

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

PEDRO FRANCO ATHAYDE

**A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NA AÇÃO
SIGNIFICATIVA**

Um estudo sobre o tema através da teoria de Tomás Salvador Vives Antón

CURITIBA
2018

PEDRO FRANCO ATHAYDE

A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NA AÇÃO SIGNIFICATIVA: Um estudo sobre o tema através da teoria de Tomás Salvador Vives Antón.

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Professor orientador: Paulo César Busato.

CURITIBA

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

PEDRO FRANCO ATHAYDE

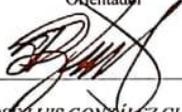
A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NA
AÇÃO SIGNIFICATIVA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



PAULO CÉSAR BUSATO
Orientador

A RGCC

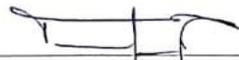


JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC
Coorientador

A RGGO



JOSÉ CARLOS PORCIÚNCULA - Direito Penal e
Processual Penal
Primeiro Membro



TRACY JOSEPH REINALDO DOS SANTOS
Segundo Membro

21/11/2018

Formulário: Monografia Final



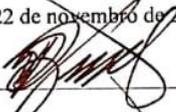
Ministério da Educação e do Desporto
Universidade Federal do Paraná
FACULDADE DE DIREITO

Ata da reunião da Comissão Julgadora da
Monografia (Trabalho Final de Curso) do
Acadêmico(a) **PEDRO FRANCO
ATHAYDE**

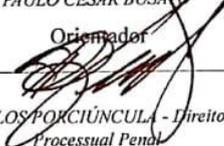
Aos vinte e dois dias do mês de novembro do ano de 2018, às 10:00 horas, nas dependências do Setor de Ciências Jurídicas, reuniu-se a Comissão Julgadora da Monografia apresentada pelo(a) Acadêmico(a) PEDRO FRANCO ATHAYDE, sobre o tema, "A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NA AÇÃO SIGNIFICATIVA". A Comissão constituída pelos Senhores Professores, PAULO CÉSAR BUSATO (Orientador), JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC (Coorientador), JOSÉ CARLOS PORCIÚNCULA - Direito Penal e Processual Penal e TRACY JOSEPH REINAUDET DOS SANTOS, atribuiu as seguintes notas respectivamente: 10,0, 10,0, 10,0 e 10,0; perfazendo a média igual a 10,0.

Obs.

Curitiba - PR, 22 de novembro de 2018.



PAULO CÉSAR BUSATO
Orientador

10,0 

JOSÉ CARLOS PORCIÚNCULA - Direito Penal e
Processual Penal
1º Membro

10,0 

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC
Coorientador



TRACY JOSEPH REINAUDET DOS SANTOS
2º Membro

Dedico este trabalho aos gigantes cujos ombros eu agora me apoio, a todos que me trouxeram até aqui, e ao meu avô Franco, de quem levo o nome.

AGRADECIMENTOS

Em março de 2015 eu estava no meu segundo ano de faculdade. Era o primeiro ano que incluía Direito Penal na grade horária, ministrada pelo Professor Busato. No final de uma aula, o Professor me perguntou “você quer ser um grande penalista?”, e desde então, não passou um dia que eu não estivesse dedicado a cumprir com esta proposta. Agora, quatro anos depois, tento ser o melhor penalista que eu posso ser, e sempre me surpreendo como um único ato de confiança mudou meu futuro de forma tão marcante. Sou grato aos ensinamentos, à amizade, e às sugestões de bandas de Prog e Jazz do Professor Paulo César Busato.

Sou grato a todos os membros do Grupo de Estudos em Prática Penal Internacional (GEPPI), com os quais passei muitas tardes da minha vida discutindo este inóspito campo do Direito. E claro, sou grato aos Professores Rui Dissenha e Guilherme Brenner Lucchesi, coordenadores do GEPPI, de quem recebi a honra de poder representar meu país em Haia em 2016.

Agradeço ao Professor Jose Antonio Ramos Vázquez, pela visita à minha Universidade no primeiro congresso Ibero-americano de Direito penal e filosofia da linguagem, quando ele suportou minhas incansáveis perguntas.

Agradeço à Universidade de Valência, na figura do Professor José Luis González Cussac e da Professor Elena Górriz Royo, pela hospitalidade durante janeiro de 2018, momento em que muitos dos pensamentos presentes neste trabalho nasceram.

Agradeço à Universidade Federal do Paraná, pelo apoio através dos projetos de monitoria e iniciação científica, sem os quais jamais encontraria minha vocação para o ensino e pesquisa acadêmica.

Agradeço à toda a minha família na figura de meu pai Tiago, de quem tento imitar o senso crítico e capacidade de raciocínio, combinado com sua singular sensibilidade.

Agradeço à minha mãe Mariana, a quem nem todas as páginas deste trabalho seriam suficientes para expressar meu agradecimento e carinho, e que me ensinou quase tudo que eu sei de mim e do mundo.

Agradeço a meus amigos, na figura de Gabriel, que já me atura há uma década com intermináveis risos.

Agradeço à minha colega Mariana, por ser um exemplo inspirador de uma penalista.

Também agradeço à Luiza, pelas conversas, pelos livros, pelo carinho, e por ter com quem compartilhar uma ambição acadêmica insaciável.

*« A linguagem fez-se para que nos
servamos dela, não para que a
servamos a ela »*

Fernando Pessoa.

RESUMO

O presente trabalho explora a teoria da ação significativa desenvolvida pelo Prof. Dr. Tomás Salvador Vives Antón, especialmente em seu livro *Fundamentos del Sistema Penal*, no qual o Professor utiliza a filosofia da linguagem como marco teórico para pensar o Direito Penal e a teoria do delito. Partindo do mesmo marco teórico, seguindo as lições do Professor Vives e de discípulos deste, a proposta deste trabalho é teorizar sobre uma possível forma de responsabilizar penalmente pessoas jurídicas. Para reduzir esta proposta a um tamanho compatível com um trabalho de conclusão de curso, a responsabilidade da pessoa jurídica foi analisada somente em dois elementos da teoria do delito: a ação e capacidade de ação de uma pessoa jurídica; e a sua culpabilidade. A investigação destes elementos foi norteadada por duas perguntas: “uma pessoa jurídica é capaz de atuar por si só? ” e, “se pode, esta ação pode ser reprovável?”. A ação, terminologia fundamental para a ação significativa, serve de ponto de partida para esta proposta. A resposta dada para a primeira pergunta, portanto, foi que é possível reconhecer a autorresponsabilidade de pessoas jurídicas, vez que a externalização de seu atuar corporativo, por poder ser entendido como uma ação lícita (como firmar um contrato) também pode ser como uma ação ilícita (como firmar um contrato fraudulento). A culpabilidade - ou pretensão de reprovação na teoria significativa -, sustenta-se em um sistema normativo puro de atribuição. É dizer, abdica-se de fundamentos psicológicos para a culpabilidade pois, para as pessoas físicas, as suas dimensões mentais são inacessíveis ao direito, e para as jurídicas, estas dimensões são inexistentes. Este trabalho não pode ser considerado uma investigação terminada, mas sim uma peça dentro do grande desafio da responsabilização penal das pessoas jurídicas.

Palavras-chave: Ação significativa, Responsabilidade penal de Pessoas Jurídicas, *societas delinquere non potest*, Filosofia da Linguagem.

ABSTRACT

This work explores the theory of meaningful action developed by Professor Tomás Salvador Vives Antón, precisely on his book *Fundamentos del Sistema Penal*, whereas the Professor utilizes language philosophy as his theoretical basis to elaborate over Criminal Law and its theory. Using the same basis, following the Professor Vives' and his disciples lessons, this work proposes a possible structure for criminal liability of legal persons. In order to reduce this proposal to a reasonable size, the criminal liability of legal persons was analyzed in two distinct elements of crime theory: action and capability of acting of a legal person; and culpability. The investigation over these elements was oriented by two questions: "is a legal person capable of acting by itself?" and "if so, can this action be reprehensible?". The action, a fundamental terminology for Vives' Theory, works as a starting point for this proposal, whereas the answer for the first question would be that it is possible to recognize the self-liability of legal persons, based on the fact that the externalization of its corporative acting can be a lawful action (such as signing a contract), but also unlawful (such as signing a fraudulent contract). Culpability - or pretension of reprehension in meaningful theory -, is sustained in a purely normative attribution system. So to say, the psychological foundations of culpability are forsaken, given that the mind of a natural person is an unreachable dimension, and the mind of a legal person is nonexistent. This work, however, does not represent a finished investigation, but merely a piece within the great challenge of criminal liability of legal entities.

Keywords: Meaningful action, criminal responsibility of legal persons, *societas delinquere non potest*, philosophy of language.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

- 1.1. BASE LÓGICO-FILOSÓFICA
- 1.2. FUNDAMENTO POLÍTICO-CRIMINAL
- 1.3. FUNDAMENTO TÉCNICO-JURÍDICO
- 1.4. DELIMITAÇÃO DO TEMA

2. A AÇÃO

- 2.1. AÇÃO E SUAS FUNÇÕES
- 2.2. COMISSÃO E OMISSÃO
- 2.3. DISTINTAS TEORIAS DA AÇÃO
 - 2.3.1. AÇÃO CAUSAL-NATURALISTA
 - 2.3.2. AÇÃO NEOKANTIANA
 - 2.3.3. AÇÃO FINALISTA
 - 2.3.4. AÇÃO PESSOAL
 - 2.3.5. AÇÃO SIGNIFICATIVA
- 2.4. AÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

3. A CULPABILIDADE

- 3.1. PERSPECTIVAS DOGMÁTICAS SOBRE A CULPABILIDADE
 - 3.1.1. PSICOLÓGICO
 - 3.1.2. PSICOLÓGICO-NORMATIVO
 - 3.1.3. NORMATIVO PURO
 - 3.1.4. INTENTOS DE UMA CULPABILIDADE PARA A PESSOA JURÍDICA
 - 3.1.5. A PRETENSÃO DE REPROVAÇÃO
- 3.2. IMPUTABILIDADE E POTENCIAL CONSCIÊNCIA DE ILICITUDE
- 3.3. CULPABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA
 - 3.3.1. A IMPUTABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA
 - 3.3.2. A POTENCIAL CONSCIÊNCIA DE ILICITUDE DA PESSOA JURÍDICA

4. CONCLUSÕES

5. BIBLIOGRAFIA

1) Introdução

Este trabalho é a composição de diferentes passos que tomei em direção de uma construção de uma possibilidade de criar um conceito completo de responsabilidade penal da pessoa jurídica dentro da perspectiva da teoria da ação significativa, desenvolvida por Tomás Salvador Vives Antón, que utilizou a Filosofia da Linguagem de Ludwig Wittgenstein como marco teórico para elaborar sobre o Direito penal como um todo.

O interesse por este tema específico surgiu não em um momento repentino, mas sim como reflexo de incansáveis estudos feitos no decorrer de todo o meu curso de graduação, sob a iniciativa do orientador deste trabalho, Paulo César Busato, pupilo de Vives Antón, quem me instruiu no decorrer dos últimos quatro anos.

Partindo destes estudos, pude começar a desenhar um plano sobre a possibilidade de um conceito de responsabilidade penal da pessoa jurídica, desde uma suspeita de que, quando comparada com a dogmática penal clássica, a ação significativa aponta uma viabilidade (teoricamente consistente e constitucionalmente possível) deste tipo de responsabilidade.

Os capítulos deste trabalho, portanto, espelham os diferentes passos que foram feitos no decorrer deste plano: Ação e Culpabilidade da Pessoa Jurídica.

Para deixar da forma mais clara possível as razões por detrás desta investigação optei por repartir a introdução em três partes: Primeiramente, voltarei para a Filosofia da Linguagem e a Lógica Formal para elaborar brevemente sobre os motivos pelos quais a teoria da ação significativa possui características que viabilizam uma nova perspectiva sobre o debate da responsabilidade penal de pessoas fictícias.

Em seguida, abordarei a questão em seu sentido Político-Criminal, e, finalmente, tratarei sobre o sentido Técnico-Jurídico aqui empregado.

1.1) Base Lógico-filosófica

Este espaço é dedicado a algumas pequenas reflexões relativas à minha opção de utilizar a teoria da ação significativa como a mais adequada forma de interpretação das diretrizes legais e de sua teoria, e inclusive apontar, para

aqueles que não são familiarizados com tal teoria, os avanços que podem ser feitos através do uso desta teoria no campo do Direito penal.

A exposição a seguir não será aprofundada o suficiente para contemplar a teoria da ação significativa como um todo - justamente por não ser este o ponto central do presente trabalho -. Portanto, irei simplesmente me dedicar a responder a seguinte pergunta: qual o motivo de desenvolver um método que interpreta o direito como uma forma de manifestação linguística?

Após isto, também apontarei alguns pontos de convergência clara entre os estudos da filosofia da linguagem de Ludwig Wittgenstein e o Direito.

Não seria possível, tampouco prático, elaborar sobre todos os estudos feitos por Wittgenstein em seu intento de demonstrar toda a realidade como uma forma linguístico-interpretativa¹. Contudo, mesmo para uma exposição célere como esta, faz-se necessário utilizar o mesmo instrumentário que o filósofo austríaco: lógica formal.

De acordo com a lógica formal, a realidade se divide em dois aspetos distintos: a) formal; e b) material².

O aspecto material da realidade é o que está posto, e a maneira que se interpreta este aspecto é a partir da percepção de objetos, seria, em uma aproximação crua do assunto: o “ser” na filosofia. É o aspecto que mais se relaciona com um raciocínio científico de perceber e catalogar. É o campo do ser. A percepção dos objetos gera a necessidade de uma forma conclusiva chamada contingência lógica. As conclusões que são feitas dentro do aspecto material são necessariamente dependentes do conjunto de objetos que são percebidos. E assim, o que se diz “correto” dentro do aspecto material da realidade é relativo, pois é sempre possível - e plausível - que alguma variante ou informação não observada possa mudar a conclusão. É assim, por exemplo, que a medicina funciona em sua tarefa de diagnosticar, porém, para alcançar

¹ Para estes fins recomendo, por óbvio, o livro de Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal - 2ª Edición*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011, e também do Professor José Antonio Ramos Vazquez, *Concepción Significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008.

² HANSEN, Chad. *A new Approach to Logic in the Humanities*. University of Michigan Press. Michigan. 2015. P. 30 e seguintes.

uma contingência lógica, demanda-se do médico a realização de uma quantidade de exames para demonstrar que percebeu suficientes fatores para que seu diagnóstico seja dado como “acertado”. A forma de lógica que envolve este aspecto da realidade é a lógica material.

O aspecto formal, por sua vez, é o que se cria a partir do desenvolvimento do pensar humano, o resultado último de ideias. Enquanto o aspecto material é o ser, o aspecto formal é o dever ser, e se dedica à concepção de ideias, ideias estas não necessariamente relacionadas à realidade como ela é. O “correto” dentro da lógica formal se forma através de Necessidade Lógica. É imperativo que todo raciocínio que se forma dentro do aspecto da realidade seja correto ou falso, pois, uma vez que ele não se sustenta na realidade, mas sim em declarações lógicas, o campo de análise se restringe para um ambiente controlado, que, portanto, permite uma percepção absoluta de certo ou errado. É dentro da lógica formal que grande parte da filosofia atua, criando conceitos abstratos perfeitos como “bom”, “mau”, “justo”, e determinando processos lógico-formais a partir destes conceitos. A forma de lógica para este aspecto da realidade é a lógica formal.

A comunicação entre estes dois aspectos, porém, não se faz de maneira imediata, como explica o professor Kaj Børge Hansen³, da Universidade de Uppsalla. A Lógica formal não se aplica diretamente na realidade, mas precisa de um modelo semântico através do qual seus conceitos de dever-ser se tornam capazes de fazer sentido. Para que uma ideia criada dentro de um ambiente controlado da dimensão formal possa ser compreendida e compor um ambiente não controlado da realidade, ela precisa ser antes traduzida através de uma forma semântica.

O que percebemos aqui é que a linguagem não existe integralmente dentro de uma dimensão material (apesar de ser inegável que a linguagem é dependente desta), tampouco em uma dimensão formal (uma vez que a linguagem não teria objetos ao qual se remeter na medida em que é utilizada). Por exemplo, na medida em que digo a palavra “Vermelho”, não é possível que esta palavra faça sentido sem que o ouvinte tenha conhecimento de o que é o

3 Hansen, K. B. *Remarks on Wittgenstein's Philosophy: Private Language and Meaning*. Danish Yearbook of Philosophy. 2007. P. 42.

tom de cor “vermelho”, porém, seria uma forma incompleta de entender essa expressão se pensarmos que “vermelho” exista somente na realidade, como se “vermelho” fosse uma coisa única dentro da realidade⁴.

Este raciocínio também se faz valer no momento em que Wittgenstein faz referência ao “uso real da linguagem”, explicando que esta, de fato, não se integra em uma dimensão totalmente lógica⁵

Aqui podemos progredir a questão retomando ao Direito: em qual aspecto da realidade o Direito existe? Não podemos reconhecer que o Direito existe inteiramente na realidade, pois se assim fosse poderíamos simplesmente abandonar os departamentos de Filosofia do Direito e Teoria do Direito, pois o uso de raciocínios lógico-formais seria uma sandice. Da mesma maneira, entender o direito como uma forma abstrata pura seria obviamente incorreto, pois se assim fosse teríamos que fechar todos os escritórios de advocacia e tribunais, por ser incongruente que um raciocínio lógico-formal seja utilizado para resolver questões da realidade.

Aqui está a chave para a pergunta que deu início à esta exposição: o Direito funciona como um código semântico no qual se alinham as pretensões de sua teoria aos casos reais que lhe são apresentados. Um modelo de correspondência entre teoria e prática⁶.

Desta forma, o motivo de desenvolver um método que interpreta o Direito como uma forma de manifestação linguística é porque tanto a linguagem como o Direito atuam da mesma maneira na realidade, como código semânticos.

4 A referência à palavra “vermelho” nesta passagem, apesar de também aparecer nas Investigações Filosóficas logo nos primeiros parágrafos, foi feita aleatoriamente, inconsciente de que Wittgenstein tinha usado a mesma expressão.

5 WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophische Untersuchungen*. Kritisch-genetische Edition. Herausgegeben von Joachim Schulte. Wissenschaftliche Buchgesellschaft. Frankfurt 2001. § 124. «A filosofia não pode, de forma alguma, englobar o uso real da linguagem, pois ela só consegue, ao fim, descrevê-lo. Ela tampouco pode fundamentá-lo. Ela deixa tudo como é. Ela também deixa a matemática como é, e nenhuma descoberta matemática pode levá-la adiante (Weiterbringen) (...)» Tradução livre.

6 Sobre uma investigação verticalizada nesse sentido: PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo “objetivo” y lo “subjetivo” en el tipo penal – hacia la “exteriorización de lo interno”*. Atelier, Barcelona. 2014. Págs. 125 e seguintes.

Por detrás deste entendimento basilar desenvolvido aqui, existe um universo de conclusões possíveis partindo do estudo de Wittgenstein, mais especificamente, partindo da leitura de seu livro *Investigações Filosóficas*⁷, onde o autor elabora sobre o conceito de *Jogos de Linguagem (Sprachspiele)*, expondo o processo em que toda palavra da linguagem significa algo, e que por isso, a linguagem, assim como os jogos, é um sistema de compreensão⁸. O passo a mais que é necessário ser dado para entendermos a relevância desta filosofia para o Direito é o entendimento de que este também é um sistema de compreensão sustentado em denominar conceitos complexos em formas reconhecíveis.

1.2) Fundamento Político-Criminal

Ainda que seja verdade que quase todos os países citados pela doutrina brasileira estejam discutindo a possibilidade de responsabilizar penalmente pessoas jurídicas, esta é uma afirmação que está longe de fundamentar a necessidade de uma discussão séria sobre o assunto.

O processo de reconhecer que o Direito Penal deve enfrentar não apenas a criminalidade das pessoas físicas, mas também outra classe de criminalidade, relativa à pessoa jurídica significa. Para tal, a doutrina deve sair dos aspectos do Direito Penal clássico ou tradicional, por esse ser desenvolvido não somente direcionado unicamente à pessoa física, mas também expressando diretamente a impossibilidade da responsabilização de pessoas jurídicas (ou mais especificamente: pessoas não-físicas), emprestando muitas vezes da fórmula emprestada do Direito Romano *societas delinquere non potest* ou também *societas nemo patitur*, que estabelece a nível de princípio a impossibilidade das pessoas jurídicas de delinquir⁹. No entanto, é necessário também entender que

7 WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophische Untersuchungen*. Kritisch-genetische Edition. Herausgegeben von Joachim Schulte. Wissenschaftliche Buchgesellschaft. Frankfurt 2001.

8 WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophische Untersuchungen*. Kritisch-genetische Edition. Herausgegeben von Joachim Schulte. Wissenschaftliche Buchgesellschaft. Frankfurt 2001. Pág. 8.

9 GONZÁLEZ SIERRA, Pablo. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Tesis Doctoral. Granada, 2012, pág. 114

o interesse da doutrina na possibilidade de envolver a pessoa jurídica como categoria de sujeito relevante para o Direito Penal não pode ser considerado exatamente novo, podendo ser identificado já em Von Lizst este interesse, - apesar de não incluir esta possibilidade dentro da teoria por ele mesmo desenvolvida -. Partindo dos estudos de Otto Gierke, o autor menciona seu conceito de “doutrina justa” que deveria reconhecer (e punir) a pessoa em sua dualidade: tanto como indivíduo, como integrante de um coletivo. Por isso, o coletivo também deveria ser punido¹⁰.

Assim, apesar da responsabilização da pessoa jurídica ser algo já cobiçado pela doutrina, para efetivamente incluir esta classe de responsabilidade na academia e nos tribunais brasileiros é necessário pensar novos esquemas metodológicos e adicionar ao já vasto rol de perigos sociais relevantes para o Direito Penal aqueles que são gerados pelas pessoas jurídicas.

Por isso, devemos entender que a necessidade de uma regulação penal sobre as pessoas jurídicas é, mais do que uma tendência global, uma necessidade da realidade brasileira.

Os argumentos político-criminais que são utilizados para sustentar a revisão do princípio *societas delinquere non potest* podem ser resumidos em três dimensões principais: a) a gravidade dos atos das organizações criminosas, especialmente as terroristas; b) os delitos contra o meio ambiente; e c) a corrupção e outros delitos econômicos vinculados a grandes empresas.

Dos discursos fundamentados, todos se encontram em foco da doutrina penal brasileira recente.

Sobre as organizações terroristas, é relevante mencionar a Lei n. 13.260 de 16 de março de 2016, chamada de *Lei Antiterror*, que trata de disposições investigativas e processuais, reformulando o conceito de organização terrorista. Porém, esta lei - assim como a doutrina majoritária sobre o assunto - não é relevante para o tema de responsabilidade penal da pessoa jurídica, porque ainda que muitos países utilizem instrumentos legais para responsabilizar

10 LISZT, Franz v., *Tratado de Direito Penal Alemão*, tomo I, traduzido por José Hygino Duarte Pereira, Rio de Janeiro : Briguiet, 1899. Pág. 199 e seguintes.

organizações, o legislador brasileiro escolheu manter a responsabilidade individual dos agentes das organizações¹¹.

Como é esperado de um país continental e com uma variedade de fauna e flora, o Brasil deve ter uma profunda preocupação com a proteção de seu meio, ainda que a legislação vigente não seja capaz de fazê-lo de maneira satisfatória. Como é evidente em uma sociedade pós-industrial, os feitos efetivamente relevantes para a destruição do ambiente não são cometidos por uma pessoa física, mas organizações¹². Novamente, quando analisamos as consequências político-criminais de responsabilizar unicamente as pessoas físicas nos delitos contra o meio ambiente, é fácil perceber que é uma forma inadequada de chegar a resultados eficientes. Uma vez que a dimensão das pessoas jurídicas, onde - assim como no caso da maioria dos delitos econômicos - estão as maiores ofensas aos bens jurídicos afligidos, não é uma dimensão admitida pelo direito penal em todos os países, incluindo o Brasil.

Um exemplo muito simbólico disso ocorreu em 5 de novembro de 2015, no chamado *Desastre de Mariana*. Na região rural de Fundão - MG, a 35 quilômetros de distância da cidade de Mariana, rompeu-se uma barragem de resíduos de mineração controlada pela empresa *Samarco Mineração S.A.*

Depois do rompimento, um total de 62 milhões de metros cúbicos de resíduos de mineração e barro foram despejados em toda a bacia hidrográfica da região, o que causou a extinção de 23 espécies de animais marinhos, assim como danos irreparáveis a toda a região - vez que os resíduos eram tóxicos - e afetou seriamente a vida da população, que depende dos rios da região para ter acesso à água potável. Das consequências diretas do desastre, de acordo com a denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal, houveram: 19 pessoas mortas; 29.300 carcaças de peixes coletadas ao longo dos rios Carmo e Doce, correspondendo a 14 toneladas de peixes mortos; A degradação atingiu não

11 Sobre este tema: BUSATO, Paulo César. *Lei Antiterror Anotada: Lei 13.260 de 16 de Março de 2016*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018.

12 O sentido da relevância dos grandes conglomerados empresários aqui explorado é mais profundamente exposto nos trabalhos de Hans Jonas, mais especificamente: JONAS, Hans. *Das Prinzip Verantwortung: Ethik für die Technologische Zivilisation*. Frankfurt/M. Neuauflage als Suhrkamp Taschenbuch. 1979.

menos que 240,88 ha de Mata Atlântica e 45 ha de Mata Atlântica com eucalipto; Das 195 propriedades rurais atingidas em MG, 25 foram completamente devastadas; 5.187.610m³ foi o volume de rejeitos encaminhados pela Vale para a Barragem de Fundão entre 2008 e 2015, o que corresponde a 27% de toda a lama depositada no local nesse período¹³. De acordo com estudos conduzidos pelo IBAMA, o rompimento da barragem de Fundão é considerado o maior desastre industrial da história brasileira¹⁴.

Aos defensores da responsabilidade penal da pessoa jurídica, é evidente que não seria sequer possível restringir a responsabilidade de todo o ocorrido a um grupo de pessoas físicas, porque o desastre industrial só foi possível por causa da indústria, obviamente.

Em relação à corrupção, este trabalho não estaria completo sem mencionar a operação *Lava Jato*, que está até o momento em que escrevo este trabalho repartida em mais de cinquenta fases operacionais distintas, investigando crimes de corrupção, lavagem de dinheiro, formação de organizações criminosas, obstrução da justiça e recebimento de vantagem indevida.

Os julgados da operação *Lava Jato* tiveram extensa cobertura pela mídia e são observados de perto pela doutrina brasileira, por ser evidentemente um marco relevante na discussão nacional sobre os tipos penais perseguidos por ela. Evidentemente, o que muitos autores perceberam em suas análises do caso foi que investigar somente os dirigentes das empresas implicadas não seria o suficiente para efetivamente impedir que se perpetuem os esquemas de corrupção e outros delitos.

Uma maneira interessante de interpretar a relação entre o esquema de corrupção e a lavagem de dinheiro com os diretores das empresas implicadas em ditos esquemas é a figura mitológica da Hidra: à Hidra, assim como às empresas, é irrelevante que suas cabeças sejam cortadas, pois ambas possuem plena capacidade de substituí-las.

¹³Fonte: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/mpf-denuncia-26-por-tragedia-em-mariana-mg>.

¹⁴Fonte:<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-12/um-mes-apos-tragedia-em-mariana-causas-e-impactos-ainda-sao-investigados>. Acesso em 11 de outubro de 2018.

Desde a teoria da pena, é evidente que processar pessoalmente os diretores das empresas investigadas não é uma forma satisfatória de afrontar a questão, nem é uma decisão realista, com atenção à realidade criminológica, pois a grande maioria dos crimes econômicos é cometida através das empresas.

Com as investigações da *Lava Jato*, tornou-se ainda mais evidente que, ainda que a corrupção seja possível em alguns casos particulares, é um crime que ocorre como parte de um sistema criminal nacional no qual, à parte de certos indivíduos, o coletivo deste sistema pode atuar de forma igualmente - e talvez mais - relevante. Por isso mesmo, enquanto os indivíduos podem ser criminalmente responsáveis, e não os sistemas através dos quais estão trabalhando, os instrumentos sancionatórios penais serão insuficientes.

Por estes recentes e relevantes acontecidos ocorridos no Brasil, o rechaço tradicional com respeito à responsabilidade penal da pessoa jurídica começou a desmoronar.

Como Hércules descobriu com a hidra, os brasileiros descobriram que mais tem que ser feito para lutar contra a corrupção organizada e para proteger seu meio ambiente do que simplesmente cortar as cabeças.

Todavia, não podemos ignorar a discussão teórica sobre a necessidade de utilizar o Direito penal para sancionar as pessoas jurídicas, vez que uma parte da doutrina confia que esta questão estaria melhor tratada no âmbito do Direito administrativo sancionados. Utilizar o Direito administrativo sancionador para este fim não é uma proposta sem fundamento, pois, primeiramente, o âmbito administrativo é acostumado a tratar de pessoas jurídicas, e em certos países em que seu Direito administrador seja eficaz e que sua tradição jurídica permita distinguir uma pena criminal e uma sanção administrativa através de questões substanciais mais que meramente formais, de fato, esta seria uma proposta aceitável.

Mesmo assim, independente da natureza da sanção administrativa e seus efeitos quando comparada com uma pena criminal e seus efeitos, o Direito administrativo sancionador é mais uma manifestação do *ius puniendi* estatal, e por isso, os princípios de um poder sancionador devem ser mantidos. Assim, as questões sobre o encaixe da pessoa jurídica em uma estrutura punitiva devem ser respondidas, independentemente de se devem ser planteadas para uma pena ou para uma sanção administrativa.

Assim, a discussão sobre favorecer o uso do Direito Administrativo sancionador para lidar com as pessoas jurídicas, ao invés do Direito Penal não irá compor o presente trabalho, por ir além do escopo aqui estudado.

1.3) Fundamento Técnico- Jurídico

A necessidade de um ordenamento sancionador efetivo para o âmbito empresarial - que só recentemente se percebe no Brasil - foi detectada muito antes pela doutrina Europeia, especialmente Alemanha e Espanha. Nestes países, já no final do século XX se discutia a possibilidade de adaptar o direito penal para incluir a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, considerando-as capazes seja de cometer crimes (*Handlungsfähigkeit*), seja de simplesmente ser responsabilizadas por atos de terceiros (*Schuldfähigkeit*)¹⁵.

Em realidade, para que uma pessoa possa ser objeto de imputação, é necessário que se aceite que ela tenha capacidade de ação, não fosse por isso não seria possível que ela fosse ajuizada em um processo penal sem que sequer fosse capaz de efetivamente influenciar a realidade através de sua contribuição para o ato criminoso.

Talvez o problema das teorias clássicas de aceitar que uma pessoa jurídica seja capaz de atuar consista na vinculação do conceito de ação com uma manifestação da vontade pessoal que produz, por sua vez, uma mudança na natureza que põe em marcha uma resposta jurídica. Esta metodologia interpretativa, claramente com raízes nas ciências naturais, apresenta duas deformidades teóricas, conforma apresenta o Professor Vives¹⁶: a) exige do intérprete da situação concreta um acesso às inalcançáveis dimensões subjetivas do agente. Este perigo que a confiança em dimensões subjetivas representa para a teoria do delito é apenas uma parte do perigo mais geral que esta confiança representa para toda a lógica jurídica¹⁷; b) vincula o conceito de

15 A título de exemplo: SCHÜNEMANN, Bernd. *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*. Köln, Berlin, Bonn, München. Heymann, 1979. P. 233.

16 VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Edición. Tirant lo Blanch. Pgs. 221 e seguintes.

17 Essencialmente, o perigo que de uma teoria demasiadamente subjetivista é que o jurista normalmente acredita que muitos dos evidentes problemas gerados pela impossibilidade de

ação a uma relação com a mudança da natureza, e, portanto, de uma interação física por parte do agente que tem em suas raízes, uma vinculação com o paradigma da filosofia cartesiana, exigindo que exista uma manifestação física de uma (suposta, pois inalcançável) vontade do autor.

Diante desta questão, a proposta do professor Vives Antón operou um giro copernicano na teoria da ação, pois a define não como um *substrato* físico suscetível a receber um sentido, mas como um sentido que, conforme um sistema de normas específico, pode ser atribuído a determinados comportamentos humanos¹⁸. O verdadeiramente relevante para a ação é o sentido, que não necessariamente exige qualquer manifestação física para de fato poder ser considerado uma ação.

Por exemplo, se em uma classe estão dois alunos, e ambos estão sentados e olhando ao professor; por uma perspectiva física poderíamos dizer em um primeiro momento que estão executando a mesma ação (ou não atuando), em uma perspectiva psicológica, poderíamos apenas presumir, e não atestar, que estão atentos à aula. Porém, se em um segundo momento, no final da aula, um destes alunos diz “a mim a ideia do professor me parece uma bobeira”, e o outro responde “não saberia dizer, eu não estava prestando atenção”¹⁹ se torna claro que o que os dois estavam fazendo era de natureza distinta, e que apenas um deles prestava atenção. Aqui devemos nos perguntar: ainda que o sentido de “prestar atenção” seja algo comum no vocabulário cotidiano, como poderíamos, através de uma perspectiva psico-física, explicar esta ação (e nos fazermos capazes de reconhecê-la)?

Talvez uma perspectiva subjetivista seria capaz de explicar as concatenações mentais que implicam em prestar atenção, mas ainda que seja utilizado o refúgio da inalcançável dimensão subjetiva do sujeito atuante, esta mesma perspectiva subjetivista não seria capaz de reconhecer estas

fazer verificações subjetivas do sujeito atuante através de técnicas estritamente jurídicas poderiam ser resolvidos com o uso da psicologia.

18 Também nesse sentido: BUSATO, Paulo Cesar. Direito Penal – parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. págs. 266 e seguintes

19 Este exemplo é resultado de uma discussão que tive com meu professor Paulo César Busato.

concatenações mentais, pois estão além da capacidade de agentes externos identificá-las.

“Prestar atenção” é algo socialmente reconhecido como uma ação (*eu tenho que prestar mais atenção, preste atenção que a professora está falando*), mas não tão facilmente explicado como uma conduta psicofísica, porque o mais relevante para que uma ação seja considerada como tal é que ela tem que *significar* algo, ter sentido. Por isso, as ações são compreensíveis, mas não necessariamente descritíveis²⁰. Para descrever algo, são utilizadas categorias das ciências naturais, e para compreender algo, se utilizam regras gramaticais.

Este sistema de compreensão, e em específico, quais regras gramaticais são devidas a cada tipo de ação, remete-se à noção das distintas ferramentas (*Verschiedene Werkzeuge*) apontada por Wittgenstein²¹. Neste raciocínio, o filósofo austríaco nos convida a comparar as distintas palavras com as distintas ferramentas que são encontradas dentro de uma caixa de ferramentas. Estas ferramentas não possuem sentido em si só, mas sim se definem pela variedade de usos que são empregados a elas. Esta é uma humilde fração do que pode ser chamado de jogo de linguagem Wittgensteiniano, mas são estes distintos usos (definidores) das palavras que nos permitem encontrar as formas interpretativas adequadas para os tipos de ação. Seguindo a analogia do filósofo, deve-se utilizar as ferramentas adequadas.

O interessante é que, através do giro copernicano, uma ação deve ser somente compreensível, e não é necessário que seja descritível. Ainda que a maioria das condutas humanas gramaticalmente reconhecidas como ações sejam também interações físicas e, portanto, descritíveis, isso não é algo

²⁰ Acompanhando Vives, de forma semelhante expõe VÁZQUEZ. José Antonio Ramos. *Concepción Significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. Págs. 267 e seguintes.

²¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophische Untersuchungen*. Kritisches-genetische Edition. Herausgegeben von Joachim Schulte. Wissenschaftliche Buchgesellschaft. Frankfurt 2001. § 11. «Pense você nas ferramentas dentro de uma caixa de ferramentas: ali estão um martelo, um alicate, uma serra, uma chave de fenda, um metro, um vidro de cola, cola, pregos e parafusos. Assim como as funções destes objetos são diferentes, também o são as funções das palavras (...).» Tradução livre.

essencial para que uma conduta seja uma ação. O exemplo da ação de “prestar atenção” é intrigante, pois, “prestar atenção” não possui conteúdo descritivo, mas é uma ação pois possui um sentido.

As ações não precisam necessariamente de um conteúdo descritivo para poder ser incorporadas na lei. Assim sendo, a lei pode prever o que quiser, incluindo aquilo que não pode ser exatamente descrito, ou seja, a lei descreve algo que depende do contexto e das regras gramaticais para identificar uma conduta, que de outra maneira não poderia ser descrita somente através da análise de critérios psico-físicos²².

Utilizando nosso exemplo de “prestar atenção”, poderíamos criar um tipo penal, punível com uma pena específica: “prestar atenção a específicas propagandas políticas”, e então, seriam criados critérios para associar condutas físicas ao elemento do tipo (prestar atenção), como por exemplo, flagrar uma pessoa olhando fixamente para esta propaganda em sua televisão. De mesma forma, a denúncia deste novo tipo penal se restringiria a “prestar atenção” e as provas processuais tratariam de reestruturar o contexto necessário para identificar a ação. Pois o modelo típico deve ser traduzido significativamente no contexto da ação, e não o contrário.

Movendo este raciocínio para as pessoas jurídicas, posto que não possuem um corpo físico, tampouco uma mente, exigir que suas condutas possuam conteúdo descritivo seria um absurdo, e por isso, não poderiam atuar em um sentido psicofísico, sendo impossível a capacidade de ação de uma pessoa jurídica na teoria clássica, sem que houvesse uma extensão inconstitucional das garantias do Direito Penal.

Porém, é impossível negar que as regras gramaticais²³ atribuem sentido aos atos ocorridos dentro do âmbito de uma pessoa jurídica. Não é estranho,

22 Por exemplo, o ato libidinoso, que é punível, mas requer que o contexto, e não um dado empírico, demonstre a existência da conduta criminosa, porque a libido é um processo interno inacessível, e indescritível por critérios psicofísicos.

23 As regras gramaticais às quais me refiro são aquelas que desempenham uma forma social de entendimento, e por isso, não estão limitadas às normas jurídicas, mas também englobam o contexto histórico-social e muitas outras categorias. Neste sentido: VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del Sistema Penal. 2ª Edición*. Tirant lo Blanch.. Pg. 221.

tampouco um sem sentido que se diga “A Empresa *Samarco Mineração S.A.* contaminou a bacia hidrográfica da região de Fundão”, ainda que todos saibamos que a empresa *Samarco Mineração S.A.* não possui braços para cometer, por si só, uma conduta com conteúdo descritivo. Assim, dizer que uma empresa efetivamente *fez* algo não é gramaticalmente estranho pois as regras sociais são capazes de admitir que uma pessoa *atue* e de acordo com uma expressão significativa, aí está a capacidade de ação, no sentido atribuído pela vida social²⁴.

1.4) Delimitação do Tema

Uma vez demonstradas as motivações políticas para discutir este assunto, assim como indicada a minha suspeita de que o paradigma linguístico seja capaz de auxiliar o avance desta discussão, este trabalho seria insuficiente sem um apontamento dos problemas que o sistema jurídico-penal demonstra diante da incorporação de uma responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Mais do que isto, é necessário identificar estes problemas para determinar uma dimensão razoável de abordagem do tema, mantendo o presente trabalho de acordo com a sua proposta de uma investigação a nível de graduação.

Ressalto que o que tratarei aqui é exatamente isso: uma suspeita. Não pretendo solucionar estas questões, senão plantá-las e indicar os argumentos teóricos que acredito que possibilitam uma nova perspectiva sobre uma maneira de resolvê-las.

Primeiramente, existem os obstáculos de imputação objetiva e subjetiva. Dentro de uma interpretação tradicional de que uma ação é uma capacidade exclusiva do ser humano, toda tentativa de responsabilizar uma pessoa jurídica seria imputar a uma pessoa (jurídica) o injusto realizado por outra pessoa (física), algo presente em nosso Estado de Direito, pois ainda que uma pessoa possa ser responsabilizada por uma ação que não cometeu materialmente, ela ainda é reconhecida como responsável por sua capacidade de ação e suas contribuições ao delito.

24 VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del Sistema Penal. 2ª Edición.* Tirant lo Blanch.Pg. 223.

Mais do que perguntar “como atua a pessoa jurídica?”, devemos anteriormente questionar se ela possui capacidade de ação, ou seja, não podemos confundir a capacidade de ação com a ação própria.

Ainda que utilizássemos um critério normativo de ação, que considerasse mais o resultado que efetivamente a ação da pessoa jurídica, o problema não seria resolvido. pois deve-se recordar que a norma penal contém um desvalor de ação e um desvalor de resultado²⁵, e, portanto, é evidente que simplesmente considerar o dano ou a danosidade social evitável como forma única de imputação objetiva²⁶ seria uma forma incompleta de solucionar a questão.

Há uma profunda complexidade em encontrar uma maneira constitucionalmente satisfatória e normativamente aceitável de definir a ação de pessoa jurídica. Mais do que isso, devemos nos distanciar de uma pretensão pseudocientífica de partir de (ou, ainda pior, chegar a) um supraconceito de ação, de autor e de causa.²⁷

Foi uma tentativa malsucedida das concepções causais, finais e sociais de formular tal supraconceito que permitisse explicar as ações comissivas, omissivas, dolosas e imprudentes. Isto porque todas estas concepções utilizavam uma concepção filosófica cartesiana, da qual se deduz que a ação é configurada por um ato de vontade e movimentos corporais. A partir daí, criaram uma concepção objetiva da ação, através de sua materialidade, ou uma concepção subjetivista da mesma²⁸.

Uma vez entendido que a ação é um sentido de um substrato, não há um significado que seja comum a todos os substratos (em verdade, os significados são tantos quanto os usos da linguagem) e, portanto, devemos nos dedicar a

²⁵ BUSATO, Paulo Cesar. *Direito Penal – parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013. págs. 207 e seguintes.

²⁶ Como sugere GONZÁLES SIERRA, Pablo. *La Imputación penal de las personas jurídicas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 100 e seguintes.

²⁷ Nesta ideia: VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del Sistema Penal. 2ª Edición*. Tirant lo Blanch.. Pgs. 124 a 126.

²⁸ Para uma explicação mais dedicada a este tema: GÓRRIZ ROYO, Elena M^a. *El concepto de autor en Derecho Penal*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2008. Págs. 48 e seguintes.

cada tipo de ação, para verificar se uma pessoa jurídica – com suas especificidades de ser uma pessoa fictícia – pode exprimir um sentido linguístico.

Certamente, por esta diferença na própria natureza das dimensões objetivas de uma pessoa jurídica e uma física, o conteúdo do injusto da pessoa jurídica deve ser distinto daquele das pessoas físicas. Isso significa que ainda que seja aceitável que os dois tipos de pessoa expressem ações, o conteúdo sobre o qual se atribui o sentido destas ações é diferente, e por isso, o conteúdo do injusto também é necessariamente diferente. Ainda que a complexidade da organização estruturada horizontal e verticalmente de uma pessoa jurídica requeira um conteúdo de imputação diferenciado, isso não é o mesmo que fundamentar que este conteúdo implica contrariedade ao conjunto de garantias do Direito penal.

A imputação subjetiva de uma pessoa jurídica tampouco é algo facilmente suposto da teoria clássica do delito, é evidente que, uma vez que a pessoa jurídica não possui uma capacidade cognitiva, nem sequer as teorias finalistas que concluem a subjetividade da ação na inalcançável dimensão psicológica poderiam estabelecer um critério de imputação subjetiva às pessoas fictícias. Para resolver esta deficiência de capacidade cognitiva das pessoas jurídicas, alguns doutrinadores propõem bases normativas de imputação de responsabilidade subjetiva²⁹. Todavia, acredito que uma utilização de uma estrutura unicamente normativa para definir a imputação subjetiva seja insuficiente, pois, se a expressão de sentido é atribuída ao substrato (contexto) através das regras gramaticais, ainda que a norma (por ser um conteúdo social) possa ditar algumas destas regras, para ter um entendimento completo de uma ação como tal, devemos atribuir os elementos subjetivos da conduta linguisticamente, mais que apenas normativamente³⁰.

Assim como o conteúdo físico de imputação da pessoa jurídica deve ser diferente da pessoa física, baseando-se em uma diferença de substrato físico

29 GONZÁLES SIERRA, Pablo. *La Imputación penal de las personas jurídicas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014. Pg. 101; GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomson Reuters, 2015, págs. 125 e seguintes.

30 VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del Sistema Penal. 2ª Edición*. Tirant lo Blanch.. Pgs. 287 e seguintes.

entre os dois tipos de pessoa, o conteúdo subjetivo de imputação também deve ser diferente, pelo mesmo motivo.

Em segundo lugar, existem as questões de culpabilidade da pessoa jurídica.

Devemos nos recordar que, na perspectiva significativa, a liberdade não é fundamento da culpabilidade, como faz a maioria da doutrina³¹, mas pressuposto da ação mesma³². Todavia, ainda se discute no âmbito da culpabilidade a possibilidade do autor de agir de outra maneira, e por isso, falar de culpabilidade da pessoa jurídica nos faz voltar ao título deste trabalho: teríamos que conceitualmente e linguisticamente explorar a capacidade de ação de uma pessoa jurídica para extrair dela um conteúdo *não indutivo* de culpabilidade; e claro, isto só será possível uma vez que haja uma conclusão sobre a existência de tal capacidade. É necessário que uma pessoa jurídica atue, e que o faça de uma maneira que se possa atribuir à opção de atuar de tal maneira uma dimensão de reprovação. É necessária uma maneira de comprovar a existência de uma infração de um dever juridicamente exigível (pois previsto) ao sujeito dentro das circunstâncias pessoais (contexto linguístico) em que atuou.

As consequências jurídicas devem respeitar os limites de personalidade das penas, uma vez que efetivamente serão pessoas físicas as que sofrem com as consequências, incluso aquelas que não têm nenhuma relação com o ilícito cometido. Esta crítica, ainda que eu a considere criminologicamente válida para discutir os limites da personalidade das penas, não é um argumento que torna insustentável a responsabilidade da pessoa jurídica. Pois uma punição promovida pelo estado que gera danos colaterais sobre terceiros não é algo, por si só, inconstitucional. Qualquer tipo de sanção penal pode produzir efeitos prejudiciais a terceiros, seja entre membros de uma unidade familiar, quando um destes membros é privado de liberdade, seja os trabalhadores empregados por uma empresa, quando se procede a dissolução desta.

31 Por exemplo, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, página 92, e QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General de Derecho Penal*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, página 76.

32 VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del Sistema Penal. 2ª Edición*. Tirant lo Blanch. Pg. 325.

Também há questões relativas ao princípio *non bis in idem* quando se sanciona uma pessoa jurídica e uma pessoa física (um administrador-sócio, por exemplo) também considerada responsável. Existem objeções constitucionais que dizem que existe uma dupla sanção a este administrador, pois recebe, por exemplo, uma multa “pessoal” e outra através de sua responsabilidade relativa à pessoa jurídica sancionada. Para nos distanciar deste entendimento, devemos recordar que o princípio *non bis in idem* é uma conclusão a partir do princípio de proporcionalidade das penas, e por isso, não existe uma dupla sanção quando os fundamentos das duas sanções são de naturezas diferentes: a reprovação à pessoa jurídica se estende para mais do que a reprovação a este único administrador, enquanto a reprovação a este se direciona unicamente a ele mesmo. Certamente, as situações reais são muito mais complexas do que isso, e é possível que ainda que as sanções sejam fundamentalmente distintas, substancialmente sejam as mesmas, o que pode acontecer em empresas de pequeno e médio porte. Por isso, mais que sustentar que é impossível que exista o *bis in idem* em sanções a pessoas jurídicas e físicas, digo que não existe necessariamente, mas que devemos ter cuidado no momento de aplicar as penas, verificando o caso concreto.

2) A Ação

A primeira dificuldade teórica a ser enfrentada no presente trabalho é a ação da pessoa jurídica. Para pensar em torno desta categoria, primeiramente é necessário estabelecer algumas bases, tais como a extensão em que este conceito é utilizado para a teoria do delito, assim como as suas funções nesta.

Desta forma, a estrutura deste capítulo irá abordar as funções da ação e a ação comissiva e omissiva justamente para procurar uma possibilidade de contemplar o que pode ser considerado uma ação de uma pessoa jurídica que seja penalmente relevante. A preocupação especial com a ação omissiva se dá pela própria natureza dos delitos que se pretendem imputar a pessoas jurídicas, mais comumente vinculados à uma falta de dever de cuidado do que de uma conduta comissiva.

Deve ser frisado que esta preocupação com as funções e modalidades da ação não mascaram um intento de recriar o que a doutrina nomeia de supraconceito de ação (que será discutido mais adiante), mas é apenas uma forma de compor esta discussão de uma forma intelectualmente honesta, utilizando de critérios já preestabelecidos para verificar a consistência de uma proposta de ação de uma pessoa jurídica.

Em seguida, o conceito de ação das diferentes correntes teóricas majoritárias será posto em comparação com o conceito de ação significativa, em um intento de comprovar o que quero dizer com o potencial inovador da teoria da ação significativa em plantear a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Finalmente, será feita uma abordagem sobre outros intentos de responsabilização da pessoa jurídica, seja atribuindo a ela uma responsabilidade de uma ação feita por uma pessoa física, seja reconhecendo sua própria capacidade de ação.

2.1) Ação e suas funções

O conceito de ação assumiu no percurso da história diferentes definições e interpretações. O debate intenso em torno dessas concepções denota a relevância assumida pela teoria do delito para o Direito penal. Paulo Busato

explica que se trata a teoria do delito de uma “verdadeira gramática” interpretativa para o crime, apesar de não ser a única forma de compreendê-lo³³.

Nesse sentido, a existência da ação como ponto nevrálgico do Direito Penal - antecedendo inclusive considerações próprias da teoria do direito, sendo muito mais uma matéria da filosofia do Direito (penal) - implica que a teoria da ação cumpra certas funções. Vives Antón³⁴ trabalha com a existência de quatro funções: a) Classificatória; b) de Coordenação; c) Definitória; e d) Negativa ou Dialética.

A função classificatória parte do fato de que, indiferente da corrente doutrinária, é uma opinião unânime que o Direito Penal se dedica unicamente a ações, e que as ações devem ser o gênero comum das diversas espécies delitivas, sejam estas comissivas, omissivas, dolosas ou culposas³⁵. Por isso, é claro que o denominador comum de todo delito é o fato de ele ser uma ação, tratando-se de uma condição *sine qua non* para que algo seja considerado como tal.

A função de coordenação demonstra exatamente a razão da ação ser um ponto nevrálgico do Direito Penal, pois é através dela que os elementos da teoria do delito se mantêm coesos, todos eles se direcionam sobre valorações de diferentes formas sobre uma mesma ação, impedindo que existam tautologias. É cumprindo a sua função de coordenação que a ação é considerada “a unidade superior de todos os fenômenos do Direito penal”³⁶.

A função definitória serve para determinar quais são os atributos da ação que são relevantes para o direito penal, e se relaciona diretamente com as análises a serem feitas pelas diferentes pretensões da teoria do delito. Desta forma, a ação deve ser preenchida de substrato sobre o qual se podem articular

33 BUSATO, Paulo Cesar. Direito Penal – parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. pág. 206.

34 VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del Sistema Penal. 2ª Edición*. Tirant lo Blanch. 2011. Pág. 123.

35 “(...) la acción há de ser el género común de que quepa desgajar las diversas espécies delictivas(...)” VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del Sistema Penal. 2ª Edición*. Tirant lo Blanch. 2011. Pág. 123.

36 LIEPMANN. *Introducción al Derecho penal. Una crítica de los conceptos criminalistas fundamentales*. B de F. 2014. pág. 27

juízos de desvalor e de reprovação, ficando além daquilo que pode ser penalmente relevante considerações que escapam estas análises.

A função negativa ou dialética da ação é uma mera consequência da função classificatória: se apenas uma ação pode ser matéria penal, tudo que não é uma ação não o será. Isto significa que tudo que não é derivado de uma escolha humana, mas acontece na realidade não pode ser considerado um crime. Trata-se de uma afirmação simples quando há compreensão de que uma pessoa atingida por um raio não foi assassinada, ou de que um médico que não foi capaz de salvar uma pessoa em uma cirurgia emergencial arriscada não é um assassino. Tal lógica se estende ao fato de que tudo aquilo alheio à escolha de uma pessoa possa ser criminalizado, e é por isso que também não pode ser matéria criminal uma pessoa ser destra, ou loira, ou morena, ou negra ou pertencente a um específico grupo étnico, pois ser algo não é ação.

Por sua vez, entende Juarez Cirino que a existência da teoria da ação possui funções “teóricas, metodológicas e práticas de unificação, de fundamentação e de delimitação das ações humanas”³⁷. Compreende-se a função teórica de unificação a partir da ação e omissão como espécies de comportamentos, positivos ou negativos, que constituem o objeto material para o processo penal. Para ele, é desnecessário o gênero conduta, bastando o entendimento de uma ação proibida ou omissão de uma ação que era mandada. A função metodológica de fundamentação trata a ação como uma base para o conceito de crime, que é formado também pela unidade subjetiva e objetiva através dos tipos de injusto e culpabilidade, sendo substrato para objeto de reprovação e juízo de reprovação. Em outras palavras, é a partir do conteúdo da ação que se tem algo substancial sobre o qual os atributos do conceito analítico de crime se debruçarão. E, por fim, possui função prática de delimitação, pois assim identifica-se quais ações ou omissões humanas fazem parte do conceito de ação. Esta é observada como ocorrência exclusiva de pessoas naturais, de forma a excluir acontecimentos da natureza, fenômenos, ataques de animais, movimentos inconscientes ou mecânicas, atos de pessoas jurídicas, entre

37 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – parte geral*. 5. Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 96.

outros. Assim, delimita o que é relevante ao direito penal do que é “ausência de ação”³⁸.

Não obstante os afastamentos de cada autor quanto à teoria da ação, é partindo da concepção de ação em suas teorias que é possível apreender a ação humana e sobre ela imputar uma norma penal.

2.2) Comissão e Omissão

As condutas típicas para o direito penal podem ser comissivas, correspondendo ao *fazer algo* ou omissivas, *deixar de fazer algo que se exige que faça*. As condutas típicas comissivas correspondem à avassaladora maioria dos tipos penais presentes na legislação brasileira, contudo, as condutas típicas omissivas, para serem devidamente entendidas, precisam de mais uma subdivisão: as omissões próprias e impróprias.

De fato, há vários problemas de ordem lógica e metafísica no âmbito dos delitos omissivos. Conforme Fábio D'Ávila, a omissão requer um tratamento diferenciado³⁹ em virtude da sua natureza.

Assim, quanto à divisão, os delitos omissivos próprios são aqueles que possuem em sua descrição típica um não fazer - como é o caso de uma omissão de socorro - enquanto as omissões impróprias ocorrem quando o agente, através de uma inatividade deliberada, realiza o resultado de um tipo penal que descreve um fazer.

O fundamento legal para a relevância das condutas omissivas próprias e impróprias também são diferentes entre si. Quando uma pessoa realiza uma conduta omissiva imprópria - também chamada de comissão por omissão -, a realização do ato ilícito se dá de maneira omissiva, que por isso, não estará vinculado a um tipo que prevê um “não-fazer”, mas sim uma conduta positiva⁴⁰. É relevante mencionar - apesar de não ser esse o foco da explicação aqui desenvolvida - que o delito omissivo impróprio se caracteriza pelo seu resultado

38 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – parte geral*. 5. Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. pág. 96.

39 D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. pág. 251.

40 Assim: BUSATO, Paulo Cesar. *Direito Penal – parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013. Pág. 293.

unicamente, não admitindo sua forma tentada, por uma razão muito simples: se a pessoa nada faz, e desta inação nada acontece, é evidente que o Direito penal não possui qualquer substrato para intervir neste (não-) acontecimento.

Já nos casos das omissões próprias, o fundamento jurídico para um não fazer penalmente relevante é um pouco mais complexo que isso. Basicamente, o legislador penal está na maior parte do tempo preocupando-se em castigar comportamentos comissivos que considera nefastos para a vida em sociedade. Porém, em certos momentos, o legislador também entende a exigência de deveres que são tão relevantes para a vida em sociedade que ele decide compelir as pessoas a atuarem positivamente, criando uma determinação legal que penaliza o descumprimento deste dever.

Este dever não deve confundir-se com aquele oriundo da posição de garante, que é um dever relativo a algumas hipóteses de omissão imprópria. Este dever previsto deve ser entendido como comando normativo determinando a atuação⁴¹

Assim, a fundamentação da criação de um tipo penal que reprova um não fazer está no descumprimento de um dever de agir que a pessoa claramente detinha na situação fática por ser um garantidor. Isso significa que os crimes omissivos próprios figuram um rol especial de pessoas, definidas pela norma como compelidas a impedir a produção do resultado.

Como ressalva Fernando Galvão, quando falamos sobre a guarda de um bem jurídico concreto “não é necessário existir dispositivo expresso atribuindo ao indivíduo tais obrigações. Basta que seja possível extrair-se do sistema da lei que lhe é imposta a obrigação, ainda que implícita, de atuação em favor do bem jurídico”.⁴²

Contudo, quando a lei fala sobre dever de impedir o resultado, não surge disso uma obrigação do resultado ser efetivamente impedido, mas apenas que a pessoa tome medidas apropriadas para impedir este resultado. As limitações de medidas apropriadas também limitam o quão longe a pessoa em posição de garante deve ir para impedir um resultado. Por exemplo, um salva-vidas que

⁴¹ BUSATO, Paulo Cesar. *Direito Penal – parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013. Pág. 291.

⁴² GALVÃO, Fernando. *Direito Penal - Parte Geral. 2. Ed.* Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Pág. 237.

percebe que uma pessoa está se afogando no mar durante uma tempestade, sendo evidente que uma tentativa de resgate será fatal para o próprio salvadas, não será legalmente obrigado a tentar um salvamento heroico.

As omissões penalmente relevantes são equivalentes à ação, em termo de desvalor jurídico, indiferente a conclusão teórica sobre a equivalência ou disparidade entre a natureza das ações e omissões.

É relevante introduzir este comentário sobre estas diferentes formas de conduta para, ao raciocinar sobre a capacidade de ação de pessoas jurídicas, verdadeiro objetivo deste trabalho, tenham-se elas em mente.

2.3) Distintas teorias da ação

Uma vez apresentadas as funções e o conteúdo da ação, é necessário também raciocinar sobre as diferentes formas dogmáticas que a ação assumiu no decorrer do desenvolvimento da teoria do delito até os seus moldes contemporâneos.

Acompanhando as exigências das quatro funções da ação, não tardou para que a doutrina penal tentasse desenvolver um conceito abstrato de ação que pudesse englobar todas as funções necessárias. A maior dificuldade desta tentativa foi na função classificatória, pois teria que ser desenvolvido um conceito abstrato de ação que fosse aplicável a atos comissivos, omissivos, dolosos e culposos. Esta tentativa é chamada de supraconceito de ação⁴³.

O supraconceito de ação se sustenta na mente como uma concepção cartesiana, ou seja, entende a mente como o instrumento de direção do corpo humano através do querer. Nesta estrutura da relação mente-corpo, os movimentos físicos são manifestações de um processo ulterior (e inalcançável, mas suposto) de vontade ou querer, e por esse motivo, a ação deve se equilibrar

43 BUBNOFF, E. *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungs begriffen von Feuerbach bis Liszt unter besondere Berücksichtigung der Hegelsschule*, Heideberg, 1966, págs. 134 e seguintes.

entre a existência do movimento físico e do ato de vontade do indivíduo que atua.⁴⁴

As diferentes correntes doutrinárias desenvolveram interpretações distintas em relação aos fundamentos e às consequências deste supraconceito de ação, a seguir estão as teorias da ação desenvolvidas pelas doutrinas mais influentes.

Sobre os diversos modelos que balizam a teoria da ação, apresenta-se o desenvolvimento deste conceito.

2.3.1) Ação Causal-Naturalista.

A doutrina causal-naturalista, conhecida principalmente pelos professores alemães Franz von Liszt⁴⁵, Gustav Radbruch e Karl Binding, indica categoricamente a necessidade de um supraconceito de ação, sustentando que mesmo que a classificação das ações penalmente relevantes seja uma tarefa da parte especial do Direito Penal, o conceito de ação é parte da teoria geral do Direito, como explica o professor Radbruch:

La clasificación de los derechos penales subjetivos es una genuina tarea jurídico-penal. Se cumple en la Parte especial. El lugar de su término genérico, el derecho penal subjetivo, en ordenaciones más elevadas, corresponde a la teoría general del Derecho. Como ella no ha satisfecho hasta el momento dicha exigencia, es imposible caracterizar el derecho penal sólo a través de su diferencia específica y, antes bien, hay que producirlo ante nuestros ojos merced a la síntesis de todos sus elementos. [...]

Clasificar las clases de delito y pena es una tarea específicamente jurídico-penal. El sistema de penas está dado en la Parte general; el

⁴⁴ Neste sentido: VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del Sistema Penal. 2ª Edición*. Tirant lo Blanch. 2011. Pág. 124; VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. *Concepción Significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. P. 332.

⁴⁵ LISZT, Franz v., *Tratado de Direito Penal Alemão*, tomo I, traduzido por José Hygino Duarte Pereira, Rio de Janeiro : Briguiet, 1899.

sistema de los delitos aparece, una mitad en la Parte especial, y otra mitad en la Parte general.⁴⁶

Seguindo este entendimento, Radbruch sustenta que o conceito de ação é estruturado em cima de uma pluralidade de condutas e uma unicidade de sentido⁴⁷. A pluralidade de condutas está nos diferentes tipos de condutas ilícitas que são tipificadas na parte especial do Direito Penal. Estas condutas são dadas como o conteúdo da ação, e por este motivo, não podem ser elemento do conceito de ação. É uma questão de evitar tautologias: para alcançar o conteúdo, é necessário antes o conceito, para analisar o objeto (neste caso, a ação) pelo que ele é (uma ação, e não qualquer outra coisa). Remeter ao conteúdo para fundamentar o conceito cria uma “trava lógica”, pois é necessário saber o conteúdo para definir o conceito, e também é necessário saber o conceito para definir o conteúdo.

Para definir o conceito de ação, Radbruch acompanha o entendimento de seu mestre Von Liszt e determina a necessidade da unicidade de sentido que uma ação penalmente relevante transmite. Este pode ser considerado o momento de gênese do supraconceito de ação.

Para alcançar esta unicidade de sentido, seria necessário seguir o princípio segundo o qual um elemento tem que ser pensado em relação com todas as suas partes, só podendo ser concebido conceitualmente depois de

46 RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho Penal*. B de F. 2011. Pág. 100. “A classificação de direitos penais subjetivos é uma verdadeira tarefa jurídico-criminal. Se cumpre na parte especial. O lugar de seu termo genérico, a lei penal subjetiva, nas ordenações superiores, corresponde à teoria geral do Direito. Como ela não satisfaz, até agora, dita exigência, é impossível caracterizar a lei criminal apenas por sua diferença específica e, em vez disso, deve ser produzida diante de nossos olhos à mercê das sínteses de todos os seus elementos. [...]”

Classificar os tipos de crime e punição é uma tarefa legal-criminal específica. O sistema de penalidades é dado na parte geral; o sistema de crimes aparece, metade na parte especial e outra meta na parte geral.” Tradução livre.

47 RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho Penal*. B de F. 2011. Pág. 102.

integradas todas as suas partes⁴⁸; o elemento é o delito e as suas partes são as diferentes categorias da teoria do delito. Por este raciocínio, a ação possui um sentido único, que é servir de ponto de partida de todo o sistema jurídico-punitivo.

Entendida a ação como ponto de partida da teoria da pena, os causais-naturalistas trataram de se questionar se existia algo mais anterior do que a ação própria, e por isso se dedicaram a investigar a relação entre a vontade do agente e os movimentos físicos que este agente faz para produzir a ação chamada pela lei de “ação punível”.

Liszt observa a ação como um processo causal a partir de um ato de vontade de seu autor, necessariamente havendo resultado. Para ele, o elemento voluntário é a gênese da ação, mas não é relevante para fins de análise do delito em si, conforme explica:

*der Ansicht sind, daß die verbrecherische Handlung in ihrem Sondermerkmalen nicht verstanden werden kann, wenn nicht vorher das psychologische Wesen der Handlung überhaupt festgestellt ist.*⁴⁹

De maneira semelhante, Binding enuncia que a ação é condicionada por um presumido conceito de vontade cuja causa imaterial produz mudanças materiais, produzindo uma cadeia causal procedente da vontade⁵⁰, e por isso, o movimento corporal seria um “puro produto da vontade”.

Seguindo o entendimento tanto de Binding como de Von Liszt, a vontade do agente é reconhecida como parte integrante e anterior da cadeia causalística que produz o resultado indesejado que é o crime. Contudo, são categóricos em

48 RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho Penal*. B de F. 2011. Pág. 104.

49 "A ideia (visão) é que a conduta infratora não pode ser entendida em suas especificidades quando não antes for estabelecido qual era o conhecimento psicológico sobre a ação mesma". Tradução livre. In: LISZT, Franz von. *Zeitschrift für das Privat und öffentlichen Recht der Gegenwart*. 1908. Pág. 33. Disponível na Biblioteca nacional alemã:

<https://portal.dnb.de/opac.htm?method=showFullRecord¤tResultId=Zeitschrift+and+f%26any¤tPosition=0>. Acesso em 10 abril 2018.

50 RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho Penal*. B de F. 2011. Pág. 151.

afirmar que esta vontade, por ser imaterial, está alheia aos processos físicos que podem ser matéria de perseguição penal.

Radbruch, por sua vez, faz duas ressalvas relativas a estes conceitos. Primeiramente, revela que nem todo movimento corporal de uma pessoa é produto de sua vontade, como nos casos de atos reflexos. Desta forma, Radbruch entende que apesar do elemento volitivo não ser acessível tampouco relevante para fins de teoria da pena, a sua presunção de existência tem que ser verificada, pois é a origem da cadeia causalística⁵¹.

Em segundo lugar, Radbruch revela que certas “vontades” induzem o indivíduo a não agir, e justamente por este motivo, critica Von Liszt por não incluir em sua interpretação unitária de ação aqueles momentos que a pessoa não emprega de movimentos voluntários para realizar a sua vontade, omitindo-se de agir.

É exatamente pela falta desta modalidade secundária de ação que Radbruch discorda de von Liszt, estendendo o conceito de ação.

2.3.2) Ação Neokantiana.

A doutrina neokantiana, representada aqui pelos trabalhos do professor Edmund Mezger, tratou de retomar a perspectiva da ação ontológica dos causais-naturalistas, somada a uma dimensão normativa para fundamentar o que o professor Mezger chamou de “atitude esperada”.⁵²

Mezger entendia que o Direito penal deve se dedicar a criar a previsão de ações que são relevantes, essa relevância pode existir tanto em um sentido negativo, sendo essas as ações que são contrárias ao interesse social; como em um sentido, sendo as ações que são tão relevantes para o interesse social comum, que deixar de executá-las pode ser conteúdo de uma resposta penal.

Sobre as atitudes esperadas negativas eram criados os tipos penais que previam comissões, com a finalidade de desencorajar a sua prática com uma sanção penal.

51 RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho Penal*. B de F. 2011. Pág. 162.

52 MEZGER, E. *Tratado de Derecho penal, traducción y notas de Rodríguez Muñoz*. Madrid. 1957. Págs. 156 e seguintes.

Sobre as atitudes esperadas positivas eram criados os tipos penais omissivos próprios, pretendendo garantir a comissão destes.

A proposta de Mezger de retomar um conceito normativo-ontológico de ação foi duramente criticada em seu tempo, opondo-se a essa proposta a maior parte dos finalistas, incluindo Welzel, e também diante do revisionismo de seu trabalho feito por Francisco Muñoz Conde⁵³. Contudo, as críticas possuíam raízes diferentes; enquanto Welzel criticava o conteúdo da ação esperada por criar uma confusão com o conceito de antijuricidade, a crítica de Muñoz Conde é sustentada no fato de que Mezger somente voltou a se dedicar à parte menos ideológica do Direito penal para se afastar das suas contribuições com o Código Penal Alemão do 3º Reich, e sua extensiva contribuição com o partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães.

2.3.3) Ação Finalista

O modelo finalista de ação surge com Welzel, além de Maurach, Armin Kaufmann, Stratenwerth e Hirsch, entre outros. Para tratar sobre o conceito de ação neste modelo, o trabalho do Professor Hans Welzel será usado como exemplo.

Welzel acredita que não é tão simplesmente a ação o exercício de uma atividade de causalidade⁵⁴. Os finalistas entendem que a ação não é causal, mera consequência lógica de um processo que inicia na sua vontade, mas uma vez manifestada na realidade se torna algo simplesmente ontológico. O caráter final da ação humana baseia-se no fato de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever dentro de certos limites as possíveis consequências de sua conduta, designando-lhe fins diversos e dirigindo a sua atividade conforme um

53 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo - 4ª edición*. Valencia. 2003.

54 WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. São Paulo. 2011. Pág. 32.

plano. O saber causal do homem permite que ele atue preocupado com uma finalidade, e não com o mero ato de dar início à ação⁵⁵.

É também por isso que os finalistas percebem que a vontade por detrás da ação não existe somente como motivo para dar início à ação, mas em verdade a orienta durante toda a sua execução, pois o indivíduo está preocupado com o resultado da ação. Por exemplo, uma pessoa não se alimenta por interesse no próprio ato de se alimentar, mas em verdade, foca em estar satisfeita, em sanar a sua fome, ou seja, se alimenta com a finalidade de se satisfazer.

Da mesma maneira este preceito finalista se dirige para as ações criminosas, se uma pessoa A decide matar a pessoa B, dando-lhe um tiro, a vontade da pessoa A está em produzir o resultado (cumprir a finalidade) mas também em disparar a arma, pois este disparo é o meio empregado para o fim desejado.

Explica Welzel, “Não existem, portanto, ações finais em si, ou “em absoluto”, mas apenas em relação às consequências compreendidas pela vontade de realização.”⁵⁶

Welzel entende que a estrutura final da conduta humana deve necessariamente ser levada em conta pelas normas de Direito penal. As proibições e os mandatos do Direito não devem se destinar a processos causais cegos, mas tão somente a condutas finais.

A estrutura finalista é mais adequada que a estrutura causal-finalista para diferenciar as estruturas entre as condutas dolosas e culposas, pois o foco no ato de vontade permite que se entenda o elemento volitivo da ação desde a sua formação. Dando maior conteúdo ao processo mental que dá origem à ação e durante a orientação volitiva que a ação passa durante seu desenvolver.

As condutas finais, no entanto, são uma elaboração mais complexa sobre o conceito de ação, e com uma complexidade maior da ação, necessariamente

55 WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. São Paulo. 2011. Pág. 33.

56 WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. São Paulo. 2011. Pág. 36.

surge uma complexidade maior das normas que tratam sobre a ação. Isto gerou uma subdivisão em três grupos de proibições e mandatos⁵⁷.

O primeiro e mais importante grupo de normas se refere àquilo que o autor quer realizar com a sua ação. A ação aqui prevista é aquela dolosa comissiva, e por isso, neste primeiro grupo de normas, a produção final de um resultado realizado, mas socialmente não desejado, é proibida.

O segundo grupo de normas diz respeito aos meios que o autor usa, não exatamente ao resultado. Como vimos, o ato de vontade não existe somente no momento final, mas orienta a conduta humana constantemente.

Neste segundo grupo, as normas exigem *standards* de cuidado, a fim de que os meios empregados pelas pessoas - mesmo os meios para finalidades não típicas - não gerem acidentalmente um resultado socialmente indesejado. Por exemplo, uma pessoa que dirige um carro para se locomover não possui nenhuma finalidade socialmente indesejada incrustada em sua conduta, contudo, se ela dirige de maneira descuidada, pode gerar um acidente. Desta forma, as normas do segundo grupo exigem que certas ações sejam realizadas com o cuidado necessário, e proíbe estas ações se isentas desse mínimo de cuidado. As ações que são previstas nesse grupo de normas são, portanto, as ações comissivas culposas, que por não serem preenchidas de uma vontade específica, tudo que a lei pode fazer é prever mecanismos para sejam evitadas e penalizar o descuido.

O terceiro grupo de normas exige que certas ações sejam feitas para evitar resultados socialmente indesejados. São normas que se dedicam a proibir ações omissivas próprias.

Segundo Juarez Cirino, uma das maiores contribuições da teoria final da ação é a unidade subjetiva e objetiva da ação humana, com a homogeneidade entre teoria da ação pelo substantivo e a teoria da ação típica como substantivo adjetivado.

No tocante à imprudência e omissão, um ponto tido como sensível dessa teoria por muitos autores, Juarez Cirino afirma que há compreensão de que a ação imprudente seria uma execução defeituosa de uma ação permitida, que

57 WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. São Paulo. 2011. Pág. 42.

lesionaria o dever de cuidado ou ultrapassaria os limites do risco permitido. Há duas hipóteses, portanto: o autor da ação confia que evitará resultados indesejáveis ou deixa de pensar neles. Já a omissão da ação seria uma ação mandada, que teria uma finalidade de proteger determinado bem jurídico em situações específicas de perigo. Nesse sentido, quando poderia e deveria o indivíduo agir para proteger o bem jurídico e não o faz, caracteriza-se a omissão da ação. Em suma, define o autor:

(...)permite compreender as ações dolosas como execução de ações proibidas, as ações imprudentes como execução defeituosa de ação permitida e a omissão de ação como inexecução de ação mandada, dolosa ou imprudente.⁵⁸

Dentro do modelo finalista, Juarez Tavares observa que estariam a ação e omissão classificadas como gênero abarcado pelo denominador comum de visarem um fim, uma vontade final⁵⁹. Tavares aponta contradições, sendo a maior delas tentativa de abarcar omissão dentro de categoria ontológica, do ser - quando somente poderia ser assim identificada caso houvesse um dever de agir relacionado. Além disso, afirma não ser possível conceituar a omissão sem que se trate de uma norma mandamental e identifica que sua pretensão ontológica somente seria capaz de compreender a omissão como conceito limitativo da própria ação.

De toda forma, Juarez Tavares enfatiza a inafastável conclusão de que não é possível falar de omissão sem a violação do dever de agir. E, tal dever de agir, não existe em categoria ôntica, mas é “produto de um juízo de valor extraído da própria norma mandamental”⁶⁰. Caso não haja dever de agir vinculado à atividade do sujeito, sua inatividade não é relevante.

Os diferentes conceitos de ação vistos até agora, em verdade, são diferentes na medida do quão profundamente analisam este equilíbrio entre

58 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – parte geral*. 5. Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 89.

59 TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Marcial Pons, 2012. p. 247.

60 TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Marcial Pons, 2012. p. 248.

movimento físico e ato de vontade, com maior ou menor sucesso em explicar a ação como uma realidade. Enquanto o causalismo se dedica muito mais a analisar o movimento físico praticado, ele se torna muito capaz de embarcar o dolo e a culpa como conceitos de mesma natureza, pois afinal, não existindo uma preocupação com a vontade geradora do movimento físico, é indiferente para o causalista o atropelamento por imprudência ou por intenção deliberada.

Porém, é evidente que a doutrina causalista não consegue embarcar o conceito de omissão como algo de mesma natureza que a ação comissiva, por justamente não existir movimento físico por parte do autor omissor. Conforme Juarez Tavares, “lançando os olhos sobre a evolução do conceito analítico de delito, pode-se constatar que a omissão não passava, inicialmente, de modalidade secundária de ação”⁶¹.

2.3.4) Ação Pessoal

O conceito de Ação Pessoal desenvolvido pelo Professor Claus Roxin parte de uma discussão sobre a verdadeira necessidade de um supraconceito (Oberbegriff) de ação e sua posição na construção da teoria do delito⁶².

O professor Roxin externa o seu interesse em que o conceito de ação seja isento do Direito, podendo ser explicado à parte de uma realidade jurídica. Contudo, é central que o conceito de ação também possua as orientações de suas funções classificatória, de coordenação e definitiva, pois somente assim a ação possui “valor sistemático”, ou seja, é uma peça correspondente válida para a estruturação da teoria do delito.

Dito isto, Roxin reconhece os vícios possíveis de uma tentativa de estruturar a ação como forma pré-típica na teoria do delito, e por isso fundamenta uma superação do supraconceito de ação, sustentando-se nas funções necessárias da ação e não apenas em elementos pré-jurídicos⁶³.

61 TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Marcial Pons, 2012. p. 31.

62 ROXIN, Claus. *Derecho Penal – parte general, Tomo 1. Fundamentos de la estructura de la teoria del delito*. Tradução de LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Madrid. Civitas. 1997. Pág. 233.

63 ROXIN, Claus. *Derecho Penal – parte general, Tomo 1. Fundamentos de la estructura de la teoria del delito*. Tradução de LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Madrid. Civitas. 1997. Pág. 255.

Roxin apresenta o modelo pessoal de ação, entendendo que uma conduta humana possui em si o signo distintivo de ser uma exteriorização da personalidade desta (*Persönlichkeitsäusserung*), e por isso, este deveria ser seu elemento fundamental. Por este signo distintivo, Roxin determina que para que exista uma responsabilidade da pessoa sobre uma conduta específica, deveria ser utilizada a capacidade da pessoa de dominar a ação (*beherrschen*). Exclui-se assim do conceito de ação aquelas manifestações que não advenham da vontade humana, a exemplo dos movimentos reflexos⁶⁴.

Sobre este modelo de ação, a primeira crítica que pode ser feita baseia-se justamente no fato de partir de preceitos de condutas positivas e pré-típicas. O problema nisto é que o Direito penal não se dedica apenas às condutas positivas (tratando também de omissões), como tampouco é relevante para a teoria do delito qualquer conduta não prevista (tipificada) em respeito ao princípio de Legalidade. Assim, apesar de as funções estruturadas pelo professor Roxin poderem ser entendidas dialeticamente (de tal forma que as condutas omissivas cumpririam as mesmas funções, mas prevendo um não-fazer), é evidente que a mera escolha de reconhecer a ação comissiva como ponto de referência para estruturar todo o conceito de ação irá gerar uma tratativa desproporcional quando tratando sobre crimes omissivos⁶⁵.

Ademais, os limites de o que é uma verdadeira manifestação de personalidade - apesar de serem menos gritantemente problemáticos do que uma determinação interna do agente (como era teorizado pelos finalistas) - continuam sendo muito ocultos para serem utilizados de maneira confiável para a solução de casos. Por exemplo, entender que atos reflexos não são manifestações de personalidade e, portanto, não são ações, está longe de ser o suficiente para solucionar a questão. Por exemplo, poderíamos levar em conta processos como o esquecimento, que é impossível de ser feito conscientemente,

64 ROXIN, Claus. *Derecho Penal – parte general, Tomo 1. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*. Tradução de LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Madrid. Civitas. 1997. Pág. 194.

65 Compartilhando esta ideia: D'AVILA, Fabio Roberto. *O conceito de ação em Direito Penal. Linhas Críticas sobre a adequação e utilidade do conceito de ação na construção teórica do crime*. In *Ensaio penais em homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Souza*. Org. por Ney Fayet Júnior. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003. Pgs. 279 - 304.

mas tampouco pode ser considerado um ato reflexo: uma pessoa que omite por ter se esquecido de algo atuou ou não?

2.3.5) Ação Significativa.

Apresentando uma nova interpretação e um novo paradigma para o conceito de conduta penalmente relevante, Tomas Salvador Vives Antón formula o conceito significativo de ação com base na filosofia de linguagem de Wittgenstein e na teoria da ação comunicativa de Habermas.

De acordo com Vives, a ação é um sentido de um substrato e, por este motivo, não pode ser embarcada em um entendimento absoluto, pois cada ação manifesta seu sentido de uma maneira específica. Explica o professor:

decir que la acción es el significado de un hecho no es sólo cancelar de un portazo la investigación de la acción como acontecimiento natural; sino que, a la vez, tal afirmación abre tantos interrogantes como cierra. Pues no puede decirse que represente una solución del problema del supraconcepto de acción, tal como históricamente se había planteado: al contrario, puesto que la clase de todos los sentidos no puede, a su vez, definirse conceptualmente (puesto que no hay un significado común a todos los significados), entender la acción como sentido equivale a entender que el problema del supraconcepto de acción se hallaba mal planteado y que era, por tanto, un pseudo-problema.⁶⁶

66 VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del Sistema Penal. 2ª Edición*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. p. 222. “Dizer que a ação é o significado de um feito não é apenas criticar a investigação da ação como um evento natural; mas, ao mesmo tempo, essa afirmação abre tantas questões quanto fecha. Pois não se pode dizer que represente uma solução para o problema do supraconceito da ação, como historicamente havia sido proposto: pelo contrário, já que a classe de todos os sentidos não pode, por sua vez, ser definida conceitualmente (já que não há significado comum para todos os significados), compreender a ação como sentido é entender que o problema do supraconceito da ação foi mal estabelecido e que era, portanto, um pseudo-problema.” Tradução Livre.

Dentro do entendimento do professor Vives, compartilhado pelo seu discípulo Paulo César Busato, a ação em sentido jurídico penal, antes de tudo, é um sentido que é dado por uma previsão legal específica e, por isso, não pode ser esvaziada deste sentido tentando estender este conceito para além de suas fronteiras legais. Esta limitação também possui uma carga de proteção de direitos constitucionais, especificamente do princípio de legalidade⁶⁷.

Esta forma de ação vinculada ao seu sentido linguístico é estruturada na teoria significativa em três partes distintas: a) concepção de significados; b) aparência de ação; e c) regras (linguísticas e normativo-linguísticas).

Sobre a concepção de significados, Vives explica que o processo hermenêutico de entender o conteúdo de uma norma que prevê uma ação é um processo de entender um enunciado linguístico, se tratando assim, de semântica.⁶⁸

A semântica, contudo, pode ser: intencional, quando tenta encontrar os propósitos do locutor; formal, quando pretende acompanhar uma interpretação literal da norma (e da ação prevista por ela); ou formal quando também analisa o contexto em que a locução é dita, verificando-a como componente de um sistema que reflete a estrutura do mundo⁶⁹

Evidentemente, se uma ação é um sentido de um substrato, dentro deste substrato não está somente a locução intencional ou formal, mas também o contexto em que este sentido é expressado. Por isso, é dentro da semântica contextual que existem os jogos de linguagem pensados por Wittgenstein, que são nucleares para o pensamento de Vives.⁷⁰

Assim, o significado nada mais é do que uma interpretação que nasce das regras de uso dos símbolos nos diferentes jogos de linguagem.⁷¹

⁶⁷ BUSATO, Paulo Cesar. *Direito Penal – parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013. Pág. 268.

⁶⁸ VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del Sistema Penal. 2ª Edición*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. p. 224.

⁶⁹ VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del Sistema Penal. 2ª Edición*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. p. 225.

⁷⁰ Vide págs. 15 e 16

⁷¹ VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del Sistema Penal. 2ª Edición*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. p. 227.

Sobre a aparência de ação⁷², Vives expõe que a quantidade de possíveis conceitos de ação é idêntica à quantidade de sentidos distintos, que por sua vez são tantos quanto a linguagem permite. O problema na fundamentação linguística para a criação de conceitos é que, em vez da linguagem acusar algo que seja comum a ela toda, demonstra que não há absolutamente nada em comum a todos os fenômenos diferentes com os quais são empregadas a mesma palavra para defini-los.

Por esta impossibilidade de categorização, por possuímos conhecimento de mundo, identificamos o que possui aparência de ação, mas necessitamos de interpretações ulteriores para confirmar essa aparência em uma ação. Um exemplo usado pelo professor Vives é o seguinte:

Si observo que um amigo passa por la calle, pienso que, em esse sentido mínimo, está actuando, mas no sé todavía si huye ante algo que le atemoriza, o si, quizás, trata de acudir a uma cita. La interpretación ulterior puede, incluso, llevar a negar que hubiese acción de clase alguna, v.g., porque, en el ejemplo propuesto, se tratase de um sonámbulo(...).⁷³

Este exemplo usado pelo professor Vives, que é uma alusão ao exemplo apresentado por Habermas em *Pensamentos Pós-metafísicos*⁷⁴, serve para

⁷² VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del Sistema Penal. 2ª Edición*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. págs. 228 e seguintes.

⁷³ VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del Sistema Penal. 2ª Edición*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. págs 228 e 229. “Se eu observar que um amigo está andando na rua, acho que, nesse sentido mínimo, ele está agindo, mas eu ainda não sei se ele foge de algo que o assusta, ou se, talvez, ele esteja indo a um encontro. A interpretação subsequente pode até mesmo negar que houvesse qualquer classe de ação, por exemplo, porque, no exemplo proposto, (o amigo) era um sonámbulo (...).” Tradução Livre.

⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, 1990. Pág. 66: “Quando eu observo que um amigo passa correndo no outro lado da rua, eu posso identificar certamente a sua corrida como sendo uma ação. E a proposição “ele corre na rua” pode servir em muitos contextos como descrição de uma ação; através dela podemos atribuir ao ator a intenção de atingir o mais rapidamente possível um lugar situado no ponto em direção ao qual ele está correndo. No entanto, não podemos inferir essa intenção da

levar à conclusão de que a aparência de ação, para o universo jurídico, corresponde à suspeita suficiente sobre a existência de todos os elementos da teoria do delito, que deve ser confirmada ou afastada com um processo judicial.

O papel das regras, finalmente, é restringir o uso da linguagem e o sentido das ações para os enunciados legalmente previstos. A previsão legal explica a ação e permite que ela seja definida, interpretada, avaliada e justificada⁷⁵.

Estreitamente relacionada com a interpretação do comportamento humano com um substrato legal está a ideia de seguir uma regra. Explica Vives Antón:

El seguimiento de una regla (following a rule) apunta a una relación de la regla con el sujeto, y explica la naturaleza de las reglas. Una regla sólo puede seguirse si hay un uso establecido, conforme al cual haya una captación de la regla que se manifieste, de caso em caso de aplicación, en lo que llamamos <<seguir la regla>> y em lo que llamamos <<contravenirla>>.⁷⁶

Para a concepção significativa da ação, a intencionalidade parte de princípios distintos do que as interpretações Causal-Naturalista e Finalista, pois recusa a presunção de existência da mente cartesiana. Dentro da filosofia da linguagem, a vontade ou intencionalidade não são objetos no mundo, conceitos como “desejo” ou “vontade” não possuem correspondente simbólico no mundo real. Para explicar isto de uma forma elaborada, seria necessária uma verticalização na teoria semiótica de Wittgenstein, que não será feita aqui por não ser esse o objetivo do presente trabalho, porém, em uma breve explicação,

simples observação: nós supomos, ao invés disso, um contexto geral que justifica a suposição de uma tal intenção (...)”

75 VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del Sistema Penal. 2ª Edición*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. p. 229.

76 VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del Sistema Penal. 2ª Edición*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. p. 230. “O seguimento de uma regra (following a rule) aponta para uma relação da regra com o sujeito, e explica a natureza das regras. Uma regra só pode ser seguida se houver um uso estabelecido, segundo o qual há uma compreensão da regra que se manifesta, em caso de aplicação, naquilo que chamamos de ‘seguir a regra’ e naquilo que chamamos de ‘transgredi-la’. Tradução Livre.

existe o conceito linguístico de “madeira”, por exemplo, que existe na dimensão interna do indivíduo. O conceito de “madeira” possui um correspondente real, na dimensão externa, que é quando o indivíduo se depara com um tronco e pode corretamente categorizá-lo como “madeira”, sendo este objeto material correspondente a um conceito linguístico. Porém, “desejo” não existe objetivamente, você pode encontrar coisas que você deseja, mas não o desejo em si.

A intenção, portanto, não se comunica com algo externo a ela, mas sim com uma ação. Somente a ação pode estabelecer as conexões intencionais⁷⁷. No entendimento de Vives, o supraconceito de ação é uma tentativa de configurar a ação como uma realidade pré-jurídica, criada a partir de uma fundamentação filosófica sustentada nos pressupostos inacessíveis da mente humana⁷⁸.

Revisitando os outros conceitos de ação anteriormente explicados, percebemos que desde os Finalistas, a ação passou a possuir uma composição bipartida de elementos objetivos e subjetivos.

Os elementos objetivos correspondem à materialidade ôptica da ação, o movimento físico (o puxar do gatilho, o apunhalar). Foram identificados desde os causais-naturalistas e, por sua natureza ontológica, são inegáveis e indiscutidos pela doutrina penal.

Os elementos subjetivos, no entanto, são as características principais que mudam de teoria para teoria, podendo ser desde uma vontade até uma manifestação de personalidade. Mesmo com a grande divergência doutrinária, nota-se que estes elementos subjetivos oferecidos pelas diferentes doutrinas se encaixam todos dentro do inconsciente humano, de tal forma que a incognoscível mente humana se tornou sinônimo do âmbito subjetivo dentro do Direito Penal.

Contudo, entendendo significativamente, percebeu-se que os elementos subjetivos da ação são atribuídos linguisticamente, linguagem esta que depende

77 VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del Sistema Penal. 2ª Edición*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. p. 233.

78 VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del Sistema Penal. 2ª Edición*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. p. 219.

de sentidos formados pelo uso dela⁷⁹, entendendo dentro do contexto, atribuindo o sentido correspondente às categorias subjetivas da teoria do delito. Dentro da filosofia da linguagem, o Direito Penal reconquista sua capacidade de elaborar sobre tais elementos subjetivos sem a necessidade de presunções sobre o inconsciente, mas simplesmente preenchendo a subjetividade de elementos significativos: a linguagem expressada pela conduta imersa em seu contexto.

Voltando ao enunciado do professor Vives, de que a ação é o sentido de um substrato, nota-se que o substrato corresponde aos elementos ônticos da conduta agregados aos elementos contextuais e pode, de certa forma, ser reconhecido como os elementos de uma dimensão objetiva, enquanto o sentido que se atribui sobre este substrato é o reconhecimento e interpretação da materialidade em seu contexto, preenchendo a dimensão subjetiva. O que se nota desta exposição é que, diferente da estrutura clássica de Von Liszt de divisão entre a dimensão subjetiva e objetiva, nota-se que com a noção do subjetivo como qualidade atributiva, a dimensão subjetiva se forma sobre - e a partir de - elementos objetivos e ônticos, da tal maneira que tais dimensões não deixam de existir, mas se tornam mais próximas, inseparáveis desde uma perspectiva de análise.

2.4) A ação da Pessoa Jurídica.

Elaborada uma exposição macroscópica das diferentes formas de enfrentamento das teorias diante da problemática da ação, se faz necessário reconhecer que, para uma verdadeira superação de um supraconceito de ação, devemos adotar perspectivas mais consonantes com o tema da personalidade jurídica, de tal forma que este capítulo estaria insuficiente sem uma tratativa específica dos intentos de responsabilizar especificamente a pessoa jurídica.

Como ponto de partida para esta parte do trabalho, utilizarei a discussão que se fez na doutrina espanhola com o advento da Lei Ordinária 5/2010 de 23 de junho, que introduziu a responsabilidade penal das pessoas jurídicas no ordenamento espanhol, especialmente com a inclusão do artigo 31 bis.; ter.;

79 VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del Sistema Penal. 2ª Edición*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. p. 226.

quater.; e quinquies. ao Código Penal Espanhol⁸⁰. Desde então, foram criadas interpretações distintas sobre o conteúdo teórico por detrás da norma e sobre a melhor técnica jurídica a ser utilizada para obedecer às diretrizes legais.

⁸⁰ Estes quatro artigos todos tratam sobre a responsabilização penal de pessoas jurídicas, sendo o artigo 31 bis o mais relevante para a explicação aqui feita. Pela própria natureza da dificuldade de traduzir textos legais, cita-se aqui apenas o artigo em seu texto original:

Artículo 31 bis.

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones.

1.^a el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.^a la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.^a los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.^a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.^a del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.^a del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.^o Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.^o Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la

A reforma de 2010 na Espanha influenciou as discussões doutrinárias nacionais em um ponto fundamental, pois incluiu no debate dogmático um conteúdo legislativo. Ainda assim, o presente trabalho possui um interesse diferente que buscar uma praticidade para a realidade espanhola, que é o de desenvolver as teorias. A maioria da doutrina se centrou em duas posições: a) a heterorresponsabilidade ou de atribuição; b) e da autorresponsabilidade da pessoa jurídica⁸¹.

A perspectiva da heterorresponsabilidade da pessoa jurídica se sustenta no entendimento de que o objeto do processo penal em caso de imputação de uma pessoa jurídica deverá se centrar em acreditar que as pessoas físicas, como representantes, gestoras de fato e subordinadas na hierarquia empresarial cometeram o delito, mas que através de um sistema de imputação vicarial, a pessoa jurídica a quem os autores físicos representam também se torna responsável pelo ato. A heterorresponsabilidade se forma através de um ato de conexão.

Através deste ato, as exigências objetivas e subjetivas de um ato penalmente relevante são realizadas por uma conduta de uma pessoa física, mas que é ao mesmo tempo uma ação própria da pessoa jurídica, pois é uma externalização de seu atuar corporativo. Através do ato de referência, não existem preocupações em criar novas categorias de imputação objetiva, pois o substrato material da ação é de uma pessoa física, mas se entende que em

voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

81 Mais sobre esta divisão pode ser encontrada em BOLDOVA PASSAMAR, Miguel Ángel. *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación Española*. Estudios Penales y Criminológicos, Vol XXXIII (2013). Santiago de Compostela. Págs. 220 e seguintes.

certas condições normativamente previstas poderia atribuir-se este substrato diretamente à pessoa jurídica, como autora.⁸²

Nesta postura, o artigo 31 bis do Código Penal Espanhol é uma norma para fazer responder com o patrimônio social pela comissão de um ato delitivo por parte de pessoas específicas que compõe a estrutura da pessoa jurídica, como seus administradores e outros subordinados sobre os que a administração não exerceu um controle devido. A finalidade da pessoa jurídica ter que suportar uma pena por um ato de pessoa alheia é “incentivar para que no âmbito da pessoa jurídica não se introduzam ganâncias provenientes de atos delitivos e nessa medida, combater a perpetuação do estado de injusto produzido pela comissão do ato”⁸³. O decisivo é que a ação em questão, lesiva ou perigosa para os bens jurídicos, apareça externamente como um ato de empresa, derivando da “conjunção, da sinergia da atuação da pessoa física com as especiais possibilidades estruturais e meios da pessoa jurídica efetivamente utilizados e implica necessariamente a lesão ou colocação em risco dos bens jurídicos”⁸⁴.

A perspectiva de heterorresponsabilidade da pessoa jurídica, portanto, não aceita que esta seja efetivamente capaz de atuar, se não que é capaz de ser responsabilizada penalmente. Os que defendem esta interpretação entendem que foi uma opção do legislador espanhol a instituição de um modelo de responsabilidade vicarial, algo sustentada no Common Law, principalmente na experiência norteamericana sobre este assunto. Outra fonte muito relevante que também utiliza o modelo de responsabilidade vicarial é o Direito Penal Internacional, e utilizo como exemplo o Tribunal Penal Internacional (ICC – International Criminal Court), que utiliza o Estatuto de Roma como sua diretriz legal e contém em seu artigo 28 a possibilidade de atribuição do *actus reus* e a *mens rea* a um indivíduo diferente do agente físico da ação por falta de um controle efetivo, um standard também referido pelo legislador espanhol de 2010.

⁸² Também nesse sentido: GOMES-JARA DÍEZ, Carlos. La culpabilidad de la empresa. Madrid: Marcial Pons, 2005. Págs. 73 e seguintes.

⁸³ ROBLES PLANAS, Ricardo, “Crítica al art. 31 bis CP” em *Diario La Ley*, Número 7705, 29 de septiembre de 2011. Página 15.

⁸⁴ GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. 2ª edición. 2015. Thomas Reuters. Pág. 76 y siguientes.

A responsabilidade vicarial é responsabilidade objetiva, ou seja, exige condições objetivamente verificáveis para que o ato da pessoa física se impute à empresa. As condições presentes no artigo 31 bis e 129 do Código Penal espanhol são: a) a comissão de infração por parte de um agente da empresa; b) em exercício das funções que lhe são atribuídas por conta da empresa; e c) com a intenção de obter algum tipo de vantagem ou benefício para a empresa. A verificação destas condições serve para criar uma responsabilidade presumida, pois se mantém a imputação quando não foi determinado o agente físico que materializou o delito ou quando este carece de responsabilidade penal⁸⁵.

A perspectiva de autorresponsabilidade da pessoa jurídica se sustenta na ideia de que o artigo 31 bis do Código Penal Espanhol prevê um injusto pessoal e a culpabilidade da própria empresa, se afastando de um sistema vicarial de atribuição de responsabilidade por ato de terceiro.

Para defender a autorresponsabilidade, o professor Carbonell Mateu sustenta que um sistema vicarial - de responsabilização de um por conduta de outro - violaria o princípio de culpabilidade. Por isso, deve-se substituir a omissão individual do dever de controle (típico desta perspectiva vicarial) e dotá-lo de um conteúdo estrutural entendendo-se como referência uma conduta social de defeito de controle ou organização, o que seria um critério de imputação à pessoa jurídica de seu próprio ato e de sua própria culpabilidade⁸⁶. Através desta perspectiva crítica aos critérios de imputação que oferece o artigo 31 bis do Código Penal Espanhol, entende que estes critérios só podem ser aplicados de maneira constitucional quando se esclarecem os critérios de imputação específica e própria da pessoa jurídica, de uma maneira semelhante à proposta da última parte deste trabalho.

85 Para mais comentários sobre a polêmica utilização de um sistema vicarial de responsabilidade penal: CARBONELL MATEU. Juan Carlos. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas" en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2010. Pgs. 55 e seguintes.

86 CARBONELL MATEU. Juan Carlos. "*Responsabilidad penal de las personas jurídicas*" en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2010. Págs 71 e seguintes.

Assim, entende-se que as pessoas jurídicas são capazes de agir enquanto são destinatária de normas jurídicas e capazes de produzir os efeitos exigidos por ditas normas.

Desta forma também sustenta o Professor Zugaldía Espinar, que indica que as ações próprias das pessoas jurídicas são a *expressão de seu específico atuar corporativo*⁸⁷, que não devem ser entendidas como ações de seus agentes, pois em outros ramos do Direito, estas mesmas ações são tratadas como próprias da pessoa jurídica.

Na mesma perspectiva plantea-se a culpabilidade de uma pessoa jurídica⁸⁸, pois entendem que o problema de encaixe da pessoa jurídica no sistema penal clássico se trata de uma tautologia. Este sistema clássico afirma que só podem ser capazes de culpabilidade as pessoas físicas, pois somente as pessoas físicas são sujeitos de direito para o Direito penal e, portanto, culpáveis. Assim, uma forma proposta por estes autores de romper tal tautologia é a determinação de sujeito de direito como caráter prévio, como realidade *prejurídica*⁸⁹.

A teoria do domínio da organização funcional sistemática, derivada principalmente dos escritos do professor Günther Heine⁹⁰, determina que os critérios de imputação à pessoa jurídica devem ser criados a partir da comprovação de que a pessoa jurídica aumentou o risco da empresa de maneira culpável, fixando aí a ação típica das pessoas jurídicas, enquanto a culpabilidade da pessoa jurídica se refere à condução da atividade empresarial, por

87 ZUGALDÍA ESPINAR. José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. Págs. 60 e seguintes.

⁸⁸ Ainda sobre isso: ZUGALDÍA ESPINAR. José Miguel. *La reforma del sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Consideraciones críticas*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. 2013.

89 BACIGALUPO SAGGESE. *La resposabilidad penal de las personas jurídicas*. Bosch. Barcelona. 1998. Págs. 31 e seguintes.

90 HEINE, Günther. *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken*. Baden-Baden. Nomos. 1995.

planejamento, desenvolvimento, produção e organização defeituosos⁹¹. É evidente que o critério de aumento de risco tem grande dificuldade quando utilizado para a análise de riscos menores realizados no ambiente empresarial, vez que esta teoria tenta estabelecer a responsabilidade das empresas em matéria de meio ambiente, o que justifica que seu critério tenha sua utilidade restrita às hipóteses de grandes riscos (O livro que deu origem a esta teoria inclui em seu próprio título “*inbesondere bei Grossrisiken*” - especialmente para grandes riscos -), como aqueles de catástrofe ambiental.

A teoria da organização empresarial como sistema social autopoietico, desenvolvida pelo professor Carlos Gómez-Jara Díez⁹² a partir da análise sociológica de Niklas Luhmann, se sustenta na perspectiva da pessoa jurídica como uma pessoa autoorganizada, autoconduzida e autodeterminada que, como tal, tem que cumprir seus deveres de fidelidade ao ordenamento jurídico, assim como as pessoas físicas.

Esta teoria afirma que as organizações empresariais são mais que decisões pontuais tomadas por indivíduos, e que são um *sistema de comunicação de decisões*, que necessita a vinculação entre a condição de seus membros e a norma de organização para definir sua identidade como sistema organizativo. Assim, uma vez que a própria organização define suas normas e escolhe seus membros, entendo o professor Gómez-Jara que as pessoas jurídicas são autoorganizadas.

Se uma pessoa jurídica é autoorganizada, a ação própria da pessoa jurídica é seu próprio defeito de organização. Através desta ideia, a culpabilidade de uma pessoa jurídica se centraliza em sua inadequada disposição jurídica, sua “infidelidade” a seus deveres cidadãos em se autorregular-se (autoconduzir-se, autodeterminar-se) de maneira apropriada com o Direito⁹³.

91 GÓMEZ-JARA DÍEZ. Carlos. *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Navarra, 2006. Págs. 49 e seguintes.

92 GÓMEZ-JARA DIEZ. Carlos: “Autoorganización Empresarial y Autorresponsabilidad Empresarial”, *Revista Eletronica de Ciencia Penal y Criminologia*, núm. 08-05. 2006.

93 NIETO MARTÍN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Iustel. Madrid. 2008. Págs. 127 e seguintes.

Retomando aos pensamentos do professor Carbonell Mateu, se aceitarmos os critérios de imputação previstos no artigo 31 bis do Código Penal espanhol como constitucional, criamos um novo limite das teorias doutrinárias: aquelas que podem justificar a previsão legal, e todas aquelas que não podem⁹⁴.

De fato, o artigo 31 bis não prevê uma capacidade de ação da pessoa jurídica por um motivo muito simples: não prevê uma ação de uma pessoa jurídica, mas se dedica a explicar as formas legalmente previstas em que ações de pessoas físicas criam responsabilidade a pessoas jurídicas, e o faz através de uma técnica de responsabilidade vicarial.

Assim, a resposta para a questão no caso da Espanha foi dada de maneira legislativa, e não apenas dogmática, pois a própria teoria da heterorresponsabilidade utiliza-se do texto legal para fixar suas conclusões sobre a culpabilidade de pessoas jurídicas como definitivamente correta, ainda que muitas críticas possam ser sustentadas. Por exemplo, a possibilidade de atribuição de responsabilidade penal a uma pessoa jurídica não é algo que pode existir somente por força de lei. A atribuição de responsabilidade penal é algo que se justifica com a aceção da capacidade de ação também, pois, mesmo que uma pessoa jurídica não atue tipicamente como o substrato material do ato, é necessário que seja considerada sua potencialidade (ou capacidade) de ação, e sem ela não seria possível fixar um *standard* de culpabilidade⁹⁵. Sem capacidade de ação, não pode existir responsabilidade penal, pois falta a capacidade de atuar de maneira típica, relevante para o Direito Penal.

Contudo, o presente trabalho não se dedica somente à solução para o caso da Espanha, sendo que a experiência deste país - como já mencionado - foi utilizada somente como pano de fundo para os raciocínios iniciais sobre as diferentes formas teóricas da responsabilidade Penal de pessoa jurídica.

Seguindo com este raciocínio, agora pensando em uma forma dogmaticamente livre, e não relativa à legislação espanhola, o professor

⁹⁴ CARBONELL MATEU. Juan Carlos. *“Responsabilidad penal de las personas jurídicas”* en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. .Valencia. Tirant lo Blanch. 2010. Pág. 73.

⁹⁵ As questões de culpabilidade serão tratadas no capítulo seguinte.

Carbonell Mateu utilizou a teoria da ação significativa para sustentar uma possível autorresponsabilidade da pessoa jurídica⁹⁶.

De acordo com o professor Carbonell Mateu, o giro linguístico wittgensteiniano, quando adaptado para o sistema penal, permitiu que o impedimento da teoria clássica para explicar a capacidade de ação de pessoas jurídicas fosse superado. Como já dito, depois do giro, as ações começam a ser entendidas como sentidos, e não condutas materiais. O professor argumenta que a ausência de corpo físico não é um impedimento para que a pessoa jurídica celebre um contrato, por exemplo, ainda que não sejam elas mesmas quem movem a caneta para firmar o contrato físico⁹⁷, assim, se o Direito é capaz de entender a capacidade de ação para uma pessoa jurídica em um ato legal, não é razoável que exista tal impedimento quando tratamos de atos ilegais.

Desta forma, Carbonell Mateu compreende que uma persona jurídica é capaz de ser fonte de significado, pois é exigível que atue de acordo com o Direito. Assim, se as condutas de pessoas jurídicas possuem significado social, estas condutas são ações e, portanto, se estas ações possuem natureza contrária a previsões penais, a pessoa jurídica pode ser sujeito ativo de delitos.

Aqui chegamos a um ponto crítico dentro do atuar significativo. O professor Carbonell Mateu diz corretamente que a ação deve ser entendida como um sentido, mas mais especificamente que isso, a ação deve ser entendida como um sentido de um substrato. O substrato aqui referido é um conjunto de fatos materialmente verificáveis e o contexto em que ocorrem estes fatos; a partir destes fatos materiais e contexto, através das regras sociais e linguísticas, obtemos o sentido, que é a ação. O substrato é indivisível, mas a fins pedagógicos, irei me referir ao substrato de duas maneiras distintas: *substrato material* quando me refiro somente a fatos físicos da ação, e a *substrato* quando me refiro a tudo, incluindo aqui o contexto. Portanto, o grande

96 CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones em torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010*. Cuaderno de Política Criminal, núm. 101, 2010.

97 CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones em torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010*. Cuaderno de Política Criminal, núm. 101, 2010. Pág. 13.

problema de utilizar a concepção de Vives Antón parece ser que, no caso de ações de pessoas jurídicas, o substrato material de onde extraímos o sentido não é de uma pessoa jurídica, mas sempre de uma pessoa física, pois este é o único tipo de pessoa capaz de manifestar-se materialmente. É relevante citar que ainda que a pessoa jurídica não se manifeste materialmente, isso não é dizer o mesmo que não se manifesta realmente, pois nas categorias filosóficas de Wittgenstein, a realidade é composta também por elementos linguísticos.

Não devemos restringir o substrato do qual extraímos o sentido (ação) somente à sua materialidade. Também o contexto deve ser considerado.

Aqui, nota-se um falso problema, gerado por uma confusão nas dimensões em que a questão é tratada.

A pessoa física que produz o substrato material parte da ação da pessoa jurídica não atua em sentido singular, mas sua conduta, adicionada ao contexto social e linguístico, é o que constrói a verdadeira ação da pessoa jurídica. A teoria de Vives não torna a materialidade de uma conduta irrelevante para a ação, mas esta materialidade é uma parte do processo linguístico, que não possui cronologia, tampouco hierarquia. Ainda assim, a pessoa jurídica está presente no substrato que exprime o sentido de ação, pois a pessoa jurídica é o contexto de onde o fato material se realiza.

Algo que deve ser frisado é que através deste entendimento do conceito de ação, quando se admite que uma pessoa física faz o substrato material da ação não é o mesmo que dizer que a pessoa física atua e que, em um momento posterior, se translada a responsabilidade desta ação à pessoa jurídica (heterorresponsabilidade), mas que a ação é própria da pessoa jurídica, pois do contexto, inalienável para o sentido (que é a ação) infirma-se que a ação foi cometida pela pessoa jurídica, e não por uma pessoa física.

Quando nos recordamos da ideia exposta quando falamos sobre as ações e seu conteúdo descritivo, nos fundamentos técnico-jurídicos deste trabalho, nota-se que o conteúdo descritivo de uma ação é o mesmo que seu substrato material, é toda a parte física incluída no fato, que evidentemente está longe de ser a ação.

É isso que quero dizer com “confusão nas dimensões da questão”, pois, enquanto a maioria da doutrina se dedica à natureza da responsabilidade, em

verdade, a pergunta é mais basilar, e trata sobre uma revisão do próprio conceito de ação e capacidade de ação.

De fato, o problema está em que a maioria da doutrina insiste em manter (ainda que não sejam todos que o fazem de maneira declarada) um conceito de ação vinculado à sua materialidade, como se fosse somente o substrato material.

Por isso, quando preso a esta concepção psicofísica de ação, é impossível conceber uma ação de uma pessoa jurídica, pois é impossível produzir um substrato material. Porém, entendendo a ação significativamente, a pessoa jurídica é capaz de atuar, pois é compositora do contexto onde a ação se desenvolve.

Mesmo assim, esta afirmação está longe de ser uma conclusão a este problema, pois o conceito de ação é algo que não se sustenta com validade geral, como explica Professor Vives: “Entender a ação como sentido equivale a entender que o problema do supraconceito de ação estava mal planteado e que era, portanto, um pseudo-problema que a análise teria que dissolver.”⁹⁸

Assim, temos que entender os limites da proposta de resolver o conceito de ação através da perspectiva aqui apresentada. Primeiramente, não podemos confundir a capacidade de ação com a ação mesma, pois a afirmação de que uma pessoa jurídica é capaz de atuar não é o mesmo que uma afirmação geral de que uma pessoa jurídica atua, porque na segunda afirmação, fazem falta dados contextuais que imprimam o sentido de qual ação específica estaria sendo executada pela pessoa jurídica. Como já referido, existem algumas expressões que em seu sentido ordinário demonstram que é linguisticamente aceitável que uma pessoa jurídica atue, por exemplo, dizer que “a empresa *Samarco Mineração S.A.* poluiu a bacia hidrográfica da região de Fundão”, mas isso não significa que todas as ações possam ser atribuídas a pessoas jurídicas, pois cada ação possui sua própria maneira de *fazer sentido* gramaticalmente. Então, dizer que “A empresa come feijões” ou que “pula corda” não faz sentido gramatical, mas tampouco significa que as pessoas jurídicas deixam de ter capacidade de ação; Só encontramos ações que possuem seu sentido

98 VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del Sistema Penal. 2ª Edición.* Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. Pág. 222.

demasiadamente vinculado a seu substrato material para podermos entender uma pessoa jurídica como sua atuante.

Assim, ainda que as pessoas jurídicas sejam capazes de atuar, isto não significa que serão capazes de atuar de tal maneira que corresponda a todos os tipos de ação penalmente relevantes, mas sim apenas aqueles em que o contexto permite que isto seja possível.

A capacidade de ação é um critério potencial, que pode ser afirmado de maneira *a priori* à ação própria, e por isso, se pode concluir que as pessoas jurídicas têm capacidade de ação pois são capazes de expressas sentido através de um substrato delas próprias.

A ação é uma designação demasiadamente ampla para ser atribuída totalmente, sem ressalvas a uma pessoa jurídica, e se torna exigível que as ações sejam analisadas tipo a tipo, e também, caso a caso. Todavia, os tipos de ações relevantes a ser discutidos são apenas, por óbvio, aqueles previstos como tipos penais. Desta forma, ainda que este capítulo se proponha a reconhecer a capacidade da ação da pessoa jurídica, por esta ser uma categoria reconhecidamente geral, quando nos debruçarmos sobre a ação mesma, este trabalho trata sobre a capacidade de uma pessoa jurídica de agir, pois escaparia do escopo de um mero trabalho de conclusão de curso o esforço de preencher de conteúdo a imputação de pessoas jurídicas relativas a cada tipo penal.

Outra questão extremamente relevante é a definição das fronteiras entre as ações da pessoa jurídica e as ações de pessoas que estão dentro da estrutura de uma pessoa jurídica.

Friso que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas de nenhuma maneira afeta a responsabilidade penal das pessoas físicas, pois a estrutura de capacidade de ação aqui explicada, por ser uma forma de reconhecimento de autorresponsabilidade das pessoas jurídicas, permite que não exista dependência da comissão de um delito por pessoa física para existir o delito da pessoa jurídica, - o que não significa que não exista dependência de uma pessoa física -.

A relação entre a ação da pessoa jurídica e a ação de um subordinado funciona da seguinte maneira: os subordinados cumprem com as diretrizes da empresa e atuam de acordo com elas. Assim, o subordinado preenche de

conteúdo descritivo o substrato da ação da pessoa jurídica, e, portanto, é imprescindível para que a pessoa jurídica atue.

Obviamente, a partir do momento em que uma pessoa se torna parte estrutural de uma empresa, isso não afeta seu estado de ser capaz de atuar, tornando-a um mero gerador de substrato de ação de outrem. O indivíduo subordinado atua no cumprimento de suas responsabilidades, mas não de forma integral para o reconhecimento de uma atitude ilícita; por mais que sua conduta possa ser entendida individualmente como uma ação, seja esta relevante ou não para o Direito penal, a ação ilícita da pessoa jurídica só poderá ser entendida e dimensionada quando for integrado o contexto - formando a integridade do substrato - e, finalmente, for dimensionado o sentido do todo.

O contexto de uma empresa, por sua vez, pode ser parcialmente encontrado em sua administração - não integralmente porque não é possível cercear qual é o contexto de cada ação -. Portanto, diretores, em sua função de administradores, podem ser reconhecidos como condicionantes do contexto.

Como condicionantes do contexto, seus atos, e logicamente, sua responsabilidade penal, se resumem às decisões que são individualmente rastreáveis a eles. Como as ações dos administradores e das pessoas jurídicas são distintas, de nada importa que uma decisão seja individualmente rastreável “para cima” para responsabilizar uma ação de uma pessoa jurídica.

Todavia, não se pode acreditar que todas as diretrizes de uma pessoa jurídica são rastreáveis a somente uma pessoa física, e assim, é necessário lembrar da existência dos órgãos da pessoa jurídica que tomam suas decisões.

Assim, o substrato da ação da pessoa jurídica é organizado de tal maneira que seu conteúdo material é um reflexo da ação de uma pessoa física que atua de acordo com suas diretrizes. Estas diretrizes, por sua vez, são tomadas de decisões das pessoas jurídicas e não são sempre identificáveis a uma única pessoa como responsável por tomá-las, mas são manifestadas através dos órgãos das pessoas jurídicas. Para além de diretrizes e substrato ôntico, o substrato da ação da pessoa jurídica também se completa com outros elementos contextuais, estes sim não pertencentes à nenhuma pessoa física.

De fato, quando falamos de certas condutas específicas, temos que entender que não podemos considerá-las - em sua totalidade - como uma ação de uma ou de um conjunto de pessoas, pois os subordinados somente cumprem

com as exigências materiais das ações e não tem nada que ver com as tomadas de decisão (diretrizes) das pessoas jurídicas, enquanto os diretores diluem suas tomadas de decisão nos órgãos da mesma pessoa jurídica, ou seja, o conjunto de vontades das pessoas físicas que compõem o diretório de uma pessoa jurídica está contido na vontade da pessoa jurídica, de tal modo que a vontade da pessoa jurídica é maior que este conjunto.

A questão sobre vontade traz à tona a necessidade de enfrentar o ponto de união entre a doutrina da ação e a doutrina da norma: a liberdade de ação⁹⁹

⁹⁹ VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del Sistema Penal. 2ª Edición*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. Pág. 345.

3) A Culpabilidade

Feitas as devidas considerações pertinentes ao conceito de ação e à capacidade de ação da pessoa jurídica, o segundo tema a ser tratado no presente trabalho será a pretensão de reprovação da teoria da ação significativa, ou a culpabilidade em outras teorias do delito¹⁰⁰. O motivo pelo qual este elemento é tratado imediatamente após a ação, estando em desacordo com a estrutura convencional de tratar da antijuricidade uma vez enfrentadas as questões da ação, é que a antijuricidade é um juízo de reprovação direcionado à conduta própria, enquanto a culpabilidade se direciona a condições de ser do agente em si. Por isso, uma vez que o desafio deste trabalho é discutir a responsabilidade penal de uma categoria de pessoa não aceita convencionalmente no Direito Penal, foi feita a escolha de abordar a culpabilidade antes. Ademais, como exposto ao final do capítulo anterior, ao abordar-se a pretensão de reprovação, é possível tratar mais profundamente sobre a liberdade de ação, sem a qual não há ação, nem razões, nem concepção de mundo, nem significado¹⁰¹.

3.1) Perspectivas dogmáticas sobre a Culpabilidade.

É incongruente com uma noção de historicidade perceber a culpabilidade como uma peça íntegra, imutável, na história. Evidentemente, na medida em que a Teoria do Direito Penal evoluiu (utilizando, sim, a expressão “evolução”, não no sentido surrupiado pela academia crítica em um sentido de “constante melhora histórica”, o que, por óbvio, é um absurdo, mas em seu sentido radical de “melhor adaptado para o seu meio”), também evoluiu o embasamento teórico para o juízo de culpabilidade.

A evolução do conceito de culpabilidade será repartida em três momentos diferentes: a) o conceito psicológico de culpabilidade; b) o conceito psicológico-normativo de culpabilidade; e c) o conceito normativo puro de culpabilidade. Em

¹⁰⁰ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte Geral. 2ª ed.* São Paulo: Atlas, 2015. P.521.

¹⁰¹ VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del Sistema Penal. 2ª Edición.* Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. Pág. 332.

seguida, será tratado brevemente sobre outro intento de um conceito de culpabilidade de pessoas jurídicas e, finalmente, será exposta a perspectiva adotada na presente investigação.

3.1.1) Psicológico.

Assim como notamos no conceito de ação, o conceito de culpabilidade esteve por muito tempo permeado de uma perspectiva claramente “emprestada” das ciências naturais. Esta forma científica de tratar a culpabilidade, apesar de desnecessária hoje em dia, ocupou um papel muito importante na secularização do conceito, afastando-o da culpa moral do âmbito canônico¹⁰². A ideia parte de uma ligação entre ação e resultado daquela ação. Não basta que o resultado possa ser objetivamente referido ao ato de vontade do agente; é também necessário que se encontre na culpa a ligação subjetiva. Culpabilidade é a responsabilidade pelo resultado produzido, o vínculo anímico entre o agente e sua conduta¹⁰³.

A culpabilidade, nesta perspectiva é a reprovabilidade de uma resolução de vontade. A reprovabilidade da conduta está, portanto, não somente na vontade de uma conduta ilícita, mas no fato de que o autor podia adotar no lugar da realização dolosa antijurídica uma resolução conforme a norma.

Enquanto o dolo pode perfeitamente ser entendido como uma intenção vinculante entre a ação e resultado (“eu farei isso para conseguir aquilo”), não é possível estabelecer a mesma conexão em uma ação que é cometida de forma culposa, e é esta a maior fragilidade deste raciocínio: a sua incapacidade de explicar a culpabilidade como um todo, limitando-se apenas à parte desta (o dolo)¹⁰⁴

102 BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. P.529.

103 V. LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*, Trad. PEREIRA, José Hygino Duarte. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C, 1899. P. 249.

104 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17ª ed. São Paulo. Saraiva, 2012. Págs 378 e seguintes.

3.1.2) Psicológico-normativo.

Com o aprimoramento da teoria neokantista, a doutrina da culpabilidade se separou de sua pretensão unicamente naturalista e passou a se preocupar com a inserção de elementos axiológicos. O motivo por detrás desta inclusão axiológica está no abandono do Direito com o “ser” por uma maior preocupação de um “dever-ser”, que se revela através da norma¹⁰⁵.

Esta inserção de elementos axiológicos não fez com que o livre-arbítrio fosse removido da doutrina da culpabilidade, mas sim que além da livre opção pela prática delitiva, outros fatores, estes de ordem normativa, fossem incluídos como fundamentação da culpabilidade.

Não é que a culpabilidade psicológica tivesse sido abandonada, somente que o direito deveria se dedicar a valorar esse vínculo psicológico, não apenas identificá-lo¹⁰⁶.

Neste momento de verificar com maior veemência as condições fáticas que afetam a vontade na atuação pessoal, quem começou a catalogar estas hipóteses foi Reinhard Frank que, em sua publicação sobre a estrutura do conceito de culpabilidade, de 1907¹⁰⁷, conseguiu estabelecer graus de culpabilidade, ou seja, conseguiu perceber que além da consciente ou imprevista provocação do resultado, existem elementos valorativos da culpabilidade.

Estes elementos valorativos criam um novo paradigma em relação à verificação da culpabilidade: não mais se reprova um indivíduo somente por uma escolha livre de atuar *contra legem*, mas sim pela verificação de reprovabilidade de sua realização. Assim, a culpabilidade começa a ser composta pelos seguintes elementos: a) imputabilidade; b) dolo ou imprudência; e c) circunstâncias concomitantes¹⁰⁸.

A imputabilidade trata de um juízo de valor sobre a reprovabilidade de uma conduta de uma pessoa que não é reconhecida pelo direito como capaz de

105 BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. P.532.

106 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17ª ed. São Paulo. Saraiva, 2012. Pág. 379.

107 FRANK, Reinhard. *Festschrift für die juristische Fakultät in Gießen zum Universitätsjubiläum*. 1907.

108 BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. P.535.

expressar acertadamente seu livre-arbítrio de uma maneira que gere a ela responsabilidade. Portanto, um resultado gerado por uma pessoa inimputável jamais poderia ser culpável.

O dolo ou imprudência são estruturas constantes dentro da discussão da culpabilidade.

As circunstâncias concomitantes aqui referidas são as situações excepcionais que devem ser verificadas caso a caso a fim de analisar vícios nesta expressão consciente, volitiva, de opor-se à uma norma.

Outro fator relevante sobre o conceito psicológico-normativo de culpabilidade está no fato de que exige que o indivíduo, no momento em que atua, seja consciente de que sua conduta de fato infringe um dever legal, ou seja, a culpabilidade do agente passa a ser dependente de sua consciência da antijuricidade¹⁰⁹.

Essencialmente, a culpabilidade passou a embarcar mais um critério para além da “reprovabilidade” de uma ação: a exigibilidade.

Este critério de exigibilidade se torna muito relevante ao reaproximar o direito àqueles que ele se dirige. Notou-se que em certas situações surgiria uma inexigibilidade de comportamento diverso, pois qualquer pessoa nas mesmas condições que o autor agiria da mesma maneira, não podendo o direito ser tão dissociado da realidade a ponto de chamar esta atitude inevitável de “culpável”. Assim, além do dolo e culpa, a “disposição normal das circunstâncias sob as quais o autor atuou” passou a ser mais um elemento da culpabilidade¹¹⁰.

3.1.3) Normativo puro.

Esta perspectiva, intimamente ligada com o finalismo, sustenta que a culpabilidade seria unicamente a possibilidade concreta de atuar conforme o dever legalmente expresso.

Na estrutura volitiva do finalismo, a culpabilidade é um juízo de reprovação da relação de discordância objetiva entre a ação e o ordenamento

109 BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte Geral. 2ª ed.* São Paulo: Atlas, 2015. P.534.

110 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral. 17ª ed.* São Paulo. Saraiva, 2012. Pág. 381.

jurídico, lançando sobre o autor a reprovabilidade pessoal por não haver omitido a ação antijurídica, mesmo podendo¹¹¹.

A culpabilidade finalista, portanto, se sustenta na ação não dever ser antijurídica e poder ser ilícita. O que é relevante para o juízo de culpabilidade seria simplesmente a evitabilidade da conduta, que pode ser entendida como um espelho da exigência de atuar de outra forma.

Isto porque no finalismo o elemento volitivo passa a fazer parte da ação típica, momento anterior da estrutura da teoria do delito, pois sustenta-se, como o próprio nome sugere, no conceito de que toda ação humana é motivada por uma vontade dirigida a um fim¹¹².

Assim somente os juízos de valor normativo restavam à culpabilidade: a imputabilidade, a potencial consciência de ilicitude e a inexigibilidade de conduta diversa¹¹³.

Nesta perspectiva, a culpabilidade sustenta-se integralmente em juízos normativos, e estes são, essencialmente, uma reprovação do modo pelo qual o agente direciona sua vontade¹¹⁴.

Assim, entende-se a culpabilidade como um juízo de reprovação ao fato ilícito cometido pelo agente. No entanto, o conteúdo destes juízos normativos de reprovação são diversos. Como esclarece o professor Bitencourt, “*Apesar da coerência da tese de Welzel, e da proposta de standardização da exigibilidade defendida posteriormente por autores como Jescheck, o fundamento do juízo de reprovabilidade do comportamento injusto, com base na capacidade do sujeito de atuar de outro modo, recebeu muitas críticas, sendo determinante da crise do*

111 WELZEL, Hans. O novo Sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista; tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 109.

112 WELZEL, Hans. O novo Sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista; tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 111.

113 BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte Geral. 2ª ed.* São Paulo: Atlas, 2015. P.537.

114 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral. 17ª ed.* São Paulo. Saraiva, 2012. Pág. 395.

*conceito material de culpabilidade estruturado pela dogmática finalista*¹¹⁵. Esta crise do conceito material seria justamente o incessante debate acadêmico sobre o conteúdo da Culpabilidade.

Apesar de não elaborar sobre cada uma das distintas tendências da culpabilidade pós-finalista, remeto – a fim exemplificativo – ao rol apresentado pelo professor Busato: A atributividade de Maurach; a responsabilidade no funcionalismo teológico de Roxin; a responsabilidade no funcionalismo sistêmico de Jakobs; O déficit de lealdade ao Direito de Kindhäuser; e a noção de coculpabilidade e vulnerabilidade do sujeito culpável¹¹⁶.

Outra tendência pós-finalista – a culpabilidade como pretensão de reprovação – será elaborada mais profundamente neste trabalho, por ser a posição adotada para a pesquisa.

3.1.4) Intentos de uma culpabilidade exclusiva da Pessoa Jurídica.

Apesar da elaboração até este momento se dedicar à culpabilidade como uma parte da teoria do delito como um todo, é necessário observar quais são as formas reconhecidas em que se pretende conceituar e limitar a culpabilidade de uma pessoa jurídica.

A culpabilidade, como categoria de conexão entre o ilícito pessoal e a pena no sistema de pessoas físicas, como vimos, se fundamenta em um juízo de desvalor sobre a individualidade da pessoa que cometeu o delito, por isso que a culpabilidade somente se pode predicar do sujeito que cometeu o ato ilícito; somente o indivíduo pode ser culpável. Mais profundamente do que isso, a culpabilidade se fundamenta na liberdade do indivíduo, pois somente é culpável a *escolha*, seja esta escolha percebida como elemento psicológico, normativo, ou ambos.

Por este motivo, verificando os elementos que compõem a culpabilidade, percebe-se que eles são verificados caso a caso de maneira dialeticamente contrária, ou, na lógica formal, como uma negação da culpabilidade própria.

¹¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17ª ed. São Paulo. Saraiva, 2012. Pág. 396.

¹¹⁶ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. Págs.539 – 553.

Quando definimos os elementos da culpabilidade, em verdade criamos hipóteses em que a liberdade não estaria presente na conduta do agente.

É partindo deste raciocínio que Carlos Gómez-Jara Diez elabora a culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica como:

Un concepto similar a la “no exigibilidad de una conducta conforme a derecho”, esto es, a la “elaboración dogmática conforma a la cual, de llevarse a cabo el injusto típico en una situación en a la que no cabe exigir al sujeto el comportamiento de la norma”, debe quedar exento de responsabilidad penal¹¹⁷

Dessa forma, a culpabilidade da pessoa jurídica deve ser assim como a culpabilidade da pessoa física, fundamentada na liberdade, a única diferença está na fonte desta liberdade, algo que não é inédito na doutrina, como já visto.

O fundamento da culpabilidade da pessoa jurídica, no entendimento do professor Gómez-Jara Diez, assim como José Miguel Zugaldía Espinar¹¹⁸ e Pablo González Sierra¹¹⁹, - desde diferentes pontos de vista - está na liberdade outorgada pelo ordenamento jurídico às pessoas jurídicas de se organizar e controlar os riscos próprios de suas atividades. Frente à esta liberdade que tem qualquer pessoa jurídica, existe a seu cargo a responsabilidade de organizar-se adequadamente, de criar uma organização que diminua até limites irredutíveis e razoáveis as possibilidades de que seus membros cometam delitos.

Como a culpabilidade das pessoas jurídicas se refere a seus defeitos de organização, esta possui uma dimensão temporal diferente da culpabilidade de pessoas físicas, pois ao invés da culpabilidade das pessoas jurídicas ser

117 GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Aspectos substantivos y procesuales*. La Ley, Madrid, 2011. P. 201. “Um conceito semelhante à ‘não aplicabilidade da conduta segundo a lei’, isto é, a ‘elaboração dogmática conforme a qual, se realizada, o típico injusto em uma situação em que o sujeito não pode ser obrigado a se comportar da norma’, deve ser isenta de responsabilidade penal”. Tradução Livre.

118 JUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español”, em *El nuevo Derecho penal español: estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra, Arazandi, 2001, P. 16.

119 GONZÁLEZ SIERRA, Pablo. *La imputación penal de las personas jurídicas*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2014, p. 378.

demonstrada como uma ausência de disposição de cumprir com os imperativos legais em um momento específico, ela se estende para todos os momentos em que a organização não demonstra uma “disposição jurídica mínima”.

3.1.5) A pretensão de reprovação.

Para estabelecer o posicionamento adotado no presente trabalho, é imprescindível apontar mais incisivamente os motivos pelos quais, a partir do momento em que o finalismo welzeliano elimina certos elementos tradicionalmente pertencentes à culpabilidade, existe uma crise deste elemento na teoria do delito.

A crise implícita nesta discussão está na dificuldade real de sustentar o sistema penal em um processo que Welzel denomina de “determinismo hipotético”¹²⁰. Este determinismo se trata do exercício mental exigido dos juristas em decidir algo sobre a aptidão do agente de poder atuar de outro modo, tal como pessoas em circunstâncias normais. De uma maneira mais simples, o determinismo hipotético é o instrumento utilizado para determinar se a situação em que a conduta ilícita e antijurídica aconteceu de fato era normal (e portanto, culpável) ou se se encaixava em uma das situações em que não se podia exigir da pessoa uma atuação consonante ao direito, seja esta situação relativa à uma característica da pessoa (sua imputabilidade, por exemplo) seja da situação própria (como nos casos de inexigibilidade de conduta diversa). Vives Antón repartiu a questão do exercício determinista hipotético em duas formas distintas, a fins pedagógicos: a) o determinismo físico; e b) o determinismo lógico¹²¹, sustentando-se nos estudos de David Hume e Karl Popper.

O determinismo físico comporta a pretensão de que o mundo externo constitui um sistema fechado de matéria e energia, com uma quantidade vasta - porém finita - de interações possíveis, sendo que todas estas interações são determináveis pelas leis físicas em suas mais diminutas variações. Esta

120 WELZEL, Hans. O novo Sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista; tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 127.

121 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal - 2ª edición*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2011. P. 828 e seguintes.

perspectiva do determinismo físico é descreditada por Vives uma vez que é uma tese que nega não somente a culpabilidade, mas a totalidade do “mundo da vida”, reduzindo a realidade a uma estrutura mecanicista irreal.¹²²

O determinismo lógico, por sua vez, parte de um reconhecimento da inevitabilidade da existência de algo que existe na mente, e não somente no objeto. Apesar de não ser empiricamente observável, é inevitável o reconhecimento de que no processo de causação onde um indivíduo está envolvido, elementos subjetivos atuam como uma força assim como elementos físicos. A partir deste momento, é inegável que estas duas circunstâncias constituem tudo que adscrevemos à matéria: a conjunção constante de objetos similares e as conseqüentes inferências de um ao outro. Para além disso, não é um processo de determinação, mas sim de suposição, o intento de criar noções de necessidade ou conexão.¹²³

Porém, o determinismo lógico tampouco é suficiente para poder ser utilizado com os fins que o direito pretende para criar critérios de culpabilidade.

Ainda que aceitássemos a ideia do querer por detrás de uma ação como um processo mental, não regido pelas leis da natureza, teríamos que entendê-lo como um processo submetido a suas leis próprias, leis essas desconhecidas.¹²⁴

O problema da liberdade de atuar no Direito penal, de se é possível – de modo genérico ou específico – atuar de outra maneira, se obscurece diante de um problema metafísico de determinismo-indeterminismo, conforme esclarece o professor Vives, que chama a questão determinista de “uma viagem que para a qual não se necessitam alforjas, pois nos deixa exatamente onde estávamos”¹²⁵:

122 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal - 2ª edición*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2011. Pág. 839.

123 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal - 2ª edición*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2011. Pág. 840.

124 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal - 2ª edición*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2011. Pág. 845.

125 “*un viaje para el que no se necesitan alforjas, pues nos deja exactamente donde estábamos*”, em VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal - 2ª edición*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2011. Pág. 845.

*Pues la libertad de actuar que en Derecho penal importa - la que se halla em la base de nuestras creencias ordinarias y constituye un pilar insustituible de la estructura de nuestro mundo de la vida - puede probarse en el proceso penal, tanto em general como respecto del autor concreto de la situación concreta. Claro que hay márgenes de duda y esos márgenes habrán de ser despejados de conformidad con la presunción de inocencia. Pero, la exigencia procesal de una prueba de la que se infiera la libertad “más allá de toda duda razonable” nada tiene que ver con la exigencia dogmática que, según acabamos de exponer, pretende que se suministre una prueba de la falsedad del determinismo.*¹²⁶

Por este motivo, acompanhando o modelo significativo, o processo determinista hipotético é reconhecido como uma “dúvida que duvida de tudo”¹²⁷, e que por isso, não é uma dúvida genuína, mas um absurdo¹²⁸.

A proposta de Vives Antón demonstra uma outra coordenação teórica, se afastando das teses tradicionais que partem da base de reconhecimento do livre arbítrio, pois reconhece que o critério de “poder atuar de outra forma” não passa de um pressuposto, um exercício – como vimos – hipotético e determinista que se sustenta em um livre arbítrio indemonstrável¹²⁹.

126 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal - 2ª edición*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2011. Pág. 866. “Pois a liberdade de agir em matéria de direito penal - aquela que está na base de nossas crenças comuns e constitui um insubstituível pilar da estrutura de nosso mundo da vida - pode ser provada no processo penal, tanto em geral quanto no que diz respeito à autor concreto da situação concreta. É claro que há margens de dúvida e essas margens terão que ser eliminadas de acordo com a presunção de inocência. Mas, a exigência processual de uma prova de violação da liberdade “além da dúvida razoável” não tem nada a ver com a exigência dogmática de que, de acordo com o exposto, procura fornecer uma prova da falsidade do determinismo.”. Tradução Livre.

127 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal - 2ª edición*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2011. Pág. 867.

128 Vale a pena a referência à palavra do texto original “sinsentido”, que, apesar de ser traduzida para o português como “absurdo”, não leva a mesma conotação em espanhol, se relacionando mais com um “sem-sentido”, se fôssemos empregar neologismos.

129 VÁZQUEZ. José Antonio Ramos. *Concepción Significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. P. 467.

Assim, o professor Vives remete a fundamentação da culpabilidade à liberdade da ação, que é um pressuposto que fundamenta não apenas a culpabilidade, mas a ação mesma. Para tal, Vives, elabora que ou o mundo é concebido a partir da liberdade – desde a ação – ou ele não pode ser concebido de qualquer forma¹³⁰. A fundamentação apresentada por Vives é dupla.

Primeiramente, argumenta conceitualmente sobre a liberdade, utilizando a argumentação de Kant de que só se pode agir sob a condição da ideia de liberdade. Ou seja, não se pode dizer que houve uma ação sem a presunção de que alguém fez esta ação, se assim não o fosse, não seria uma ação, mas apenas um ocorrido. Além disso, se há a razão, há a liberdade, pois seria a razão a pulsão que orienta as ações (ações estas só existentes pela liberdade). Neste entendimento, a liberdade seria a capacidade de se guiar pela razão. Isto faz com que a impossibilidade de provar, desde um ponto de vista teórico, a existência da liberdade seja indiferente. Pois para sequer fazer esta ponderação, deve-se submeter às mesmas regras de ação, e, portanto, de liberdade. Isto geraria uma incongruência lógica, pois para este exercício teórico, dever-se-ia estar livre para verificar se a liberdade de fato existe¹³¹.

A outra fundamentação sobre a liberdade é linguística, partindo da gramática profunda de Wittgenstein. Nesta fundamentação, o professor Vives expõe o papel das regras no sentido linguístico, explicando que estas regem o uso da linguagem e o sentido das ações, servindo para instruir em um determinado modo de atuar para explicar a ação¹³². Deste entendimento entende-se que seguir tais regras é um exercício de captação de sentido, e não de determinação causal. É dizer, se para seguir uma regra apreende-se sentido,

130 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal - 2ª edición*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2011. Pág. 326.

131 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal - 2ª edición*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2011. Págs. 327 e 328.

132 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal - 2ª edición*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2011. Pág. 229.

é possível apreender este sentido de forma errônea (infringir a regra), o que não seria possível de ser feito por uma lei da natureza.¹³³

A liberdade de ação, portanto, é pressuposto da ação, pois do contrário jamais seria expressão de sentido¹³⁴.

No entanto, a fundamentação material da culpabilidade não está na própria liberdade, como Vives esclarece expressamente¹³⁵, mas na expressão de sentido da ação (esta só existente pela liberdade) de uma pessoa que, ao cometer uma conduta incriminada, demonstra (significativamente) que ela podia ter se portado de acordo com a prescrição legal¹³⁶.

Assim, o fundamento da culpabilidade deixa de estar no indemonstrável “poder atuar de outra forma”, e passa a compor um juízo de exigibilidade, sendo culpável a pessoa de quem se possa exigir atuar conforme as normas.¹³⁷

Desta forma, este juízo de reprovação somente fará sentido nas hipóteses em que a liberdade de ação estava presente no momento em que uma conduta específica foi realizada, e por isso, visa identificar, dentro da situação concreta, a possibilidade ou não de exigir-se do autor que se comportasse conforme o direito.

Para a construção da pretensão de reprovação, esta desenvolve-se em uma dimensão formal e outra material¹³⁸.

O aspecto formal da pretensão de reprovação se refere a características de um sujeito que são estabelecidas pelo ordenamento jurídico como necessárias para imputar-lhe responsabilidade penal, enquanto o aspecto

¹³³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal - 2ª edición*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2011. Pág. 331.

¹³⁴ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. P.554.

¹³⁵ “La libertad no es, en mi opinión, fundamento de la culpabilidad, sino presupuesto de la acción misma” VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal - 2ª edición*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2011. P. 325.

¹³⁶ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. P.555.

¹³⁷ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. P.556. No mesmo sentido: VÁZQUEZ. José Antonio Ramos. *Concepción Significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. P. 465.

¹³⁸ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. P.557.

material baseia-se em uma análise concreta e circunstancial para determinar se um determinado comportamento foi efetivamente realizado de uma maneira livre.

Esta maneira de interpretação, como vimos, é incompatível com o determinismo em qualquer que seja a sua vertente, pois reconhece a necessidade da liberdade como condição de existência da ação. Por isso, não poderia recusar a existência da liberdade condicionando a conduta humana a uma perspectiva meramente determinista.

Para além do fundamento meramente teórico, nota-se que é através de um juízo de reprovação que se restitui ao autor de um ilícito penal sua dignidade de ser racional, na medida em que se dirige a este enquanto pessoa e não enquanto mero objeto pré-determinado. Este raciocínio partindo da liberdade não somente satisfaz critérios normativos e probatórios, como recentraliza o Direito ao seu destinatário humano, tratando-o e reconhecendo-o como tal.¹³⁹

3.2) Imputabilidade e Potencial Consciência da Ilícitude

Para um juízo de reprovação são necessárias as afirmações de que o agente seja capaz de entender suas condutas dentro do contexto das normas jurídicas - ou seja, é imputável - e que atue sabendo que está violando o direito, ou pelo menos seja possível sua ciência disso¹⁴⁰.

Retornando ao modelo normativo puro de culpabilidade, notamos que os elementos daquela teoria eram: *a imputabilidade, a potencial consciência de ilicitude e a inexigibilidade de conduta diversa*. Na estrutura agora adotada, a inexigibilidade de conduta não está presente, sendo que este elemento está, dentro da teoria da ação significativa, agrupado na pretensão de ilicitude, outra pretensão de legitimidade da teoria do delito.

Assim, na teoria adotada no presente trabalho, os elementos de discussão a respeito da afirmação da pretensão são a) a imputabilidade, ou capacidade de culpabilidade; e b) a potencial consciência de ilicitude.

A imputabilidade ou capacidade de culpabilidade é um conjunto de características pessoais que tornam o sujeito capaz de compreender o comando

139 VÁZQUEZ. José Antonio Ramos. *Concepción Significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. P. 470.

140 BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. P.556.

normativo, de tal maneira que se torna potencialmente responsável em caso de um ilícito cometido.

Desta forma a imputabilidade é uma capacidade de compreensão, valoração e atuação conseqüente com esta compreensão, e deve ser analisada em duas etapas consecutivas: primeiramente, deve existir uma capacidade de compreensão da natureza ilícita do comportamento realizado, e então deve ser avaliada a possibilidade de controle do indivíduo em atuar de maneira consonante com esta compreensão¹⁴¹.

Pela natureza deste trabalho, não serão retomados aqui alguns casos de exclusão de imputabilidade que são incompatíveis com a própria natureza de uma pessoa jurídica, como são os casos de menoridade, doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado e embriaguez.

Contudo, é relevante para este trabalho um esclarecimento a respeito dos sistemas de aferição, que são os conjuntos de critérios que são utilizados para determinar a capacidade de compreensão, valoração e atuação conseqüente com esta compreensão de um indivíduo. Os sistemas de aferição, de acordo com o professor Busato¹⁴², são três:

O sistema *biológico* de aferição verifica a existência ou não de anomalias psíquicas capazes de atrapalhar a capacidade de culpabilidade de alguém, seja por alguma deficiência mental ou transtornos mentais permanentes ou transitórios. Da forma como o sistema biológico funciona, a imputabilidade é verificada em uma maneira dialeticamente contrária à imputabilidade mesma, de maneira símile à explicação dada no ponto 3.1.4 do presente trabalho. É dizer: para identificar a imputabilidade, deve-se antes criar todas as hipóteses em que esta não existe, e verificar a ocorrência ou não de cada uma destas hipóteses no caso concreto. Não encontrada a presença de nenhuma destas hipóteses, o sujeito é reconhecido como imputável, pela mera ausência de não-imputabilidade.

O sistema *psicológico*, por sua vez, condiciona a imputabilidade do agente às suas condições no momento em que atua, indiferente de uma condição pré-

141 BUSATO, Paulo César. Direito Penal: parte Geral. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. P.557.

142 BUSATO, Paulo César. Direito Penal: parte Geral. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. P.558.

existente de doença ou transtorno mental. O critério relevante aqui se torna a demonstração de que o sujeito agiu compreendendo a ilicitude do fato¹⁴³.

O sistema utilizado pelo Brasil, no entanto, é uma forma mista entre estes dois, sendo inimputável somente o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (critério biológico), era, ao tempo da ação ou da omissão (critério psicológico), inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, na forma que predica o artigo 26 do Código Penal pátrio.

O outro elemento que compõe a pretensão de reprovação, a potencial consciência de ilicitude ou conhecimento do injusto, é a exigência de que o sujeito tenha possibilidade de conhecer a ilicitude de seu comportamento. Este elemento não busca objetivamente determinar o conhecimento do agente, justamente para não adentrar na incerta e inverificável dimensão subjetiva, mas sim verificar normativamente uma possibilidade deste conhecimento, e é por este motivo que se utiliza a expressão *potencial* consciência de ilicitude¹⁴⁴.

Como já visto, uma vez que é impossível acessar o psicológico do agente no momento em que agia, verifica-se o significado ou sentido dessa consciência da ilicitude, como uma manifestação na realidade, contudo, surgem algumas dúvidas em relação a quais são os elementos que devem ser verificados, se é o conhecimento da lei, a apreensão do conteúdo que determina a norma jurídica ou ainda a noção do desvalor social que a conduta carrega.

Quanto ao conteúdo da potencial consciência da ilicitude, existem diversas perspectivas, podendo ser exigido que o sujeito conheça *formalmente* o ilícito, a norma proibitiva apenas, ou *materialmente*, exigindo que o indivíduo perceba o caráter antissocial por detrás da sua conduta, o que por si só pode destrinchar-se em diferentes perspectivas, seja como consciência ética ou internalização dos valores sociais¹⁴⁵.

Claus Roxin entende que um padrão de reconhecimento da danosidade social não é suficiente, mas que a consciência da ilicitude é simplesmente o fato

¹⁴⁴ BUSATO, Paulo César. Direito Penal: parte Geral. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. P.568.

¹⁴⁵ BUSATO, Paulo César. Direito Penal: parte Geral. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. P.570.

de o agente saber que está agindo de forma juridicamente proibida¹⁴⁶. Esta escolha assumiria um perfil intermediário entre as exigências formal e material, pois acredita que os critérios materiais são insuficientes, enquanto seria desnecessária a exigência do reconhecimento da punibilidade legal prevista.

Das muitas soluções possíveis, é relevante afirmar a culpabilidade em sua dimensão social, incluindo nessa valoração o entendimento do contexto em que a ação foi realizada, para compreender a consciência de ilicitude do agente em seu agir comunicativo.

3.3) Culpabilidade da Pessoa Jurídica

Neste momento, todos os conceitos e elementos necessários para um juízo de culpabilidade devem ser transferidos para uma racionalidade direcionada à pessoa jurídica. As categorias jurídico-penais que se manejam no Direito penal das pessoas físicas devem ser válidas também para o sistema de responsabilidade penal de pessoas jurídicas. No entanto, o conteúdo destas categorias não deve ser o mesmo.

Como vimos, culpável é o autor que, ciente do imperativo normativo, podendo se comportar conforme o Direito, não o faz, exercendo sua liberdade de ação em contrariedade à lei.

Assim, para elaborar sobre a culpabilidade da pessoa jurídica, será feita uma elaboração tripartida: a) a fundamentação normativa para o reconhecimento da possibilidade de uma pessoa jurídica ser objeto de um juízo de reprovação; b) a imputabilidade da pessoa jurídica; e c) o conteúdo do juízo valorativo de potencial consciência de ilicitude de uma pessoa jurídica.

3.3.1) O conceito de Culpabilidade

Aproveitando a estrutura elaborada no capítulo 2 do presente trabalho, é necessário fundamentar a culpabilidade na liberdade de ação. Afortunadamente, a capacidade de ação de uma pessoa jurídica pode ser devidamente fundamentada como linguisticamente possível, pois se a ação é um sentido de

146 ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal - 2ª ed.*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2008. P. 151.

um substrato, a pessoa jurídica atua na medida em que completa a atribuição de sentido a um substrato que também envolve a ela mesma. Na medida em que um agente componente de uma pessoa jurídica atua ela o faz dentro de um contexto que é a pessoa ficta mesma.

Desta maneira, a partir do momento em que existe o reconhecimento da capacidade de ação da pessoa jurídica - o que não significa o mesmo que dizer que a pessoa jurídica atua de todas as formas que uma pessoa física é capaz de atuar, mas tão somente que ela possui a capacidade de expressar significado que é apreendido como uma ação -, podemos perceber que a liberdade de ação desta pessoa jurídica também é possível, pois se percebe que esta liberdade também é possível de existir somente dentro de um contexto de uma realidade jurídica.

Enquanto uma pessoa física possui liberdade de ação como uma característica *a priori* de sua condição de ser, a pessoa jurídica adquire liberdade de ação na medida em que o ordenamento jurídico outorga a estas a liberdade de se organizar e controlar os riscos próprios de sua atividade¹⁴⁷. Aqui percebe-se que a suposição da impossibilidade de uma culpabilidade da pessoa jurídica nada mais é do que um falso problema, pois confunde-se as dimensões da realidade material e a realidade jurídica: sustentando-se em critérios psicológicos, como já visto, fundamentar-se-ia que a culpabilidade só pode ser oriunda de um livre arbítrio que é inerente de todo indivíduo nascido¹⁴⁸, e em seguida, cria-se um indivíduo que, por suas características de efeitos meramente jurídicos, existe somente nesta dimensão normativa, e finalmente, se recusa o conhecimento da culpabilidade desta pessoa jurídica por esta não trazer consigo uma característica que é incompatível com sua forma de ser.

Como já observado, a culpabilidade fundamentada na liberdade de ação ao invés do presumido livre arbítrio serve como solução para este falso problema, pois se a pessoa jurídica somente existe e atua por determinações legais, a fundamentação para um juízo de reprovação desta também é passível de existir somente através de elementos normativos.

147 GONZÁLEZ SIERRA, Pablo. *La imputación penal de las personas jurídicas*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2014, p. 378.

148 Mas também inalcançável.

Pois bem, nota-se que uma pessoa jurídica possui em seu cor capacidades organizacionais, e são exatamente estas capacidades que serão utilizadas como conteúdo do juízo de reprovação das ações carregadas pela pessoa jurídica. O motivo para isto, além do exposto no parágrafo anterior, está no fato de que as pessoas jurídicas, por serem parte de um contexto onde um substrato material carregado por uma pessoa física é feito¹⁴⁹, podem se organizar de uma forma inadequada com o ordenamento jurídico. Por exemplo, viabilizando que existam formas de enriquecimento ilícito dentro de si e assim, demonstra a manutenção de um contexto empresarial de não cumprimento da legalidade.

Ora, uma vez que o ordenamento jurídico cria a pessoa fictícia, é simplesmente consequência disso que ela atue reconhecendo esta pessoa como tal, pois da mesma forma que o juízo de reprovação é uma forma de reconhecer o acusado como uma pessoa racional, e não como mero objeto, a culpabilidade também cumpre com função símile quando inferida sobre pessoas jurídicas, reconhecendo-a racional¹⁵⁰ e juridicamente.

Aderindo às dimensões formal e material de culpabilidade, temos que a dimensão formal refere-se a todas as características do sujeito estabelecidas pelo ordenamento jurídico como necessárias para imputar-lhe responsabilidade penal, enquanto a dimensão material baseia-se em uma análise concreta e circunstancial de pressupostos que sejam capazes de afirmar que determinado comportamento realizado por determinada pessoa foi livre¹⁵¹.

Nota-se que apesar de existir uma impossibilidade no sistema penal brasileiro atual de reconhecer a culpabilidade de pessoas jurídicas - pelo fato destas simplesmente não cumprirem com os requisitos de dimensão formal -, esta culpabilidade seria possível desde um ponto de vista teórico, a partir do momento em que seja reconhecido sua liberdade de ação como preenchimento

149 Se torna desnecessário aqui retomar a explicação deste processo, ver o Cap. 2.4 deste trabalho para uma explicação elaborada sobre este processo.

¹⁵⁰ Este sentido de "Racional" não remete à racionalidade mental, mas é alusão à elaboração Kantiana sobre o conceito, como exposto na pág. 74.

¹⁵¹ BUSATO, Paulo César. "Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal", *in* Revista Liberdades n° 08 - setembro-dezembro de 2011.

da dimensão material da culpabilidade. É necessário (e possível) construir um conceito de culpabilidade de uma pessoa jurídica que, apesar de não idêntico à culpabilidade da pessoa física, seja funcionalmente equivalente.¹⁵²

Além disso, é relevante também frisar que no momento de destrincharmos os elementos da culpabilidade, é central que estes elementos sejam compostos por elementos unicamente normativos, de tal forma a seguramente se distanciar de pretensões psicológicas. O que isso significa, a fins práticos, é que a pretensão de uma culpabilidade estritamente normativa deve ser resolvida com a tradução da culpabilidade em perguntas sobre a conduta do agente, e o contexto linguístico em que se desenvolveu a ação.

Com essa afirmação, podemos tratar das questões pertinentes à imputabilidade e à potencial consciência de ilicitude em uma forma condizente com a teoria da ação significativa aqui defendida.

3.3.2) A imputabilidade da pessoa jurídica.

Ao falar da capacidade de culpabilidade, ou imputabilidade de um ente fictício, rapidamente encontramos uma tautologia: uma pessoa jurídica não é imputável porque a lei não a inclui como uma pessoa imputável. Isto porque não reconhece nela um livre arbítrio; ou, de forma mais direta: uma pessoa não física não é imputável porque ela é uma pessoa não física e por isso ela não tem características de uma pessoa física, tal como a imputabilidade.

Esta colocação um tanto pitoresca serve para perceber que, em verdade, o falso problema da inimputabilidade das pessoas jurídicas se sustenta em uma estrutura tautológica, e os impedimentos do reconhecimento da culpabilidade de uma pessoa jurídica são de natureza legal, não teórica.

Curiosamente, também é relevante observar a crítica da doutrina¹⁵³ em ser impossível de comprovar um estado de imaturidade ou incapacidade

152 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de sistemas, ciudadanía corporativa y responsabilidad penal de las empresas* in “Constitución Europea y Derecho Penal Económico”. Madrid: Ramón Areces. 2006. P. 164

153 A fim de exemplo: BITENCOURT, Cesar Roberto. *A (i)responsabilidade penal da pessoa jurídica - incompatibilidades dogmáticas*, in *Temas de Direito Penal - Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Págs. 105 e 106.

psíquica de uma pessoa jurídica, sendo esta uma característica única de uma pessoa física, a fim de esclarecer a incapacidade de imputabilidade de uma personalidade fictícia. A meu ver, esta crítica se baseia na noção de a imputabilidade ser verificada de uma maneira dialeticamente contrária à imputabilidade mesma. Em verdade, tudo que faz esta observação da doutrina é apontar para situações em que não seria possível excluir a imputabilidade da pessoa jurídica, mantendo-a presente se tal imputabilidade lhe fosse juridicamente auferida.

Porém, seria inconsistente com o resto do trabalho aqui apresentado interpretar a imputabilidade como um critério psíquico quando algumas páginas acima foi feita a defesa de uma superação da culpabilidade psicológica através da pretensão de reprovação estritamente normativa.

Portanto, se a reprovação juridicamente relevante só pode ser direcionada sobre um indivíduo racional, com uma atitude participativa e capacidade crítica e argumentação¹⁵⁴, esta “racionalidade” do indivíduo não se extrai de um presumido livre arbítrio, mas encontra-se na liberdade de ação mesma e seu contexto, como já visto.

A estrutura normativa da imputabilidade, portanto, deve ser a demonstração de que o agente podia compreender o comando legal que se esperava que cumprisse, não em sentido específico, mas geral. Assim, a imputabilidade é tanto uma capacidade de compreensão e valoração da natureza de sua conduta, como uma exigência de atuação consequente com essa compreensão. A aferição da imputabilidade de um indivíduo, desta forma, deveria ser extraída de seu contexto linguístico e não de suas qualidades bio-psicológicas. É exatamente por isso que a imputabilidade da pessoa jurídica só pode ser trazida ao nosso ordenamento jurídico pátrio por força de lei, vez que o Código Penal expressa os critérios de natureza bio-psicológicos, mais preocupados com condições do ser do indivíduo agente, do que com o contexto de sua atuação.

154 BUSATO, Paulo César. Direito Penal: parte Geral. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. P.570.

O título terceiro da Parte Geral do Código Penal brasileiro, “Da Imputabilidade Penal”, possui três artigos distintos¹⁵⁵. O artigo 26 traz expressamente a definição de imputabilidade aqui apresentada, ao considerar imputável aquele inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (apesar deste conceito só ser extraído uma vez solucionada a dupla negativa do texto legal que considera inimputável aquele incapaz de entender...). O parágrafo único do mesmo artigo já demonstra a opção do legislador brasileiro por critérios bio-psicológicos, prevendo uma redução de pena em hipóteses de “perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado”. O artigo 27 prevê a inimputabilidade pelo critério biológico da menoridade, enquanto o artigo 28 reforça a presença do critério psicológico referindo-se à dois estados que afetam a mente: a forte emoção e a embriaguez.

Uma vez que a capacidade de culpabilidade pode normativamente e linguisticamente ser atribuída através da liberdade de ação, uma estrutura de imputabilidade linguístico-normativa poderia viabilizar a inclusão de pessoas jurídicas como indivíduos imputáveis. No entanto, não podemos confundir a

155 Inimputáveis

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Redução de pena

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Menores de dezoito anos

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Emoção e paixão

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

I - a emoção ou a paixão;

Embriaguez

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

§ 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

imputabilidade com a capacidade de ação mesma, sendo que a imputabilidade do indivíduo agente somente seria aferida a partir da análise das circunstâncias de desenvolvimento da ação¹⁵⁶.

Por este motivo, temos aqui tanto a solução teórica mais simples, mas politicamente mais complexa: a capacidade de culpabilidade da pessoa jurídica é possível se a lei prever tal possibilidade, o que o ordenamento jurídico brasileiro atual não faz.

3.3.3) A potencial consciência de ilicitude da pessoa jurídica

O outro elemento da pretensão de reprovação exige que o sujeito tenha possibilidade de conhecer a ilicitude de seu comportamento¹⁵⁷.

Sobre os elementos que devem preencher a valorização sobre a capacidade de uma pessoa jurídica em apreender e compreender imperativos jurídicos, e então motivar-se de acordo com essa compreensão, devemos retornar ao raciocínio construído quando falamos sobre a capacidade de ação da pessoa jurídica.

Quando esclarecemos que, linguisticamente, podemos compreender que uma ação é atribuída a uma pessoa jurídica, mesmo tendo sido uma pessoa jurídica quem preencheu esta ação de um substrato material, podemos entender que da mesma forma em que, quando falando de ação, a pessoa jurídica compõe o contexto em que esta existe, e assim, se torna responsável por ela. Quando falando de culpabilidade, a pessoa jurídica é capaz de formar a consciência da ilicitude destas mesmas atividades, isto quando denota-se que a conduta realizada estava, ao mesmo tempo, de acordo com as diretrizes organizacionais da empresa (seu “contexto”), e em desacordo com determinações legais.

Porém, assim como a diferenciação entre a capacidade de ação e a ação mesma se fez necessária quando discutimos sobre aquele assunto, o que se investiga aqui é se existe conteúdo para compor um juízo de potencial

156 Em sentido semelhante à este: MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *La “Concepción significativa de la acción” de T.S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito*. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, nº 5. 2001. Págs 1075 - 1104.

157 BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. Pág 568.

consciência de ilicitude quando se fala em uma conduta penalmente relevante levada a cabo por uma pessoa jurídica.

Aqui, a potencial consciência de ilicitude deve existir para preencher este critério de possibilidade do agente de compreender o injusto. Salienta-se a expressão “possibilidade”, pois essa aferição, quando direcionada a humanos, é só presumida, e quando direcionada a pessoas fictícias, voltamos à questão da inexistência de dimensões psicológicas em pessoas jurídicas.

O ponto de convergência aqui é: por um lado, as pessoas físicas possuem uma dimensão psicológica, mas esta é inalcançável pelo direito; por outro lado, as pessoas jurídicas não possuem uma dimensão psicológica. Pela impossibilidade técnica do Direito ser capaz de criar afirmações sobre a dimensão psicológica - seja pela sua inexistência ou intangibilidade -, é que deve ser pensada uma nova forma de aferir a potencial consciência de ilicitude do indivíduo agente.

Feitas estas observações, nota-se que um dos elementos mais relevantes para esta valorização seria as próprias diretrizes organizacionais da empresa em relação à ação feita, não pela culpabilidade da pessoa jurídica ser meramente uma falha organizacional, mas por ser através destas diretrizes que uma pessoa jurídica se torna capaz de criar o contexto que permite que esta seja responsável por uma ação, e que permite também, pelo mesmo motivo, que demonstre consciência da sua ilicitude.¹⁵⁸

158 Este raciocínio é sustentando mais extensamente nos trabalhos do Professor Pablo González Sierra, Doutor em Direito Penal pela Universidade de Granada, na Espanha, que sustenta que além do critério de defeito de organização (que demonstraria que uma pessoa jurídica cometia ilícitos por um vício estrutural de sua organização), um critério pertinente para ser levado em consideração no momento de aferir a potencial consciência de ilicitude da pessoa ficta seria o seu próprio *modus operandi*. Isto remete à ideia já trazida aqui que a capacidade de se auto organizar de uma pessoa jurídica é análoga à capacidade de se auto determinar da pessoa física. Mais especificamente, em: GONZÁLEZ SIERRA, Pablo. *La imputación penal de las personas jurídicas*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2014. Págs. 169 e seguintes.

4) Conclusões.

O presente trabalho teve como seu objetivo buscar uma estrutura constitucionalmente viável e teoricamente coerente de responsabilizar penalmente uma pessoa jurídica através da interpretação de sua expressão significativa.

Destarte, já no próprio título, nota-se que não foi feita a escolha por um único tema, mas por todo um campo que envolve uma revisão dos fundamentos do Direito Penal e de seus fundamentos. Assim, não seria em um trabalho destas dimensões que seria ofertada uma solução para todas estas questões sobre as quais rios de tinta já foram escritos.

Por isso, o que se intentou aqui foi uma contribuição pontual com alguns dos aspectos mais relevantes para a estruturação da responsabilização penal das pessoas fictas, organizadas em torno de fundamentos já desenvolvidos dentro da teoria da ação significativa.

Nesta contribuição, tornou-se claro que - por uma impossibilidade de contingência lógica - as dimensões bio-psicológicas de um indivíduo agente não são determinantes ou sequer restritivas para a elaboração da teoria do delito, pelo menos nos dois aspectos aqui explorados: Capacidade de ação e Culpabilidade.

Quando tratamos da Capacidade de ação das pessoas jurídicas, a chave para a afirmação de que esta existe é o próprio conceito de ação planteado pelo Professor Vives: a ação é a *atribuição de sentido sobre um substrato*¹⁵⁹. Desta forma, quando falamos sobre a teoria da ação significativa, notou-se que a implicação de que uma ação só pode ser feita por um indivíduo com capacidades inerentes a um corpo físico seria falsa. Isto porque o substrato do qual se atribui o sentido é composto pelo substrato material (a manifestação física) e o substrato contextual (o contexto da ação). Assim, a manifestação física não é a ação própria, mas sim uma fração do substrato sobre o qual se atribui o sentido. Por isso, mesmo que o substrato material não possa ser composto por uma pessoa jurídica (pela falta de suas propriedades físicas), ainda é possível que

¹⁵⁹ VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del Sistema Penal. 2ª Edición*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. págs. 220 e seguintes

ela atue, desde que sua atuação seja atribuída a partir de sua contribuição contextual.

Sobre a culpabilidade, a solução é semelhante. Primeiramente, entende-se que assim como a ação, a culpabilidade não é um dado ontológico, mas sim atribuído através de uma análise linguística. Esta culpabilidade atributiva serve para substituir o raciocínio bio-psicológico, este sim, incompatível com a pessoa jurídica pela sua própria natureza fictícia, imaterial.

A ideia é que na medida que existe a capacidade de ação independente de uma pessoa jurídica, é também possível reprovar esta ação, entendendo-a como manifestação da liberdade de ação da pessoa fictícia. Para fazê-lo, no entanto, temos que destrinchar os dois elementos distintos da culpabilidade atributiva: imputabilidade e potencial consciência de ilicitude.

Sobre a imputabilidade, nota-se que se faria imperativa uma modificação legislativa, pelo fato de - como visto no capítulo anterior - o Código Penal Brasileiro fazer menção direta à critérios bio-psicológicos em sua definição de pessoas imputáveis.

Quando analisamos a potencial consciência de ilicitude, nota-se já pelo nome do elemento sua característica inerentemente atributiva, e isso não é por acaso. A superação da culpabilidade psicológica não é algo que surge somente com a intenção de incluir pessoas jurídicas dentro do controle estabelecido pelo Direito Penal, mas que provou-se insustentável para as próprias pessoas físicas, pois, apesar de estas possuírem dimensões psicológicas, estas dimensões são inalcançáveis para o jurista no momento de analisar o caso concreto.

Assim, a questão seria buscar os critérios capazes de fundamentar que a atuação da pessoa jurídica, se ilícita, foi feita com ciência desta opção pela ilegalidade. Aqui foi feita a opção pela verificação do *modus operandi* de uma empresa, observando uma potencial consciência de ilicitude através da liberdade da empresa se se autoorganizar.

A opção por este critério remete aos fundamentos da ação da pessoa jurídica, vez que enquanto as pessoas físicas possuem a característica inerente de se autodeterminarem, às pessoas jurídicas é aferida juridicamente a capacidade de se autoorganizar. Por isso, enquanto a reprovação por potencial consciência de ilicitude de pessoas físicas se fundamenta em autodeterminação,

as pessoas jurídicas deveriam ser reprovadas, por equivalência, pela sua auto-organização.

Feitas estas considerações, é necessário reconhecer que, apesar deste trabalho estar concluído, a investigação por detrás dele está só começando. No decorrer desta investigação foram feitas ressalvas no sentido de que certos assuntos não seriam abordados em respeito às dimensões da pesquisa feita. Isso não significa que estes assuntos restarão abandonados, apenas que serão levados em consideração em momentos futuros, em continuidade deste esforço de adaptar a teoria da ação significativa à responsabilidade penal de pessoas jurídicas.

5) Bibliografia

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. "*Societas delinquere potest* – revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina", in *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito penal*. [Luiz Flávio Gomes – org.], São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BACIGALUPO, Enrique. "La responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas en el Derecho Europeo", in *Derecho Penal Económico*. Enrique Bacigalupo [dir.] Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

BACIGALUPO SAGGESE. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Bosch. Barcelona. 1998.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. "Vigencia de la RPPJ en el derecho sancionador español". In *Tratado de Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. [Miguel Bajo Fernández, Bernardo Feijóo Sánchez e Carlos Gómez-Jara Díez – orgs.]. Madrid: Thompson-Civitas, 2012.

BITENCOURT, Cesar Roberto. *A (i)responsabilidade penal da pessoa jurídica - incompatibilidades dogmáticas*, in *Temas de Direito Penal - Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITENCOURT, Cesar Roberto. "Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica", in *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito penal*. [Luiz Flávio Gomes – org.], São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BOLDOVA PASSAMAR, Miguel Ángel. *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación Española*. Estudios Penales y Criminológicos, Vol XXXIII (2013). Santiago de Compostela.

BRICOLA, Franco. "Il costo del fenomeno 'societas delinquere non potest' nell'attuale dimensione del fenomeno societario", in *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*. Milano: Giuffrè 1970.

BUBNOFF, E. *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungs begriffen von Feuerbach bis Liszt unter besondere Berücksichtigung der Hegelsschule*, Heideberg, 1966, págs. 134 e seguintes.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BUSATO, Paulo César. "Modernas teorias do delito: funcionalismo, significado e garantismo". *In Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal e Ação Significativa*. 2a ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BUSATO, Paulo César. *Lei Antiterror Anotada: Lei 13.260 de 16 de Março de 2016*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018.

CADAVID QUINTERO, Alfonso. "Responsabilidad penal de personas jurídicas. Una mirada desde el Derecho colombiano", *in La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. [Miguel Ontiveros Alonso – Coord.], Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. "Aproximación d al dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", *in Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal. Semblanzas y estudios con el motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón. Tomo I*. [J.C. Carbonell Mateu, J.L. González Cussac e E. Orts Berenguer – orgs.], Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones em torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010*. Cuaderno de Política Criminal, núm. 101, 2010.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

CÓRDOBA RODA, Juan e GARCÍA ARÁN, Mercedes [dir.]. *Comentarios al Código penal. Parte General*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

DANNECKER, Gerhard. "Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", *in Revista Penal n. 7*. Salamanca: La Ley, 2001.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DE LA CUESTA, José Luis. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español", *in Responsabilidad penal de las personas jurídicas* [José Luis de ka Cuesta Arzamendi – dir.], Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2013.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. "La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal". In *Tratado de Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. [Miguel Bajo Fernández, Bernardo Feijóo Sánchez e Carlos Gómez-Jara Díez – orgs.]. Madrid: Thompson-Civitas, 2012.

FLETCHER, George. *The Grammar Of Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2007.

FRIEDMAN, Lawrence. "In Defense of Corporate Criminal Liability", in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, n. 23. Cambridge: Harvard Law School, 2000.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. "La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad" in *Iustel, Revista General de Derecho penal* 16, (RI §410993), 2011.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. "La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad" in *Iustel, Revista General de Derecho penal* 16, (RI §410993), 2011.

GALVÃO, Fernando. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2a ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. "Falsa alarma: *societas delinquere non potest*", in *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. [Miguel Ontiveros Alonso – Coord.], Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*. Valladolid: Lex Nova, 2010.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*. 2a ed., Cizur Menor: Aranzadi-Thomson-Reuters, 2015.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. "Autoorganización Empresarial y Autorresponsabilidad Empresarial", *Revista Eletronica de Ciencia Penal y Criminologia*, núm. 08-05. 2006.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. "El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)". In *Tratado de Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. [Miguel Bajo Fernández, Bernardo Feijóo Sánchez e Carlos Gómez-Jara Díez – orgs.]. Madrid: Thompson-Civitas, 2012.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. "Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas". In *Tratado de Responsabilidad penal de las personas jurídicas*.

[Miguel Bajo Fernández, Bernardo Feijóo Sánchez e Carlos Gómez-Jara Díez – orgs.]. Madrid: Thompson-Civitas, 2012.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. "La culpabilidad de la persona jurídica". *In Tratado de Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. [Miguel Bajo Fernández, Bernardo Feijóo Sánchez e Carlos Gómez-Jara Díez – orgs.]. Madrid: Thompson-Civitas, 2012.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Navarra, 2006.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2010.

GONZÁLEZ SIERRA, Pablo. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Tesis Doctoral*. Granada, 2012.

GONZÁLEZ SIERRA, Pablo. *La imputación penal de las personas jurídicas*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2014.

GORRIZ ROYO, Elena. *El concepto de autor em Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

HAFTER, Ernst. *Die Delikts-und Straffhigkeit der Personenverbände*. Berlin: Springer, 1903.

HANSEN, Chad. *A new Approach to Logic in the Humanities*. University of Michigan Press. Michigan. 2015.

HANSEN, Kaj Børge *Remarks on Wittgenstein's Philosophy: Private Language and Meaning*. Danish Yearbook of Philosophy. 2007. P. 42.

HEINE, Günter. "New Developments in Corporate Criminal Liability in Europe: Can Europeans learn from the American Experience or Viceversa?", *in St. Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal*, 1998.

HEINE, Günther. *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken*. Baden-Baden. Nomos. 1995.

HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal. Obras completas. Tomo III*. Trad. de Patricia Ziffer, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002.

JONAS, Hans. *Das Prinzip Verantwortung: Ethik für die Technologische Zivilisation*. Frankfurt/M. Neuauflage als Suhrkamp Taschenbuch. 1979.

LAMPE, Ernst J.. "Systemunrecht und Unrechtssysteme" in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* no 106, Berlin: Walter de Gruyter, 1994.

LIEPMANN. *Introducción al Derecho penal. Una crítica de los conceptos criminalistas fundamentales*. B de F. 2014.

LISZT, Franz v., *Tratado de Direito Penal Alemão*, tomo I, traducido por José Hygino Duarte Pereira, Rio de Janeiro : Briguiet, 1899. Pág. 199 e seguintes.

LISZT, Franz v., *Zeitschrift für das Privat und öffentlichen Recht der Gegenwart*. 1908.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*. 5a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *La "Concepción significativa de la acción" de T.S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito*. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, nº 5. 2001.

MEZGER, E. *Tratado de Derecho penal, traducción y notas de Rodríguez Muñoz*. Madrid. 1957.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo - 4ª edición*. Valencia. 2003.

NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio e HUERTA TOCILDO, Susana. *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*. 2a ed., Madrid: Castellanos, 1986.

ORTS BERENGUER, Enrique e GONZÁLEZ CUSSAC, Jose Luiz. *Compendio de Derecho penal. Parte General y parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

PÉREZ ARIAS, Jacinto. "La persona jurídica como sujeto penalmente responsable: un pretendido fundamento sociológico", in *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*. [José Manuel Palma Herrera – dir.] Madrid: Dykinson, 2014.

PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo "objetivo" y lo "subjetivo" en el tipo penal – hacia la "exteriorización de lo interno"*. Atelier, Barcelona. 2014.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal. Parte geral*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo "La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del Derecho penal", in *Revista de Administración Pública*, nº 126. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho penal*. 4a ed., Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2010.

RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho Penal*. B de F. 2011.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

FRANK, Reinhard. *Festschrift für die juristische Fakultät in Gießen zum Universitätsjubiläum*. 1907.

ROBLES PLANAS, Ricardo, "Crítica al art. 31 bis CP" em *Diario La Ley*, Número 7705, 29 de septiembre de 2011.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 2000.

ROXIN, Claus. *Contribución a la crítica de la teoría final de la acción*, in. *Problemas básicos de Derecho Penal*, Reus, Madrid, 1976.

ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Trad. de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. 1, 3.ª ed., München : Beck, 1997

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – parte geral*. 5. Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SCHROTH, Hans-Juergen. *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte: eine Studie zum Unternehmensstrafrecht*. Gießen: Brühlscher, 1993.

SCHÜNEMANN, Bernd. "Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts – Ein kriminalpolitischer Zombi", in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* no 1, 2014.

SCHÜNEMANN, Bernd. "Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft", in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1995.

SCHÜNEMANN, Bernd. "La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos directivos en la Unión Europea" in *Constitución Europea y Derecho penal económico. Mesas Redondas de Derecho y Economía*. Madrid: Ramón Areces, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*. Köln, Berlin, Bonn, München. Heymann, 1979.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "La responsabilidad penal de la persona jurídica y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal" in *Derecho penal económico. Manuales de formación continuada 14*. Madrid: CGPJ, 2001.

STRATENWERTH, Günter. "Strafrechtliche Unternehmenshaftung", in *Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70 Geburtstag* [Klaus Geppert, Joachim Bohnert e Rudolf Rengier - Hrsg.]. Tübingen: Mohr Siebeck, 1992.

TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TIEDEMANN, Klaus. "Punibilidad y Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas y de sus Órganos", in *Revista Jurídica de Buenos Aires*, vol. 2, Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1988.

TIEDEMANN, Klaus. "Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el Derecho comparado", in *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito penal*. [Luiz Flávio Gomes – org.], São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal - 2ª edición*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2011.

WEBER, Hellmuth von. *Lineamientos del Derecho penal alemán*. Tradução de Leonardo Germán Brond. Buenos Aires: Ediar, 2008.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. São Paulo. 2011.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophische Untersuchungen*. Kritisch-genetische Edition. Herausgegeben von Joachim Schulte. Wissenschaftliche Buchgesellschaft. Frankfurt 2001.

ZUGALDÍA ESPINAR. José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013.