

Personalidade da responsabilidade criminal, individual e collectiva

Sujeito e paciente do crime

(APONTAMENTOS DE AULA *)

Summario. — 1. O objecto inanimado e o animal como sujeito e paciente do crime ; resumo historico. — 2. O defuncto. — 3. O selvagem. — 4. Existem o crime corporativo e a pena corporativa? Plano de indagação. — 5. A Blutrache. — 6. Direito Romano. — 7. Direito Germanico ; os glozadores. — 8. Direito canonico. — 9. Post-glozadores ; Bartholo. — 10. Feuerbach e Savigny. — 11. O crime corporativo excluido da generalidade das theorias da pessoa juridica. — 12. A construcção de Gierke, Mestre e Hafter. — 13. Critica. — 14. Continuação. — 15. Legislação estrangeira. — 16. Direito brasileiro. — 17. A pessoa juridica paciente do crime.

(*) O resumo, de intuito didactico, tem por principaes fontes bibliographicas : — Hafter, Die Delikts — und Straffähigkeit der Personenverbände ; V. Manzini, Trattato di Diritto Penale Italiano, I, 370 ; von Bar, Gesetze und Schuld, II, 133 ; von Lilienthal, Die Straffbarkeit Juristischer Personen ; Garraud, Droit Penal Français, I, n. 414 ; Savigny, Traité de Droit Romain, II, § 94 ; Feuerbach, Peinliche Recht, § 28 ; Giorgi, La Dottrina delle Persone Giuridiche, I ; Mestre, Les Persones Morales et le Problème de leur Responsabilité Pénale ; von Liszt, Tratado de Direito Penal, trad. José Hygino ; idem, Aufsätze und Vorträge, II, 216, Bishops, New Criminal Law, I, §§ 417-424, 8. ed. ; Gierke, Das deutsch Genossenschaftsrecht ; Mommsen, Romisches Strafrecht, pags. 73-75 ; além dos especialmente citados no texto.

1. — No phenomeno juridico do crime, temos que averiguar o auctor e a victima da infracção da lei penal, o sujeito e o paciente do delicto.

«Persona dupliciter spectatur: ejus qui fecit et ejus qui passus est».

O homem, e só o homem, tem capacidade activa para delinquir, é capaz de imputabilidade, de querer e de obrar, produzindo factos juridicos e tendo com o Estado relações reguladas pelo direito.

Não cabe aqui o exame (já esboçado opportunamente) da embryologia do crime nas plantas e nos animaes, da curiosa analyse, tentada por Lombroso, dos factos de analogia criminal, observados em plantas insectivoras e em diversas especies animaes, para demonstrar que o phenomeno do crime, como qualquer outro de character social, tem explicação transformista, devendo, por isso, ser tambem estudado naturalisticamente.

Nenhuma legislação moderna considera o objecto inanimado ou animal como sujeito activo do delicto, como criminalmente responsavel, como *doli capax*.

Nem sempre assim foi. Em Athenas, o Epypritane (tribunal que se reunia no monte Prytaneu) condemnava ao banimento objectos inanimados, occasionadores da morte de um homem. Na Biblia commina-se a lapidação do boi escorneador (Exodo, cap. XXI, vers. 28-32), assim como a morte do animal que servira para pratica de bestialidade (Levitico, cap. XX, vers. 15), pena esta ainda em vigor no seculo XVII, segundo o testemunho do desembargador Themudo, que vira queimar a alimaria connivente nessa especie de sodomia (Codigo Philippino, pag. 1.163, nota 3). Foram frequentes, na idade média, os processos criminaes contra animaes damninhos, assistidos no pretorio por um curador.

O bispo de Autun excommungou solememente os ratos que haviam roido os paramentos sagrados. Em Perceil travou-se debate acirrado sobre a competencia, temporal ou ecclesiastica, para o processo das lagartas, que haviam depredado as vinhas da parochia.

No Direito Romano, a Lei das XII Taboas denominava *pauperies* o damno causado pelo animal, sendo creada a *actio de*

pauperie para a reparação. Mas Ulpiano (Digesto, lib, IX tit. 1º frag. 1º, § 2º) nega explicitamente a responsabilidade criminal do bruto: *pauperies est damnum sine injuria facientis datum; nec enim potest animal injuriam fecisse, quod sensu caret*».

Estas incriminações de animaes e de cousas inanimadas explicam-se conforme a época em que vigoraram.

A evolução criminal no assumpto se desdobra nestes períodos:—1º, *antropomorphista*, quando o homem empresta suas proprias virtualidades (no caso, a imputabilidade) ás cousas inanimadas e aos brutos; 2º, *symbolista*, em que o fim da punição é a exemplaridade, ou então a suppressão do vestigio da bestialidade, *non propter conscientiam peccati, sed quia animalia refricant memoriam facti*; 3º, *abandono noxal*, quando os objectos e os animaes são entregues á victima a titulo de reparação pelo damno por elles causado; 4º, *actual*, em que o damno produzido por cousas inanimadas e por animaes é objecto de acção civil de perdas e danos contra o proprietario ou guarda, que responde por dolo ou culpa; mesmo na hypothese de offensa dolosa ou culposamente criminal, o animal é mero instrumento material do delicto.

Si não é sujeito activo do delicto, tambem não é o animal sujeito passivo do crime, pois que só o póde ser o titular do direito violado ou posto em perigo. Quando se offende animal alheio, não se é punido por offensas physicas, mas por damno á propriedade animal de terceiro. E as proprias legislações, que conceituam penalmente os maus tratos aos animaes, não o fazem como violação do direito de incolumidade physica dos animaes, e sim como attentado ao socego publico, ao commum senso moral, aos bons costumes, emfim, a direitos sociaes.

2.—Só o homem vivo é capaz de imputação e de punição. Este principio, consagrado hoje em todas as legislações penaes (Cod. Penal, art. 71 § 1º, e art. 72), não tinha a mesma evidencia, quando a expiação e a exemplaridade eram fins capitaes da pena.

No antigo Direito Romano, estava de tal fórmula radicada idéa de que só com a expiação da pena se extingue o delicto que nem mesmo a morte do inculpado detinha a perseguição

contra elle. Si, em regra, não se abria processo novo contra o defuncto (exceptuados os casos de *perdaellio* ou alta traição, do *crimen repertundarum* ou concussão, do *peculatus*), a pena decretada em vida do reu, executava-se mesmo quando elle vinha a morrer antes da inflicção, *pæna post mortem manet*.

A exemplaridade e a intimidação constituem o fundamento da pena canonica (...*ut cæteris metus incutiatur* ;... *quod pæna ipsorum sit aliis in exemplum* ;...*ut unius pæna multorum possit esse correctio*).

A morte do culpado não é, em geral, motivo de extincção da pena ; e no caso de suicidio, a denegação de sepultura naturalmente só podia ser infligida depois do traspasse. Contra o hereje abre-se o processo mesmo depois de morto, condemnando-se-lhe a memoria.

Pothier (*Traité de la Procédure Criminelle*, ns. 187—(189) expõe o processo penal contra os cadaveres ou memoria dos defunctos. Auctorizavam a querela contra o morto os crimes—de lesa-magestade divina ou de herezia relapsa, de lesa-magestade humana, de duello, de rebelião declarada, morrendo o rebelde de armas na mão, de suicidio. Salgava-se ou embalsamava-se o cadaver para que presente e assistido de um curador, respondesse á accusação; não havendo cadaver nomeava-se curador á sua memoria.

O cadaver condemnado era arrastado pelas ruas e viellas com o rosto para a terra, preso depois á forca, e por fim atirado ao munturo. Contra a memoria decretava-se a sua supressão.

Nosso direito colonial prsvia processo contra o morto, quando reu de lesa-magestade ou traição be primeira cabeça: «E si o culpado nos dltos casos fallecer, antes de ser preso, accusado, ou infamado pela eita maldade, ainda depois de sua morte se póde inquirir contra elle, para que, achando-se verdadeiramente culpado, seja sua memoria damnada, e seus bens confiscados para a Corôa do Reino» (Ords. do Liv. V, Tit. VI, § 11).

—Tão pouco é o morto paciente de delicto. «A denominada *injuria aos mortos* é sempre injuria aos sobreviventes, — não aos membros individuaes da familia, a quem por ventu-

ra caiba o direito de queixa, mas á familia como pessoa collectiva» (v. Liszt). A violação de sepulchro ou será attentado contra a saude publica, ou contra o sentimento collectivo de piedade ou religião, ou crime de damno a mausoleus; nunca é lesão de direito do exhumado, que não tem mais direito algum.

.3— Está o *selvagem* sujeito á repressão penal? Emquanto se mantiver a distincção tradicional entre pena propriamente dita e simples medida de segurança, não poderá ser *punitiva* a reacção do Estado contra o selvicola que, na sociedade primitiva e agreste em que vive ou em incursões no meio civilizado, praticar factos previstos pela lei penal. Com elle se occuparão a policia e a administração, mas não a justiça criminal.

Falta-lhe a similhaça social (Tarde); a pena não opera sobre elle como coacção psychologica e nem desperta nos co-associados o sentimento da sancção (Alimena).

E' certo que « a lei penal é applicavel a *todos* os individuos, sem distincção de nacionalidade, que, em territorio brasileiro, praticarem factos criminosos e puniveis », Cod. Penal, art. 4º, accrescendo não se encontrar entre as excriminantes do art. 27 o estado de bruteza ou de selvageria. Entretanto é o proprio direito nosso que equipara os indios aos menores; é mesmo o Cod. Penal que no art. 24 exclue a punição da acção ou omissão contraria á lei penal, que não fôr commettida com intenção criminosa ou não resultar de negligencia, imprudencia ou impericia.

Ora, intenção não existe sem potencial conhecimento da lei (Carrara), conhecimento que o selvicola não possui nem real nem virtualmente, ainda menos se lhe podendo attribuir culpa, o *non scire quod scire possumus et debemus*. Os annaes judiarios brasileiros não registram o espectáculo grotesco do processo e julgamento formalisado de habitantes das nossas selvas.

Nem sempre assim se entendeu. A ignorancia de direito natural e divino não excusava nem mesmo ao selvagem: « ... *etiam si sit paganus vel homo silvester semper in mon*

tanis nutritus, ita quod nunquam ad eum prædicatio pervenerit, nam in omnem terram exivit sonus Apostolorum» (Durantis, *Speculum Juris*).

4. — Será sómente capaz de crime e de pena o homem individual, ou tambem o será uma collectividade humana?

E' verdadeiro o principio *societas delinquere non potest*, ou existem juridicamente o crime corporativo e pena corporativa?

Como todas que se relacionam com as chamadas pessoas moraes, é esta questão uma das mais atormentadoras, tendo variado a solução atravez da evolução historica, e reabrindo-se ultimamente o debate, em consequencia das novas construcções da pessoa juridica.

No estudo da these examinaremos o desenvolvimento historico da capacidade criminal e penal da pessoa collectiva; resumiremos, depois, as opiniões divergentes de modernos criminalistas; e findaremos com a verificação do nosso direito positivo a respeito.

5—Quando fizemos o estudo do desenvolvimento historico do Direito Criminal vimos que a phase iniciae se caracterizou pela proscricção e pela vingança de sangue (*Blutrache*). Esta ultima era a reacção collectiva da parentela, da gens ou da tribu do offendido contra a communhão social de que fazia parte o offensor; era o arremesso sanguinario de uma tribu contra outra, até que uma dellas succumbia na lucta. Primitiva e originariamente, portanto, attribuia-se ás collectividades a capacidade de delinquir e puniam-nas pelo exterminio.

Trata-se, porém, de reacção instinctiva, brutal, desordenada, na qual difficilmente se vislumbra o embryão do actual Direito Penal.

6.—E' acceita geralmente a opinião de que o Direito Romano não conheceu o crime corporativo (*Savigny, Windscheid Dernburg, Gierhe, Mommsen, Ferrini*).

O agudo senso juridico romano não podia admittir a imputabilidade corporativa, porque, sendo a pessoa juridica, no seu conceito, um ente de ficção, não podia querer e agir mas

por ella resolvia e obrava o homem individual, a pessoa singular.

E não é simples illação.

Os escriptores referidos apoiam-se no texto dogmatico de Ulpiano, L. 15, § 1º, *Dig. de dolo*:—*Sed an in municipes de dolo datur actio, dubitatur? Et puto ex suo quidem dolo non posse dari: quid enim municipes dolo facere possunt? De dolo autem decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio.* De modo mais geral, affirma Gaio que *singulorum est maleficium* (Liv. 34, *Dig., de injuriis*).

As medidas tomadas já nos tempos da decadencia, contra communhões, não têm character penal, mas são oriundas do direito de guerra e revestem feição politica (Mommsen).

7.—Ao passo que é accentuadamente individualista o Direito Romano, nelle coincidindo as idéas de pessoa ou sujeito de direito com a de homem, é social e collectivista a feição fundamental do Direito Germanico. A «*universitas*» tem entidade propria e autonoma, existindo separadamente das pessoas que a compõem.

Os imperadores teuto-romanos da idade média inflingem punições contra cidades; o direito estatutario italiano tambem reconhece a capacidade criminal e penal da corporação.

Os Glozadores tentam, então, basear nos preceitos romanos a regulamentação do facto geralmente acceto. Mas, como os textos eram expressos em contrario, não conseguiram constituir doutrina a respeito, limitando-se a interpretações discricionarias como a da gloza á lei I, § 22, *Dig., de acquirenda vel amittenda possessione*, na qual dizendo Paulo *municipes per se nihil possidere possunt*, intercalaram o inciso conciliador — *subandi, facile vel commode*. Tambem, a proposito do fragmento já referido de Ulpiano, escreve a Gloza: *Quia nec consentire facile possunt. Sed tamen possunt cum difficultate, ut pulsata campana; quia videbuntur omnes facere, quod consilium facit vel major pars*».

8.—Os canonistas foram, a principio, fieis ao conceito romano da inimputabilidade da pessoa collectiva.

Vigoraram preceitos como estes: — *Universitas que caput non habet, damnari non potest. Universitas non habet animam; unde nec deliquitur nec punitur*.

Sinibaldo dei Fieschi, ulteriormente papa sob o nome de Innocencio IV, ao qual se attribuem as bases para a theoria da ficção, mais tarde definitivamente exposta por Savigny, conceituava a *universitas* como um *nomen juris*, uma ficção, sem existencia real, entidade puramente ideal, abstracta, incorporea incapaz, por si, de querer e de obrar e pois, de deliberar e de agir injustamente ou de delinquir. No *Apparatus Decretalium* encontra-se a prohibição, emanada desse pontifice, de se lançar excommunhão contra corpos collectivos: — *Universitas autem non potest excommunicari, quia impossibile est quod universitas delinquat, quia universitas, sicut est capitulum, populus, gens, et hujus modi, nomina sunt juris et non personarum ideo non cadit in ea excommunicatio.*

Posteriormente, porém, foi sendo admittida a maxima inversa, *universitas potest damnum committere*, e Bonifacio VIII decretava o interdito contra corporações. O direito canonico era, neste passo, influenciado pelo germanico e pela theoria bartholina. Assim como os imperadores teuto-romanos fulminavam penas contra a *universitas* de character secular, as auctoridades ecclesiasticas inflingiam-n'as contra conventos, capitulos, claustros, congregações, etc. Si a principal objecção contra a pena corporativa era que ella feria de roldão culpados e innocentes, não prevalecia no direito canonico, que proclamava a recompensa ultra-terrena para os que, neste mundo, fossem injustamente punidos.

9.—Os Postglozadores, especialmente Bartholo, imprimam, com sua theoria da ficção dynamisada, grande auctoridade ao conceito da imputabilidade e da punibilidade da «*Verband*». O grande jurisconsulto medievo assentou a construcção nesta fragil base: — *Secundum fictionem juris universitas aliud quam homines universitatis; universitas proprie non potest delinquere, quia proprie non est persona, tamen hoc est fictum positum pro vero, sicut ponimus nos juristæ*».

A pessoa juridica é um ente ficticio, e por nova ficção, admitte-se que ella delinqua e seja punida. Sua responsabilidade ia até a ratificação: *Universitas punitur tamquam fieri faciens vel tamquam ratum habens suo nomine* (Bartholo, frg. 16, § 10, Dig., 48, 19, n. 12).

Doutrina tão arbitraria, contradictoria nos proprios termos, quasi fez emudecer toda contestação sobre o afadigado problema. E' certo que alguns juristas de maior tomo, como Carpzov, só a acceitaram em casos restrictos e excepçoes (*Quamvis universitas regulariter non puniatur, ne innocentes damnentur, attamen in crimine lesæ magestatis panitur criminaliter et desolatur ad aratrum usque*).

Mas a generalidade da doutrina recebia o ensinamento bartholino, e, da legislação inspirada em tal fonte, basta lembrar a Ordenança de Luiz XIV, de 1670, cujo Tit. XXI regulava o processo penal, « qui serait fait aux communautés des villes, bourgs et villages, corps et compagnies, qui auron commis quelque rebellion ou autre crime ».

10. — No meado do seculo XVIII, começa-se a voltar á doutrina da incapacidade criminal e penal da pessoa collectiva, sendo primeiro testemunho da reacção o § 42 do Codice Bavaro de 1751, recusando punir a comunidade como tal e só attingindo os membros della convencidos de dolo ou de culpa.

Feuerbach e Savigny representam para a nova phase a acção decisiva de Bartholo para a precedente:—depois da licção dos dois jurisconsultos allemães, tornou-se axiomática a inimputabilidade criminal da pessoa juridica; os criminalistas posteriores quasi se não occupam com o problema, que parecia definitivamente resolvido.

E' este o argumento de Feurbach, ainda hoje repetido pelos adversarios da personalidade criminal da Verband:—« Só o *individuo* póde ser sujeito de crime; jámais a pessoa moral (sociedade, universitas ou collegio). Sómente os individuos em uma collectividade qualquer são os criminosos, ainda que todos tenham querido e executado o crime. E, de facto, si a sociedade existe como tal e como pessoa moral unicamente para o preenchimento do fim determinado da sua criação, os membros individuaes não obram como collectividade, desde que agem, não para o fim social, mas para escopo diferente ».

Agora, o mais resumidamente possivel, o ensinamento de Savigny.

— Não existe direito sem sujeito ; o sujeito do direito só póde ser a pessoa dotada da capacidade de querer e de agir ; só o homem individual tem essa dupla capacidade, e, portanto, só existe a personalidade juridica singular.

Como, porém, certos fins sociaes humanos transcendem ás forças individuaes, certos commettimentos só são realizaveis pela convergencia das energias individuaes e alguns exigem, para sua execução, tempo excedente ao da vida do homem individual, — o direito, que deve proteger esses emprehendimentos, vale-se da ficção e empresta personalidade juridica a seres collectivos, que realmente a não têm. D'aqui a definição classica da pessoa juridica, — sujeito ficticio de direito de bens.

De accordo com esta theoria, dita da personificação, e que, no insuspeito testemunho de seus adversarios, é ainda a dominante na doutrina e na legislação, Savigny demonstra irreprehensivelmente a incapacidade criminal da pessoa collectiva.

O direito criminal, diz elle, visa o homem natural, isto é, o ser livre, intelligente e sensível ; a pessoa juridica é desprovida deste character, não passa de um ser abstracto, habil para possuir, mas que o direito penal não conseguirá atingir.

A apprehensibilidade de sua existencia provém das determinações e dos actos de um certo numero de representantes, determinações e actos que, em virtude de uma ficção, são attribuidos ao proprio ente collectivo ; mas uma tal representação, que, nos termos expostos, exclúe a vontade corporativa, póde ter seus effeitos quanto ao direito civil, jamais quanto ao criminal. Os delictos, que antigamente se imputavam ás pessoas juridicas, são sempre commettidos por seus membros ou directores, isto é, por pessoas naturaes, pouco importando que o interesse da corporação tenha servido de motivo ou de fim ao delicto. Si o director de uma sociedade anonyma furtiva para enriquecer a sociedade que elle dirige, nem por isso deixa de ser pessoalmente ladrão. Punir a pessoa juridica por tal delicto seria violar principio basico do direito crimi-

nal, qual o que exige a identidade do criminoso e do punido.

O equívoco dos que attribuem capacidade criminal á pessoa jurídica provém de duas causas. A primeira está em acreditar que ella tem capacidade absoluta de querer e de agir, quando realmente a não tem. Sua capacidade é uma criação legal, que por isso, não transcende os fins da sua instituição (é o argumento de Feuerbach); limita-se ao direito de bens, restringe-se a contractar, a obrigar-se civilmente.

E tanto é relativa a capacidade desses entes fictícios que lhes são extranhas, por exemplo, as relações de familia.

E nem redundaria em absurdo admittir a capacidade civil por meio de representantes e, ao mesmo tempo, excluir a capacidade criminal: o louco, o impubere têm capacidade civil por intermedio de seu curador ou tutor, mas não se attribue ao demente ou ao infante o crime em seu beneficio perpetrado pelo curador ou pelo tutor.

A segunda causa do erro está em confundir a pessoa jurídica com os membros que a compõem quando a verdade é que *universitas distat asingulis*.

Emfim a prova flagrante do desacerto está em que só se pretende attribuir a capacidade criminal ás corporações, não havendo quem a estenda ás fundações.

II. — Não nos propomos penetrar na *selva oscura* das theorias aventadas sobre a pessoa jurídica.

Ainda se não encontrou, diz Giorgi, o fio de Ariadne, para incursões sem perigo nesse labyrintho metaphysico.

Basta pôr de parte as construcções que evidentemente repellem o crime corporativo e a pena corporativa, para depois examinar a theoria de Gierke, em que se apoiam recentes adeptos da capacidade criminal e penal da pessoa jurídica.

Quanto ao grupo das theorias da ficção (*Personifications theorie e Personenrolle*) nada ha para acrescentar ao que acabamos de resumir de Savigny. A contradictoria theoria Bartholina não tem mais seguidores, a não ser no direito anglo-americano; todos os actuaes partidarios do crime corporativo repellem a ficção e apoiam-se em pretensas construcções realistas.

Tambem de si mesmo se excluem, para o nosso exame, as seguintes, enumeradas sem intuito classificador:

a) Theoria individualista (Bolze, Ihering, Vareilles—Sommières, visconde de Seabra, apud Amaro Cavalcante, *Responsabilidade Civil do Estado*, n. 9, 10 e 10 a, e Clovis Bevilacqua, *Theoria Geral do Direito Civil*, § 18, IV, pags. 144 e seguintes), segundo a qual não existem, e nem precisam existir, as chamadas pessoas moraes ou juridicas, sendo sujeitos dos direitos que se lhes attribuem os individuos que compõem as corporações e os beneficiados nas fundações.

b) Theoria do patrimonio destinado a um fim, *Zweckenvermögen*, patrimonio sem dono ou que pertence a si mesmo, emfim direito sem sujeito, *Theorie des subjektivlosen Rechtes* (Brinz), ou manifestação da propriedade collectiva, simples cousas e não pessoas, nem mesmo ficticias (Planiol).

c) Theoria organicista (Lilienfeld, Novikow, Sighele), para a qual a sociedade, geral ou particular, constituiria verdadeiro organismo, analogo, sinão identico, ao organismo individual.

Está em completo desprestigio essa conceituação, provin-do de exaggero analogico, que tanto fez falar de physiologia social, de embryologia social, psychologia social, de pathologia social, e que, no parecer de Hafter (o mais moderno e profundo partidario do crime corporativo) «não vale mais do que a astrologia ou a alchimia da idade média, e é uma simples transplantação de idèas exoticas (das sciencias naturaes), para terreno dos phenomenos sociaes».

d) Theoria ou escola dos publicistas (Giorgi), que na pessoa collectiva reconhece uma unidade juridica substancial, —uma realidade, não como synonymo de cousa que cae sob os sentidos, mas simplesmente como o opposto a um mero parto imaginativo,—um *organismo*, não tangivel e physico como o do animal e da planta, mas o organismo ethico.

O proprio Giorgi affirma que «nem a sciencia do direito penal moderno, nem os codigos criminaes, nem os codigos processuaes permitem imputação, processo e condemnação de pessoas juridicas, sendo meras medidas administrativas e policiaes, e não pena ou punição, as de dissolução e suppressão

desses entes moraes, quando nocivos ou perigosos á ordem publica».

12. Gierke na Allemanha, Mestre em França, Longhi na Italia e Hafter na Suissa tentaram a theoria da personalidade criminal da Verband com as divergencias a que alludiremos.

A pessoa collectiva, dizem, não é um puro ente de razão conforme a tradição romana; é uma realidade, como a conceitua a tradição germanica. Não porque seja recebivel o exaggero analogico da sociobiologia, que a considera verdadeiro *organismo*; mas porque é um ente de facto, de existencia autonoma, resultante de uma *organização*.

Ella fórma uma unidade real, por isso que de um certo numero de homens se destaca uma parte de sua vontade individual, e essas partes de vontades individuaes se unificam para um campo de actividade differente do da esphera individual. As pessoas singulares, os individuos é que constituem a base necessaria da pessoa collectiva (a propria expressão, *Personenverband*, o está dizendo); mas o que fórma a natureza autonoma, a entidade á parte (*Sondernatur*) dessa criação é a unidade vital (*Lebenseinheit*), distincta da de cada um de seus membros e tão real e tão natural como a de qualquer homem.

«Acima do espirito individual, da vontade individual, da consciencia individual, reconhecemos, em milhares de manifestações vitaes, a existencia real do espirito colectivo, da vontade collectiva, da consciencia collectiva».

—A formula algebrica de Kant mostra que a somma das individualidades fórma uma individualidade nova; nas equações $A+B=C$ e $A+B=(A+B)$, o C synthetico, ainda que igual a $A+B$ analytico, constitue, além disso, a representação do momento da unidade na pluralidade.

Da mesma fórma que a vontade individual não opera, só por si, uma mudança no mundo externo, mas precisa de instrumentos de exteriorização, a bocca, a mão, etc., assim tambem a vontade da aggremação tem os seus orgãos de manifestação e de execução e revela-se de maneira semelhante (não identica) a um organismo: «A organização consiste na

creação de órgãos, em cuja actividade se manifesta a unidade vital da pessoa collectiva». Daqui, como consequencia immediata, a exclusão das reuniões accidentaes e transeuntes, e portanto dos crimes multitudinarios, *Massenverbrechen*, resultantes de massas inorganizadas.

A *vontade* da pessoa collectiva provém ou da unanimidade das resoluções dos membros corporativos, ou da sua maioria, ou do órgão corporativo, constituido na fórmula dos estatutos e na fórmula delles se pronunciando.

A *acção* da pessoa collectiva se perfaz ou pelo acto global dos associados, ou pelo do órgão estatutario, ou ainda pelo de pessoa estranha á corporação e que desta receba o encargo de por ella agir.

Dotada de capacidade real e natural de resolver e de obrar, pôde naturalmente querer agir contra direito; e quando contra esse injusto estiver anteriormente comminada a pena, terá a pessoa collectiva praticado crime e incidirá na correlativa sanção penal.

Accordes nos lineamentos geraes da capacidade criminal da corporação,—divergem os escriptores mencionados em importantes applicações.

No elencho dos crimes corporativos, seguem alguns o criterio finalistico para distinguir, como fazia Bartholo, os *delicta propria* dos *impropria*, conforme o acto incriminado está ou não incluído nos fins da existencia social; outros só excluem do catalogo dos delictos corporativos os actos incriminaveis que só o homem, em sua esphera individual, pôde querer e executar.

Alguns tentam applicar os principios de codelinquencia para responsabilizar e punir conjunctamente a corporação e o seu órgão; outros sustentam que, sendo corporativo o crime, a pena só deve attingir a corporação, e só deve punil-a como tal, divergindo, porém, nos meios de paralyzar as consequencias da pena corporativa, isto é, nas medidas para neutralizar o ricochete penal nos associados.

Tão pouco existe harmonia no rol das penas corporativas: —multa, admoestação, sequestração de bens, vigilancia poli-

cial, suspensão ou privação de privilegios, interdicção de industrias, dissolução por sentença.

13—Do que vem exposto se vê claro que a construcção é plasmada sobre a chamada theoria da vontade (*Willentheorie* de Zitelmann, Meuer, Kuntze e outros, para a qual a vontade, destacada das outras faculdades, é o verdadeiro sujeito dos direitos, quer dos attribuidos ás pessoas physicas quer dos conferidos ás pessoas moraes. C. Bevilacqua e A. Cavalcanti fazem a justa critica dessa aberração metaphysica.

E Giorgi dil-a «uma dessas extravagancias, que são o fructo de theorias fabricadas no silencio morto das bibliothecas ou nas discussões academicas, sem ter em conta o theatro real e animado da vida civil», a psychologia experimental repelle essa especie de espiritismo juridico, essa criação de um corpo astral, destacado do homem reduzido por tal theoria a um *quid superfluum*. (*)

Em qualquer que seja o systema que se adorne com o epitheto de «realista», a pessoa juridica, apartada dos individuos que a compõem e que a administram, é sempre alguma cousa de invisivel, imponderavel, incapaz de, como tal, perpetrar crime e padecer pena.

O ponto central da theoria exposta está em affirmar ella que a corporação tem capacidade volitiva e executiva, autonoma e independente da somma das vontades e dos actos individuaes dos membros componentes.

Mas, como observa Zürcher, é da vontade como funcção physica que o Direito Penal tira suas deducções. Pouco importa que se parta do libriarbitrismo ou do determinismo ; a vontade é sempre o resultado de factos que se passam na alma ou no cerebro, e que se manifestam por impulsos e contra-impulsos, representações e contra-representações. Nesse presuppuesto é que o Direito Penal se apossa do individuo ; e que por meio de communicações, procura despertar idéas refreiado-

(*) Die sog. physischen Personen sind für das Recht nur juristische Personem mit einem physischen Superfluum (Meurer, apud Giorgi).

ras que se contraponham a representações criminaes. E, si não é obtido tal resultado premunitório, então o retributivismo fundamenta a inflicção penal na attitude volitiva de quem, por ter sido admoestado pela promessa penal, ha de purgar com mal igual o mal que livremente occasionou, *tantum malum passivis quantum malum actionis*; e o positivismo penal inflige a repressão porque o infractor se revelou perigoso, e sua adaptação artificial ou sua segregação do meio juridico em que vive é mandamento da defesa social.

A *unkörperliche Willen*, fluido resultante das particulas destacadas das vontades individuaes dos membros corporativos, não póde ser objecto do Direito Penal, o qual não a contem pelas comminações e não a educa pela inflicção.

Além disto, o que demonstra o mais superficial exame é que as denominadas vontade e acção corporativas só se manifestam e só se perfazem por meio da vontade e da acção individuaes. Quer se trate de deliberação tomada por unanimidade de votos, quer por maioria, quer pelo orgão corporativo (director, gerente, administrador, etc.), — são sempre phenomenos volitivos que se passam nos individuos e que substancialmente se não distinguem das volições que os levam a agir na vida particular.

E' possível que o meio inflúa na resolução, que se façam sentir correntes suggestivas; mas nem por isso se eclipsam as funcções psychicas individuaes, de fórma a tornar os cerebros dos socios ou dos directores méros orgãos do pensar da communhão.

O mesmo relativamente á acção: quer o chamado acto corporativo seja praticado por todos os associados, quer pela maioria, quer pelo extranho incumbido da execução, — sempre se trata de acção individual, que varia conforme o caracter pessoal do executor.

14.—O postulado fundamental da identidade do culpado com o punido, a que se refere Savigny, levaria á conclusão de que ao crime corporativo só deveria corresponder a pena corporativa.

Mas, como o arsenal das penas corporativas é pouco provido, exgottar-se-ia bem depressa a reacção punitiva, e ficariam impunes, ou quasi, crimes da maior gravidade.

Para obviar esta difficuldade, admittiu-se a dupla punição —da corporação e do órgão deliberativo e executivo, esquecido assim o simile elucidativo da organização, de accordo com o qual não se deveria punir a mão ou a bocca, depois de se ter punido o individuo criminoso. A vontade e a acção do órgão, dizem, são imputaveis ao individuo como tal e á corporação de que é auctorizado representante. E, por essa fórma, addicciona-se á famosa *unkörperliche Willen* a concepção esoterica da dupla personalidade.

Exclusiva ou ligada á repressão individual, a pena corporativa é iniqua. Ella recae globalmente sobre a agremiação, attingindo de roldão innocentes e culpados. Pense-se na multa ou na dissolução infligida a uma sociedade anonyma por causa da deliberação tomada em assembléa á qual não compareceram alguns accionistas, e na qual alguns dos presentes votaram contra o acto criminoso, sendo vencidos pelo principio do prevalecimento da maioria. O patrimonio social será diminuido ou arruinado, padecendo indistinctamente todos os accionistas a consequencia da pena corporativa.

Para este mal não dão remedio os reformadores.

Mestre (pag. 282) contenta-se em fazer notar que, reiterando-se a pena contra os individualmente co-participes do crime colectivo, «os culpados serão, assim punidos mais severamente do que os innocentes»,—o que é a candida confissão da injustiça de punir, ainda que menos severamente, os não culpados.

Hafter (pags. 133—139) aventa, sem pormenorisar, um systema de exonerações ou de isenções dos membros innocentes afim de restringir as consequencias da pena unicamente aos que por dolo ou culpa, sejam della merecedores. Não se trata, diz elle, de uma acção de indemnização que compita ao innocente punido contra o Estado ; esta reparação será desde logo decretada pelo juiz penal que conhecer do delicto corporativo, e em cujas mãos estarão todos os meios para verificar a innocencia individual e para avaliar o damno injusto advindo da pena global.—Além de serem de primeira intuição as difficuldades practicas de um tal systema de composições, accresce redundar elle na inflicção penal tão sómente aos individualmente culpados,

na punição pelo só criterio pessoal, o que é a negação da pena corporativa.

Gierke (pags. 775) diz não haver iniquidade, porque os co-associados innocentes não serão feridos no que lhe pertence individualmente, e só serão attingidos no que possúem como parcellas do todo, a cuja sorte estão ligados. (*)

Grande consolo para quem perde a fortuna na empresa privada do privilegio ou penalmente dissolvida—saber que não foi elle pessoalmente o arruinado, mas que quem tudo perdeu foi o outro, o membro da corporação...

—Como faz sentir Savigny, não se póde deduzir da responsabilidade civil da corporação a sua responsabilidade criminal. E' justo impedir o enriquecimento da universitas, provindo do acto illicito do seu representante ; e os Romanos já assim decidiam, «*sed si quid ad eos pervenit ex dolo eorum, quid res eorum administrant, puto dandam*, Ulpiano, L. 15 § 1º cit. Por conveniencia economica póde o Direito Privado attribuir uma vontade a quem a não tiver e obrigar a corporação a indemnizar o damno resultante do facto deliberado e executado pelo seu orgão. O Direito Penal é que não póde abandonar a base psychologica da vontade, não da vontade ficta, mas da vontade imputavel como um estado d'alma e determinavel por meio de representações reguladoras da conducta humana.

15.—As actuaes legislações penaes, na sua generalidade, não têm dispositivos referente ao assumpto.

Foram promulgadas em época em que a incapacidade criminal da pessoa juridica era verdade axiomatica, e julgou-se desnecessario traduzir em formula de direito positivo o que parecia intuitivo a toda gente.

Constituem excepção o art. 37 do Codice Penal do cantão de Lucerna, de 1861, inspirado no codigo bavaro de 1813, e o art. 25 do vigente codigo brasileiro, os quaes affirmam ser exclusivamente pessoal a responsabilidade criminal, recahindo

(*) ... in dem, was ihnen zu eigen ist, gar nicht berührt werden; sie verlieren nur, was sie ohnehin bloss durch das Ganze und in Abhängigkeit von dessen Schicksalen und Handlungen besitzen.

esta, não sobre a corporação, mas sobre cada um dos membros que participarem no facto criminoso.

O direito anglo-americano aparta-se das demais legislações penaes e conceitua o crime corporativo.

Calca-o, porém, na theoria da ficção bartholina (Bishop, §§ 417—424). Na Inglaterra o «Interpretation act» de 1889 include no termo *person* a corporação, a menos que o contrario não resáia claro do dispositivo (the expression *person* shall, unless the contrary intention appears, include a body corporate).

Nos Estados Unidos, o código penal de Nova York e o projecto de código penal federal dão a mesma amplitude á personalidade criminal (the word *person* includes a corporation as well as a natural *person*).

Entretanto, mesmo nos paizes em que a *communis opinio* é contraria á capacidade criminal da corporação, ha exemplos de leis extravagantes (fiscaes, reguladoras da industria de transportes, etc.) comminando penas corporativas.

São, como diz von Bar (§ 73, pag. 153), casos de «direito anormal», que se explicam por motivos de ordem practica e utilitaria, — como, por exemplo, quando é particularmente difficil a descoberta do criminoso e não se exige applicação estricta da justiça; quando é o caso da pena coercitiva, por meio da qual se chega a quebrar prompta e energicamente uma resistencia, o que quasi nunca se obteria si se tivesse de apurar a responsabilidade individual; quando as multas comminadas, especialmente por violação de leis de impostos, devem estar em relação com o patrimonio da empresa ou da industria, etc.

16.— Dos nossos antigos criminalistas, Mello Freire (*Institutiones Juris criminalis*, tit. I, § VIII) admite o crime corporativo; Pereira e Souza (*Classes dos Crimes*, nota 9 ao § 9) só o configura «quando se verifica a approvação de todos os membros; os votos da maior parte não têm effeito de se reputarem os de todo o collegio nos crimes».

O código de 1830 não tinha preceito geral sobre o assumpto. O actual prescreve no art. 25: «A responsabilidade penal é exclusivamente pessoal. — Paragrapho unico. Nos

crimes em que tomarem parte membros de corporação, associação ou sociedade, a responsabilidade penal recahirá sobre cada um dos que participarem dos factos ».

Coherente com o principio firmado da incapacidade criminal da pessoa moral, restringe (art. 22, § 1.º) a responsabilidade por abuso de imprensa aos gerentes ou administradores da entidade collectiva, sociedade ou companhia, proprietario da typographia, lythographia, ou jornal; assim tambem, nos arts. 340 e 341, sómente imputa aos administradores, gerentes, agentes e fiscaes das sociedades e companhias anonymas crimes que, em certos casos, poderiam apparentar feição corporativa.

Aparta-se do conceito da inimputabilidade, firmado na Parte Geral, o paragrapho unico do art. 103, copiado do art. 80 do codigo anterior, que commina a dissolução da corporação que reconhecer algum superior fóra do paiz, prestando-lhe obediencia effectiva.

Outro testemunho de incoherencia legislativa se encontra no dec. n. 173, de 10 de setembro de 1893, regulador da organização das associações de fins religiosos, moraes, scientificos, artisticos, politicos ou de simples recreio, e cujo art. 13 dispõe: « as associações que promoverem fins illicitos, ou que se servirem de meios illicitos ou immorales, serão dissolvidas por sentença, mediante denuncia de qualquer pessoa do povo ou do ministerio publico, e proceder-se-á á liquidação judicial dos bens ».

Dos nossos escriptores, C. Bevilacqua (§ 22, op. cit., e tambem no *Direito*, vol. 100, pags. 313) é pela inimputabilidade da pessoa collectiva; admittem a responsabilidade criminal corporativa A. Cavalcanti (pags. 82), Lacerda de Almeida (*Das Pessoas Juridicas*, pags. 83) e José Hygino (nota a a von Liszt, I, 192).

17.— Sujeito de direitos patrimoniaes, a corporação póde ser paciente de crimes que offendam seu patrimonio, furto, roubo, damno, etc. Anteriormente á legislacão republicana variavam as opiniões e contradiziam-se os julgados quanto á capacidade da pessoa juridica para, como tal e pelo orgão do seu director ou gerente, figurar como auctora em processo crime, movido por attentado contra o seu direito de bens.

Já agora, e em face do art. 407 § 1º do código penal e do art. 205 do dec. n. 434, de 4 de julho de 1891, não ha como desconhecer que possa ella querelar pelo delicto de que tenha sido sujeito passivo. Em certos crimes a penalidade se exacerba quando commettido contra determinadas corporações (art. 184, paragrapho unico, 316 pr., 319, § 1.º do código penal).

Bello Horizonte, maio de 1910.

J. Mendes Fimentel

Da Faculdade Livre de Direito de Minas Geraes
