um grau de aceitação limitado, que atua como estímulo para a infração. Isto explica também, pelo menos em parte, o fato da criminalidade econômica suscitar na sociedade uma reprovação inferior em relação àquela que produz as formas tradicionais de criminalidade”.⁽²⁹⁾

As observações supra servem também para a criminalidade contra o meio ambiente. Hans-Jürgen Kerner, em trabalho apresentado no II Colóquio Hispano-Alemão sobre a reforma penal, realizado em Madri, em 1984, na parte em que examina a criminalidade ecológica, afirmou que, “segundo a experiência cotidiana, foi possível saber-se que, na persecução de delitos contra o meio ambiente, as autoridades desempenharam uma atividade enérgica

²⁸ Cesare Pedrazzi, “El bien jurídico en los delitos económicos” in *La reforma penal (delitos socio-economicos)*, ed. de Marino Barbero Santos, publicação da Universidad de Madrid, 1985, pp. 282-3.

²⁹ Art. cit., p. 286.

com muita lentidão e só chegaram a ser condenados, em termos gerais, aqueles autores que, numa linguagem coloquial, freqüentemente são chamados de 'peças pequenas' " (para nós, **peixe miúdo**). E, apoiado em trabalhos recentemente publicados em seu país, a Alemanha, o autor, após criticar as autoridades, inclusive as judiciárias, porque, no geral, ao fim das investigações só restaram colhidos pela rede meros funcionários subalternos, formula o seguinte remate: "Como conclusão, pode-se anotar que, pelo visto, a política só em parte e a justiça de modo algum, têm conseguido, efetivamente, acercar-se da verdade diante da grave criminalidade contra o meio ambiente". ⁽³⁰⁾

Como se pode observar, as dificuldades não se resumem na elaboração de uma legislação específica, dirigida à criminalidade de que ora cuidamos. Estas dificuldades poderiam ser enfrentadas dentro da solução preconizada por Jescheck, aceita por Zaffaroni, vazada nos seguintes termos: para que a sociedade fique eficazmente protegida contra esta espécie de criminalidade, basta 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 elas atuam, na forma de sua constituição jurídica. Tais sanções poderão ser aplicadas pelo próprio juiz penal, na sentença que proferir, bastando, para tanto, uma adaptação na lei de processo penal. ⁽³¹⁾ Sequer se violaria uma regra instrumentadora do processo penal, a de que os fatos devem ser apurados e decididos *in unus et simultaneus processus*.

Tendo a Constituição optado por caminho mais áspero, onde se rompeu com a tradição do nosso direito penal, todo ele calcado no conceito de que a pessoa jurídica é incapaz de conduta ou de culpabilidade, essa decisão obriga-nos "a repensar todo o Direito Penal", ⁽³²⁾ já que o direito penal moderno reclama como pressupostos a capacidade de conduta, de culpabilidade e de pena do autor do fato criminoso. Válida, aqui, a aguda observação de Marino Barbero Santos, de que, "aplicados à pessoa jurídica, estes conceitos têm um conteúdo radicalmente distintos dos aplicados às pessoas físicas. Trata-se de um Direito Penal paralelo. No Direito Penal presente, praticamente, tão-só se utilizaria

³⁰ "Experiências criminológicas con las recientes reformas para la lucha contra la criminalidad económica en la República Federal de Alemania", in *Reforma Penal*, cit., pp. 148-9.

³¹ Cf. in Zaffaroni, *Teoria del delitto*, p. 93.

³² João Marcelo de Araújo Júnior e Marino Barbero Santos, *A reforma penal*, Rio, Forense, 1987, p. 92.

seu aspecto negativo, qual seja, o da estigmatização. Aspecto positivo - ainda que não buscado - é, sem dúvida, o das garantias inerentes ao processo penal".⁽³³⁾ Acrescentamos que todas as penas atribuíveis às pessoas jurídicas têm a sua origem no direito administrativo, inclusive a dissolução e a multa. **Ipo facto**, poderiam tais sanções serem aplicadas em processo regular instaurado contra os diretores e administradores, desde que tivessem atuado em favor das entidades que dirigem ou administram. Esse entendimento vem esposado no livro que, com grande alegria e mesmo orgulho, compartilhamos com Zaffaroni, o Manual de Direito Penal, parte geral.

Diante de tantas dificuldades, mesmo adotando posição contrária à reponsabilização penal da pessoa jurídica, mas compreendendo o desalento do legislador, reclamamos prudência de sua parte na elaboração da legislação específica. Esta observação continua válida para toda legislação em que vier a estabelecer sanções penais por fatos elevados à categoria de delitos contra a ordem econômica e financeira, contra a economia popular, e contra a criminalidade ambiental. Quanto à primeira, que jamais se entregue a economistas a tarefa de elaboração do anteprojeto, tal como aconteceu com a Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, portadora de tantas aberrações jurídicas. Exata a observação de Nélson Cândido Motta: "Essa escalada dos economistas às fontes do Direito escrito, do ponto de vista técnico jurídico, foi como uma incursão de macacos em casa de louças. As regras e os rigores que presidiam a elaboração dos textos legislativos foram substituídos pela improvisação e pela afoiteza com que os economistas se puseram a legislar. Para tentar implantar uma nova ordem nas relações econômicas, os economistas não vacilaram em abalar e comprometer algumas vezes os alicerces da lógica jurídica".⁽³⁴⁾

E, numa crítica irresponsável, afirmou: "Verifica-se que o governo vem lançando mão da ameaça penal indistintamente, num conjunto de leis altamente defeituosas, que levam os juristas à perplexidade. Tem-se a impressão de que as leis no Brasil são hoje feitas clandestinamente, e, no que tange ao Direito Penal, que são feitas por leigos".⁽³⁵⁾

³³ Marino Barbero Santos, in *A Reforma Penal*, cit., p. 75.

³⁴ Cf. In Sérgio do Rego Macedo, "Direito Penal Financeiro", *Revista de Informação Legislativa*, julho-setembro, 1970, p. 174.

³⁵ "O Novo Direito Penal Tributário e Econômico", in *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n.º 12 (jan / março, 1966, pp. 63-64).

No que se liga ao direito ambiental, espera-se sempre que não se esqueça de consultar as sociedades e técnicos nesse novo ramo do direito, inclusive e principalmente, técnicos em direito penal ecológico, que, entre nós, são bem poucos. Esta advertência, válida para o legislador em todas as esferas da atividade humana, foi completamente desprezada na elaboração do código de trânsito, entregue que foi preferentemente a engenheiros, disso resultando numa legislação desprezível e exageradamente punitiva, em alguns aspectos de duvidosa constitucionalidade, que mais parece um retorno às demoníacas ordenações do reino.

7. Ligeiras observações sobre a nova legislação penal ambiental.

Evidente que não se tem aqui a pretensão de fazer um comentário à parte penal da nossa lei ambiental. O local não é aqui e nem agora. Alguns aspectos, porém queremos analisar.

O primeiro é de que a própria lei ambiental - lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, no seu artigo diz: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.”

A própria lei informa que a responsabilidade da pessoa jurídica decorre da conduta ativa ou omissiva da pessoa física, por ser aquela incapaz de ação. A responsabilidade dessas criações do direito decorre, objetivamente, da atuação de seus diretores, administradores ou de decisões de seu corpo colegiado, que tenham atuado em seu interesse. É o completo e perfeito reconhecimento, também no campo legislativo, de uma verdade imutável: **a pessoa jurídica não pode delinquir, incapaz que é de conduta.**

Também queremos observar a inexistência de normas de processo penal na nova legislação. Não determina ela quem deva receber a citação em nome da pessoa jurídica a qual se imputa conduta tida por delituosa. Em tese, deveria ser citado o seu representante legal. Mas este, pode estar envolvido nos fatos e ter interesses divergentes com os da pessoa jurídica, com os de outra ou outras pessoas do corpo diretivo que não tenham tido participação no fato delituoso. Tal situação pode conduzir a defesas conflitivas, absolutamente inaceitáveis no direito processual penal moderno. Dir-se-á, com alguma razão,

que se a responsabilidade da empresa ou entidade decorre objetivamente da conduta das pessoas elencadas, nenhum prejuízo advirá com a indicação de um único defensor para as pessoas jurídica e física, ou física. Mas isso nem sempre irá ocorrer. Numa sociedade anônima mal dirigida, em que a minoria dos acionistas que vêem negada a possibilidade de direção, os interesses sociais apenas estão de conformidade com os interesses da maioria, e isto pode não corresponder aos interesses sociais. Talvez uma pena aplicada à pessoa jurídica, que não a de dissolução, pode apresentar-se como melhor solução para os seus legítimos interesses, em desconformidade com os interesses do corpo diretivo. Mas não é só.

Carlos Ernani Constantino, professor da Faculdade de Direito de Franca, faz uma interessante observação. Diz ele: "...imaginemos a seguinte hipótese: "A", sócio da empresa "X", com poderes de administração, comete um crime doloso ou culposos, contra o meio ambiente, sem que os demais sócios, "B", "C" e "D", da mesma pessoa jurídica, saibam o que ele está fazendo. Pelo "caput" do citado art. 3.º, a sociedade em si está condenada, pela responsabilidade penal objetiva, passando a condenação, ou seja, o caráter aflitivo da pena e as suas conseqüências a **todos os sócios**: a "A", culpado, e a "B", "C" e "D", inocentes (que também participam do fundo comum, do qual sairá o pagamento da multa, ou que terão que envidar, igualmente, esforços para o cumprimento de eventual prestação de serviços à comunidade ou restrição de direitos)." E o professor francano aponta, ainda, uma dupla condenação para o sócio diretor que desempenhou a conduta delituosa, como pessoa física e conseqüências penais da condenação da pessoa jurídica, que, na sua maneira de ver, é inconstitucional, como decorrência da violação do princípio **non bis in idem**.⁽³⁶⁾

Por outro lado, em caso de interesses conflitantes, quem poderia contratar um defensor para atuar no interesse exclusivo da sociedade? A lei não nos responde. Faltam, no nosso entendimento, normas de processo penal. E se estas tivessem sido efetivamente estabelecidas, mais estaríamos convencidos do acerto do posicionamento de Jescheck, por nós adotado com Zaffaroni, no nosso livro já mencionado: melhor punir-se administrativamente a pessoa jurídica, reservando a sanção penal para o seu corpo diretivo.

São alguns aspectos somente, que certamente servirão para aquecer as turbinas num previsível debate ao final de nossa modesta exposição.

³⁶ O artigo 3.º da Lei 9.605/98 cria intolerável "bis in idem", revista APMP, órgão da Associação Paulista do Ministério Público n.º 19 (junho de 1998), p. 14.

De qualquer maneira, queremos tornar nossas as palavras de Marino Barbero Santos, com as quais encerramos este trabalho: “Há que ficar claro que não repelimos a idéia de que se possa usar do Direito Penal para sancionar atuações das pessoas jurídicas. Manifestamo-nos, tão somente, no sentido de que os princípios que servem de fundamento ao Direito Penal atual dificultam, que ele possa abarcar hoje, em países que não sigam o sistema do *Common Law*, os entes coletivos. Nada haverá a objetar se esses princípios mudarem”⁽³⁷⁾.

Mas tal mudança, com o afastamento dos princípios orientadores do saber penal, entendemos que levaria a outras sendas, bem diversas do direito penal que conhecemos. E teríamos um outro ramo da ciência jurídica, em muitos aspectos - os fundamentais -, bem distantes do nosso direito penal. Talvez um primo em segundo grau, para adotarmos um parâmetro.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello e Barbero Santos, Marino. *A reforma penal*, Rio, Forense, 1987.

BARBERO SANTOS, Marino e Araújo Júnior, João Marcello. *A reforma penal*, Rio, Forense, 1987.

CONSTANTINO, Carlos Ernani, “O art. 3.º, da Lei 9.605/98” *in* Revista APMP, n.º 19, junho de 1998.

CORDOBA Roda, Juan. *La doctrina de la acción finalista*, Valencia, Ed. Universidad de Valencia, 1978.

CURY Y URZÚA, Enrique. *Derecho Penal (Parte General I)*, Santiago, Editorial Engisch, Karl. *Der finale Handlungsbegriff*, Kohlrauch Festschrift, 1984.

FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal (Parte Geral)*, São Paulo, J. Bushatsky Editor, 1977.

“O novo direito penal tributário e econômico”, *in* Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, n. 12 (jan. / mar.), 1966.

GRAMAJO, Edgardo. *La acción en la teoría del delito*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1975.

KERNER, Hans-Jürgen. “Experiências criminológicas con las recientes reformas para la lucha contra la criminalidad económica en la República Federal en Alemania”, *in* Reforma Penal, ed. Espanhola.

³⁷ Marino Barbero Santos, *A reforma penal (ilícitos penais e econômicos)*, cit., p. 75.

A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS E A NOVA LEI AMBIENTAL

José Henrique Pierangeli

Professor na Faculdade de Direito do Alto Paranaíba - Araxá

Texto básico da palestra proferida em março de 1999, no Seminário Latino-Americano de Direito Penal e Política Criminal, em comemoração aos 30 anos da Faculdade de Direito da Universidade de Cruz Alta (RS) e aos 30 anos de docência do Professor Emérito Dr. Luiz Luisi.

1. Introdução - 2. A conduta é objeto de regulamentação jurídica - 3. Conduta implica em vontade - 4. Conduta biociberneticamente antecipada - 5. As pessoas jurídicas podem delinquir? - 6. Dificuldades na elaboração de uma legislação penal específica - 7. A nova legislação ambiental - Bibliografia.

1. Introdução

A Constituição de 1988, em dois dispositivos, estabeleceu a responsabilidade penal de pessoas jurídicas: art. 173, § 5.º, e 225, § 3.º. O primeiro possui a seguinte redação: “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.” O segundo diz, textualmente: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas continua sendo matéria candente em direito penal, pois a questão não se encontra em absoluto resolvida com a adoção, pela maioria da doutrina, da regra *societas delinquere non potest*. De qualquer maneira, o legislador constituinte reativou o problema ao

estabelecer, em duas passagens, a responsabilidade penal dessas entidades, exatamente quando volta a sua preocupação para com as atividades que envolvem a ordem econômica e financeira e para o meio ambiente. E com isso criou uma séria preocupação para o penalista.

2. A conduta é objeto de regulamentação jurídica

Toda a estrutura da teoria do delito assenta-se na conduta, ou, como preferem alguns, na ação, mas esta não é criação da ciência jurídica. O direito apenas a toma do mundo da realidade e lhe atribui uma valoração, ou, por outras palavras, tipifica-a. Destarte, os tipos penais constituem apenas descrições abstratas de conduta, que recebem uma valoração do legislador.

A conduta, por conseguinte, é um conceito básico, fundamental e indispensável, sobre a qual se estruturará o conceito de delito, ⁽¹⁾ fazendo sobre ela recair as características da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade. ⁽²⁾

Bem o sabemos não estar esta conclusão isenta de críticas, pois, alguns autores edificam o conceito do delito a partir da tipicidade, ou seja, é possível elaborar-se um conceito de delito puramente normativo, mas, para que tal ocorra, no nosso entendimento, não se pode escapar de uma confusão entre a ação (em sentido amplo) e o injusto, um ingressando como componente do outro. ⁽³⁾

Posta assim a questão, duas conclusões se apresentam: a)- a conduta humana é o fundamento comum de todas as espécies de injusto, sem que se opere uma confusão entre ambos; b)- é absolutamente inadmissível a existência de um delito sem conduta.

Dentro dessa concepção ontológica ou realista da conduta, esta de nenhuma maneira 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 ainda não sabemos se se trata ou não de uma conduta.

¹ A conduta é a pedra angular da teoria do delito (Karl Engisch, *Der finale Handlungsbegriff*, Kohlrauch Festschrift, 1944, p. 143). Em idêntico sentido, v. Biagio Petrocelli, *Principi di diritto penale*, Napoli, Eugenio Jovene, 1964, 1/247.

² Nesse mesmo sentido, Miguel Reale Júnior, ao escrever que o direito penal “deve partir da estrutura ontológica da ação para determinar e conceituar o que seja crime”, pois, a base ontológica é o objeto da valoração jurídica (*Dos estados de necessidade*, S. Paulo, J. Bushatsky, Editor, 1971, pp. 1 e 2).

³ Para Edgardo Gramajo existe uma relação entre a definição do delito e o conteúdo do conceito de ação, formando zonas integradas, de sorte que o conteúdo jurídico-penal da ação não pode partir de uma observação empírica da conduta (*La acción en la teoría del delito*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1975, pp. 20-21). V. Também a respeito, Johannes Wessels, *Direito Penal* (Parte Geral), tradução de Juarez Tavares, Porto Alegre, S.A. Fabris Editor, 1976, p. 18.

Por conseguinte, o delito como espécie só pode ocorrer dentro do gênero conduta, esta formando a base daquele, vez que a inexistência de delito sem conduta, hodiernamente, constitui garantia do direito penal liberal representando um requisito que provém a essência do fenômeno jurídico, pois, inclusive entre os autores liberais, sempre ocorreu a preocupação de interpretar o direito de maneira racional. Isto foi ressaltado por Moyart de Vouglans: “uma simples vontade, que não passa dos limites do pensamento, não pode merecer o nome de crime”.⁽⁴⁾

Nullum crimen sine actione.

Não há negar que o direito penal só interessa uma parte das condutas possíveis ao ser humano, ou por outras palavras, apenas as ações proibidas, tipificadas como delito. Mas também é verdade que, na averiguação da proibição - **tipicidade** -, devemos fazer uma comparação entre a conduta com a abstrata descrição legal - **tipo** -, e, para que realizemos essa comparação, torna-se indispensável considerá-la como algo diferente do tipo, ou, talvez com melhor redação, faz-se necessário considerar a tipicidade estranha à teoria do delito ou torná-la apenas um pressuposto desta.⁽⁵⁾ Nessa linha de raciocínio, imperioso é considerar a antijuridicidade e a culpabilidade como pressupostos do delito, e, com tal aceitação, seria forçosa a exclusão de todas as características definidoras do delito, pelo menos da forma como vislumbramos a teoria do delito.

Muitos penalistas entendem, que a elaboração de um conceito de delito exige indispensavelmente uma conduta realizadora do tipo, ou, por outras palavras, é o tipo quem cria a conduta. Tal conclusão origina-se do fato de conceberem a conduta amalgamada à lei, ou, seja, ligada ao desvalor. Daí Johannes Wessels salientar que somente é possível dar-se uma resposta suficiente sobre a ação concreta no setor do tipo e do injusto.⁽⁶⁾ Para nós, tal concepção do delito torna-se incompreensível, vez que o conceito de conduta pertence ao ôntico-ontológico, precedendo a toda valoração que possa o legislador a ela atribuir ao normatizá-la. Como bem esclarece Zaffaroni, “la conducta *es* (ônticamente), tiene su *ser*, con total prescindencia de la tipicidad legal”.⁽⁷⁾ A

⁴ *Institutes du Droit Criminel*, Paris, 1757, 1/2.

⁵ Alfonso Reyes Echandía entende ser a tipicidade pressuposto do delito (*La tipicidad penal*, Bogotá, Editora Universidad Externado de Colombia, 1967, pp. 16-17).

⁶ Johannes Wessels, ob. cit., p. 18. Este também é o entendimento de Juan Cordoba roda para quem o conceito de ação que interessa ao direito penal só pode ser “determinado con arreglo a criterios normativos. En virtud de esta estructura se convierte el concepto de acción en un concepto ‘referido a valor’ ” (*La doctrina de la acción finalista*, publicação da Universidad de Valencia, 1978, p. 17).

⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal* (Parte General), Buenos Aires, Ediar, 1981, III/50.

estrutura teológica do ser humano, a sua vida interior, é algo que legislador algum pode modificar. ⁽⁸⁾

Concluído, o nosso entendimento afasta-se totalmente do conceito naturalístico da conduta humana que, ainda nos nossos dias, permanece como básico em parte da nossa doutrina, e, como consequência disso, põe-nos a cobro da concepção idealista, do neokantismo e do positivismo. ⁽⁹⁾

A ordem jurídico-penal não regula a totalidade dos fatos, e sim apenas e tão somente algumas espécies dessas manifestações. No estágio atual do desenvolvimento cultural do mundo atual, é inconcebível uma ordem jurídica que regule ou que pretenda regular todos os fatos ocorridos no universo físico, que não sejam condutas humanas. É lógico que também estas ocorrem no mundo físico. Do exposto, resulta que os animais e as coisas inanimadas só podem constituir-se em objeto de condutas, nunca em sujeitos do delito. Em caso de lesões de coisas e de animais, o sujeito passivo só pode ser o seu proprietário, ou, eventualmente, o seu possuidor.

3. Conduta implica em vontade

A doutrina, de uma maneira geral, exige para a conduta a voluntariedade, inclusive os autores que a vêem como integrante do mundo sensível, posto que a admitem como causa voluntária ou não impeditiva de uma modificação no mundo exterior.

A conduta é voluntária quando nela existe uma decisão da parte do agente, ou, por outras palavras, quando não é um simples resultado mecânico, automático. 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, pois isso se revolve no âmbito da culpabilidade e não no da conduta, pois, em ambas as situações, a conduta sempre existirá. Conduta não significa conduta livre. ⁽¹⁰⁾

⁸ Antonio Quintano Ripollés reproduz a lição de P. Montes, vazada nos seguintes termos: "es inutil plantear el problema de si es o no punible el pensamiento hasta que la Justicia humana haya descubierto los procedimientos de penetrar hasta él. Ante esta dificultad suprema toda las consideraciones jurídicas deben callar, constituyendo el punto de vista contrario una insufrible inmixon del juicio humano en lo divino, entre los que debe mediar, como dijo uno de nuestros clásicos, el P. Simancas, la misma distancia que existe entre la tierra y el cielo" (*Compendio de Derecho Penal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, I/371-2).

⁹ A essência da fundamentação da teoria causal da ação está em que a conduta é um conceito jurídico-penal. Pelo menos na sua versão neokantiana, o causalismo pretende construir um conceito jurídico-penal de conduta, que é, evidentemente de todo independente da concepção óntico-ontológica aqui esposada.

¹⁰ No mesmo sentido, Maurach (*Tratado de Derecho Penal*, tradução espanhola de Juan Cordoba Roda, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962, I/177-8); Hans Welzel (*Derecho Penal Aleman* (Parte General), tradução castelhana de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976, pp. 51 e ss.); Juarez Tavares (*Teorias do Delito - variações e tendências*, S. Paulo, Ed. RT, 1980, p. 55); Heleno Fragoso escreve: "A ação integra-se através de um comportamento exterior, objetiva e subjetivamente, através do conteúdo psicológico desse comportamento, que é a vontade dirigida a um fim. Compreende a representação ou antecipação mental do resultado a ser alcançado, a escolha dos meios e a consideração dos efeitos concomitantes ou necessários e o movimento corporal dirigido ao fim proposto" (*Lições de Direito Penal* (Parte Geral), S. Paulo, J. Bushatsky Editor, 1977, p. 167).

Uma outra parte da doutrina, mais no campo da filosofia do que do direito penal, teve a preocupação de buscar uma distinção entre vontade e finalidade, mas tal é inteiramente inconcebível, pois, toda vontade é final. Destarte, quando falamos em vontade nos referimos a uma vontade final, posto que só a concebemos nesse plano. Porém, é evidente, a finalidade não se confunde com a voluntariedade, esta vazia de conteúdo e de direção, base da teoria causalista. A causalidade é cega, a finalidade, é vidente, afirma Welzel. Assim, a atividade final é um atuar conscientemente orientado para um fim, enquanto que o acontecer causal não está orientado pelo fim. Como lembra Enrique Cury y Urzúa, “la finalidad es voluntad de realización y, por ende, está llena de contenido y dirección”... “la finalidad es la voluntad de realización misma, expresándose en acto, es decir, operando sobre el mundo exterior para la realización del fin cuya elección fue, precisamente, el resultado de la motivación”.⁽¹¹⁾ Por outras palavras, esta também é a lição de Alejandro Korn: “A ação é a vontade atualizada na medida do nosso poder. O complexo processo da atividade psíquica termina em uma finalidade material”.⁽¹²⁾

A teoria causal-mecanicista, de uma maneira geral, também reconhece que a conduta possui um componente finalístico.⁽¹³⁾ No entanto, entende ser isto apenas e tão somente válido num conceito ontológico de ação, pois, na sua maneira de ver no direito penal trabalha-se com um conceito jurídico-penal bem distinto, e mesmo distante, do ontológico. Isso improcede, pois, como é sabido, só a partir da estrutura ontológica é que se pode determinar e conceituar aquilo que constitui um delito. Se se aceita que o conceito de conduta é um conceito jurídico, cai toda ligação com o conceito ontológico da conduta.

4. Conduta biociberneticamente antecipada

Nos últimos anos de sua profícua existência, Welzel, exteriorizou o seu sentimento de que, talvez, tivesse sido preferível substituir a denominação de sua teoria da ação final, por uma consideração biociberneticamente antecipa-

¹¹ Enrique Cury y Urzúa, *Derecho Penal* (Parte General), Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982, I/220.

¹² Cf. In Zaffaroni, *Tratado*, III/61.

¹³ Nesse sentido, v. Mezger-Blei (*Strafrecht*, All. Teil, pp. 53 e ss.), Biaggio Petrocelli (ob. cit., I/252-3); Giuseppe Rocco Torrepadula (*Il problema della responsabilità*, Napoli, Libreria Dekten & Rocholl, 1906, pp. 47-8); Ricardo C. Nufies (*Manual de Derecho Penal* (Parte General), Cordoba-Buenos Aires, Lerner, 1975, p. 132); José Frederico Marques (*Tratado de Direito Penal*, S. Paulo, Saraiva, 1965, II/46).

da, a exemplo de Spiegel. ⁽¹⁴⁾

Dentro da concepção de Welzel, com a qual comungamos, nega-se toda possibilidade de uma separação entre vontade e finalidade, vez que, como já assinalado, a conduta é a vontade do ser humano exteriorizada dirigida a um fim. Em conseqüência, uma vontade não é a *simples vontade de movimentar o corpo*, ou a *mera vontade de inervação*, ⁽¹⁵⁾ pois a vontade manifesta-se em *querer alguma coisa*. Resulta, portanto, inconcebível uma *vontade de nada ou a vontade para nada*, pois o que existe é a *vontade de* e a *vontade para*. ⁽¹⁶⁾ Entendimento em contrário importa em considerar a conduta num nível físico e prescindir dos níveis psicológico e sociológico de complexização. O nível psicológico, impossível de se desligar da conduta sem que esta deixe de ser conduta, é quem introduz o nexos de finalidade. ⁽¹⁷⁾

Não por isso se pode pensar que inexistente uma diferença entre os nexos de causalidade e de finalidade. Diferença há, e esta é bem sensível. A exposição de Hartmann é bastante elucidadora: “a diferença entre o nexos de causalidade e o nexos de finalidade se faz no seguinte: na relação 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 com o nexos se realize um fim. No nexos 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-os e com eles também o fim. O nexos final se constrói, dessa maneira, sobre o nexos causal, pois na busca dos meios conta tão-somente com a seqüência da causa e do efeito”. ⁽¹⁸⁾

Este também é o pensamento de Welzel, quando afirma que a *direção final de uma ação* se realiza 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” e “a consideração dos efeitos concomitantes”,

¹⁴ V. a respeito, Welzel, conferência pronunciada no Instituto Nacional de Estudos Jurídicos de Madri, em 22.04.68, publicada no *Anuário de Derecho Penal y Ciências Penales*, p. 229. Também in *La teoría de la acción finalista y el delito culposo*, B. Aires, Ponencias, Universidad de Belgrano, pp. 57-59. O trabalho de Spiegel a que se refere Welzel, segundo Zaffaroni, denomina-se “Die Strafrechtliche Verrent ortlichkeit des Kraftfahres für Fehlreaktionen”, in DAR, 1968, pp. 283-293 (*Tratado*, III/66, em nota).

¹⁵ Hans Welzel, *Derecho Penal Aleman*, p.61.

¹⁶ Zaffaroni, *Tratado*, III/64; Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, tradução espanhola de Juan Cordoba Roda, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962, I/206-7.

¹⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Teoria del Delito*, B. Aires, Ediar, 1973, p. 99.

¹⁸ Nicolai Hartmann, *Einführung in die Philosophie*, Hannover, 1956, pp. 22-3. Em sentido crítico, v. Jürgen Baumann, *Derecho Penal (conceptos fundamentales y sistema)*, tradução castelhana de Conrado Finzi, B. Aires, Depalma, 1973, pp. 96-7.

que se constituem na etapa da programação cibernética. A segunda, tendo em vista a etapa programada, realiza a sua ação no mundo real, põe em movimento, de acordo com o fim, juntamente com os efeitos concomitantes que foram incluídos no complexo total a realizar. ⁽¹⁹⁾

Como se deve concluir, as concepções de Hartmann e de Welzel guardam tal similitude, que nos permite, sem exagero, afirmar serem equivalentes. Mas, essa afirmação não nos permite concluir que cada movimento é controlado, em todos os seus passos, pela vontade, e sim que esses movimentos formam parte de uma ação intrinsecamente finalista, e, por tal razão não desnatura a finalidade da conduta. Correta, pois, a afirmação de Luiz Luisi, de que na prática dos atos habituais, como os do datilógrafo, ou, ainda, dos esgrimistas, eles são “previstos e aceitos como fases necessárias da execução, isto é, da fase objetiva da ação, pode-se dizer que são queridos como momentos da realização da conduta, e havidos como meios idôneos para a concreção dos fins propostos e diretores do comportamento”. ⁽²⁰⁾

5. As pessoas jurídicas podem delinquir?

A problemática, faz já muito tempo, vem sendo examinada pela doutrina, sem perder, nunca, a sua atualidade. De uma maneira geral, o controvertido tema pode ser resolvido a partir de dois critérios: o de Savigny, com a chamada *teoria da ficção*, e o de Gierke, com a chamada *teoria da realidade* ou *organicista*. Vamos examinar, em resumo, suas propostas de solução.

a) teoria da ficção. Esta teoria origina-se do direito romano e desde a Idade Média predomina na doutrina. Encontrou em Bartolo, no direito medievo, a sua maior expressão, e até o século XVIII era considerada questão incontroversa: *societas delinquere non potest*.

As pessoas jurídicas têm existência fictícia, e, por conseguinte, dentro de uma visualização realista, a elas falta a capacidade de atuar, e, por qual razão, não pode ser considerada culpada e punida, conquanto a lei que as cria determine a validade de atuar dentro de limites preestabelecidos. Vale, pois, a máxima de Feuerbach, de que “só um indivíduo pode ser autor de um delito, nunca uma pessoa moral”.

Esta teoria, em 1840, ganhou contornos tidos como definitivos, com a

¹⁹ Hans Welzel, *Derecho Penal Aleman*, pp. 54-7.

²⁰ Luiz Luisi, *O tipo penal e a teoria finalista da ação*, dissertação apresentada à faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul para livre-docência da cadeira de direito penal, s/d., p. 102.

genialidade de Savigny, que lhe deu o reclamado acabamento científico. Tal teoria tem por firme o princípio jusnaturalístico de que em todo o direito subjetivo existe a causa da liberdade moral, ínsita em cada homem, e que, portanto, o conceito primitivo de pessoa como *portadora* (Träger) ou *sujeito de direito* (Rechtssubject) deve coincidir com o conceito de homem, porque *todo homem individualizado e só o homem assim considerado é capaz de direitos*. Às pessoas jurídicas, entendidas como *pessoas artificiais*, criação de uma simples ficção, não pode ser atribuída a responsabilidade penal. Destarte, estabeleceu Savigny que só o ser humano, individualmente considerado, é dotado pela natureza de capacidade para ser sujeito de direitos e de personalidade.

Em conseqüência, sendo criação do direito objetivo, elaborado pelo Estado ou uma concessão deste, às pessoas jurídicas faltam condições psíquicas de imputabilidade, e, por conseguinte, são os seus diretores ou representantes que por elas atuam que respondem penalmente.

b) teoria da realidade. A teoria da realidade, também chamada de teoria organicista e da personalidade real, oferece uma perspectiva inteiramente distinta. Para ela, a pessoa jurídica é um ser real, um verdadeiro organismo cuja vontade não é a soma das vontades de seus associados ou de seus diretores ou administradores. Contrariamente, ela possui vontade própria, e, em conseqüência, o ato praticado por seus integrantes é distinto destes, ato próprio que o é. Como assinala Aquiles 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”.⁽²¹⁾

Os defensores desta teoria, em resposta às objeções acerca das dificuldades de se punir penalmente a pessoa jurídica, dizem estar esse problema perfeitamente contornado, pois, além das penas alternativas preconizadas em substituição às sanções mais tradicionais, dispõe o direito penal, modernamente, da multa e da possibilidade de adoção de outras, como a dissolução e a suspensão de suas atividades por tempo determinado. Questiona-se Quintiliano Saldaña como pode ser “possível desconhecer-se que uma associação pode ser coagida a dissolver-se, castigada com a pena de dissolução, por motivos de

²¹ *Las personas morales y su responsabilidad penal*, tradução espanhola de César Camargo y Marin, Madrid, Editora Gongora, 1930, pp. 135-188.

defesa social, pronunciada por um tribunal criminal, segundo uma Lei de Associações ou um Código?”⁽²²⁾

Para nós, a aceitação da teoria da ficção é consequência da própria evidência, por serem as pessoas jurídicas incapazes de conduta, pois resulta inimaginável que uma pessoa jurídica possa dirigir voluntariamente sua conduta em direção a um fim que ela própria determine. Como adverte Bettiol, “o direito penal não se baseia em abstrações, pois está alicerçado na realidade ético-psicológica. E esta é exclusivamente do homem”.⁽²³⁾

Não queremos negar, aqui, como bem relata César 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 relaciona atualmente.⁽²⁴⁾ Daí a advertência de Nedelmann de que a atual ciência do direito penal, em suas tendências dominantes, apega-se “à pura teoria, dirigindo-se contra toda ciência que não esteja baseada nela e sim na experiência. Rechaça a Psicologia com a mesma decisão com que descuida da Criminologia que, quase sempre, se realiza em suas mãos”... É preciso “que a ciência do Direito Penal desprenda a sua irracionalidade parcial e se converta em uma ciência das circunstâncias sociais, ou - se não o consegue - perca sua influência na regulamentação da proteção de bens jurídicos em favor de ciências que mais se ajustam à realidade”.⁽²⁵⁾

Não obstante o ceticismo com que muitos autores vêem o direito penal moderno, uma verdade, pelo menos para nós, se mantém intangível: toda reconstrução do direito penal em que se ponha em relevo o seu conteúdo social, operando um reescalamento na ordenação dos bens que tutela, não exclui a realidade de sempre se reclamar, para a existência de um delito, uma capacidade de conduta. A vontade de ação ou vontade de conduta é um fenômeno psíquico que inexistente na pessoa jurídica. A esta só é atribuível uma conduta involuntária, ou o conhecimento do aspecto objetivo da ação.

Ferindo profundamente a questão, Norberto Spolansky assinalou que as “personas jurídicas no son entidades, como lo son, por ejemplo, los individuos particulares. En nuestra experiencia podemos percibir seres humanos, sus

²² In *Estudio Preliminar à versão castelhana da obra de Aquiles Mestre*, cit., p. 22.

²³ Giuseppe Bettiol, *Direito Penal*, tradução brasileira de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco, S. Paulo, Ed. RT, 1971, II/43.

²⁴ César Camargo Hernández, *Introducción al estudio del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1964, p. 66.

²⁵ Nedelmann, “Die Reform des Rechtsgüterschutzes unter dem Dogma des Strafprinzips” in *kritik der Strafrechtsreform*, Frankfurt am Main, 1968, pp. 21-22. V. Também, em sentido crítico, Enrique Gimbernat Ordeig, *Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?* Bogotá, Temis, 1983.

movimientos corporales, pero no registramos, aun cuando agudicemos nuestros sentidos, personas jurídicas. Como lo dije, la expresión 'persona jurídica' es una expresión que es usada como una construcción conceptual. Es ilusorio intentar detectar una entidad real denotada por la expresión 'persona jurídica' ". (26)

Repudiando esse entendimento, Jaime Malamud Goti, defensor da teoria organicista, afirma que numa partida de futebol, por exemplo, os espectadores elogiam ou criticam a ação de uma equipe, ou seja, de um conjunto de pessoas que executam uma atividade ordenada em seus esforços, onde se identificam os jogadores por sinais de ligação, como as camisetas. (27) Embora se repute o resultado a uma pessoa jurídica e exista entre todos os componentes da equipe uma inter-relação ou até uma interdependência quanto ao resultado pretendido, o que se vê nos estádios é cada jogador perfeitamente individualizado, dando a sua parcela de esforço para a consecução do fim comum, que pode-se confundir com o fim social. Conseqüentemente, Pelé nunca se confundiu com o Santos, assim como Maradona não é o Boca Juniors. A conclusão que se tira é apenas a seguinte: Pelé integrou a pessoa jurídica Santos Futebol Clube e Diego Maradona a pessoa jurídica denominada Boca Juniors, que se dedicam à prática do futebol. Nada além disso.

6. Dificuldades na elaboração de uma legislação penal específica

Estabelecida, em definitivo, a impossibilidade de se atribuir conduta à pessoa jurídica, como se poderá atender às exigências da Constituição e estabelecer a responsabilidade penal dessas sociedades?

Em um trabalho nosso largamente difundido em nosso país e que mereceu divulgação no exterior, enfocamos pela primeira vez a árdua tarefa que se atribuiria ao legislador, quando da elaboração de uma legislação penal ecológica. Observamos que não se poderia estruturar o delito ecológico - e a observação é válida também para os delitos socio-econômicos - em um código penal, pelo menos quando se pretender penalizar penalmente as pessoas jurídicas. Advertimos que, na elaboração de uma legislação ecológica se deveria recorrer a normas penais em branco, a tipos de ação múltipla e a uma riqueza

²⁶ Norberto Spolansky, "Culpabilidad, la responsabilidad solidaria de las sociedades anónimas y la de sus directivos en el regimen cambiario (El caso del Banco Santander)" (in *Revista La Ley* de 13.10.1978).

²⁷ Jaime Malamud Goti, *Persona Jurídica y Penalidad (el estado actual del derecho penal administrativo frente a la responsabilidad de la persona jurídica y sus directivos por las acciones de los agentes)*, Buenos Aires, Depalma, 1981, p. 42.

de elementos normativos ou culturais. Afirmamos, ainda, que se poderia vir a recorrer à responsabilidade sem culpa ou responsabilidade penal objetiva, com o que se romperia com os postulados fundamentais do chamado direito penal moderno. O carácter pluriofensivo que caracteriza os delitos contra o meio ambiente e que também se apresenta nos chamados delitos sócio-econômicos, ou, como preferiu o constituinte, crime “contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”, obrigaria ao rompimento com princípios e regras assentes no direito penal liberal. E mais, o legislador teria de se confrontar com dificuldades na própria fixação do conceito do bem jurídico, tarefa árdua e extremamente problemática. Embora se refira só ao direito penal econômico, uma lição de Pedrazzi parece-nos que também se aplica ao direito penal ecológico. Diz o mestre peninsular que “en su extrema complejidad, el fenómeno económico afecta a una serie de intereses de distinta naturaleza, entre los cuales existe una relación dialéctica que oscila entre la convergencia y el antagonismo: intereses individuales y de grupo, intereses ‘difusos’ e intereses referidos a la comunidad considerada de forma unitaria”.⁽²⁸⁾

É bem verdade que a elaboração de legislações penais de conteúdo ecológico, fora do código, podem dificultar e até prejudicar a elaboração de uma doutrina mais desenvolvida desses ramos do direito penal, mas pelo menos diante da nossa realidade legislativa não vemos como se possa construir uma avançada legislação específica no contexto de um código penal. Não bastasse isso, lembra ainda Pedrazzi, “a intervenção penal do âmbito econômico, na medida em que aparece mais determinada ideologicamente, tanto mais encontra da parte da coletividade um grau de aceitação limitado, que atua como estímulo para a infração. Isto explica também, pelo menos em parte, o fato da criminalidade econômica suscitar na sociedade uma reprovação inferior em relação àquela que produz as formas tradicionais de criminalidade”.⁽²⁹⁾

As observações supra servem também para a criminalidade contra o meio ambiente. Hans-Jürgen Kerner, em trabalho apresentado no II Colóquio Hispano-Alemão sobre a reforma penal, realizado em Madri, em 1984, na parte em que examina a criminalidade ecológica, afirmou que, “segundo a experiência cotidiana, foi possível saber-se que, na persecução de delitos contra o meio ambiente, as autoridades desempenharam uma atividade enérgica

²⁸ Cesare Pedrazzi, “El bien jurídico en los delitos económicos” in *La reforma penal (delitos socio-economicos)*, ed. de Marino Barbero Santos, publicação da Universidad de Madrid, 1985, pp. 282-3.

²⁹ Art. cit., p. 286.

com muita lentidão e só chegaram a ser condenados, em termos gerais, aqueles autores que, numa linguagem coloquial, freqüentemente são chamados de 'peças pequenas' ” (para nós, **peixe miúdo**). E, apoiado em trabalhos recentemente publicados em seu país, a Alemanha, o autor, após criticar as autoridades, inclusive as judiciárias, porque, no geral, ao fim das investigações só restaram colhidos pela rede meros funcionários subalternos, formula o seguinte remate: “Como conclusão, pode-se anotar que, pelo visto, a política só em parte e a justiça de modo algum, têm conseguido, efetivamente, acercar-se da verdade diante da grave criminalidade contra o meio ambiente”.⁽³⁰⁾

Como se pode observar, as dificuldades não se resumem na elaboração de uma legislação específica, dirigida à criminalidade de que ora cuidamos. Estas dificuldades poderiam ser enfrentadas dentro da solução preconizada por Jescheck, aceita por Zaffaroni, vazada nos seguintes termos: para que a sociedade fique eficazmente protegida contra esta espécie de criminalidade, basta 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 elas atuam, na forma de sua constituição jurídica. Tais sanções poderão ser aplicadas pelo próprio juiz penal, na sentença que proferir, bastando, para tanto, uma adaptação na lei de processo penal.⁽³¹⁾ Sequer se violaria uma regra instrumentadora do processo penal, a de que os fatos devem ser apurados e decididos *in unus et simultaneus processus*.

Tendo a Constituição optado por caminho mais áspero, onde se rompeu com a tradição do nosso direito penal, todo ele calcado no conceito de que a pessoa jurídica é incapaz de conduta ou de culpabilidade, essa decisão obriga-nos “a repensar todo o Direito Penal”,⁽³²⁾ já que o direito penal moderno reclama como pressupostos a capacidade de conduta, de culpabilidade e de pena do autor do fato criminoso. Válida, aqui, a aguda observação de Marino Barbero Santos, de que, “aplicados à pessoa jurídica, estes conceitos têm um conteúdo radicalmente distintos dos aplicados às pessoas físicas. Trata-se de um Direito Penal paralelo. No Direito Penal presente, praticamente, tão-só se utilizaria

³⁰ “Experiências criminológicas con las recientes reformas para la lucha contra la criminalidad económica en la República Federal de Alemania”, in *Reforma Penal*, cit., pp. 148-9.

³¹ Cf. in Zaffaroni, *Teoría del delito*, p. 93.

³² João Marcelo de Araújo Júnior e Marino Barbero Santos, *A reforma penal*, Rio, Forense, 1987, p. 92.

seu aspecto negativo, qual seja, o da estigmatização. Aspecto positivo - ainda que não buscado - é, sem dúvida, o das garantias inerentes ao processo penal”.

⁽³³⁾ Acrescentamos que todas as penas atribuíveis às pessoas jurídicas têm a sua origem no direito administrativo, inclusive a dissolução e a multa. **Ipo facto**, poderiam tais sanções serem aplicadas em processo regular instaurado contra os diretores e administradores, desde que tivessem atuado em favor das entidades que dirigem ou administram. Esse entendimento vem esposado no livro que, com grande alegria e mesmo orgulho, compartilhamos com Zaffaroni, o Manual de Direito Penal, parte geral.

Diante de tantas dificuldades, mesmo adotando posição contrária à reponsabilização penal da pessoa jurídica, mas compreendendo o desalento do legislador, reclamamos prudência de sua parte na elaboração da legislação específica. Esta observação continua válida para toda legislação em que vier a estabelecer sanções penais por fatos elevados à categoria de delitos contra a ordem econômica e financeira, contra a economia popular, e contra a criminalidade ambiental. Quanto à primeira, que jamais se entregue a economistas a tarefa de elaboração do anteprojeto, tal como aconteceu com a Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, portadora de tantas aberrações jurídicas. Exata a observação de Néelson Cândido Motta: “Essa escalada dos economistas às fontes do Direito escrito, do ponto de vista técnico jurídico, foi como uma incursão de macacos em casa de louças. As regras e os rigores que presidiam a elaboração dos textos legislativos foram substituídos pela improvisação e pela afoiteza com que os economistas se puseram a legislar. Para tentar implantar uma nova ordem nas relações econômicas, os economistas não vacilaram em abalar e comprometer algumas vezes os alicerces da lógica jurídica”.

⁽³⁴⁾

E, numa crítica irresponsável, afirmou: “Verifica-se que o governo vem lançando mão da ameaça penal indistintamente, num conjunto de leis altamente defeituosas, que levam os juristas à perplexidade. Tem-se a impressão de que as leis no Brasil são hoje feitas clandestinamente, e, no que tange ao Direito Penal, que são feitas por leigos”.

³³ Marino Barbero Santos, in *A Reforma Penal*, cit., p. 75.

³⁴ Cf. In Sérgio do Rego Macedo, “Direito Penal Financeiro”, *Revista de Informação Legislativa*, julho-setembro, 1970, p. 174.

³⁵ “O Novo Direito Penal Tributário e Econômico”, in *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n.º 12 (jan / março, 1966, pp. 63-64).

No que se liga ao direito ambiental, espera-se sempre que não se esqueça de consultar as sociedades e técnicos nesse novo ramo do direito, inclusive e principalmente, técnicos em direito penal ecológico, que, entre nós, são bem poucos. Esta advertência, válida para o legislador em todas as esferas da atividade humana, foi completamente desprezada na elaboração do código de trânsito, entregue que foi preferentemente a engenheiros, disso resultando numa legislação desprezível e exageradamente punitiva, em alguns aspectos de duvidosa constitucionalidade, que mais parece um retorno às demoníacas ordenações do reino.

7. Ligeiras observações sobre a nova legislação penal ambiental.

Evidente que não se tem aqui a pretensão de fazer um comentário à parte penal da nossa lei ambiental. O local não é aqui e nem agora. Alguns aspectos, porém queremos analisar.

O primeiro é de que a própria lei ambiental - lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, no seu artigo diz: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.”

A própria lei informa que a responsabilidade da pessoa jurídica decorre da conduta ativa ou omissiva da pessoa física, por ser aquela incapaz de ação. A responsabilidade dessas criações do direito decorre, objetivamente, da atuação de seus diretores, administradores ou de decisões de seu corpo colegiado, que tenham atuado em seu interesse. É o completo e perfeito reconhecimento, também no campo legislativo, de uma verdade imutável: **a pessoa jurídica não pode delinquir, incapaz que é de conduta.**

Também queremos observar a inexistência de normas de processo penal na nova legislação. Não determina ela quem deva receber a citação em nome da pessoa jurídica a qual se imputa conduta tida por delituosa. Em tese, deveria ser citado o seu representante legal. Mas este, pode estar envolvido nos fatos e ter interesses divergentes com os da pessoa jurídica, com os de outra ou outras pessoas do corpo diretivo que não tenham tido participação no fato delituoso. Tal situação pode conduzir a defesas conflitivas, absolutamente inaceitáveis no direito processual penal moderno. Dir-se-á, com alguma razão,

que se a responsabilidade da empresa ou entidade decorre objetivamente da conduta das pessoas elencadas, nenhum prejuízo advirá com a indicação de um único defensor para as pessoas jurídica e física, ou física. Mas isso nem sempre irá ocorrer. Numa sociedade anônima mal dirigida, em que a minoria dos acionistas que vêem negada a possibilidade de direção, os interesses sociais apenas estão de conformidade com os interesses da maioria, e isto pode não corresponder aos interesses sociais. Talvez uma pena aplicada à pessoa jurídica, que não a de dissolução, pode apresentar-se como melhor solução para os seus legítimos interesses, em desconformidade com os interesses do corpo diretivo. Mas não é só.

Carlos Ernani Constantino, professor da Faculdade de Direito de Franca, faz uma interessante observação. Diz ele: "...imaginemos a seguinte hipótese: "A", sócio da empresa "X", com poderes de administração, comete um crime doloso ou culposos, contra o meio ambiente, sem que os demais sócios, "B", "C" e "D", da mesma pessoa jurídica, saibam o que ele está fazendo. Pelo "caput" do citado art. 3.º, a sociedade em si está condenada, pela responsabilidade penal objetiva, passando a condenação, ou seja, o caráter aflitivo da pena e as suas conseqüências a **todos os sócios**: a "A", culpado, e a "B", "C" e "D", inocentes (que também participam do fundo comum, do qual sairá o pagamento da multa, ou que terão que envidar, igualmente, esforços para o cumprimento de eventual prestação de serviços à comunidade ou restrição de direitos)." E o professor francano aponta, ainda, uma dupla condenação para o sócio diretor que desempenhou a conduta delituosa, como pessoa física e conseqüências penais da condenação da pessoa jurídica, que, na sua maneira de ver, é inconstitucional, como decorrência da violação do princípio **non bis in idem**.⁽³⁶⁾

Por outro lado, em caso de interesses conflitantes, quem poderia contratar um defensor para atuar no interesse exclusivo da sociedade? A lei não nos responde. Faltam, no nosso entendimento, normas de processo penal. E se estas tivessem sido efetivamente estabelecidas, mais estaríamos convencidos do acerto do posicionamento de Jescheck, por nós adotado com Zaffaroni, no nosso livro já mencionado: melhor punir-se administrativamente a pessoa jurídica, reservando a sanção penal para o seu corpo diretivo.

São alguns aspectos somente, que certamente servirão para aquecer as turbinas num previsível debate ao final de nossa modesta exposição.

³⁶ O artigo 3.º da Lei 9.605/98 cria intolerável "bis in idem", revista APMP, órgão da Associação Paulista do Ministério Público n.º 19 (junho de 1998), p. 14.

De qualquer maneira, queremos tornar nossas as palavras de Marino Barbero Santos, com as quais encerramos este trabalho: “Há que ficar claro que não repelimos a idéia de que se possa usar do Direito Penal para sancionar atuações das pessoas jurídicas. Manifestamo-nos, tão somente, no sentido de que os princípios que servem de fundamento ao Direito Penal atual dificultam, que ele possa abarcar hoje, em países que não sigam o sistema do *Common Law*, os entes coletivos. Nada haverá a objetar se esses princípios mudarem”³⁷.

Mas tal mudança, com o afastamento dos princípios orientadores do saber penal, entendemos que levaria a outras sendas, bem diversas do direito penal que conhecemos. E teríamos um outro ramo da ciência jurídica, em muitos aspectos - os fundamentais -, bem distantes do nosso direito penal. Talvez um primo em segundo grau, para adotarmos um parâmetro.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello e Barbero Santos, Marino. *A reforma penal*, Rio, Forense, 1987.

BARBERO SANTOS, Marino e Araújo Júnior, João Marcello. *A reforma penal*, Rio, Forense, 1987.

CONSTANTINO, Carlos Ernani, “O art. 3.º, da Lei 9.605/98” *in* Revista APMP, n.º 19, junho de 1998.

CORDOBA Roda, Juan. *La doctrina de la acción finalista*, Valencia, Ed. Universidad de Valencia, 1978.

CURY Y URZÚA, Enrique. *Derecho Penal (Parte General I)*, Santiago, Editorial Engisch, Karl. *Der finale Handlungsbegriff*, Kohlrauch Festschrift, 1984.

FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal (Parte Geral)*, São Paulo, J. Bushatsky Editor, 1977.

“O novo direito penal tributário e econômico”, *in* Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, n. 12 (jan. / mar.), 1966.

GRAMAJO, Edgardo. *La acción en la teoría del delito*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1975.

KERNER, Hans-Jürgen. “Experiências criminológicas con las recientes reformas para la lucha contra la criminalidad económica en la República Federal en Alemania”, *in* Reforma Penal, ed. Espanhola.

³⁷ Marino Barbero Santos, *A reforma penal (ilícitos penais e econômicos)*, cit., p. 75.

LUIZI, Luiz. *O tipo penal e a teoria finalista da ação (tese)*.

MACEDO, Sérgio do Rego. "Direito Penal Financeiro", *in Revista de Informação Legislativa (jul./set.)*, 1970.

MALAMUD GOTI, Jaime. *Persona jurídica y punibilidad (el estado actual del derecho penal administrativo frente a la responsabilidad de la persona jurídica y sus directivos por las acciones de los agentes)*, Buenos Aires, Depalma, 1981.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal, tomo III*, São Paulo, Saraiva, 1965.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal, tomo I*, tradução espanhola de Juan Cordoba Roda, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962.

MESTRE, Achiles. *Las personas morales y su responsabilidad penal*, tradução espanhola de César Camargo y Marín, Madrid, Ed. Gongora, 1930.

NUÑEZ, Ricardo C. *Manual de Derecho Penal (Parte General)*, Cordoba - Buenos Aires, Ed. Lerner, 1975.

PEDRAZZI, Cesare. "El bien jurídico en los delitos económicos" *in La reforma penal (delitos sócio económicos)*, Universidad de Madrid, Ed. Marino Barbero Santos, 1985.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Compendio de Derecho Penal, tomo I*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1958.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Dos estados de necessidade*, São Paulo, J. Bushatsky Editor, 1971.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. *La Tipicidad*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1967.

SALDAÑA, Quintiliano. *in Estudio preliminar à versão castelhana da obra de Achiles Mestre*.

SPOLANSKY, Norberto. "Culpabilidad, la responsabilidad solidaria de las sociedades anónimas y la de sus directivos en el regimen cambiario (el caso del Banco Santander)", *in Revista La Ley*, de 13/10/1980.

TAVARES, Juarez. *Teorias do delito*, São Paulo, Ed. RT, 1980.

TORREPADULA, Giuseppe Rocco. *Il problema della responsabilità*, Napoli, Libreria Dekten & Rocholl, 1906.

VOUGLANS, Moyart de. *Institutes du Droit Criminel, Paris*, 1757.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*, tradução chilena de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976.

"La teoria de la acción finalista y el delito culposo", *in Ponencias*, Buenos

Aires, Universidad de Belgrano.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal (Parte Geral)*, tradução brasileira de Juarez Tavares, Porto Alegre, Ed. Sérgio Fabris, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Teoria del Delito*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1973.

Tratado de Derecho Penal (Parte General), tomo III, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1981.