

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RHAYSSAM POUBEL DE ALENCAR ARRAES

AS CONDUTAS DELITIVAS PASSÍVEIS DE SEREM COMETIDAS PELA PESSOA  
JURÍDICA: UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍ-  
DICA À LUZ DA CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA AÇÃO

CURITIBA

2022

RHAYSSAM POUBEL DE ALENCAR ARRAES

AS CONDUTAS DELITIVAS PASSÍVEIS DE SEREM COMETIDAS PELA PESSOA  
JURÍDICA: UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍ-  
DICA À LUZ DA CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA AÇÃO

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato

CURITIBA

2022

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Arraes, Rhayssam Poubel de Alencar

As condutas delitivas passíveis de serem cometidas pela  
pessoa jurídica: uma análise da responsabilidade penal da  
pessoa jurídica à luz da concepção significativa da ação /  
Rhayssam Poubel de Alencar Arraes. – Curitiba, 2022.

1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do  
Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-  
graduação em Direito.

Orientador: Paulo César Busato.

1. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas.  
2. Linguagem - Filosofia. 3. Direito penal. I. Busato, Paulo  
César. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626



**ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO  
GRAU DE MESTRE EM DIREITO**

No dia trinta e um de maio de dois mil e vinte e dois às 07:30 horas, na sala 311, Prédio Histórico da UFPR - Praça Santos Andrade nº 50, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **RHAYSSAM POUHEL DE ALENCAR ARRAES**, intitulada: **AS CONDUTAS DELITIVAS PASSÍVEIS DE SEREM COMETIDAS PELA PESSOA JURÍDICA: UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA À LUZ DA CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA AÇÃO**, sob orientação do Prof. Dr. PAULO CESAR BUSATO. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: PAULO CESAR BUSATO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), PRISCILLA PLACHA SA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), TRACY JOSEPH REINALDET DOS SANTOS (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, PAULO CESAR BUSATO, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 31 de Maio de 2022.

Assinatura Eletrônica

31/05/2022 09:15:12.0

PAULO CESAR BUSATO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

31/05/2022 09:15:40.0

PRISCILLA PLACHA SA

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

13/06/2022 12:37:57.0

TRACY JOSEPH REINALDET DOS SANTOS

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -  
40001016017P3

## TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **RHAYSSAM POUBEL DE ALENCAR ARRAES** intitulada: **AS CONDUITAS DELITIVAS PASSÍVEIS DE SEREM COMETIDAS PELA PESSOA JURÍDICA: UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA À LUZ DA CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA AÇÃO**, sob orientação do Prof. Dr. PAULO CESAR BUSATO, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 31 de Maio de 2022.

Assinatura Eletrônica

31/05/2022 09:15:12.0

PAULO CESAR BUSATO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

31/05/2022 09:15:40.0

PRISCILLA PLACHA SA

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

13/06/2022 12:37:57.0

TRACY JOSEPH REINALDET DOS SANTOS

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

---

Praça Santos Andrade, 50 - CURITIBA - Paraná - Brasil

CEP 80020300 - Tel: (41) 3310-2685 - E-mail: ppgdufpr@gmail.com

Documento assinado eletronicamente de acordo com o disposto na legislação federal Decreto 8539 de 08 de outubro de 2015.

Gerado e autenticado pelo SIGA-UFPR, com a seguinte identificação única: 187844

Para autenticar este documento/assinatura, acesse <https://www.prppg.ufpr.br/siga/visitante/autenticacaoassinaturas.jsp> e insira o código 187844

Primeiramente, dedico este trabalho a Deus, fonte de energia e inspiração nos mais diversos momentos da minha vida e meu Guia desde sempre também a São José, cuja intercessão sempre se fez presente. Além deles, dedico esta dissertação aos meus pais, Carmem Lúgia e Francisco Arraes, à minha tia avó Maria Ilse, que com amor e dedicação apoiaram e incentivaram desde sempre a minha caminhada rumo ao conhecimento e à realização pessoal.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente ao Onipotente Deus. À Nossa Senhora Aparecida, a São Jose e à Santa Irmã Dulce a devoção merecida e sincera.

À Universidade Federal do Paraná (UFPR), *Alma Matter* onde tive a grande felicidade e a honra de poder cursar cinco anos da minha graduação em Direito e dois anos do Mestrado, que teve por fruto a presente dissertação. Instituição de Ensino que esteve presente em minha vida por sete anos e a qual tenho orgulho de pertencer, pois apresenta excelente docência, com estrutura logística e humana do mais alto gabarito profissional. Assim, a Universidade Federal do Paraná me viabilizou oportunidades de demonstrar meus talentos neste intento em que busco o saber com humildade e abrangência como me ensinou a importância de converter o conhecimento adquirido de forma útil à sociedade, cumprindo o pequeno dever de cada momento, estando naquilo que deve ser feito e o fazendo com amor ao próximo.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Paulo César Busato, por ser um exemplo de pessoa humana, com seus valiosos conselhos, sempre me apoiando a buscar o conhecimento e o aperfeiçoamento pessoal. Como também por ser um exemplo de profissional no âmbito jurídico, seja por seu refinado trato pedagógico pautado pelos valores democráticos e o respeito à pessoa humana, seja pela hígida atuação no Ministério Público do Paraná, inspirando aqueles que almejam um dia servir a população por meio de um cargo público. Também agradeço o seu incansável apoio no decurso de toda a sua valiosa orientação acadêmica.

Aos meus pais, Francisco Alencar Arraes Sobrinho e Carmem Lígia Rodrigues Silveira Arraes, minha eterna gratidão por me apoiarem com amor e devoção e serem a grande fonte de esperança e inspiração para a realização do presente trabalho.

À avó materna Maria Silveira e à minha tia avó Maria Ilse Fonseca, pelo carinho e orações.

Especiais agradecimentos a todos os servidores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná que, de forma sempre solícita e com o real desejo de incentivar o aprendizado dos alunos dessa instituição, auxiliaram-me e me apoiaram em todos os momentos de aprendizado.

Agradeço também a Leticia Salles, pela compreensão e paciência durante as horas que me foram furtadas para a escrita do presente trabalho e pelo importante incentivo e apoio humano.

A Zuleica Michalkiewicz, pelo apoio na assessoria acadêmica, cuja dedicação e empenho foram essenciais para a concretização deste trabalho.

Aos amigos que a Universidade Federal do Paraná me deu a honra de conhecer durante as aulas, pelos quais guardo carinho e que me brindaram com valiosas conversas e discussões extraclasse: Pedro Franco Athayde, Heric Stilben, Guilherme Henrique Gonçalves, Mariana Cesto, Letícia de Andrade Porto, Paulo Henrique Helene e Bruno Cortez Torres Castelo Branco, a minha gratidão pela companhia e conversas que foram de incalculável valor e serão agradáveis lembranças que ficarão deste período de aprendizado e construção de conhecimento.



*“Filosofar é como tentar descobrir o segredo de um cofre: cada pequeno ajuste no mecanismo parece levar a nada. Apenas quando tudo entra no lugar a porta se abre.”*

LUDWIG WITTGENSTEIN

## RESUMO

As pessoas jurídicas, notadamente as empresas, são hoje protagonistas em nosso atual contexto globalizado, sendo agentes cuja atuação impacta econômica e socialmente toda a população mundial. À parte do papel chave que desempenham na economia, é um dado criminológico que as principais agressões, sobretudo, a bens jurídicos coletivos – como ao meio ambiente ou à saúde - envolvem pessoas jurídicas, sem as quais seria impossível conseguir produzir tais crimes. A saber, os recentes casos de Brumadinho/ MG e Mariana/MG. Desse modo, torna-se imperioso o estudo de meios para a responsabilização penal das pessoas jurídicas e a superação do obstáculo dogmático da capacidade de uma pessoa jurídica cometer uma conduta criminosa. Superado esse obstáculo, pelo uso da Concepção Significativa da Ação, do professor espanhol Tomás Salvador Vives Antón, o presente trabalho se propõe a analisar quais são as condutas passíveis de serem cometidas pelas pessoas jurídicas. Inicialmente são analisadas as origens do senso comum de que uma pessoa jurídica não pode cometer um delito, simbolizado pelo brocado “*societas delinquere non potest*”. De modo a demonstrar a relevância da temática escolhida, explana-se a respeito das principais razões político-criminais para a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Após isso, são trazidas ao prosaio do debate algumas propostas de heteroresponsabilização e autorresponsabilização penal da pessoa jurídica, acompanhada de uma análise crítica a respeito de cada uma. Na sequência, analisam-se as insuficiências das teorias do delito para responderem a responsabilidade penal da pessoa jurídica, mostrando a superação do velho paradigma que elas representam pelo novo paradigma concebido pela Concepção Significativa da Ação, que leva, a priori, a superar o conceito ontológico de ação para um, no qual a ação passa a ser vista como a interpretação de um sentido. Por fim, investigam-se quais seriam as condutas criminosas passíveis de serem cometidas pelas pessoas jurídicas, tendo por base a Concepção Significativa da Ação e a Filosofia da Linguagem Ordinária de Ludwig Wittgenstein.

**Palavras-chave:** Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Concepção significativa da ação. Filosofia da linguagem. *Societas delinquere non potest*.

## ABSTRACT

Legal entities, notably companies, are today protagonists in our current globalized context, being agents whose performance impacts economically and socially the entire world population. Apart from the key role they play in the economy, it is a criminological fact that the main attacks, above all, against collective legal interests - such as the environment or health - involve legal entities, without which it would be impossible to commit such crimes. For example, the recent cases of Brumadinho/MG and Mariana/MG. Therefore, it becomes imperative to study the means for the criminal liability of legal entities and to overcome the dogmatic obstacle of the ability of a legal entity to commit criminal conduct. Overcoming this obstacle, by using the Meaningful Conception of Action, by the Spanish professor Tomás Salvador Vives Antón, the present work proposes to analyze what are the behaviors that can be committed by legal entities. Firstly, the origins of the common sense that a legal person cannot commit a crime are analyzed, symbolized by the latin phrase “*societas delinquere non potest*”. In order to demonstrate the relevance of the chosen theme, it is explained about the main political-criminal reasons for the criminal liability of the legal entity. After that, some proposals of hetero-responsibility and criminal self-responsibility of the legal entity are brought to the proscenium of the debate, accompanied by a critical analysis about each one. Subsequently, the insufficiencies of the theories of crime to respond to the criminal liability of the legal entity are analyzed, showing the overcoming of the old paradigm that they represent by the new paradigm conceived by the Significant Conception of Action, which leads, a priori, to overcome the concept ontological of action for one, in which the action is seen as the interpretation of a meaning. Finally, we investigate which criminal conducts could be committed by legal entities, based on the Meaningful Conception of Action and the Philosophy of Ordinary Language by Ludwig Wittgenstein.

**Keywords:** Criminal liability of legal entities. Meaningful conception of the action. Criminal self-responsibility of the legal person. Philosophy of language. *Societas delinquere non potest*

## LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Jornal o Globo.....	182
Figura 2 - Empresa poluidora de água potável.....	191
Figura 3 - Empresa interrompe serviços de internet.....	194
Figura 4- Constrangimento ilegal por parte de uma empresa.....	198.
Figura 5- Empresa difamando outra empresa .....	200

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>16</b>
<b>2. A VISÃO CLÁSSICA SOBRE A INCAPACIDADE DE AÇÃO DA PESSOA JURÍDICA</b> .....	<b>19</b>
2.1 CRÍTICA AO BROCADO “ <i>SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST</i> ” E A NECESSIDADE DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA.....	42
2.2 MODELOS CLÁSSICOS DE RESOLUÇÃO DOS PROBLEMAS DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA .....	60
2.2.1 Breves considerações sobre a responsabilização penal da pessoa jurídica em outros países.....	60
2.2.2 Modelos de Heterorresponsabilidade e Autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica.....	67
2.2.3 Problemas dogmáticos dos modelos de responsabilidade por empréstimo (Modelos de Heterorresponsabilidade).....	69
2.2.3.1 Modelo de responsabilidade vicarial.....	69
2.2.3.2 Modelo de Responsabilidade por Identificação .....	71
2.2.4 Problemas dogmáticos das propostas de responsabilidade penal direta da pessoa jurídica (Modelos de Autorresponsabilidade) .....	74
2.2.4.1 Modelo do Ato de Conexão .....	74
2.3. A PROPOSTA DA TEORIA DA AÇÃO INSTITUCIONAL .....	79
2.4. EXIGÊNCIAS TEÓRICAS PARA UM VERDADEIRO MODELO DE AUTORRESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA.....	82
<b>3. UM NOVO PARADIGMA: A CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA AÇÃO DE TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN</b> .....	<b>86</b>
3.1 O CONCEITO DE AÇÃO NAS TEORIAS ONTOLÓGICAS DO DELITO .....	88
3.1.1 O conceito jurídico penal de ação no sistema causal- naturalista .....	94
3.1.2 A influência Neokantiana no conceito jurídico penal de ação .....	101
3.1.3 O conceito jurídico penal de ação no sistema finalista .....	107
3.1.3.1 O conceito jurídico penal de ação para Reinhart Maurach .....	115
3.1.3.2 O conceito jurídico penal de ação para Günther Stratenwerth.....	117
3.1.4 O conceito de ação na Teoria Social da Ação .....	119
3.1.5 Breves considerações sobre o estudo da ação no período pós finalista .....	122
3.1.5.1 O Conceito Personalista de Ação: a orientação político-criminal de Claus Roxin. ....	125
3.1.5.2 A ação como fenômeno total (global): a teoria da evitabilidade individual de Günther Jakobs .....	128
3.2 A AÇÃO COMO EXPRESSÃO DE UM SENTIDO .....	130
3.2.1 A crítica de Gilbert Ryle a concepção cartesiana da mente .....	135
3.2.2 O conceito de seguir uma regra para a compreensão do significado da ação. (Follow a Rule) .....	138
3.2.3 Os elementos subjetivos da ação na Concepção Significativa da Ação.....	143
3.2.4 A superação do supra conceito de ação pela concepção significativa da ação .....	149
3.2.5 O Tipo de Ação visto a partir da Concepção Significativa da Ação .....	152
3.3 A LIBERDADE COMO PRESSUPOSTO NA CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA AÇÃO .....	155

<b>4. A AÇÃO DA PESSOA JURÍDICA: ETAPAS PARA A IDENTIFICAÇÃO DOS TIPOS DE AÇÃO COMETIDOS PELAS PESSOAS JURÍDICAS A PARTIR DA LINGUAGEM COMUM.....</b>	<b>158</b>
4.1 A INSUFICIÊNCIA DOS CONCEITOS ONTOLÓGICOS DE AÇÃO DOS MODELOS DE TEORIA DO DELITO PARA A RESOLUÇÃO DO PROBLEMA DA RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS .....	159
4.1.1 A ação causal naturalista do Sistema Clássico e a sua incompatibilidade com a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.....	162
4.1.1.1 A ação finalista do Sistema Finalista e a sua incompatibilidade com a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.....	164
4.1.2 O abandono da ação como elemento central na teoria do delito no Sistema Funcionalista e a incompatibilidade do conceito personalista de ação com a Responsabilidade penal da pessoa jurídica. ....	167
4.2 A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA À LUZ DA CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA AÇÃO: IDENTIFICANDO UMA CONDUTA CRIMINOSA PRÓPRIA DA PESSOA JURÍDICA.....	171
4.3 CAMINHOS PARA A IDENTIFICAÇÃO DA CONDUTA COMETIDA PELA PESSOA JURÍDICA A PARTIR DA LINGUAGEM COMUM .....	175
4.3.1 Primeira etapa: Uso linguisticamente estável e aceito da atribuição da conduta como passível de ser cometida pela pessoa jurídica.....	176
4.3.2 Segunda etapa: semelhanças de família. A identificação da conduta cometida pela pessoa jurídica como inserida no sentido do tipo de ação.....	183
4.3.3 Terceira etapa: Necessárias considerações sobre as condutas típicas impossíveis de serem realizadas pelas pessoas jurídicas.....	187
4.4 Análise de algumas condutas passíveis de serem cometidas pela pessoa jurídica	189
4.4.1 - EXEMPLO 1 - Corrupção ou poluição de água potável (Art. 271 do Código Penal).....	190.
4.4.2 EXEMPLO 2 - Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública (Art. 266 do Código Penal).....	192
4.4.3 - EXEMPLO 3 - Constrangimento ilegal. (Art. 146 do Código Penal) .....	196.
4.4.4 - EXEMPLO 4- Difamação (Art.139 do Código Penal).....	199.
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>202</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>205</b>

## 1 INTRODUÇÃO

É impossível pensar na sociedade atual sem considerar o impacto das atividades exercidas pelas pessoas jurídicas nos campos econômico e social. Entretanto, muito embora desempenhem um papel chave na economia, é uma realidade criminológica que as principais ofensas a bens jurídicos coletivos, como o meio ambiente e a economia popular, são perpetradas ofensas pelas pessoas jurídicas que, sem estas, jamais seriam praticadas.

Na história, inúmeros são os casos de danos causados pelo atuar das pessoas jurídicas à coletividade. Desde o caso Dupont, nos Estados Unidos, em que milhares de pessoas foram seriamente contaminadas com substâncias carcinogênicas, até os recentes casos de Brumadinho/ MG e Mariana/MG, quando a irresponsabilidade de algumas empresas resultou em um rastro de morte e destruição, gerando danos ambientais e humanos incalculáveis.

Essa nova realidade macro criminológica levou o Direito Penal a reconhecer que se deve enfrentar não apenas a criminalidade proveniente da pessoa física, mas também àquela cometida pela pessoa jurídica. Para cumprir esse desiderato, torna-se necessário abandonar os parâmetros do Direito Penal clássico, desenvolvido unicamente à pessoa física e, por conseguinte, impossível de ser aplicado às pessoas jurídicas, para buscar novas soluções dogmáticas.

Nessa busca, depara-se com o problema central deste trabalho: identificar quais são as condutas criminosas que a pessoa jurídica pode cometer, para que então ela possa ser responsabilizada por um ato cometido por ela própria. Para atingir esse propósito, percorreu-se o seguinte caminho.

No primeiro capítulo, investiga-se a visão clássica sobre a incapacidade de ação da pessoa jurídica, partindo da análise da origem do senso comum de que as pessoas jurídicas não poderiam cometer uma conduta criminosa, pensamento cristalizado no brocado *“societas delinquere non potest”*. Para isso, analisam-se as quatro teorias que explicam a origem deste brocado: a teoria romanista, a teoria inocentista; a teoria novecentista e uma quarta teoria que afirma ser desconhecida a origem do brocado. Também é investigado se o brocado representa a realidade do Direito Romano, ou seja, se o ordenamento jurídico da Roma Antiga conheceu ou não a responsabilidade penal do ente coletivo.

De forma subsequente, são apresentadas as razões criminológicas para a responsabilização penal do ente coletivo, considerando que as pessoas jurídicas são os agentes com maior potencial de dano e de agressão a bens jurídicos coletivos e individuais na realidade atual macro-criminológica. De forma breve, é levantada a possível razão histórica para o surgimento da irresponsabilidade penal da pessoa jurídica na época da Revolução Francesa e as consequências que isso causou para a posterior construção dos sistemas de teoria do delito.

Ademais, discorre-se sobre as tentativas de responsabilização penal da pessoa jurídica, primeiramente analisando de forma sucinta a responsabilização das pessoas jurídicas em alguns países. Em seguida, analisar os problemas atinentes às propostas de responsabilização da pessoa jurídica por meio dos modelos de autorresponsabilidade e heterorresponsabilidade penal da pessoa coletiva, exemplificando cada um destes modelos. Expostos tais modelos, considera-se a incapacidade dessas propostas se constituírem em um autêntico sistema de responsabilização penal da pessoa jurídica, em que esta é responsabilizada por um ato que ela própria tenha cometido.

No segundo capítulo, pondera-se a evolução do conceito de ação na dogmática penal e a forte vinculação com um paradigma ontológico. Apresenta-se desde o surgimento do conceito de ação na teoria do delito, a partir das proposições dos discípulos do filósofo Hegel, em especial Albert Friedrich Berner e Heinrich Luden, passando pelas propostas causal-naturalista, finalista e social da ação, até as últimas proposições vinculadas às teorias funcionalistas do delito.

Nesse cenário, investiga-se a superação do paradigma ontológico representado pelas teorias do delito estudadas e dos problemas atinentes a ele, por meio da compreensão da ação como a realização de um tipo de ação. Isto é, examinando a partir de uma interpretação contextual e linguística, de acordo com a Concepção Significativa da Ação de Tomás Salvador Vives Antón. Ao se avaliar a Concepção Significativa da Ação, explora-se, de forma breve, como ela promove a desvinculação da ação do paradigma ontológico e da concepção cartesiana da mente e as consequências disso para a elaboração da teoria do delito quando se trata da capacidade de ação. Com vistas a atingir a melhor compreensão da concepção significativa do professor Tomás Salvador Vives Antón, é exposta a investigação entre relação entre ação, norma e liberdade de ação a partir do paradigma significativo, ainda que de forma sucinta.



No terceiro capítulo, investigam-se as incompatibilidades das principais teorias do delito com a responsabilização penal da pessoa jurídica para, na sequência, analisar a compatibilidade da responsabilização penal da pessoa jurídica com a Concepção Significativa da Ação.

Sendo assim, explora-se a capacidade de ação das pessoas jurídicas a partir da análise do conceito de ação criado por Vives Antón: o conceito significativo de ação rompe com o paradigma clássico da ação vinculada a um substrato material, em que a ação só poderia ser realizada por um indivíduo mediante a somatória de elementos subjetivos e objetivos. Em virtude disso, a ação passa a ser compreendida como passível de ser cometida pela pessoa jurídica, porque se compreende linguisticamente que se comentem determinados tipos de ação que podem ser atribuídos a ela. Desse modo, demonstra-se que, como fundamento, a Concepção Significativa da Ação se constitui em um autêntico sistema de autorresponsabilização penal da pessoa jurídica. A saber, quando é responsabilizada por uma conduta que ela mesma realizou e que tal resultado corresponde a um resultado antijurídico.

Por fim, após demonstrar a capacidade de ação da pessoa jurídica, o trabalho propõe caminhos que auxiliem na identificação de quais condutas podem ou não serem cometidas pelas pessoas jurídicas. Para tanto, questiona-se: quais os tipos de ação que o ente coletivo pode cometer?

Com o propósito de encontrar respostas para essa pergunta, preconiza-se um critério trifásico, composto por etapas norteadoras para a identificação das condutas passíveis de serem cometidas pelas pessoas jurídicas a partir da filosofia da linguagem pragmática de Ludwig Wittgenstein. As duas primeiras etapas são baseadas em dois conceitos desenvolvidos por Wittgenstein, modos de vida e semelhanças de família. A última etapa serve como elemento identificador de quais condutas não podem ser cometidas pelas pessoas jurídicas.

Ao final, a título de exemplo, são apresentados alguns delitos que podem ser cometidos pelas pessoas jurídicas, baseados nas três etapas norteadoras anteriormente investigadas.

## 2. A VISÃO CLÁSSICA SOBRE A INCAPACIDADE DE AÇÃO DA PESSOA JURÍDICA.

Para compreender a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e, por consequente, as ações criminosas que tais pessoas possam ou não cometer, faz-se necessário entender que a presente temática não é pacífica na doutrina, havendo aqueles que defendam que a pessoa jurídica não é passível de responsabilização, a exemplo de Claus Roxin e Hans- Heinrich Jescheck<sup>1</sup>, na doutrina estrangeira e Juarez Cirino dos Santos<sup>2</sup>, René Dotti<sup>3</sup> e Luiz Régis Prado, na doutrina nacional. Ainda há aqueles que advoguem por uma responsabilização de forma indireta com base em um modelo de heterorresponsabilidade, a exemplo de Carlos Gomes Jara Diez e David Baigún.<sup>4</sup>

Entretanto, ao se propor algo no campo do Direito, devemos dar razões àquilo que estamos propondo e antes compreendermos as razões que levaram os outros a um posicionamento contrário ao que propomos. Por esse motivo, é preciso primeiramente entender a origem da crença em uma suposta irresponsabilidade do ente coletivo na seara criminal, para então prosseguirmos com a temática aqui proposta.

Nesse sentido, faz-se premente iniciarmos o presente trabalho desfazendo-se o problema linguístico originado a partir do brocado “*societas delinquere non potest*”,

---

<sup>1</sup>Ver respectivamente em: ROXIN, Claus. **Derecho penal: Parte General**. Trad. Diego- Manuel Luzón Peña. Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas. 1999.p. 258-259.e JESCHECK. Hans- Helnrich **Tratado de Derecho penal: Parte general**. Trad. José Luiz Manzanares Samaniego.4ed. Granada: Editorial Comares. 1993 .p.205.

<sup>2</sup> **Nota: Juarez Cirino assim declara o seu posicionamento sobre a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica:** “a ação, fundamento psicossomático do crime, ou substantivo qualificado pelos adjetivos do tipo de injusto e da culpabilidade, designa fenômeno exclusivamente humano, inconfundível com o conceito de ação institucional atribuído à pessoa jurídica (...) se a ação como fundamento psicossomático do conceito de crime é fenômeno exclusivamente humano, então a pessoa jurídica, um ente jurídico constituído por seres humanos, mas inconfundível com os seres humanos constituintes, é incapaz de ação.(...) logo, a incapacidade de ação – no sentido de ação realizada ou de ação omitida, as modalidades concretas das proibições ou comandos instituídos pela norma penal para proteção de bens jurídicos- é o primeiro obstáculo insuperável da proposta de criminalização da pessoa jurídica.” Ver em: SANTOS, Juarez dos. **Direito Penal: parte geral**. 9.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch,2020.p. 693

<sup>3</sup> **Nota:** René Dotti e Luiz Regis Prado escreveram um livro onde delineiam o seu posicionamento contrário à Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Pelos motivos que serão expostos no presente trabalho, respeitadamente discordamos dessa opinião. Ver em: DOTTI, René Ariel; PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>4</sup> Ver respectivamente em: BAIGÚN, David. **La tipicidad em el sistema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, denominado doble imputación**. Córdoba: Córdoba, 1995. e em GOMEZ, JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas**. São Paulo: Atlas, 2015.

o qual sintetiza o senso comum de que pessoas jurídicas não podem cometer delitos ao afirmar que somente pessoas de existência visível, ou seja, pessoas físicas, poderiam ser objeto de sanção penal, jamais podendo as pessoas coletivas serem punidas na esfera criminal.

Para isso, será necessário que analisemos as teorias que tentam explicar a origem deste brocado, a impossibilidade do termo “societas” ser interpretado como “sociedade” na época do direito romano, e a origem da aplicação desse brocado com símbolo de uma suposta irresponsabilidade penal da pessoa jurídica no direito romano, a qual é advinda de uma errônea interpretação de dois textos de Ulpiano pelo jurista alemão Friedrich Carl von Savigny.

Existem quatro teorias diferentes que explicam a origem do famoso brocado. São elas:

- 1) A teoria romanista, que diz que a origem desta frase é romana;
- 2) A teoria inocentista;
- 3) A teoria novecentista, a qual diz que a frase surgiu no século XIX;
- 4) Teoria que afirma que a origem dessa frase é desconhecida.<sup>5</sup>

Segundo Víctor Martínez Patón<sup>6</sup>, a primeira teoria não foi explicada por nenhum autor de forma satisfatória, sendo que todos aqueles que a defenderam simplesmente a considerou como verdadeira de largada. É curioso que essa teoria é mencionada em diversos manuais e artigos, mas nada sobre ela foi desenvolvido. Nem ao menos são apresentadas referências que demonstrem a sua veracidade, assumindo que ela é evidente.

Em seguida, a teoria novecentista de autoria do professor italiano Leo Peppe foi estudada e desenvolvida, segundo Víctor Martínez Patón, a partir de uma posição cética que tentou explorar a verdadeira origem da frase, muito embora não tenha chegado a uma conclusão definitiva.

Por fim, a teoria de que a origem do brocado seria desconhecida, a qual surgiu depois da constatação de não se haver provas de sua origem romanista ou supostamente por não haver provas de sua origem inocentista.

---

<sup>5</sup> MARTÍNEZ, Víctor Patón. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la doctrina Societas Delinquere non Potest**. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2019.p.59.

<sup>6</sup> **Nota:** Víctor Martínez Patón realizou um amplo e profundo estudo sobre o brocado “*Societas Delinquere non Potest*” em sua tese doutoral que lhe rendeu os títulos de doutor pela Universidade Autónoma de Madrid (Espanha) e Doutor em Direito e Ciências Criminais pela Universidade de Paris Nanterre (França). É a maior autoridade sobre esse assunto, motivo pelo qual é utilizado amplamente como fonte bibliográfica nesta primeira parte do presente trabalho.

De todas essas teorias, a mais difundida é a que diz que o brocado tem origem no Direito Romano. E, como dito, nenhum dos autores que defendem essa teoria apresentam alguma referência de autor ou texto, considerando-a como sendo da época romana apenas por estar escrita em latim.<sup>7</sup> O primeiro autor a defender essa teoria foi o político e jurista finlandês Niilo A. Mannio, que em um artigo da revista *Lakimes* de 1918 atribuiu a frase e o seu conteúdo para o direito romano.

Na Espanha, essa teoria deve a sua difusão a Quintiliano Saldanã, o qual conheceu a frase através do manual de Von Liszt, que ele traduziu para o espanhol juntamente com Jiménez de Asúa. Um de seus discípulos, o tabelião José María Farré Moregó<sup>8</sup>, foi o primeiro a aderir a essa teoria em sua obra *“Los atentados sociales em España”*, publicada em 1922, em que se assume que tanto a frase como a doutrina expressadas pelo brocado *“societas delinquere non potest”* são de origem romana.

Vespasian Pella<sup>9</sup>, três anos depois no ano de 1925, relaciona uma vez mais a frase com o direito romano, mas sem declarar enfaticamente a sua origem. E em 1926 o próprio Quintiliano Saldanã afirma tacitamente a origem romana do famoso brocado em seu livro *“Capacidad criminal de las personas sociales”*.

Graças principalmente aos autores espanhóis e franceses, a origem romanista do brocado se difundiu pelo mundo, uma vez que, os autores de origem alemã e inglesa sempre foram mais cautelosos com a sua utilização, não havendo referência alguma a esse brocado antes de 1955 nos textos acadêmicos.<sup>10</sup>

Victor Martínez Patón afirma categoricamente que o único fundamento que permitiu com que essa frase fosse considerada como se fosse da época romana foi

---

<sup>7</sup> MARTÍNEZ, Victor Patón. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la doctrina Societas Delinquere non Potest**. Op. Cit. p.5.

<sup>8</sup> José María Farré Moregó assim afirma em sua obra, citada por Martínez Patón: *“Parece llegada la hora de sepultar el societas delinquere non potest fundado em la idea artificiosa que de la sociedad tuvieron los romanos y em la cual perseveró Savigny. No es una ilusión la “voluntad colectiva”, y mucho menos lo es que cuando um sindicato encarga a uno de sus miembros la comisión de ciertos hechos delictuosos, se manifiesta así la voluntad colectiva y el Individuo delinque, no como tal Individuo sino como miembro de una colectividad.”* Ver em: MARTÍNEZ, Victor Patón. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la doctrina Societas Delinquere non Potest**. Op. Cit. p.6.

<sup>9</sup> Quintiliano Saldanã assim expõe a sua posição: *“No resta ya otra capacidad jurídica que la del Individuo, única personalidad de Derecho penal (...). La sociedad no seria capaz de delinquir: societas delinquere non potest; universitas non deliquunt. Tales son los axiomas aceptados em matéria de capacidade criminal”*. Ver em: SALDANÃ, Quintiliano García Rubio. **La capacidad criminal de las personas sociales**, Reus, Madrid, 1927.p.8

<sup>10</sup> MARTÍNEZ, Victor Patón. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la doctrina Societas Delinquere non Potest**. Op. Cit. p.8.

o fato dela estar escrita em latim, relação que é falsa de largada, uma vez que o latim foi a língua franca no mundo até tempos recentes, e ainda é utilizada como língua oficial pela Igreja Católica, prova disso é que toda a doutrina sobre a responsabilidade penal corporativa da primeira metade do século XIX está escrita em latim.

Segundo Patón, há pelo menos três argumentos que nos permitem afirmar que a frase não é da época romana. O primeiro argumento afirma que a frase “*Societas delinquere non potest*” não se encontra em nenhum texto romano de nenhum período histórico, aqui incluindo o direito romano clássico e o Justiniano, bastando para isso analisar as bases de dados onde constam se todos os textos romanos conhecidos.

O segundo argumento decorre de uma análise léxica da frase em questão ao afirmar que o termo “*societas*” passou a ser utilizado apenas no século XIX ao ser introduzido na discussão sobre a responsabilidade penal corporativa, sendo que até esse momento era comumente utilizado o termo “*universitas*”.

No que se refere a essa análise léxica, Martínez Patón vai mais além e afirma que seria impossível um falante de uma língua latina como o espanhol ou o português confundir ambos os termos, uma vez que eles estão longe de serem sinônimos e por possuírem um significado jurídico claramente diferente. Além disso, o termo em latim utilizado para definir a pessoa jurídica sempre foi “*universitas*” e não “*societas*”, o que tornaria impossível o famoso brocado ter sido cunhado nos tempos da Roma Antiga.

O terceiro argumento nos diz que Roma conheceu de forma pacífica a responsabilidade penal corporativa. Há controvérsias na doutrina. Por exemplo, Silvina Bacigalupo<sup>11</sup> afirma que o direito Romano não conhecia, em princípio, a existência da figura da pessoa jurídica, muito embora na época clássica existissem conjuntos de pessoas que tinham em um determinado período de tempo certos direitos subjetivos.

Contudo, nesses casos, a soma de seus membros era considerada como os titulares dos direitos, sem que a ausência de um destes membros afetasse a continuidade da pessoa jurídica. Em todo caso, é notório que os pensadores do período clássico já faziam uma distinção entre os direitos e obrigações da corporação (*uni-*

---

<sup>11</sup> BACIGALUPO, Silvina. **La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. Barcelona: Bosch, 1998. p.43

*versitas*) com os de cada um de seus membros (*singuli*), como descreve Silvina Bacigalupo ao citar Ulpiano: “*Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debent*”.

Silvina Bacigalupo ainda afirma que o Direito Romano não conhecia a figura da pessoa jurídica, muito embora se reconhecesse que grupos de pessoas poderiam possuir direitos subjetivos. Segundo a autora<sup>12</sup>, a existência de responsabilidade penal da pessoa jurídica na Roma Antiga surgiu quando Ulpiano em seu Digesto reconheceu que se poderia exercer uma acusação (*actio de dolo malo*) contra um município quando um coletor de impostos enganar a uma pessoa e a cobra impostos que não são devidos, enriquecendo de forma ilícita a cidade.

Nesse caso, Ulpiano afirmava ser possível o exercício de uma ação contra o município, e como resultado, todos os habitantes deveriam devolver a pessoa lesionada os valores que foram obtidos em favor da cidade.

A partir do caso em tela, afirma Silvina Bacigalupo, a maioria dos romanistas defenderam a existência de uma capacidade delitiva das corporações no Direito Romano, uma responsabilidade penal da pessoa jurídica, o que ela categoricamente afirma ser diferente da responsabilidade do município.

Segundo a autora, era claramente possível observar no Direito Romano casos de responsabilidade de uma corporação, e por um outro lado, observar a responsabilidade dos indivíduos que pertenciam a essa corporação. Ou seja: era possível observar uma diferenciação entre a responsabilidade coletiva (*universitas*) e individual (*singuli*), reconhecendo distintamente direitos subjetivos que eram pertencentes ao conjunto de pessoas (*universitas*) e direitos que pertenciam aos seus membros (*singuli*).

Essa diferenciação surgiu quando determinadas cidades perderam sua independência política e somente pôde continuar atuando no campo do Direito Privado. Assim, pela primeira vez poderiam apresentar se diante de um juiz como se fossem pessoas físicas, mediante um representante. Essa solução foi tão eficaz que se estendeu as aldeias, províncias romanas, colégios sacerdotais, e a corporações de artes e ofícios.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> BACIGALUPO, Silvina. **La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. *Op. Cit.* p.43-44

<sup>13</sup> GARRIGÓS, María Laura; DEGANUT, Carolina Morales; SANSONE, Virgínia. **Origen y evolución de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. *In*: FELLINI, Zulita. *Temas de Derecho Penal Económico y Responsabilidad de las Personas Jurídicas*. Buenos Aires: Grün,2004. p.157-160.

Esses agrupamentos foram os primeiros a obter o reconhecimento de independência jurídica em relação aos seus membros e o seu tratamento foi a base para o estabelecimento posterior de da teoria das pessoas jurídicas e dos entes coletivos, através da divisão entre direitos e obrigações dos indivíduos e da corporação, levando ao fato de se imputar qualquer obrigação não cumprida à sociedade, e não aos indivíduos que a integravam.

Victor Martínez Patón<sup>14</sup> discorda de Silvina Bacigalupo ao afirmar que a descrença em uma responsabilidade penal da pessoa jurídica nos tempos da Roma Antiga decorre de um erro que remonta ao famoso jurista alemão Friedrich Carl von Savigny quando em 1840 ele afirmou que a responsabilidade penal da pessoa jurídica não existia no Direito Romano, quebrando com a tradição unânime em contrário, que desde a Escola de Bolonha defendia a responsabilidade penal corporativa no direito romano. Esse erro advém de uma errônea interpretação dada por Savigny de dois trechos escritos por Ulpiano. É a tese que mais se alinha com o que é defendido no presente trabalho.

Seguindo a autoridade de Savigny, a maioria dos autores automaticamente começaram a afirmar que os romanos não reconheciam a responsabilidade penal da pessoa jurídica, sem sequer se debruçarem de forma mais atenta sobre o tema, chegando ao ponto de nem os manuais de direito penal romano e nem os manuais de direito societário fazerem um estudo aprofundado sobre o tema.

Por exemplo, Theodor Mommsen<sup>15</sup>, autor do primeiro tratado de direito penal romano, se limita apenas a dizer que as corporações eram um dos sujeitos que não possuíam capacidade penal em Roma, sem oferecer maiores explicações sobre o tema:

Aqueles sujeitos jurídicos aos quais o conceito de moralidade não era aplicável também não tinham capacidade criminal. Este era o caso de qualquer comunidade de várias pessoas, mesmo que o Estado lhes tivesse concedido capacidade jurídica. Aquela ação que, do ponto de vista do direito patri-

---

<sup>14</sup> MARTÍNEZ, Victor Patón. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la doctrina Societas Delinquere non Potest**. *Op. Cit.* p.43-45

<sup>15</sup> **Tradução livre do** original: “No tenían tampoco capacidad penal aquellos sujetos jurídicos a los cuales no era aplicable el concepto de la moralidad. Así sucedía /con toda comunidad de varias personas, aun en el caso de que el Estado hubiera concedido a las mismas capacidades jurídica. Aquella acción que, desde el punto de vista del derecho patrimonial, se consideraba propia de una corporación, se concebía, desde el punto de vista ético, y desde el punto de vista penal por consiguiente, como acción de los particulares Individuos que habían obrando en común, y la pena que pudiera imponerse por causa de violencia o dolo, recaía exclusivamente sobre estos.” Ver em: MOMMSEN, Theodor. **Römisches Strafrecht**. Tradução espanhola. de MONTERO, Pedro Dorado. **Derecho penal romano**. 1. ed. Madrid: La Espanã Moderna, 1905, tomo I. p.81

monial, era considerada como pertencente a uma sociedade anônima, foi concebida, do ponto de vista ético e, portanto, do ponto de vista penal, como a ação dos particulares que atuaram em comum, e a pena que pudesse ser imposta por violência ou fraude recaía exclusivamente sobre eles.

Victor Martínez Patón <sup>16</sup> afirma que esse equívoco, no qual também recaiu Theodor Mommsen, ocorreu em decorrência de uma má compreensão sobre como se denominavam em latim as corporações em Roma. Nos textos do Digesto aparecem quatro nomes diferentes para se referir às corporações de pessoas: *universitas*, *corpus*, *societas* e *collegium*. E seriam esses termos os que seriam utilizados em toda a literatura jurídica posteriormente escrita em latim.

Vale lembrar que distinção entre os referidos quatro termos não era bastante clara nos textos romanos, o que levou os glosadores medievais a quererem definir cada um deles com precisão, os dotando de um conteúdo léxico claramente diferenciado.

O primeiro termo, “*universitas*”, presente na citação de Ulpiano feita por Silvana Bacigalupo <sup>17</sup> e apresentada anteriormente no presente trabalho, é um substantivo que tem suas origens em uma aproximação léxica feita por Cícero do termo grego “holetés”, ao traduzir o Timeo de Platão, sendo utilizado no sentido de “universo”. Por ter uma origem grega e filosófica o termo “*universitas*” foi interpretado como tendo um significado mais abstrato, correspondente ao de “corporação”. É apenas na Idade Média e Moderna que este termo terá um significado mais concreto, com um uso mais delimitado.

Nas línguas modernas, o substantivo “*universitas*” irá ganhar um significado muito concreto extraído da frase “*universitas magistrorum et scholarium*”, cuja tradução aproximada seria “corporação de alunos e professores”. Com isso, o termo foi claramente separado do termo “corporação”, sendo assim necessário que fosse definido esse segundo termo para evitar quaisquer confusões. Surgindo assim o significado do termo “corporação”.

O segundo termo, corporação, vem do latim “*corpus*”, cuja tradução poderia ser “coletivo”, evitando assim a confusão com outros termos mais específicos e definidos. O uso do termo latino “*corpus*”, com o significado de “coletivo”, nos remete a

---

<sup>16</sup> MARTÍNEZ, Victor Patón. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la doctrina Societas Delinquere non Potest**. Op. Cit. p.46

<sup>17</sup> MARTÍNEZ, Victor Patón. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la doctrina Societas Delinquere non Potest**. Op. Cit. p.47-49



metáfora da coletividade sendo representada como um corpo com cabeça e membros. Victor Martínez Patón<sup>18</sup>, baseando se em um texto do jurista romano Gaio, afirma que o uso do substantivo “corpus” adveio de uma abreviação da frase “*corpus societatis o corpus collegii*”, que por sua vez seria a característica fundamental de toda *universitas*: ou seja, um indivíduo humano teria um “*corpus humani*”, ao passo que uma “*universitas*” teria um “*corpus societatis*” ou um “*corpus collegii*”.

A conclusão a que chegamos até o momento, a partir de uma análise puramente léxica das corporações não territoriais, é que no Direito Romano somente haviam dois tipos de *universitas*, ou seja, os *collegium* e as *societas*, uma vez que o *corpus* se referia diretamente a uma característica de ambos os tipos de *universitas*, e não a um terceiro tipo independente.

Por consequente, é fundamental analisarmos as acepções dos últimos dois termos: *societas* e *collegium*, que evoluíram do latim para os termos sociedade e colégio, em português.

A etimologia dos dois termos nos ajuda a diferenciar o significado destes dois substantivos. *Societas* é o substantivo abstrato derivado de “*socius*” (sócio, em português), e nos remete etimologicamente a raiz do verbo “seguir”. Enquanto isso, o termo “*collegium*” remete etimologicamente a raiz do verbo “*coger*”.<sup>19</sup>

Pierre Michaud-Quantin<sup>20</sup> afirma que ambos os substantivos evoluíram em suas acepções tendo a ideia de lucro como base para os diferenciar entre si. Enquanto o lucro estaria presente na *societas*, ele estaria ausente no *collegium*.

Essa diferenciação entre acepções não era de forma alguma estável, levando a ser substituída na Idade Média por uma outra mais estável e definida: “os membros da *societas* não vivem juntos”, enquanto que os membros do *collegium* viveriam juntos, sem a necessidade de ânimo de lucro em ambas. Exemplo clássico, é o da Companhia de Jesus, fundada por Santo Inácio de Loyola com o nome “*Societas jesu*”.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> MARTÍNEZ, Victor Patón. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la doctrina Societas Delinquere non Potest**. Op. Cit. p.50

<sup>19</sup> MARTÍNEZ, Victor Patón. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la doctrina Societas Delinquere non Potest**. Op. Cit. p.50-51

<sup>20</sup> MICHAUD-QUANTIN, Pierre. **Universitas**. París: Librairie philosophique Vrin, 1970.p.70

<sup>21</sup> MARTÍNEZ, Victor Patón. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la doctrina Societas Delinquere non Potest**. Op.cit. p.51

A partir do século XVIII, houve o desenvolvimento de uma terceira opção léxica, opondo o termo *societas* ao termo *universitas*, ao invés do termo *collegium*, e interpretando ambos os substantivos a partir da ideia de voluntariedade. As *universitas* passaram a remitar as velhas corporações onde a participação entre os seus membros era obrigatória, ao passo que as *societas* passaram a se referir as sociedades mercantis, de natureza voluntária.

O professor titular de Direito Penal da Universidade de São Paulo (USP) Sérgio Salomão Shecaira<sup>22</sup> afirma que somente com o advento da época imperial surge claramente a ideia da personalidade coletiva. É neste momento que as *universitas*, como por exemplo os *municipia* e os *collegium*, passam a serem considerados titulares de direitos e obrigações diferentes dos seus membros.

Feita essa breve análise léxica, Victor Martínez Patón<sup>23</sup> nos diz que Savigny classifica como corporações os seguintes entes entre as comunidades: *civitas*, *municipium* ou *municipes*, *communitas* ou *commune*, *respublica*, *fora* ou *conciliabula* ou *castella*. Já entre as asociaciones (*universitates personarum*) Savigny classifica as de caráter religioso ou *collegium sacerdotale* e as formadas por uma determinada classe de trabalhadores, como por exemplo os *scribae*.

O erro que levou o jurista alemão Friedrich Carl von Savigny a afirmar a inexistência da responsabilidade penal da pessoa jurídica é decorrente exatamente da aceção dada por ele ao termo *municipes* quando ele interpreta o famoso texto de Ulpiano popularmente conhecido por “*De dolo malo*”, citado por Silvina Bacigalupo. Ulpiano<sup>24</sup> diz o seguinte em seu digesto, em *ipsis litteris*:

Sed na in municipes de dolo detur actio dubitatur. Et puto ex suo quidem dolo non posse dari: quid enim municpes dolo facere possunt? Sed si quid ad eos pervenit ex dolo eorum, qui res eorum administrant, puto dantam. De dolo autem decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio.

---

<sup>22</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p.7

<sup>23</sup> MARTÍNEZ, Victor Patón. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la doctrina Societas Delinquere non Potest**. Op. Cit. p.52-53.

<sup>24</sup> **Em uma tradução livre, a citação de Ulpiano poderia ser traduzida por:** “Mas há dúvidas se contra os municpes é possível a ação de dolo e creio verdadeiramente que por dolo próprio ela não pode ocorrer, porque “o que podem fazer os municpios com dolo?” Mas entendo que devem ocorrer tais ações se os municpes tiverem obtido algum benefício por dolo daqueles que administram os seus bens. Enquanto isso, graças ao dolo dos decuriones (homens que governavam as colônias e municpios romanos, por meio dos senadores de Roma) é possível a referida ação contra os mesmos decuriones.” Ver em: ULPIANO, **Ad edictum. XI y Digesto, 1.4, t.3, n.15,1** apud MARTÍNEZ, Victor Patón. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la doctrina Societas Delinquere non Potest**. Op. Cit. p.55

O termo “*municipes*” significa em uma tradução direta “habitante de um município”<sup>25</sup>, porém ao ler o termo “*munícipes*”, Martínez Patón<sup>26</sup> afirma que ele tinha um outro significado e é justamente na interpretação desse significado que Savigny e Otto Von Gierke erram, uma vez que traduzem *municipes* como “município”, enquanto que Achille Mestre critica essa interpretação e o traduz como “assembleia de cidadãos”, oposta à assembleia de decuriões que aparece logo em seguida no mesmo texto.

Com isso, dependendo da interpretação feita sobre o substantivo “*munícipes*”, será alterada a interpretação dada ao texto como um todo. Savigny ao interpretar “*munícipes*” como “*município*”, estando dentro da categoria anteriormente citada das corporações (“*corpus*”), conclui que o município não pode fazer nada com dolo, ao passo que a assembleia de decuriões pode atuar dolosamente. Também seria possível interpretar *decuriones* como os decuriões individuais, os governantes do município. Desse modo, para Savigny, Ulpiano afirmara que o município não poderia atuar com dolo, e sim os seus governantes individualmente ou reunidos em assembleia, assim caracterizando a impossibilidade de responsabilização penal da corporação (*corpus*) e a possibilidade de responsabilização penal dos seus governantes.

Achille Mestre, ao contrário, afirma que a comparação estabelecida por Ulpiano é entre dois tipos de assembleias diferentes, a dos *munícipes* e a dos *decuriones*. Não havendo dúvidas de que tanto os cidadãos como os decuriões poderiam atuar com dolo ao serem considerados como sujeitos individuais, necessariamente os dois substantivos presentes no texto de Ulpiano devem ser interpretados no sentido de haverem dois tipos de assembleia, uma sem responsabilidade penal e a outra com responsabilidade penal.

A consequência dessa interpretação seria diametralmente oposta a da interpretação de Savigny, uma vez que o texto de Ulpiano (“De dolo malo”) passaria a ser lido não como uma reflexão abstrata acerca da responsabilidade penal, mas como um texto sobre as atribuições reais de cada uma das assembleias.

---

<sup>25</sup> **Nota:** o termo “munícipes” possui a mesma acepção em português.

<sup>26</sup> MARTÍNEZ, Víctor Patón. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la doctrina Societas Delinquere non Potest**. Op. Cit. p.56

É dizer que Ulpiano<sup>27</sup> estava simplesmente atestando um esvanecimento na capacidade de atuação da assembleia de cidadãos em favor da assembleia de decurhões, e por consequente, que a assembleia de cidadãos não poderia atuar com dolo pois não tinha capacidade para fazer nada.

Independente de ambas as interpretações, as quais surgiram no século XIX, Martínez Patón afirma ser um fato que até Savigny ninguém havia criado nenhuma interpretação desses textos de Ulpiano no sentido de que Roma não tivesse conhecido a responsabilidade penal corporativa.

Como dito anteriormente, a autoridade de Savigny foi seguida pelos autores que o sucederam, levando -os a cometerem o mesmo erro interpretativo do texto de Ulpiano e por fim na consolidação de um falso senso comum de que as pessoas jurídicas não podiam delinquir nos tempos da Roma Antiga. Por exemplo, o penalista italiano Enrique Pessina, em seu “Elementos de Derecho Penal”, faz a mesma interpretação errônea de Savigny<sup>28</sup>:

(...) a individualidade humana é necessária para que exista o sujeito de um crime, e as *universitates* nunca podem ser consideradas como seres criminosos, como pessoas puníveis perante a lei. Este princípio foi observado exatamente no Direito Romano. Ulpiano disse que a acusação pode ser feita contra quem administra a cidade, não contra a própria cidade: *de dolo decurionum in pisis decuriones dabitur de dolo actio* (1); e Caio disse: *singulorum proprium est maleficium*.

Segundo Víctor Martínez Patón, Savigny<sup>29</sup> defende com base nos textos romanos que as pessoas jurídicas não possam delinquir apenas para buscar um antecedente romano para a legislação vigente em sua época na Confederação Germânica<sup>30</sup>, que negava a possibilidade de as corporações serem sujeitos na esfera penal. Essa impossibilidade de atuar criminalmente por parte das pessoas jurídicas já era

---

<sup>27</sup> MARTÍNEZ, Víctor Patón. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la doctrina Societas Delinquere non Potest**. *Op. Cit.* p.55-57

<sup>28</sup> **Tradução livre do original:** (...) la individualidad humana es precisa para que exista el sujeto de un delito, y las universitates nunca pueden ser consideradas como seres criminales, como personas punibles ante la ley. Este principio fué exactamente observado el Derecho romano. Ulpiano decía que la acusación podía tener lugar contra los que administran la ciudad, no contra la ciudad misma: *de dolo decurionum in pisis decuriones dabitur de dolo actio* (1); y Cayo dijo: *singulorum proprium est maleficium*. **Ver em:** PESSINA, Enrique. **Elementos de derecho penal**. Madrid: Reus, 1936. p.315.

<sup>29</sup> MARTÍNEZ, Víctor Patón. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la doctrina Societas Delinquere non Potest**. *Op.cit.*p.57

<sup>30</sup> **Nota:** a Confederação Germânica foi uma associação política e econômica criada em 1815 pelo Congresso de Viena para substituir o Sacro Império Romano Germânico. Era formada por 39 estados germano-falantes.

uma ideia que vinha sendo consolidada desde o Código da Baviera de 1813, graças às ideias de Anselm von Feuerbach, de 1801.

Friedrich Savigny era o representante mais proeminente da escola histórica de jurisprudência<sup>31</sup>, seguindo os objetivos dessa escola e tendo por base o Código da Baviera, ele buscou no Direito Romano uma justificativa para o fato desse código negar a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, e com isso ele fez uma interpretação dos textos de Ulpiano que favorecesse esse posicionamento, mesmo que essa interpretação fosse completamente diferente da interpretação da Escola de Bolonha, que era predominante até então. Segundo Victor Martínez Patón<sup>32</sup>, Savigny teria interpretado o texto de Ulpiano de uma forma diferente se a legislação vigente na Alemanha na sua época fosse diferente.

A interpretação que a Escola de Bolonha havia dado a esse texto de Ulpiano não havia sido questionada até então e ela consistia na utilização de um curioso e simples artifício: acrescentar o advérbio “*facile*” ao texto. Com esse acréscimo, o trecho onde Ulpiano pergunta retoricamente sobre o que poderiam fazer os municípios com dolo se torna uma afirmação, mediante a qual é possível constatarmos que não são frequentes as atuações dolosas municipais, apesar de possíveis de ocorrerem.

Além disso, a interpretação que Savigny faz do texto de Ulpiano não é linguisticamente fácil de se defender. Como dito anteriormente, o jurista alemão erroneamente atribui um significado ao termo “municipes” sobre o qual se constrói toda uma interpretação desfavorável a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Ele supõe que o município não pode atuar com dolo por se tratar de uma corporação, e como tal, não poderia o fazer. Ele identifica uma determinada característica de uma espécie concreta de corporação e atribui essa característica todo o gênero corporação, recaindo por fim em uma petição de princípio.

---

<sup>31</sup> **Nota** : A escola histórica de jurisprudência procurou justificar a lei alemã de sua época delineando as suas raízes até o direito romano. Buscava-se justificar as leis por meio de uma determinação de suas origens em circunstâncias históricas específicas. Ver em: BEISER, Frederick. **Hegel**. São Paulo: Ideias & Ideias, 2014. p. 275.

<sup>32</sup> MARTÍNEZ, Victor Patón. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la doctrina Societas Delinquere non Potest**. Op. Cit. p.59

Friedrich Carl von Savigny<sup>33</sup> também interpreta de forma errônea um segundo texto de Ulpiano. Em *ipsis litteris*:

Animadvertendum autem, quod praetor hoc editcto generaliter et in rem loquitur nec adicit a quo gestum: et ideo sive singularis sit persona quae metum intulit vel populus vel curia vel collegium vel corpus huic edicto locus erit.

Esse trecho é o que dá origem a famosa ação penal denominada *quod metus causa*, e se interpretarmos esse trecho de uma forma literal, ele nos dirá que aquele que realizou um ato jurídico sob coação poderá pedir que esse ato seja anulado, seja quem for que tenha praticado a coação contra essa pessoa, por exemplo, uma pessoa individual (*singularis persona*), uma multidão (*populus*), um colégio, ou uma coletividade. Ou seja, se reconhece claramente a capacidade de ação das corporações mencionadas, que são citadas por Ulpiano<sup>34</sup> como exemplos dentre os vários tipos de corporações que existiam na Roma Antiga.

Achille Mestre e Valeur<sup>35</sup> afirmam que a ação penal *quod metus causa* poderia ser dirigida contra uma universitas, e que os colégios de decuriões, mencionados na primeira passagem de Ulpiano trazida no presente trabalho, poderiam ser culpados por fatos dolosos.

Essa opinião também é compartilhada por Affonso Arinos de Mello Franco<sup>36</sup>, o qual afirma em seu escólio:

As corporações eram ali punidas pelos seus delitos, na opinião de Garraud, referindo-se a Roma. E. Capitant lembra que no ano 54 a.C., por ocasião do consulado de Cícero e das conspirações de Catilina, o Senado suprimiu todas as pequenas associações populares, que já eram numerosas e constituíam perigosos focos de agitação. Restabelecidas alguns anos depois, foram, de novo, destruídas por Júlio Cesar.

E ainda conclui o seu raciocínio com o seguinte trecho:

---

<sup>33</sup> **Em uma tradução livre, o seguinte trecho poderia ser traduzido por:** “Deve-se advertir, entretanto, que neste edito o pretor fala em termos gerais, sem acrescentar quem é o autor da coação; por ele se aplica este edito tanto se é uma pessoa particular que causa a Intimidação, como se é o povo, a cúria (divisão administrativa da antiga cidade de Roma), um colégio ou uma coletividade”. Ver em: ULPIANO, **Ad edictum, XI, e Digesto**, 1.4, t. 2, n.9, **1** *apud* MARTÍNEZ, Victor Patón. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la doctrina Societas Dellnquere non Potest. Op. Cit.** p.59

<sup>34</sup> MARTÍNEZ, Victor Patón. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la doctrina Societas Dellnquere non Potest. Op. Cit.** p.59

<sup>35</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Op.cit.** p.7

<sup>36</sup> FRANCO, Affonso Arinos de Mello. **Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas**, Rio de Janeiro: Graphica Ypiranga, 1930,p.12. *apud* SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Op.cit.**p.8.

Apesar, portanto, da regra “*societas delinquere non potest*, adotavam, e da noção que já tinham, do conceito subjetivo da imputabilidade pessoal, como fundamento do dolo criminal, os romanos reconheciam implicitamente a possibilidade de delitos praticados por pessoas jurídicas, uma vez que estas eram punidas com sanções penais.

O que ocorre é que Savigny tenta adaptar o segundo trecho de Ulpiano a sua tese de uma irresponsabilidade penal corporativa na Roma Antiga<sup>37</sup>, para tal, ele não se baseia no texto em si de Ulpiano, mas sim em um exemplo que Ulpiano apresenta para explicar a sua tese: a cidade de Cápua<sup>38</sup> havia conseguido uma promessa escrita mediante coação de uma determinada pessoa, e por essa promessa se impôs a obrigação de reparação a cidade de Cápua.

Savigny defende que a interpretação do texto “*Quod metus causa*” de Ulpiano deve ter como ponto de partida a ideia de uma impossibilidade do exercício de coação por parte da coletividade, baseando -se para tal na interpretação previamente analisada do texto de Ulpiano “*De dolo malo*”, assim considerando a corporação como um mero terceiro responsável civil, e não como um agente capaz de exercer coação em outrem ou de ser responsável penal.

Essa interpretação excludente da responsabilidade penal da corporação, partindo do primeiro texto de Ulpiano, *De dolo malo*, não faz sentido quando analisamos por primeiro o segundo texto de Ulpiano, *Quod Metus Causa*, no qual ele claramente menciona a capacidade das *Universitates* de exercerem coação sob outrem, uma vez que para se manter a coerência entre ambos os textos, não haveria sentido em se interpretar a expressão *munícipes* do primeiro texto como município, conforme interpretou Savigny. Somente a assembleia

Por último, Victor Martínez Patón<sup>39</sup> traz ao proscênio da discussão outros dois argumentos para demonstrar que a Roma Antiga conheceu a responsabilidade penal corporativa: a destruição de cidades e o chamado “décimo”, ou *decimato* em latim.

Há exemplos clássicos como a destruição de Cartago por Roma após a Segunda Guerra Púnica, mas principalmente são vários os casos de cidades que per-

---

<sup>37</sup> MARTÍNEZ, Víctor Patón. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la doctrina *Societas Delinquere non Potest***. *Op. Cit.* p.60

<sup>38</sup> **Nota:** Cápua é uma cidade localizada na região da Campânia na Itália. Famosa desde os tempos do general cartaginês Aníbal e da Segunda Guerra Púnica.

<sup>39</sup> MARTÍNEZ, Víctor Patón. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la doctrina *Societas Delinquere non Potest***. *Op. Cit.* p.57

deram temporariamente ou definitivamente alguns direitos que lhe eram garantidos pelo Estado.

Quanto ao “décimo” ou decimato, esse castigo era aplicado no exército romano, segundo o qual a pena era aplicada a toda a uma legião ou cohorte através da execução de um homem a cada dez. A pena era coletiva, porém por uma questão prática era aplicada somente sobre um indivíduo, enquanto aos outros nove homens eram impostos a pena de terem estado em risco de morte cumulada com as penas de receberem alimentos em mal estado de conservação e de não poderem dormir dentro do acampamento militar, o que resultaria em uma situação de perigo e extrema inconveniência para eles.

Outra teoria nos diz que o brocado *societas delinquere non potest* é de origem desconhecida, o que Martínez Patón resume como uma consequência da inexistência de provas que sustente a sua origem no Direito Romano, afirmando que até agora ninguém demonstrou nem a época exata nem a autoria do brocado nos tempos da Roma Antiga. Esse ceticismo foi expressado pela primeira vez por Rudolf Schmitt<sup>40</sup> ao “chamar a atenção sobre a obscuridade da origem do brocado”.

Uma teoria popularmente difundida e da qual Victor Martínez Patón e outros autores são partidários afirma que a frase teve a sua origem no século XIX, ao ser criada por Franz Von Liszt.

Segundo Patón<sup>41</sup>, essa conclusão começou a ser formar a partir dos estudos do professor italiano Leo Peppe em seu trabalho intitulado “*Societas delinquere non potest, um altro brocardo se ne va*”, publicado em 2002 na revista especializada em Direito Romano chamada *Labeo*. Em seu trabalho, Peppe afirma abertamente que a frase não pode ter origem no direito romano e estabelece uma teoria que afirma que a frase deveria ter sido enunciada por algum autor do século XIX.

Para embasar os seus argumentos, Leo Peppe usa o manual de direito penal de Francesco Antolisei<sup>42</sup>, do qual retira dois textos e os compara. O primeiro deles, relativo ao brocado *Societas Delinquere non Potest*, Antolisei sustenta que o Direito Romano a aceitou “resolutamente”. No escólio do famoso penalista italiano:

---

<sup>40</sup> BACIGALUPO, Silvina. **La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. *Op.cit* p.44.

<sup>41</sup> MARTÍNEZ, Victor Patón. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la doctrina *Societas Delinquere non Potest***. *Op. Cit.* p.13-14

<sup>42</sup> ANTOLISEI, Francesco. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires: UTEHA, 1960.



As pessoas jurídicas – Se pergunta se a pessoa jurídica pode ser sujeito ativo de um delito. Historicamente, soluções opostas têm sido dadas a essa questão. Enquanto o Direito Romano adotava resolutamente o princípio *societas delinquere non potest*, o direito germânico admitia que a coletividade (família, clã, etc.), por constituir um grupo orgânico e indivisível, pode ser solidariamente passível de responsabilidade penal.<sup>43</sup>

O segundo texto de Antolisei<sup>44</sup> utilizado por Leo Peppe é relativo à frase “*nullum crimen sine lege*”, no qual é dito o seguinte:

Embora o princípio da legalidade seja geralmente expresso com uma fórmula latina, ele não tem a mesma origem romana que, segundo a opinião predominante, admitia a aplicação analógica do direito penal, permitindo ao juiz punir o *exemplum legis*. A forma latina do princípio foi obra do grande criminalista alemão Anselm Feuerbach.

Sobre esse segundo texto, Peppe afirma que Antolisei foi claro ao explicar que a frase “*nullum crimen sine lege*” não possui origem romana, algo que ele não o faz com o brocado *Societas delinquere non potest*, o que certamente levaria um leitor mais superficial a pensar que este brocado tem origem romana.

Leo Peppe sustenta a hipótese de que algum penalista alemão do século XIX criou o brocado, mais concretamente na segunda metade do século, e não alguém da época romana ou medieval. Victor Martínez Patón vai mais além e defende que a primeira vez que o brocado surgiu foi em 1881 quando Franz Von Liszt<sup>45</sup> a escreveu na primeira edição de seu manual de Direito Penal (*Handbuch*) no seguinte trecho:

Sendo a imputabilidade um tipo de capacidade de agir, só o homem pode ser sujeito do crime, e segundo o direito positivo só pode ser o indivíduo, e não a personalidade colectiva. *Societas delinquere non potest*. A responsabilidade, em todos os casos, só pode ser atribuída individualmente ao representante em exercício, mas não à entidade que representa.

---

<sup>43</sup> **Tradução livre do original:** “Las personas jurídicas- Se pregunta si la persona jurídica puede ser sujeto activo de delito. Historicamente se han dado a esta cuestión soluciones opuestas. En tanto que el Derecho Romano adoptó resueltamente el principio *societas delinquere non potest*, admitió el Derecho germánico que la colectividad (familia, clan, etcétera), por formar un grupo orgánico e Indivisible, puede ser solidariamente sujeto de una responsabilidad penal.” Ver em: ANTOLISEI, Francesco. **Manual de Derecho Penal. Parte general.** *Op. Cit.* p.429

<sup>44</sup> **Tradução livre do original:** “Aun cuando el principio de legalidade se exprese generalmente con una fórmula latina, no tiene el mismo origen romano que, según la opinión dominante, admitía la aplicación analógica de la ley penal, consintiendo que el juez castigara el ejemplo legis. La impronta latina del principio fué obra del gran criminalista alemán Anselmo Feuerbach”. Ver em: ANTOLISEI, Francesco. **Manual de Derecho Penal. Parte general.** *Op. Cit.* p.52

<sup>45</sup> **Tradução livre do original:** “Da die Zurechnungsfähigkeit elne Art der Handlungsfähigkeit ist, so kann nur der Mensch Subjekt elnes Deliktes seln. Und zwar nach positivem Rechte nur das EinzelIndividuum,nicht abert die Kollektivpersönlichkeit. *Societas dellnquere non potest*. Immer können nur die elnzeln handelnden Vertreter, nicht abert der verstreetene Gesamtkörper zur Verrantwortung gezogen werden.” Ver em: MARTÍNEZ, Victor Patón. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la doctrlna *Societas Dellnquere non Potest*.** *Op. Cit.* 15-16.

Interessante destacarmos dois pontos: Von Liszt, segundo Patón, criou o brocado latino com o intuito de refutar a doutrina dominante na Alemanha desde Feurbach, e não para unir se ela, adotando o termo “societas” ao invés do termo “*universitas*”, o qual era mais comumente utilizado. Com isso, Von Liszt limita o debate tradicional sobre a responsabilidade penal corporativa (*universitas*) a um debate restrito a responsabilidade penal societária (*societas*).

Ao fazer essa limitação, Franz Von Liszt suprime todos os entes coletivos sem intenção de lucro do debate da responsabilidade penal, e apresenta pela primeira vez o problema nos mesmos termos em que futuramente seria descrito no século XXI: o problema da responsabilidade penal empresarial. Por esse motivo, Martínez Patón acredita que a tradução mais adequada para o brocado “*Societas Delinquere non Potest*” seja “Uma empresa não pode delinquir”.

Victor Martínez Patón apresenta dois argumentos para sustentar que o famoso brocado foi criado por Franz von Liszt. O primeiro, parte de um argumento de autoridade ao afirmar que era impossível Otto von Gierke, o qual era em sua época uma das maiores autoridades sobre responsabilidade penal corporativa, conhecer o brocado *societas delinquere non potest* e não o citar em nenhum momento, especialmente no terceiro tomo de sua obra chamada “*Das Deutsche Genossenschaftsrecht*” de 1881. Martínez Patón<sup>46</sup> simplesmente afirma que se a frase fosse anterior a esse ano, Gierke a teria citado em algum momento.

Em seu segundo argumento, Martínez Patón analisa quem cita o brocado “*Societas delinquere non potest*” posteriormente a Von Liszt, e percebe que ela passa a ser utilizada amplamente por vários autores. Por exemplo, ele cita Quintiliano Saldaña que em 1927 cita o brocado em em seu famoso tratado “*La capacidad criminal de las personas sociales*” ao se referir a Franz Von Liszt<sup>47</sup>:

Sobre los pasos de su propia tradición, avanza firmemente la más moderna doctrina alemana. La tesis de O. Gierke y de F.Dahn es aplaudida y seguida por los penalistas. Así, el maestro F.von Liszt, rebatiendo el axioma *societas delinquere non potest*, consagra la doctrina de la responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal moderno, y por obra suya las sociedades entran a formar parte del capítulo clásico del sujeto activo del delito.

---

<sup>46</sup> MARTÍNEZ, Victor Patón. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la doctrina *Societas Delinquere non Potest***. *Op. Cit.* p.19-23

<sup>47</sup> SALDANÑA, Quintiliano García Rubio. **La capacidad criminal de las personas sociales**. *Op. Cit.* p.25

A ilação a que chega Martínez Patón é que se o brocado “*Societas delinquere non potest*” não foi citado antes de 1881 em nenhuma obra, tendo por marco a obra de Gierke, e depois de Franz Von Liszt ele passa a ser citado amplamente, foi Von Liszt que a criou. A esse argumento, Patón<sup>48</sup> ainda afirma a patente impossibilidade de se atribuir a frase ao Direito Romano meramente por estar escrita em latim, conforme demonstrado no presente trabalho.

A base dessa afirmação de Patón está em afirmar que a frase surgiu na primeira edição do manual de Von Liszt, de 1881, e que a partir da décima edição de seu manual de Direito Penal (*Handbuch*), datado de 1900, o brocado passa a ser utilizado amplamente e com grande popularidade, tanto que passa a ser mencionado como “velho princípio” ou “velha frase”, por autores como Quintiliano Saldanã e Vespasian Pella responsáveis pela popularização do brocado na língua espanhola e francesa, respectivamente.<sup>49</sup>

Por último, temos a teoria inocentista sobre a origem do brocado “*Societas delinquere non potest*”, a qual se filia o presente trabalho.

A teoria inocentista afirma que Sinibaldo de Fieschi<sup>50</sup> (1185-1254), que veio a se tornar o Papa Inocêncio IV (1243-1254) criou essa frase. Importante considerarmos que Inocêncio IV, juntamente com Bártolo de Sessoferrato<sup>51</sup>, é considerado como sendo a grande autoridade medieval no que concerne à responsabilidade penal corporativa.

A criação do brocado por Inocêncio IV é precedida pelo debate realizado no começo da Idade Média pelos glosadores, os quais são levados a debater a questão

---

<sup>48</sup> MARTÍNEZ, Víctor Patón. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la doctrina *Societas Delinquere non Potest***. *Op. Cit.* p.30-31

<sup>49</sup> MARTÍNEZ, Víctor Patón. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la doctrina *Societas Delinquere non Potest***. *Op. Cit.* p.30-31

<sup>50</sup> **Nota:** Sinalado de Fieschi ou Sinalado Fisco nasceu por volta do ano de 1190 na cidade de Lavagna. Estudou direito em Parma e em Bolonha. Em 1227 foi nomeado cardeal presbítero de São Lorenzo de Lucina e em 1243 foi eleito Papa pelo Colégio Cardinalício, cargo que exerceu até a sua morte no ano de 1254. Sua principal obra se chama *Apparatus In quique libros decretariam*, também conhecido como *Aparato* ou *Decretales*. Mais informações sobre o seu papel na Igreja Católica podem ser vistos na obra de Daniel-Rops, considerado um dos maiores especialistas sobre a história da Igreja Católica. Ver em: DANIEL-ROPS, Henri. **A Igreja das Catedrais e das Cruzadas**. 2ª edição; tradução de Emérico da Gama. São Paulo: Quadrante, 2011.

<sup>51</sup> **Nota:** Bártolo é considerado como sendo um dos juristas mais influentes de todos os tempos. Era comum, inclusive, se dizer na Idade Média a frase “*nemo iurista nisi Bartolista*”, ou seja: ninguém é jurista se não for Bartolista. Sobre a influência de Bártolo no pensamento jurídico medieval vale a pena ver os estudos do professor da Universidade de Utrecht Francesco Maiolo em: MAIOLO, Francesco. **Medieval Sovereignty: Marsilius of Padua and Bartolus of Saxoferrato**. Tongeren: Eburon Academic Publishers, 2007.

da responsabilidade penal das pessoas jurídicas em decorrência do Direito Romano reconhecer direitos subjetivos as *universitas*.

Na Idade Média, as corporações passam a ter uma maior importância por serem titulares tanto do poder político como de funções econômicas. Por exemplo, surgiram corporações de artesãos e pequenos comerciantes que gradualmente foram ganhando importância na sociedade e protagonismo na economia.<sup>52</sup>

Ao mesmo tempo, o Estado passa a ter que atuar contra atentados contra a ordem social que têm a sua origem no âmbito de poder dessas corporações. A responsabilidade coletiva passa a aparecer com especial importância naquilo que diz respeito à relação entre o Imperador e as cidades que se tornavam cada vez mais independentes.

Inseridos nesse contexto, os glosadores começaram a refletir sobre as ideias do Direito Romano no que concernia à pessoa jurídica, não construindo uma teoria em si da pessoa jurídica, mas estabelecendo quais direitos seriam de titularidade das *universitas*.

Muito embora os glosadores não tenham construído um conceito de pessoa jurídica eles passaram a considerar a pessoa coletiva ou a corporação como sujeito de Direito, com direitos e obrigações distintos dos direitos e obrigações de seus membros individuais. Ao mesmo tempo, a pessoa jurídica era vista como a unidade de seus membros individuais. Além disso, as corporações eram consideradas como sendo capazes de cometerem um delito.<sup>53</sup>

Os glosadores consideravam que a *universitas* era responsável por suas ações não somente no âmbito civil, mas também penal. Ou seja, consideravam que os entes coletivos tinham capacidade delitiva, e com isso, era preciso diferenciar quando o delito deveria ser atribuído à corporação ou aos membros que a integravam.

Para fazer essa distinção entre o delito ser atribuído à corporação ou a um de seus membros era necessário analisar a origem da decisão que deu resultado ao cometimento do delito, e os glosadores a faziam a partir dos princípios do Direito Romano.

---

<sup>52</sup> BACIGALUPO, Silvina. **La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. *Op. Cit.* p.45

<sup>53</sup> BACIGALUPO, Silvina. **La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. *Op. Cit.* p.45

Existiria um delito da corporação quando a totalidade dos seus membros dava começo a uma ação penalmente relevante por meio de uma tomada de decisão em conjunto. Ou seja, se a decisão por cometer o ilícito havia partido de uma decisão conjunta de cada um dos membros da pessoa jurídica.

Nesse sentido, para a caracterização do delito corporativo era necessário que se apresentasse ao menos a existência de uma ação corporativa, ou seja, se a decisão de agir de um determinado modo houvesse surgido em uma reunião dos membros da corporação, ou ainda se ela fosse baseada em uma prévia decisão conjunta de seus membros.

Bastaria apenas que um dos membros da corporação não tivesse participado da tomada de decisão, ou não tivesse expresso o seu consentimento na realização do ilícito para que cada uma das pessoas respondesse individualmente pelo delito cometido.

Importante destacarmos que os glosadores consideravam ser possível imputar ações às corporações e ao mesmo tempo a membros individuais que fossem responsáveis por elas, por exemplo, os cobradores de impostos e os administradores. E aqueles delitos que somente poderiam ser imputados a um membro de forma individual, se houvessem tido a aprovação para a sua realização por parte dos membros da corporação, também seriam imputados à corporação.<sup>54</sup>

Na Idade Média os glosadores não desenvolveram a reponsabilidade penal da pessoa jurídica de forma mais pormenorizada, se limitando a reconhecer a corporação como detentora de certos direitos e a admitir a sua capacidade delitiva, estabelecendo, como dito, que se os membros da corporação davam começo conjuntamente a uma ação punível aí estaria caracterizado o delito próprio da corporação.

O próximo grande avanço no pensamento jurídico que levará a criação do brocardo *societas delinquere non potest* pelo papa Inocêncio IV ocorrerá com os canonistas, os quais pela primeira vez romperam com a identificação da pessoa jurídica com o ser humano ao elaborarem um conceito técnico-jurídico de pessoa jurídica. Vale lembrar que o próprio papa Inocêncio IV era um canonista.

Os canonistas aceitavam a concepção romana de capacidade jurídica das *universitas*, separada conceitualmente da capacidade jurídica dos *singuli*, pois desse modo era possível fundamentar a sua capacidade jurídica de uma forma que atendesse

---

<sup>54</sup> BACIGALUPO, Silvina. **La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. *Op. Cit.* p.46

aos seus interesses, que eram centrados na figura da Igreja Católica. O que ocorre é que a Igreja adquiriu um papel social relevantíssimo após a queda do Império Romano, tendo o seu apogeu durante a Alta e a Baixa Idade Média. A igreja passa a ser responsável por administrar a justiça e de aplicar certas penas, principalmente a pena de excomunhão, e indultos como as indulgências.

Em grande parte, esse referido papel social se devia ao seu poder, visto como uma entidade corporativa única, em que os seus direitos não pertenciam aos fiéis que a constituíam, mas sim ao próprio Deus. Tornou-se primordial distinguir entre os interesses que pertenciam aos membros que integravam a Igreja e os interesses que pertenciam à própria Igreja.

Surge uma dificuldade enorme em se explicar o fenômeno da organização eclesiástica tendo por base a teoria elaborada pelos glosadores, o que forçou os canonistas a elaborarem uma teoria própria que fosse satisfatória aos problemas que se apresentavam à Igreja Católica.

A partir dessa teoria a Igreja Católica passa a ser vista de forma distinta do conjunto de seus fiéis, sendo considerada como a titular real dos direitos eclesiásticos que possuía, além de ser considerada como pessoa, sendo convertida em um sujeito de direitos totalmente autônomo dos indivíduos que a constituem. É nesse ponto que ocorre o rompimento da identificação do conceito de pessoa com o ser humano, passando a corporação a também ser considerada como sendo uma pessoa.<sup>55</sup>

É o surgimento do conceito de pessoa jurídica. Em consequência disso, as *universitas*, vistas juridicamente de forma distinta dos *singuli* que a compõem, passam a ser consideradas como um ser incorpóreo que possui capacidade jurídica por meio de uma ficção jurídica.

E é essa formulação doutrinária que será desenvolvida pelo papa Inocêncio IV (Sinibaldo de Fieschi). A sua doutrina transformará completamente a responsabilização penal das corporações.

Inocêncio IV buscava defender a impossibilidade de se excomungar corporações inteiras, uma vez que as *universitas* não possuíam uma alma a ser excomulgada. Afirmava que a *universitas* era uma pessoa fictícia e deveria ser tratada como *individuum fictio*, sem capacidade de ação e tampouco capacidade delitiva. Entretanto-

---

<sup>55</sup> BACIGALUPO, Silvína. **La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. *Op. Cit.* p.48

to, se a ação delitiva do administrador dessa *universitas* fosse cometida por ordem expressa dos membros que a integravam, era admitida a responsabilidade da *universitas*.

A razão de Inocêncio IV ter elaborado a sua doutrina desse modo era evitar que o castigo imposto às cidades ou corporações que se rebelassem contra o Papa ou o Imperador recaísse sobre cada um dos seus membros, não importando se eram culpáveis ou não.

A teoria Inocentista representou um grande avanço na história da responsabilidade penal da pessoa jurídica ao considerar a capacidade jurídica da *universitas* como distinta da de seus membros, muito embora ainda a considerasse como incapaz de cometer um delito por si só, necessitando que sempre atuasse por meio de um representante.

O papa Inocêncio IV afirmava que somente a pessoa que tivesse corpo, vontade e consciência poderia de fato atuar por si só, sendo a *universitas* carente de corpo e de alma, essa não teria logo da capacidade de atuar de forma independente por ser apenas uma mera ficção jurídica. O autor de um delito necessitaria ser uma pessoa real, ou seja, corpórea e com alma. E é isso que levou Inocêncio IV a cunhar o famoso brocado “*Societas delinquere non potest*”, afirmando que uma pessoa jurídica não poderia delinquir, mas em nenhum momento afirmando que ela não poderia ser responsável penalmente.

Segundo a concepção inocentista, os atos externos como os internos da corporação, eles necessitariam de um representante para serem realizados. Ou seja, os atos de vontade da *universitas* deveriam ser realizados pelos seus próprios membros.<sup>56</sup> Havendo a existência da vontade de todos os membros da corporação, manifestada pela decisão de todos e realizada por um ou mais de um de seus membros, haveria o delito da corporação.

Como veremos futuramente no presente trabalho, nesse aspecto essa teoria se aproxima muito das chamadas teorias de heterorresponsabilidade penal da pessoa jurídica.

Portanto, os canonistas foram os primeiros a distinguir claramente a *universitas* e os seus membros e também foram os primeiros a diferenciar a sua responsabilidade e as de seus membros, as quais existiam de forma simultânea. Silvina Baci-

---

<sup>56</sup> BACIGALUPO, Silvina. **La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. *Op. Cit.* p.50

galupo<sup>57</sup> afirma que ambas eram submetidas a um processo penal com a única particularidade de que a corporação era representada no processo penal, ao passo que o indivíduo não o podia ser.

Tanto o indivíduo como a corporação eram submetidos às mesmas regras no processo penal e os canonistas aceitavam que se aplicassem penas à corporação. Sérgio Salomão Shecair<sup>58</sup> a divide as penas que eram aplicadas aos entes coletivos na época do Direito Canônico em penas materiais e espirituais.

As penas materiais geralmente eram de caráter pecuniário, mas também poderiam ser de limitação de alguns direitos, como por exemplo o direito de associação, a limitação de privilégios da corporação, e a pena capital: a dissolução da sociedade. Dentre as penas espirituais, haviam as penas de admoestação e interdição de gozo de certos bens espirituais (*interdictum personale generale*).

A grande inovação de Inocêncio IV em conceber a *universitas* como uma pessoa fictícia, de existência incorpórea, começou a ter forma concreta a partir do Concílio de Lyon (1245). Segundo Silvina Bacigalupo, em concordância com Otto Von Gierke, graças a essa teoria é possível afirmarmos que os canonistas foram os criadores da concepção moderna de corporação e também, ao afirmarem a impossibilidade de excomunhão das corporações, do dogma simbolizado pelo brocado “*societas delinquere non potest*”.

Importante ressaltarmos que haviam canonistas que eram favoráveis a capacidade delitiva direta da *universitas*. Por exemplo, Johannes Andreae<sup>59</sup> afirmava tal capacidade e ia mais além ao afirmar que a *universitas* era realmente uma pessoa. Em suas palavras: “*collegium aut universitas, etsi sit persona*”. Outra frase da época afirmava isso ao dizer “*universitas ecclesia delinquere possunt*”.

Inclusive, é latente a estreita relação entre a teoria da ficção jurídica elaborada por Savigny no século XIX e a elaboração feita pelos canonistas, a qual, como dito anteriormente, concebeu pela primeira vez por meio de uma teoria a pessoa jurídica com sendo uma pessoa fictícia.

---

<sup>57</sup> BACIGALUPO, Silvina. **La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. *Op. Cit.* p.51

<sup>58</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. *Op.cit.*p.11

<sup>59</sup> BACIGALUPO, Silvina. **La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. *Op. Cit.* p.50



## 2.1 CRÍTICA AO BROCADO “*SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST*” E A NECESSIDADE DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Independente da origem do brocado “*Societas delinquere non potest*”, ele se constituiu como um dos principais símbolos da defesa da impossibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica, sendo em última análise a fidedigna representação de um anacronismo em matéria jurídico-penal. Como se pretende demonstrar brevemente a seguir, a responsabilidade penal da pessoa jurídica se constitui em uma necessidade imposta pela nova realidade macro criminológica em se está inserido.

Paulo César Busato<sup>60</sup> traz ao proscênio do debate uma importante crítica ao afirmar que o brocado está lastreado em uma falácia humanista, na qual apenas a pessoa física poderia estar no proscênio do sistema jurídico, e somente ela poderia sofrer as sanções dos múltiplos sistemas de controle social, em especial o Direito Penal.

Seguindo simplesmente o raciocínio implícito contido no brocado, somente a pessoa física seria capaz de uma conduta, e a corporação, como entidade fictícia, não seria capaz de cometer nenhum delito ou quebrar nenhum contrato social.

Esse raciocínio contido no brocardo levou em *ultima ratio* a um contexto onde as pessoas jurídicas passaram a serem progressivamente titulares de mais direitos e garantias, ao passo que não se questionava o fato de não serem passíveis de controle por parte do Direito Penal. Esse contexto é consagrado pelo uso do brocardo *societas delinquere non potest*, o qual é defendido tão veementemente pela doutrina por motivos que em realidade não estão lastreados na dogmática e nem na política criminal. Sobre isso, afirma Paulo César Busato<sup>61</sup>:

O fundamento de sustentação do brocardo *societas delinquere non potest* deve residir, então, em outros interesses. Aí é que aparece bastante clara e passível de críticas a verdadeira motivação da sustentação constante e reiterada de tal impedimento.

---

<sup>60</sup> BUSATO, Paulo César; GUARAGNI Fábio André. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do Interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal**. Curitiba: Juruá, 2012. p.29

<sup>61</sup> BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o Sistema Penal do Nosso Tempo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.p. 120-121.

Esse fundamento ao qual se refere Busato<sup>62</sup> advém de um contexto onde a não existência da responsabilidade penal da pessoa jurídica é baseada em uma formulação dogmática onde se tem por balizas “a primazia da ideia de que os homens nascem iguais e livres, pactuando uma sociedade a partir de suas existências individuais” ao mesmo tempo em que “organizava-se um arsenal de direitos a serem afirmados em favor das corporações, sempre e progressivamente tendo reconhecido direitos e garantias, mas nunca se submetendo ao controle social ingente do sistema punitivo”.

Resta a dúvida de como chegamos a esse ponto na construção da dogmática penal. Há algumas pistas, entretanto.

Paulo Busato<sup>63</sup> afirma que há evidências contundentes, pois, a sequência evolutiva do Direito Penal sempre considerou como possível que os entes coletivos cometessem delitos. Inclusive, é um equívoco bastante difundido a ideia de que a responsabilidade penal da pessoa jurídica seja algo novo, fruto de uma onda punitivista inaugurada no final do século XX, que rompeu com uma tradicional ausência desse instituto nos sistemas jurídico-penais.<sup>64</sup>

Desde a antiguidade clássica até a Idade Média predominaram as sanções coletivas impostas às tribos, comunas, cidades, vilas, famílias, etc.<sup>65</sup> Por exemplo, na antiga Babilônia, podemos aferir a atribuição de responsabilidade penal a certos entes coletivos. Quintiliano Saldanã<sup>66</sup> afirma em sua obra que o direito babilônico era caracterizado pelo localismo, e cada cidade ou vila era considerada como sendo um universo jurídico a parte, tanto que em 2250.a.C o Rei Babilônico estabelece no *Código de Hammurabi*, a chamada responsabilidade local, ou da cidade para o cometimento de certos crimes.

Por exemplo, se alguém fosse roubado, a cidade e o governador em cujo território ocorreu o roubo deveria restituir à vítima tudo o que lhe foi roubado. Caso o ladrão fosse preso, caberia à cidade indenizar a vítima do crime. Por último, caso

---

<sup>62</sup> BUSATO, Paulo César; GUARAGNI Fábio André. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. *Op. Cit.* p.29

<sup>63</sup> BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o Sistema Penal do Nosso Tempo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.p. 120-121.

<sup>64</sup> BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valência. Tirant Lo Blanch, 2019.p.21.

<sup>65</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. *Op. Cit.* p.2-3

<sup>66</sup> SALDANÃ, Quintiliano García Rubio. **La capacidad criminal de las personas sociales**. *Op.cit.*p.66-67

houvesse um latrocínio, caberia à cidade pagar uma quantidade correspondente em ouro aos parentes da vítima.

Nas cidades da Grécia antiga haviam organizações coletivas chamadas *thiasos* que se constituíam em uma forma de agrupamento social e religioso, mas não econômico. Comentando os *thiasos* da Grécia antiga, Affonso Arinos de Mello Franco afirma em 1930 sobre o Direito Greco da antiguidade: “Ora, essas corporações, existentes na Grécia, e que constituíam, fora de dúvida, pessoas jurídicas de direito privado, eram punidas corporativamente pelos seus delitos”.<sup>67</sup>

Ainda sobre o Direito Penal da Grécia antiga, afirma Sérgio Salomão Shecaira, citando Luis Jiménez de Asúa<sup>68</sup>:

Mas, no tocante aos crimes de caráter religioso e político, permaneceram, durante largos períodos, as sanções de caráter coletivo. Os traidores e tiranos eram mortos e com eles toda a família. Há episódios de mortes coletivas, de privação coletiva de direitos, de expulsão coletiva de paz, chamadas pelos gregos de *atimia*, que acarretava aos criminosos terríveis consequências: qualquer pessoa poderia matar o excluído do convívio social e apoderar-se de seus bens. O castigo capital coletivo só seria abolido no século V a.C., enquanto a *atimia* sobreviveu até o século IV a.C.

Na Direito Penal chinês também já eram conhecidas as punições de caráter coletivo. Com as chamadas “Leis fundamentais e suplementares da dinastia Tsing”, se manteve o princípio da responsabilidade criminal familiar, elemento fundamental de tal sistema jurídico-penal. Essa responsabilidade se dava de duas formas: solidariamente ou por representação.<sup>69</sup>

A responsabilidade criminal solidária era aplicável em razão dos delitos de alta traição, e era aplicável a todos os parentes de primeiro grau do sexo masculino dos autores de tais delitos, não importando se tivessem mais ou menos de sessenta anos ou o local de sua residência. Por exemplo: os pais, os filhos, os avós, netos e tios paternos.

No que concerne à responsabilidade criminal familiar por representação, essa ocorria quando uma família deixava de registrar as suas terras no registro público. Isso acarretava a punição do chefe de família com 100 golpes, caso as terras fos-

<sup>67</sup> FRANCO, Affonso Arinos de Mello. **Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas**, Rio de Janeiro: Graphica Ypiranga, 1930, p.21-22.

<sup>68</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de derecho penal, Buenos Aires: Losada, 1963, tomo I, p.275. *apud*. SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. *Op. Cit.* p.6

<sup>69</sup> SALDANÑA, Quintiliano García Rubio. **La capacidad criminal de las personas sociales**. *Op. Cit.* p.66-67

sem sujeitas ao pagamento de impostos, e com 80 golpes caso não fossem. Outro exemplo era o caso dos prefeitos das cidades que exerciam funções políticas, judiciárias e de polícia. Caso a criminalidade aumentasse na cidade governada por um determinado prefeito ele seria punido, respondendo pelos delitos cometidos por aqueles que ele administrasse em uma típica forma de responsabilidade representativa.

Segundo Walter Claudius Rohenburg<sup>70</sup>, vários autores afirmam que na Idade Média havia a habitual e frequente aplicação de sanções penais aos atos praticados pelas pessoas coletivas. Como visto anteriormente no presente trabalho, os próprios canonistas já aplicavam variadas penas ao ente coletivo (*universitas*) que viesse a delinquir.

No direito italiano medieval, passa-se a admitir a responsabilidade penal dos entes coletivos. Como exemplo da aplicação de penas coletivas nesse período, Sérgio Salomão Shecaira cita o caso de um delito rural no qual alguns camponeses destruíram um bosque pertencente ao bispo da cidade de Pisa no século XII. Outro exemplo trazido são os estatutos comunais italianos dos séculos XIV e XV, que previam penas coletivas nos casos em que os municípios não utilizassem moedas e medidas aprovadas, ou que cometessem delitos contra a ordem pública, motins, ou delitos políticos.<sup>71</sup>

Dentre as penas aplicáveis na Itália às entidades coletivas, durante a Idade Média, estavam as penas pecuniárias, a execução de pessoas, o saque da cidade, a supressão de privilégios, ou ainda a destruição da cidade, pena comparável a pena de morte.

A situação favorável à responsabilidade penal do ente coletivo se manteve por um longo lapso temporal. Achille Mestre, em conformidade com o exposto supra, afirma que o direito antigo previa penas coletivas e que no ano de 1670 uma Ordenação na França previa a existência de ação penal contra cidades, vilas, associações e companhias.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. **A pessoa jurídica criminosa**. Curitiba:Juruá,1997.p.30

<sup>71</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Op. Cit. p.11

<sup>72</sup> **Nota:** Achille Mestre afirma sobre a aplicação de penas às pessoas jurídicas que a “ordenanza de 1670 consagraba la existência tradicional de semejantes penalidades”. Ver em: MESTRE, Aquiles. Las personas morales y su responsabilidade penal. Madrid: Gongora, 1930, p. 241. Também é possível ver em: ROTHENBURG, Walter Claudius. **A pessoa jurídica criminosa**.Op.cit,p.31

É a partir da Revolução Francesa que esse panorama irá ser profundamente alterado, levando a ideia da impossibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica à ampla difusão do brocardo “*societas delinquere non potest*” e a exclusão das pessoas jurídicas como objeto de responsabilização penal no começo das formulações dogmáticas dos sistemas de teoria do delito.

Com a Revolução Francesa ocorre o fim da desigualdade política, uma vez que todos são colocados como iguais perante a lei, muito embora a realidade fática fosse diametralmente oposta a isso<sup>73</sup>. A lei passa a ser vista como um mecanismo de exclusiva proteção do indivíduo contra o Estado, resultando na ausência de intervenção estatal em vários aspectos da vida prática e contribuindo com a acentuação das desigualdades.

É no Estado Liberal criado pela Revolução Francesa que surge a ideia de que as pessoas jurídicas não poderiam ser imputadas na seara penal<sup>74</sup>, ao mesmo tempo em que ocorre a Revolução Industrial e novas formas de estruturação social, o que deflagra uma fórmula geral de dominação que foi instrumentalizada pelo direito. O afastamento da nobreza do centro de poder vem a gerar um vácuo que passa a ser ocupado pela nova classe dominante: a burguesia e o seu poder econômico.<sup>75</sup>

O discurso revolucionário burguês de retomada do poder por parte do povo faz com que toda uma tradição favorável à responsabilidade penal da pessoa jurídica seja esquecida. Entretanto, ao invés de uma transferência de poder para o povo e as classes mais pobres ocorre uma transferência do poder das mãos do clero e da nobreza para as mãos do capital e dos capitalistas.<sup>76</sup>

Segundo Paulo Busato<sup>77</sup>, é a partir da Revolução Francesa que houve o abandono da ideia de se atribuir responsabilidade penal ao ente coletivo, e isso se

---

<sup>73</sup> **Nota:** em realidade, mesmo que as pessoas tenham sido colocadas como iguais perante a lei, grande parte do poder ficou concentrada nas mãos da burguesia.

<sup>74</sup> **Nota:** Affonso Arinos de Mello afirma que a responsabilidade penal da pessoa jurídica existiu na história em vários momentos, encerrando-se com o advento da Revolução Francesa, notadamente no ano de 1790. Ver em: FRANCO, Affonso Arinos de Mello. **Responsabilidade Criminal das pessoas jurídicas**. *Op. Cit.* p. 39-40.

<sup>75</sup> BUSATO, Paulo César; GUARAGNI Fábio André. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. *Op. cit.* p.29.

<sup>76</sup> BUSATO, Paulo César; GUARAGNI Fábio André. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. *Op. Cit.* p.29 - 31

<sup>77</sup> BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o Sistema Penal do Nosso Tempo**. *Op. Cit.* p. 123. Ainda sobre isso, afirma Sérgio Salomão Shecaira:” Após a Revolução Francesa, com o advento do liberalismo, surgido com o pensamento iluminista, a nova ideologia veio extinguir as sanções às corporações e todas as referências associadas às punições coletivas que pudessem pôr em risco as liberdades Individuais. Os princípios Individualistas e anticorporativos do movimento revolucionário

deu devido a dois motivos. O primeiro por necessidades políticas que tinham por interesse criar um ambiente de atuação mais livre da burguesia na florescente economia de livre mercado, e a o desaparecimento da punibilidade das corporações em decorrência da perda da grande importância e poder que detinham na Idade Média.

As pessoas jurídicas, representadas pelas empresas, se expandiram dominando o comércio e a indústria, e crescendo em importância no âmbito do Direito e representando o poder e a influência da nascente classe burguesa.

Em concordância com Paulo Busato está Walter Claudius Rothenburg<sup>78</sup>, ao afirmar:

Foi a Revolução Francesa com seu individualismo (...) que, fazendo da “extinção das corporações (e mais genericamente de qualquer organismo intermediário entre o indivíduo e o Estado) umas das bases da Constituição francesa (D.de 14-17.06.1791), desconheceu-lhes qualquer capacidade criminal.

O fenômeno relatado por Busato também é relatado por Sérgio Salomão Shecaira no que concerne à Itália medieval. Em suas palavras:

Porém, com a passagem para um sistema econômico aberto e de livre concorrência, há um declínio nas corporações, vistas a partir de então como um obstáculo para o desenvolvimento produtivo de uma economia, fato que pode ser uma das principais causas para a responsabilidade penal na Itália ter se tornado exclusivamente individual.<sup>79</sup>

O que observamos a partir do exposto é que em um momento de expansão do capitalismo e da atividade industrial o brocado *Societas delinquere non potest*, criado por Inocêncio IV, ressurge para simbolizar um novo contexto onde as empresas são isentas de responsabilidades no âmbito penal, mas ainda possam figurar como vítimas. Delineava-se um cenário extremamente favorável a livre atuação daqueles que exploravam as atividades empresariais, cenário no qual se tem todos os direitos sem nenhum dever penal.

Em outras palavras, no escólio de Paulo Busato<sup>80</sup>, a organização da teoria do delito no âmbito do Civil Law torna-se o produto de um momento histórico de ruptura com uma tradição jurídica que era favorável a responsabilização penal do ente coletivo.

---

fizeram com que a responsabilidade criminal das pessoas coletivas não mais se sustentasse”. Ver em: SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. *Op.cit.* p.1-2.

<sup>78</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. **A pessoa jurídica criminosa**. *Op. cit* p.36

<sup>79</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. *Op. Cit.* ,p.11-12

<sup>80</sup> BUSATO, Paulo César; GUARAGNI Fábio André. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. *Op. Cit.* p.29

As pessoas jurídicas foram adquirindo cada vez mais direitos e garantias, mas jamais sendo passíveis de controle por parte do Direito Penal, situação que era bastante desejada pela nascente classe burguesa. O brocado *societas delinquere non potest* passa a ser “simplesmente a expressão da força das leis do poder econômico”.<sup>81</sup>

Admite-se pacificamente, a partir desse ponto, que a pessoa jurídica possa figurar no polo passivo da ação penal, como vítima, bem como a sua capacidade plena, inclusive ativa, para relacionar-se juridicamente nos campos civil, tributário e administrativo.<sup>82</sup> Ao mesmo tempo em que também se admite pacificamente que jamais a pessoa jurídica poderia figurar como autora de um delito.

É um completo absurdo que seja defendido por alguns partidários da criminologia crítica, de raiz marxista, a irresponsabilidade penal do ente coletivo, admitindo tacitamente uma clara defesa da inviolabilidade penal dos detentores do grande capital ao defenderem a negação da responsabilização penal da pessoa jurídica. Em outras palavras, em uma postura contraditória, realizam uma defesa veemente de uma imposição capitalista que se originou das teses contratualistas.<sup>83</sup>

Em meio ao contexto mencionado, se dá o desenvolvimento de toda a teoria do delito, a qual surge *a posteriori* e assume por dogma a exclusão da responsabilidade penal de pessoas jurídicas.<sup>84</sup>

De fato, ao se observar as primeiras teorias do delito, já partiam do pressuposto da ação como um elemento causado exclusivamente pela interferência humana. Como exemplo do conceito de ação causal- naturalista de Von Liszt,<sup>85</sup> que considerava a ação uma modificação do meio exterior, sensorialmente perceptível, e produzida por uma manifestação de vontade que se expressava na realização ou omissão de um movimento corpóreo voluntário. A ação seria um processo causal, na

---

<sup>81</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. **La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos (Análisis de los arts.31 bis y 129 del Código Penal)**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p.26-27

<sup>82</sup> BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o Sistema Penal do Nosso Tempo**. *Op. Cit.* 124

<sup>83</sup> **Nota:** é possível ver mais sobre essa crítica em: BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte Geral**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 700.

<sup>84</sup> BUSATO, Paulo César; GUARAGNI Fábio André. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. *Op. Cit.* p.29.

<sup>85</sup> LISZT, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal**, tomo 2. 3ªed.trad de Luis Jiménez de Asúa, Madrid: Instituto Editorial Reus, S.A, 1927,p. 297, 300 e 302. *apud.* BUSATO, Paulo César. **Direito penal e Ação Significativa**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p. 7.

medida em que a vontade humana seria determinante do movimento corporal que “pode definir se fisicamente como intervenção”.

O segundo motivo citado por Busato é o fato de o princípio da legalidade ter se tornado a base do próprio Estado a partir da Revolução Francesa, determinando que a imputação deveria ser configurada seguindo a lei. A lei passa a ocupar o ponto central da questão político criminal. Em suas palavras: “A questão penal era então a questão da norma de imputação. A norma era o elemento referencial do sistema, e o delito coincidia então com a infração da norma.”<sup>86</sup>

A partir desse ponto, passam-se a formular os sistemas de imputação tendo a lei por alicerce, e o delito passa a ser estudado tanto pela necessidade de se uniformizar o tratamento do delinquente, em obediência aos princípios iluministas, como pela própria sistematização formal promovida pelas codificações que sucederam as revoluções burguesas e o Estado Liberal.<sup>87</sup>

Entretanto, a defesa por uma impossibilidade da responsabilização penal das pessoas jurídicas não poderia subsistir na atual realidade macro criminológica onde estamos inseridos, marcada por uma sociedade moderna e globalizada onde os atos que importam para o Direito Penal não estão mais restritos àqueles praticados por pessoas físicas, uma vez que paulatinamente os delitos mais graves gravíssimos e de intensa repercussão social têm envolvido a atividades de pessoas jurídicas<sup>88</sup>.

Tristes exemplos são os casos de Brumadinho/ MG<sup>89</sup> e Mariana/MG, onde a ganância e a irresponsabilidade de grandes corporações levaram a morte de mais de trezentas pessoas, a destruição de cidades e ecossistemas inteiros, e danos materiais incalculáveis. Outro exemplo é o caso Exxon Valdez<sup>90</sup>, quando um navio pe-

---

<sup>86</sup> BUSATO, Paulo César; GUARAGNI Fábio André. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** *Op. Cit.* p.28.

<sup>87</sup> BUSATO, Paulo César; GUARAGNI Fábio André. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** *Op. Cit.* p.28

<sup>88</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte Geral.** *Op. Cit.* 699.

<sup>89</sup> **Nota:** Sugere-se ao leitor que confira a precisa análise do caso de Brumadinho/MG feita por Paulo César Busato em: BUSATO, Paulo César. O Leviatã de Brumadinho. **Boletim Ibccrim**, ano 27, n. 316, p. 7-8, mar. 2019.

<sup>90</sup> **Nota:** Em 1994, um júri considerou a ExxonMobil como responsável pelo desastre ambiental, determinando que a empresa fosse punida a pagar quatro bilhões de dólares em indenizações. Depois de reconsiderarem os precedentes da Suprema Corte dos EUA, uma segunda decisão aumentou a punição da empresa para cinco bilhões de dólares. Anos mais tarde uma terceira decisão, reduziu os valores a serem pagos para dois bilhões e meio de dólares. Mais informações sobre o caso ExxonMobil e a extensão do poder dessa mega corporação podem ser encontradas no livro de Steve Coll: COLL, Steve. **Private Empire: ExxonMobil and American Power.** New York: Penguin Books, 2012.



troleiro pertencente à empresa ExxonMobil foi responsável pelo derramamento de 750 000 barris de petróleo na costa do Alaska, causando a morte de centenas de milhares de animais e prejuízos à indústria pesqueira na casa dos bilhões de dólares.

Um último exemplo é o caso do Ford Pinto, carro fabricado pela montadora Ford na década de 1970, cujo tanque de combustível fora mau posicionado ocasionando a explosão de um expressivo número de veículos após serem atingidos na parte traseira. A Ford avaliou custos e decidiu que seria mais econômico arcar com eventuais custos indenizatórios na ordem de US\$ 50 milhões de dólares do que reparar cada unidade produzida, o que levaria a um custo total de US\$ 137 milhões. Por causa dessa decisão da Ford, em estimativas conservadoras, mais de 500 pessoas morreram queimadas em decorrência de acidentes automobilísticos envolvendo o Ford Pinto<sup>91</sup>, como por exemplo, três adolescentes que morreram em 10 de Agosto de 1978, no estado americano de Indiana, após um van colidir na parte traseira do Ford Pinto onde estavam.<sup>92</sup>

Tendo isso em mente, é possível afirmarmos com tranquilidade que a responsabilização das pessoas jurídicas está de acordo com a atual realidade criminológica, a qual reconhece que as principais agressões, especialmente a bens jurídicos transindividuais, como o meio ambiente ou a saúde pública, na maior parte dos casos, envolve a atividade de pessoas jurídicas sem as quais seria impossível o cometimento de tais crimes.

Notadamente, temos também os casos envolvendo a criminalidade econômica, que se tornou ainda mais evidente no Brasil após os casos envolvendo um grande esquema de corrupção<sup>93</sup>, amplamente denunciado na mídia, em que diversas empresas foram identificadas como as principais protagonistas na prática de diversos delitos econômicos.

Outro argumento favorável à responsabilidade penal da pessoa jurídica concerne à extrema dificuldade e, às vezes, a impossibilidade de se determinar a responsabilidade individual de autores e partícipes de um delito, dada as relações de

---

<sup>91</sup> **Nota:** é possível ler mais informações sobre o caso do Ford Pinto em <https://www.motherjones.com/politics/1977/09/pinto-madness/>

<sup>92</sup> **Nota:** o relato completo desse trágico acidente pode ser visto em: <https://www.history.com/this-day-in-history/fatal-ford-pinto-crash-in-indiana>

<sup>93</sup> Refere-se aqui a Operação Lava Jato, onde grandes empresas como Odebrecht, Camargo Corrêa e OAS estiveram no proscênio da prática delitativa organizada.

divisão de trabalho, sob forma hierárquica e fragmentária. Uma grande multinacional, por exemplo, opera indistintamente em diversos lugares, tendo o seu eixo central de decisão situado distante do local de execução do delito.<sup>94</sup> Torna-se praticamente impossível determinar a responsabilidade de um indivíduo isoladamente.<sup>95</sup>

Assim podemos perceber que fenômenos como a globalização e a internacionalização foram elementos criminológicos que provocaram a necessidade de uma resposta jurídico-penal por parte dos Estados, a fim de que seja possível combater a criminalidade advinda das grandes corporações, como por exemplo, a criminalidade econômica.<sup>96</sup>

Jorge de Figueiredo Dias afirma que a responsabilidade penal da pessoa jurídica destina-se à salvaguarda de bens jurídicos coletivos no marco da sociedade de risco na qual vivemos. Para o doutrinador português, deve-se reavaliar o dogma da responsabilidade criminal exclusivamente baseada na pessoa física, de modo a permitir a mínima contenção dos riscos que ameaçam as gerações futuras.<sup>97</sup>

No mesmo sentido, afirma Laura Zuñiga Rodriguez que a empresa é um dos principais agentes geradores de riscos para bens jurídicos fundamentais, causando danos socialmente relevantes nos seus mais diversos processos de atuação: 1) na etapa de produção, 2) nos resultados produzidos pela atividade empresarial, e 3) na poluição com dejetos industriais.<sup>98</sup>

Adicionalmente, Adán Nieto Martín<sup>99</sup> apresenta quatro razões que sustentam a utilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Por primeira, um carácter etiológico, ou seja, o fato de a própria existência de uma organização gerar por si só fatores criminológicos que incrementariam um comportamento individual delinquentes.

Como segundo e terceiro argumentos, Nieto Martín afirma que sancionar a pessoa jurídica é necessário para que os sócios e aqueles com funções gerenciais

<sup>94</sup> ROJAS SALAS, Manuel. La criminalidad empresarial. In: **Ciências Penales: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, v. 10, n.15, p. 83-90, San José, dez 1998.

<sup>95</sup> **Nota:** após o escândalo da O p

<sup>96</sup> DANNECKER, Gerhard. Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista Penal**, Salamanca, n.7, p.40-54,2001. p.41.

<sup>97</sup> **Nota:** a citação de Figueiredo Dias é advinda da citação feita por Jorge dos Reis Bravo em: BRAVO, Jorge dos Reis. **Direito Penal dos entes coletivos: ensaio sobre a punibilidade de pessoas colectivas e entidades equiparadas**:Coimbra: Coimbra, 2008.p.67-69

<sup>98</sup> ZUÑIGA RODRIGUES, Laura. **Modelos de imputación penal para sancionar la criminalidad de empresa en el CP español de 1995**, In: *Revista Peruana de Ciencias Penales*:Lima, 1999,p.961-996

<sup>99</sup> MARTÍN, Nieto Adán. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo**. Madrid: lustel,2008. p.37.

encarem com seriedade a prevenção de práticas delitivas no âmbito da empresa e compartilhem com gerentes, executivos, técnicos e trabalhadores os riscos e prejuízos advindos da imposição de uma sanção penal. Por última razão, considera o incremento da eficácia do processo penal e da responsabilidade da pessoa individual.

Com um posicionamento semelhante à primeira razão apresentada por Adán Nieto Martín, Klaus Tiedermann<sup>100</sup> afirmava que a própria sociedade criaria um cenário favorável para que as pessoas físicas praticassem delitos em favor de pessoas jurídicas, notadamente em países industrializados ou em processo de desenvolvimento.

Essa facilitação da prática de delitos na seara empresarial se assemelha, em parte, com o que afirma Carlos Jara Díez sobre a cultura empresarial e o modelo organizacional das empresas poderem facilitar a prática de delitos em seu seio, necessitando que haja a criação e a manutenção de uma cultura empresarial de fidelidade ao Direito para impedir a prática delitiva.<sup>101</sup>

Bernd Schünemann<sup>102</sup> apresenta outros fatores que justificariam a responsabilização penal da pessoa jurídica. Por exemplo, o penalista alemão aponta duas principais razões para justificar a responsabilização de pessoas jurídicas. Em primeiro, tem-se a dificuldade de persecução penal para as pessoas físicas que agem no âmbito da criminalidade empresarial, tanto ao se demonstrar a culpabilidade como na hora da demonstração probatória de responsabilidade objetiva e subjetiva. Em um segundo momento, deve-se considerar a estrutura extremamente hierarquizada e, por vezes, fragmentada das pessoas jurídicas, o que dificultaria a atribuição de culpabilidade a elas.

As estruturas hierarquizadas das grandes empresas e o seu potencial delitivo se constituíram em desafios primordiais para o Direito Penal atual, sobretudo quando os atuais sistemas dogmático-penais preveem apenas a responsabilização

---

<sup>100</sup> TIEDEMANN, Klaus. La reponsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato. Traduzido por Alessandra Szegő. **Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale**, Milano, p. 615-633, jul/set.1995.p.617.

<sup>101</sup> JARA DÍEZ, Carlos. **Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española**. Editorial IB-deF: Buenos Aires, 2010. p. 51.

<sup>102</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de la empresa". In: **Anuário de Direito penal y Ciências penales**. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, n.38, 1988, p. 530.

penal individual. Seguindo o mesmo raciocínio de Schünemann, afirma José Miguel Zugaldía Espinar<sup>103</sup>:

(...) uma das características fundamentais do Direito Penal do século XXI será a extensão do conceito de sujeito às pessoas jurídicas, já que as formas sociais mais danosas dos crimes econômicos têm a sua origem em grandes e poderosas empresas e não se pode lidar eficazmente com os perigos produzidos por elas ao apenas se punir uma única pessoa física que pode ser facilmente substituída (dentro da hierarquia da empresa) E dizer que – expresso nas palavras de Tiedemann – embora a pessoa física continue a ser o sujeito principal do Direito Penal, o Direito Penal da pessoa física por si só, não está em condições de assumir os desafios apresentados pela criminalidade organizada e econômica.

A citação de José Miguel Zugaldía Espinar reforça dois pontos defendidos no presente trabalho: inicialmente, defende-se que responsabilizar penalmente entes coletivos não significa em uma automática exclusão da responsabilidade penal individual. Pelo contrário, a defesa da responsabilidade penal da pessoa jurídica vista a partir da Concepção Significativa da Ação permite que tanto o ente coletivo como a pessoa física sejam responsabilizados de forma individual e simultânea.

Em um segundo lugar, a citação de Zugaldía Espinar reforça a ideia de que um sistema de persecução penal destinado exclusivamente à pessoa física não é suficiente para atender as mudanças impostas ao Direito Penal e a Política Criminal pela nova realidade macrocriminológica. Sobre isso, Günther Heine<sup>104</sup> destaca que:

A exigência da política criminal moderna consiste mais e mais no controle de processos sociais delituosos. Os temas são a criminalidade econômica, a responsabilidade pelo produto, a lavagem de dinheiro, a proteção do meio ambiente e muito mais. Trata-se de assegurar interesses coletivos, como a capacidade de funcionamento da econômica, os interesses dos consumidores em segurança, o ecossistema ou a estabilidade do sistema financeiro.

---

<sup>103</sup> **Tradução livre do seguinte trecho:** “(...) una de las características fundamentales del Derecho Penal del siglo XXI va a ser la ampliación del sujeto a las personas jurídicas, pues las formas sociales dañosas de la criminalidad económica tienen su origen en empresas grandes y poderosas y no pueden afrontarse eficazmente sus peligros penando a una sola persona física que puede fácilmente ser reemplazada. Y es que – expresado con palabras de Tiedemann – aunque la persona física vaya a seguir siendo el sujeto principal del Derecho Penal, el Derecho Penal de la persona física, por sí solo, no está en condiciones de asumir los retos que supone la criminalidad organizada y económica.” Ver em: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. **La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos (Análisis de los arts.31 bis y 129 del Código Penal)**. *Op. Cit.* p.23-24.

<sup>104</sup> HEINE, Günter. Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa. *In:* GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (org). **Modelos de autoresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Externado, 2008.p 22.

A partir do que foi exposto por Heine<sup>105</sup>, vê-se que a estrutura do poder punitivo estatal além de continuar a tutelar bens jurídicos individuais, passou a também tutelar direitos supraindividuais, como antes foi mencionado no presente trabalho. Além disso, devemos destacar que as pessoas jurídicas possuem um papel decisivo no cumprimento da legalidade e no amoldamento de uma realidade social segundo o Direito.

A disfuncionalidade do Direito Penal individual, conforme Günther Heine<sup>106</sup>, para lidar com processos econômicos, riscos produzidos de forma sistemática e formas de organização coletiva, leva à necessidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas. Segundo o autor<sup>107</sup>, “no lugar do controle retrospectivo de condutas individuais, conforme assentava o paradigma clássico, trata-se cada vez mais do controle de disfunções sociais”.

Essa é a razão, ao menos parcialmente, de ter havido uma mudança de foco no estudo da criminalidade por parte da dogmática penal. Ocorre uma mudança de um enfoque voltado à perspectiva individual para outro voltado à criminalidade coletiva.<sup>108</sup>

Essa mudança se torna relevante tanto em questões de ordem criminológica, como em questões de política criminal segundo Schünemann, uma vez que a criminalidade econômica é uma delinquência cometida na maior parte das vezes por classes sociais detentoras de um elevado poder econômico, em contraste com os delitos clássicos e individuais.

A pessoa jurídica assumiu um espaço econômico-social privilegiado que repercute em uma fração significativa da criminalidade contemporânea. Sobre isso, Francisco Muñoz Conde<sup>109</sup> chega a afirmar que é impossível nos tempos atuais uma

---

<sup>105</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. "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, p. 51.

<sup>106</sup> HEINE, Günther. *Op. Cit.* p.19.

<sup>107</sup> HEINE, Günther. La responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias nacionales. Trad. Alda Figueroa Navarro y José Hurtado Pozo. In: HURTADO POZO, José; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; SIMONS VALLEJO, Rafael. **La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.p.51

<sup>108</sup> **Nota:** Sobre essa ampliação do sujeito capaz de cometer um delito em matéria penal, vale a pena verificar os comentários de Silvana Bacigalupo, principalmente no que concerne às transformações das categorias dogmáticas da teoria do delito e do próprio conceito de sujeito. Ver em: BACIGALUPO, Silvana. **La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. *Op. Cit.* p.138- 140 (principalmente a página 140).

<sup>109</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las Insolvencias punibles. CPC, núm 3.1977, p. 227.*apud.* ZUGALDÍA ESPINAR, José

empresa com certo nível econômico não se constituir sob a forma de uma sociedade anônima, situação que lhes permite maiores facilidades para a evasão fiscal, a manipulação do princípio da responsabilidade patrimonial limitada, etc. tornando a estrutura societária um verdadeiro veículo para a prática de delitos.

Além das organizações empresariais que tenham sido constituídas para a prática de crimes, as pessoas jurídicas lícitamente estabelecidas e voltadas a negócios lícitos também podem se tornar suscetíveis à prática de condutas criminosas.<sup>110</sup> E é precisamente nesse último caso, que está a origem de vários delitos cuja tutela se faz necessária. Ocorre o surgimento desse novo contexto criminológico referido anteriormente onde, segundo Klaus Tiedemann<sup>111</sup>, os consumidores e o meio ambiente são as principais vítimas dos crimes cometidos por meio de empresas, como por exemplo, os delitos ambientais que, ao diminuírem os custos derivados da prevenção de riscos ao ambiente, possibilitam maiores lucros da atividade industrial ao dano a Fazenda Pública por meio da sonegação fiscal, como artifício para reduzir custos de produção e transações com o objetivo de se atingir o consumidor final com preços mais competitivos que a concorrência.

Também é premente lembrarmos dos chamados “paraísos de responsabilidade penal da pessoa jurídica”, ou seja, países onde a ausência de uma legislação que responsabilize o ente coletivo os torna atraentes para empresas que visam o cometimento de delitos.

Temos diante de nós um novo cenário em que a proteção de bens jurídicos supra-individuais é demandada por causa do papel empenhado empresas na produção de riscos. Por um viés sociológico, podemos situar início dessa nova realidade na Revolução Industrial, em que se desenvolveram as tecnologias de modo a ocasionar significativas transformações sociais.<sup>112</sup>

Em um primeiro momento, surge no século XVIII um modelo econômico caracterizado pela existência de grandes empresas nacionais e estatais, como por exemplo a Companhia das Índias Ocidentais (fundada no século anterior), quando

---

Miguel. **La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos.** *Op. Cit.* 26.

<sup>110</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 44.

<sup>111</sup> TIEDEMANN, Klaus. **La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato** *Op. Cit.* p.617.

<sup>112</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco – Rumo a uma outra modernidade.** Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.p. 23-36.

prevalecem as estruturas coletivas, o pleno emprego e a célere industrialização. Tal modelo surge por meio de diversas revoluções políticas e industriais.

Nesse contexto, o conhecimento das leis naturais e o progresso da ciência geravam no ser humano a crença de que esse poderia controlar e calcular os riscos, tornando calculável o incalculável mediante generalizações e mediante a reparações pecuniárias por danos causados, vinculando, nessa primeira modernidade, às ciências físicas ao mundo do ser. Nas palavras de Ulrich Beck<sup>113</sup>: “*o cálculo do risco exemplifica um tipo de ética sem moralidade, a ética matemática da era tecnológica*”.

Resta-se caracterizada a primeira modernidade, que será marcada por ser um período em que se acreditava fortemente no domínio da natureza por meio do conhecimento científico, no controle e cálculo de riscos.

A sociedade industrial evolui tanto quanto aos modos de produção como no desenvolvimento técnico- científico. As bases do modelo industrial tradicional são abaladas, a globalização e a informatização das relações de produção trazem novas questões ao proscênio do debate público, e isso leva a uma reavaliação da forma como o ser humano enxerga os riscos atinentes às múltiplas relações econômicas e sociais nas quais está inserido.

É a fase que Ulrich Beck<sup>114</sup> chama de *modernização da modernização* ou ainda *modernidade reflexiva*, quando se reflexiona acerca das antinomias e deficiências fundamentais da primeira modernidade.

A segunda modernidade está inserida em um contexto em que há a necessidade de se levar em conta o processo de globalização e suas consequências, além dos riscos globais causados pelo aquecimento global, pelo terrorismo internacional, pelas crises financeiras do século XXI e por crises sanitárias globais, como é o caso da recente pandemia de COVID 19 que assolou o mundo, ceifando vidas e destruindo economias locais.

Esse processo de globalização, inclusive no âmbito do Direito Penal, é apontado por José Luis González Cussac<sup>115</sup> como uma das causas para a retomada da defesa da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

---

<sup>113</sup> BECK, Ulrich. **La sociedad global del riesgo**. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.p.80-81. Texto original: “(...) el cálculo del riesgo ejemplifica um tipo de ética sin moralidad, la ética matemática de la era tecnológica”.

<sup>114</sup> BECK, Ulrich; ZOLO, Danilo. **A Sociedade Global do Risco**. Tradução de Selino José Assmann. Florianópolis: UFSC - Depto de Filosofia, 2000.

No mundo globalizado, a demanda por um referencial teórico mais amplo que do que o oferecido pelas ciências naturais se tornou premente, requerendo-se uma análise política e sociológica desse novo contexto. Nas palavras de Beck<sup>116</sup>, *a cientificização é aqui cientificizada como problema*.

Essa análise sociológica se faz vital ao se observar que, na segunda modernidade, há uma mudança do paradigma psicológico da população, quando as metas de longo prazo, lastreadas em discursos comunitários, são substituídas pelo consumismo, que produz falta de identidade e reafirma um processo de individualização cada vez mais marcante. Discursos como o do “Estado-nação”, religiosos, ou da emancipação do probo trabalhador cederam espaço para o discurso referente à mercadoria, de matriz fortemente materialista e individualista<sup>117</sup>.

É nesse cenário que a produção e distribuição de riscos se intensifica cada vez mais. Consideram-se aqui riscos como a antecipação de tragédias, frutos de decisões humanas, particularmente relacionadas à tecnologia. Os riscos para Ulrich Beck têm “fundamentalmente que ver com antecipação, com destruições que ainda não ocorreram, mas que são iminentes e que, justamente nesse sentido, já são reais hoje”<sup>118</sup>

A noção de risco, como relembra Beck<sup>194</sup> não se atem apenas aos danos já ocorridos, comportando também uma dimensão futura de danos já identificados. Havendo assim uma estrita relação com a antecipação de catástrofes iminentes, tratando-se da previsão de um futuro que deve ser evitado.

Deve-se lembrar que o risco é algo atinente ao desenvolvimento das atividades econômicas e sociais e que estes transcendem a esfera individual atingindo a coletividade.<sup>119</sup> Por exemplo, há riscos em se usar o medicamento Paracetamol ou em voar de avião, mesmo assim, ainda é permitido que sejam vendidas caixas de Paracetamol nas farmácias e passagens aéreas nos aeroportos dado os benefícios coletivos de se permitir tais práticas.

---

<sup>115</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. El plano político criminal en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en **Compliance y prevención de delitos de corrupción** (Ángela Matallín Evangelio, Dir.). Tirant lo Blanch: Valencia. 2018. p. 92..

<sup>116</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco – Rumo a uma outra modernidade**, *Op. Cit.* p. 241.

<sup>117</sup> DUFORD, Dany- Robert. **A arte de reduzir as cabeças – Sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal**. Tradução de Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005.p. 75-79.

<sup>118</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco – Rumo a uma outra modernidade**, *Op. Cit.* p. 39.

<sup>119</sup> **Nota:** o papel do risco socialmente tolerável em matéria penal será amplamente estudado por Claus Roxin ao descrever o risco permitido, dentro de sua teoria da Imputação Objetiva.



A segunda modernidade traz consigo uma nova realidade social, na qual imperam as novas tecnologias, o consumismo, novas formas de se configurar as relações de trabalho e de produção, além de uma sensação geral de insegurança. A percepção do risco é tida como algo de caráter supra-individual e se torna vital para os sistemas de controle social, sobretudo quando estes objetivam a conter patamares de risco e a regular a produção de riscos e submissão a eles.

Portanto, chega-se à segunda modernidade, marcada pela percepção de que o homem já não mais possui controle sobre os riscos, por exemplo, catástrofes ambientais como as tragédias de Mariana /MG e Brumadinho/MG, no Brasil, ou questões de saúde e lesões ao sistema econômico.

O ser humano, inserido nessa realidade em que ele não possui mais o controle sobre os riscos, recorre ao Direito Penal para proteger valores supra-individuais ameaçados pelas novas relações sociais e econômicas. Em especial, quando o ser humano se relaciona socialmente e economicamente de forma extremamente desigual com as grandes corporações.

O Direito Penal é convocado para atuar em virtude do fato da intervenção penal ser mais eficaz em relação aos outros mecanismos de controle social, dada a sua capacidade socializadora e contundência na proteção de interesses coletivos e na prevenção de danos causados pela não observância de tais interesses. Nesse sentido, o escólio de José Luis Díez Ripollés<sup>120</sup>:

Às novas técnicas criminais, aos obstáculos para determinar os riscos não permitidos e à laboriosa individualização de responsabilidades, deve-se contrastar uma atualização dos instrumentos punitivos; isso implica reconsiderar ou flexibilizar o sistema de imputação de responsabilidade e de garantias individuais em vigor, o que deve ser feito com base na necessidade político-criminal de melhorar a eficácia da ação penal e da acusação

O Direito Penal é o ramo do direito que possui a função mais simbólica em definição de valores positivos, uma vez que possui a função de definir metas de proteção a partir de valores socialmente eleitos, mesmo que esses valores não sejam bem definidos. É possível concluir que ao passo que assume o papel de redutor de

---

<sup>120</sup> **Tradução livre do seguinte trecho:** “A las nuevas técnicas delictivas, a los obstáculos para determinar los riesgos no permitidos y a la trabajosa Individualización de responsabilidades se ha de contraponer una actualización de los Instrumentos punitivos; ello implica reconsiderar o flexibilizar el sistema de imputación de responsabilidad y de garantías Individuales vigentes, lo que se há de hacer em función de la necesidad político criminal de mejorar la efectividad em la persecución y encausamiento penales.” Ver em: RIPOLLÉS, José Luis Díez. **Estudios penales y de política criminal**. Lima: IDEMSA, 2007. p.123 -124.

riscos, o Direito Penal deve-se pautar pela sociedade, atendendo aos interesses comuns de seus membros e preservando valores eleitos como relevantes para toda a coletividade<sup>121</sup>, como é o caso dos bens jurídicos supraindividuais.

A realidade é que as pessoas jurídicas se tornaram as verdadeiras condutoras da industrialização e da globalização da economia. Em contrapartida, na exploração da atividade empresarial, essas podem vir a realizar práticas com um potencial lesivo, muitas vezes, superior ao possível de ser realizado por uma pessoa física, cujos riscos são distribuídos entre todos os potenciais beneficiados pelas vantagens que a atividade propicia.

Como dito anteriormente, nessa nova realidade, todos os indivíduos estão sujeitos a sofrerem danos decorrentes do perigo de lesão causado pelas práticas empresariais. Por exemplo, o dano ambiental, contra a ordem econômica ou contra a saúde pública não especifica suas vítimas.

Nesse contexto, o Direito Penal<sup>122</sup> vem regular as atividades geradoras de risco, preservando valores comuns da sociedade. Como as pessoas jurídicas, notadamente as empresas, são as maiores fontes desses riscos, torna-se imperativa a necessidade de tutela dos bens jurídicos que possam vir a ser ameaçados no desenvolvimento das atividades econômicas e empresariais.

É importante ressaltar que é reconhecido no presente trabalho que a temática da responsabilidade penal da pessoa jurídica não é um tema pacífico na doutrina penal, porém, como dito anteriormente, mesmo havendo óbices por parte de alguns autores, a realidade criminológica demanda cada vez mais uma resposta do ordenamento jurídico. E, atualmente, o que se percebe é que a atual dogmática do Direito Penal se encontra defasada para responder essas novas demandas impostas pela macro criminalidade do século XXI.<sup>123</sup>

Conclui-se que atender a essa nova necessidade criminológica é uma missão que a dogmática penal deve se dedicar. Evidentemente, para que ocorra uma

---

<sup>121</sup> GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.21.

<sup>122</sup> **Nota:** dentre as respostas que surgiram no âmbito do Direito Penal para a criminalidade empresarial, destaca-se os chamados programas de *compliance*. Recomendo a leitura da tese doutoral de Gustavo Scandelari para um maior aprofundamento sobre o tema: SCANDELARI, Gustavo Britta. **Compliance e law enforcement: propostas para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil**. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021.

<sup>123</sup> TIEDEMANN, Klaus. **Lá reponsabilitá penale delle persone giuridiche nel diritto comparato** Op.cit,p.617.

autêntica responsabilização da pessoa jurídica, é necessário que se superem alguns obstáculos no campo dogmático, especialmente a capacidade de ação da pessoa jurídica. É preciso que a dogmática não esteja mais defasada.

Na sequência, serão explanadas brevemente algumas das soluções que foram apresentadas pela doutrina penal para a responsabilização do ente coletivo.

## 2.2 MODELOS CLÁSSICOS DE RESOLUÇÃO DOS PROBLEMAS DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Antes de se realizar uma análise dos modelos de responsabilidade penal da pessoa jurídica, representados pelos modelos de heterorresponsabilidade e autorresponsabilidade, propõe-se analisar de forma breve exemplos concretos de propostas de responsabilização penal do ente coletivo em alguns países da tradição do *civil law* e do *common law*.

O objetivo dessa breve análise é demonstrar que as necessidades impostas pela nova realidade criminológica que vivemos, marcada pela alta capacidade de afetação de bens jurídicos coletivos pelas pessoas jurídicas, é um fenômeno global, que exigiu soluções dogmáticas nos mais variados países.

Com isso, ressalta-se a importância do presente trabalho e a necessidade premente de se investigar uma forma de responsabilização do ente coletivo. Os exemplos que são trazidos a seguir constituem uma análise ilustrativa das respostas que foram dadas a esse fenômeno.

Importante mencionar que não se objetiva realizar uma análise pormenorizada da situação da responsabilidade penal da pessoa jurídica em cada um dos países mencionados, e sim, trazer de forma breve os pontos mais relevantes para a proposta da presente pesquisa.

### 2.2.1 Breves considerações sobre a responsabilização penal da pessoa jurídica em outros países.

Tendo sido demonstrada a importância da responsabilização penal das pessoas jurídicas e atualidade de tal proposição, torna-se premente analisarmos as propostas que surgiram como tentativas de se responsabilizar o ente coletivo.

Preliminarmente é importante ressaltarmos que a responsabilidade penal da pessoa jurídica não é nenhuma novidade em vários países. Por exemplo, a Holanda,

introduziu a responsabilidade penal da pessoa jurídica em seu ordenamento pela Lei de Delitos Econômicos de 1950. Posteriormente, em 23 de junho de 1975, o Código Penal foi alterado para contemplar em sua totalidade a responsabilidade do ente coletivo. O artigo 51 do referido Código Penal Holandês assim está disposto<sup>124</sup>:

Os fatos puníveis podem ser cometidos por pessoas físicas e pessoas jurídicas. Se um fato punível for praticado por uma pessoa jurídica, o procedimento penal poder ser instaurado, e as penas e medidas (de segurança) previstas na lei podem ser aplicadas: 1) contra a pessoa jurídica; 2) ou contra as pessoas físicas que ordenaram a prática do ato, contra aquelas que concretamente assumiram a direção do comportamento ilícito; 3) ou contra as pessoas indicadas nas alíneas anteriores conjuntamente.

A jurisprudência holandesa afastou a hipótese de uma responsabilidade objetiva pessoal do administrador de uma empresa, ao afirmar que ele não é automaticamente responsável pelos atos delitivos que ele próprio não tenha cometido ou consentido. Entretanto, caso ele seja considerado culpado, a responsabilidade penal da pessoa jurídica não estará automaticamente excluída.

A França adotou a responsabilidade penal da pessoa jurídica<sup>125</sup> no ano de 1994, ao introduzi-la na Parte Geral do Código Penal Francês, principalmente em seu artigo 121- 2, que considera as pessoas jurídicas (ou morais) penalmente imputáveis por crimes praticados por sua conta, pelos seus órgãos ou representantes, seguindo distinções previstas em leis ou regulamentos ou no próprio Código Penal (artigos 121- 4 a 121-7). Apenas as infrações cometidas pelo Estado e por coletividades territoriais (comunas, departamentos, etc.) são impedidas de responderem penalmente. Em contrapartida, sindicatos, associações, sociedades civis e empresariais, empresas, etc. são considerados passíveis de cometerem um delito.<sup>126</sup>

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é admitida pelo Código Penal francês em crimes como: homicídio culposo (art.221-7), lesão corporal culposa (art.222-21), tráfico de entorpecentes (art.222-42), furto (art.311-16), extorsão (art. 312-15), estelionato (art.319-9), crimes contra a administração da justiça (art.434-47), infrações econômicas em matéria de concorrência e de preço (art.52-2), etc..

<sup>124</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. *Op. Cit.* p.33-35.

<sup>125</sup> **Nota:** sobre o sistema de responsabilidade penal da pessoa jurídica na França recomenda-se a leitura da excelente obra de Tracy Joseph Reinaldet: REINALDET, Tracy Joseph. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica: o exemplo brasileiro e a experiência francesa**. Curitiba: IEA Academia, 2014.

<sup>126</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. *Op. Cit.* p.40-41.

Segundo o artigo 121-2 do Código Penal Francês, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas não exclui a das físicas quando autores ou partícipes nos mesmos fatos, mesmo tendo-se em conta que a responsabilidade da pessoa física é indispensável para a responsabilidade da pessoa moral. O “agir em nome da pessoa jurídica” torna-se essencial para a responsabilização, excluindo as hipóteses quando a pessoa física pratica o delito por razões pessoais ou incompatíveis com os interesses da pessoa jurídica.

Para o legislador francês, a pessoa jurídica tem vontade coletiva própria, sendo responsabilizada penalmente, a partir de 2005, por meio de um sistema identificatório. Essa forma de responsabilização também é conhecida como responsabilização por empréstimo, ou por procuração, necessitando uma intervenção humana como elemento fundamental para a responsabilização.<sup>127</sup>

Em outras palavras, para o sistema penal francês, a responsabilidade da pessoa jurídica necessita do concurso da responsabilidade da pessoa física, salvo nos crimes culposos em que poderia haver uma imputação direta e imediata à pessoa jurídica.<sup>128</sup> A responsabilização penal do ente coletivo, no sistema francês, é considerada, portanto, como sendo cumulativa, especial e condicional.<sup>129</sup>

O ordenamento jurídico francês prevê dentre as penas para a pessoa jurídica delinquente as penas de multa, interdição definitiva ou temporária de exercer uma ou mais atividades profissionais ou sociais, controle judiciário por mais de 5 anos, fechamento definitivo ou temporário do estabelecimento utilizado para a prática do delito, impedimento do direito de emitir cheques, a publicação da decisão judicial e a dissolução.<sup>130</sup>

No que se refere à Espanha, foi adotado um sistema de responsabilidade direta da pessoa jurídica no ano de 2010. Nesse sistema, a responsabilidade do ente moral não exclui a das pessoas físicas. Ambas são independentes e não excludentes. Tais características ficaram mais bem definidas depois da reforma trazida por meio LO 1/2015.<sup>131</sup>

---

<sup>127</sup> PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro - Parte Geral. 2.ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2001. V.1. p. 178

<sup>128</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro – Parte Geral**. Op. Cit. p.178.

<sup>129</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro – Parte Geral**. Op. Cit. p. 177 e 175.

<sup>130</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Op. Cit. p.41.

<sup>131</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. "Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español". In **Tratado de Responsabilidad penal de las**

No modelo espanhol de responsabilidade da pessoa jurídica, a conduta da pessoa física que comete o delito é apenas um pressuposto para a responsabilidade penal da pessoa jurídica, e não o seu fundamento.

Segundo Bernardo Feijoo Sánchez<sup>132</sup>, a exposição de motivos da LO 1/2015 é incompatível com um modelo vicarial ou por estrita transferência. Diferentemente do modelo francês, a pessoa jurídica no modelo espanhol pode ser submetida a um processo penal com independência da pessoa física, uma vez que essa pode ter falecido ou fugido da justiça, por exemplo.

Por outro lado, o modelo espanhol pode ser definido como um exemplo de corresponsabilidade em que a responsabilidade da pessoa física não é imprescindível para que haja a responsabilidade da pessoa jurídica. Não é necessário que haja uma pena à pessoa física para que seja imposta outra à pessoa jurídica. Bernardo Feijoo Sánchez<sup>133</sup> explica o sistema espanhol de responsabilidade penal da pessoa jurídica em sua lição:

Embora a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas tenha como pressuposto essencial um fato ou um requisito de conexão com um delito cometido por um indivíduo, isso não significa que a responsabilidade criminal não exija requisitos próprios adicionais que devam legitimar a intervenção punitiva. A RPPJ parte do ato cometido por uma pessoa natural, mas o fundamento dessa responsabilidade é independente daquela da pessoa natural. Por esse motivo, as exclusões (de responsabilidade) se devem a diferentes motivos. Por fim, o modelo espanhol da RPPJ é caracterizado como um modelo de corresponsabilidade, no qual cada um dos responsáveis pelo mesmo fato é por diferentes razões regulatórias e, portanto, tanto a exclusão quanto a atenuação dessa responsabilidade são regidas por diferentes parâmetros.

---

**personas jurídicas.** [Miguel Bajo Fernández, Bernardo Feijóo Sánchez e Carlos Gómez-Jara Díez - orgs.]. Madrid: Thompson-Civitas, 2012, p. 67.

<sup>132</sup> **Nota:** não cabe no presente trabalho uma explicação pormenorizada sobre a LO 1/2015 e os seus efeitos para a responsabilização penal das pessoas jurídicas na Espanha, porém, sugere-se a leitura da excelente obra de Alfonso Galán Muñoz para Informações mais aprofundadas sobre essa temática. **Ver em:** GALÁN MUÑOZ, Alfonso. **Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015.** Valência: Tirant lo Blanch, 2017.

<sup>133</sup> **Tradução livre do seguinte trecho:** "Si bien la responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene como presupuesto imprescindible un hecho o unos requisitos de conexión con un delito Individual, ello no significa que la responsabilidad penal no exija unos requisitos propios adicionales que han de legitimar la Intervención punitiva. La RPPJ parte del hecho cometido por una persona física, pero el fundamento de dicha responsabilidad es Independiente del de dicha persona física. Por esa razón las exclusiones obedecen a razones distintas. En definitiva, el modelo español de RPPJ se caracteriza por ser un modelo de corresponsabilidad en el que cada uno de los responsables del mismo hecho lo son por razones normativas distintas, y por eso tanto la exclusión como la atenuación de dicha responsabilidad se rige por parámetros diferentes." **Ver em:** FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. **"Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas em el código penal español"**. *Op.cit.* p. 67.

Também não é vital que haja um comportamento culpável da pessoa física para se caracterizar a responsabilização do ente coletivo, mas é necessário que haja ao menos uma pessoa física que tenha realizado uma conduta típica e antijurídica.

No modelo espanhol, há duas formas de se converter o delito da pessoa física em um delito da pessoa jurídica fixando assim a sua responsabilidade, conforme definido pelo preâmbulo da LO 5/2010.

Pela primeira forma, a pessoa física deve ser um representante legal da pessoa jurídica ou alguém que atuando individualmente ou, como parte de um órgão da pessoa jurídica, esteja autorizada a tomar decisões em nome da pessoa jurídica, ostentando capacidade de organização e controle dentro da mesma. Pela segunda forma, o delito deve ser cometido por uma pessoa que esteja sob a autoridade de um representante legal ou gestor e que este não tenha exercido o seu devido poder de controle o delegando a esse terceiro.

Também é importante lembrar que no modelo espanhol qualquer modalidade delitiva da pessoa física é relevante para gerar a responsabilidade da pessoa moral, a exemplo de condutas de autoria ou de participação ou para delitos consumados ou tentados.

Tendo em vista o exposto acima, podemos resumidamente definir o sistema de responsabilidade criminal das pessoas jurídicas no sistema espanhol por três características, segundo Zugaldía Espinar<sup>134</sup>: 1) é um sistema de duas vias, ao diferenciar a conduta cometida por um administrador da empresa e por um subordinado que atua de forma independente; 2) é um sistema de responsabilidade acumulativa, pelo fato de a responsabilidade da pessoa jurídica não excluir a da pessoa física; e 3) é um sistema de responsabilidade penal direta, pois mesmo que seja excluída a responsabilidade penal da pessoa física, poderá subsistir a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

No que se refere às penalidades impostas ao ente coletivo delinquente, destacam-se as penas de suspensão de atividades por um período determinado, impedimento de desenvolver uma certa atividade econômica, multas, fechamento dos

---

<sup>134</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. **La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos (Análisis de los arts.31 bis y 129 del Código Penal)**. *Op. Cit.* p.103-105

estabelecimentos da pessoa jurídica, submetimento a vigilância do poder governamental, medida judicial de liquidação da empresa, etc.<sup>135</sup>

Nos Estados Unidos, a responsabilidade penal da pessoa jurídica se iniciou com uma decisão da Suprema Corte de 1909, a qual alterou o até então consagrado posicionamento de que a responsabilização dos entes morais seria impossível, dado o fato desses serem “invisíveis, intangíveis, seres artificiais, ou meras entidades legais”.<sup>136</sup>

A decisão da Suprema Corte refere-se a análise do caso *New York Central & Hudson River Railroad Company v United States*.

No caso referido, debatia-se a inconstitucionalidade de se punir uma pessoa jurídica, dada a justificativa de o Congresso não ter “autoridade para imputar o cometimento de um crime a uma corporação ou submetê-la a processo criminal.”<sup>137</sup>

A Suprema Corte no caso em tela acabou por decidir que a imunidade penal baseada em uma suposta falta de capacidade empresarial de cometer crimes, eliminaria o único meio de controlar as condutas corporativas. Assim sendo, a pessoa jurídica deveria ser responsabilizada pelas ações e omissões de seus funcionários e representantes, uma vez que estas tenham sido cometidas em seu favor.<sup>138</sup>

O modelo de responsabilização inaugurado pela Suprema Corte americana utilizava a *vicarious corporate liability* civilista no âmbito do Direito Penal, ou seja, o comportamento criminal e o elemento psicológico das pessoas físicas, representantes da pessoa jurídica, eram transferidas e imputados ao ente moral.<sup>139</sup>

Em um nível federal, os Estados Unidos identificam o fundamento da responsabilidade penal no âmbito da própria empresa, baseando a responsabilidade no fracasso da empresa em prevenir em seu âmbito o cometimento de delitos por seus funcionários.<sup>140</sup>

---

<sup>135</sup> RODRIGUES-DEVESA, José Maria; SERRANO GOMEZ, Alfonso. Derecho Penal Español. Valencia: Editorial Dykinson, 1993. p.393. e ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. **La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos (Análisis de los arts.31 bis y 129 del Código Penal)**. *Op. Cit.* p.104

<sup>136</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. *Op Cit*, p.37

<sup>137</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. *Op. Cit.* p.37

<sup>138</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. *Op. Cit.* p.39-40.

<sup>139</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. *Op.cit.* p.33

<sup>140</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. *Op. Cit.* p.33



Por exemplo, María Ángeles Villegas García<sup>141</sup> cita alguns delitos em nível federal que são passíveis de serem atribuídos a pessoa jurídica nos Estados Unidos: fraudes cometidas por meio de transmissões interestaduais de televisão ou rádio (*Wire Fraud Statute*, 1952); determinados tipos de golpes financeiros onde a vítima é uma instituição financeira (*Bank Fraud Statute*, 1984); crimes relacionados a gestão financeira fraudulenta (*Sarbanes Oxley Act*, 2002); certos delitos informáticos (*Counterfeit Access Device and Computer fraud and Abuse Act*, 1984); delitos que envolvem danos ao meio ambiente e que se relacionam com a contaminação da água, do ar, ou com o transporte indevido de resíduos tóxicos (*Clean Air Act and Clean Water Act*, dos anos 70); delitos relacionados com o uso de informações privilegiadas no mercado financeiro (*Securities Act*, 1933 e a *Exchange Act*, 1934), dentre outros delitos.

A corporação também será responsável quando o delito for cometido a título de dolo por um executivo de nível médio no direito norte-americano, enquanto isso, infrações cometidas em sua modalidade culposa poderão ser imputadas às empresas quando cometidas por um empregado no exercício de suas funções, mesmo que a empresa não tenha tido proveito da prática delitiva.<sup>142</sup>

A responsabilidade penal da pessoa jurídica no Reino Unido é reconhecida desde o ano de 1925, em virtude do *Criminal Justice Act*. Manuel Gómez Tomillo<sup>143</sup>, ao considerar a forte influência dos precedentes judiciais no direito anglo saxão, apontou, entretanto, que a responsabilidade de entes coletivos já era presente em tal país desde o ano de 1846, com o caso *Queen vs Great North of England Rly Co*.

A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica ressurgiu no Direito Inglês justamente como uma resposta contra os delitos omissivos e atualmente, é possível constatar que a responsabilidade penal corporativa é cada vez mais aceita no direito britânico, ampliando-se os campos onde esta é reconhecida.

A teoria da identificação, na qual se busca a culpabilidade individual para aí se transferir a responsabilidade penal para a empresa, mostrou-se insuficiente no caso concreto, a exemplo do naufrágio do *Herald of Free Enterprise*, quando morreram 188 pessoas gerando um debate sobre a possibilidade de se imputar a uma

---

<sup>141</sup> VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles. **La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de los Estados Unidos**. Navarra: Thomson Reuters/Editorial Aranzadi, 2016. p.164-167

<sup>142</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. *Op. Cit.* p.30

<sup>143</sup> BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valência. *Op. Cit.* p.21.

pessoa jurídica um crime de homicídio. Possibilidade que restou confirmada com a promulgação em 2007 do *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act*.<sup>144</sup>

### 2.2.2 Modelos de Heterorresponsabilidade e Autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica.

Os modelos de responsabilização do ente coletivo são divididos em dois grupos, conforme Alfonso Galán Muñoz<sup>145</sup>: a responsabilidade por empréstimo ou atribuição, denominada heterorresponsabilidade, e a segunda que busca a responsabilização do ente coletivo por um fato que lhe é próprio, significando, portanto, uma fórmula a de autorresponsabilidade<sup>146</sup>.

Ambos os modelos são ideais, sendo impossível conceber um sistema puro de heterorresponsabilidade ou de autorresponsabilidade atualmente. No caso concreto, podemos analisar as legislações dos diversos países que adotaram a responsabilidade penal da pessoa jurídica, por meio da incorporação de dispositivos legais e percebermos a adoção de aspectos presentes em cada um desses modelos. É uma análise que busca identificar com qual modelo mais se aproxima um determinado sistema de responsabilidade penal da pessoa jurídica.

No modelo de heterorresponsabilidade, a responsabilização penal da pessoa jurídica ocorrerá por uma mera transferência à empresa da responsabilidade penal da pessoa física originada por um delito que ela tenha cometido. Exige-se ainda que essa pessoa física esteja situada em um específico nível hierárquico. A pessoa jurídica é responsabilizada a título de transferência, já que se atribui ao ente coletivo a responsabilidade da pessoa física que atua como órgão empresarial.<sup>147</sup>

Os modelos de heterorresponsabilidade foram os primeiros a surgir como resposta dogmática para justificar a responsabilização penal da pessoa jurídica. Pelo fato de tais modelos terem sido pioneiros na resposta penal à criminalidade da pessoa jurídica, a construção dogmática é menos complexa no que se refere à identifi-

---

<sup>144</sup> BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. *Op. cit* p.25.

<sup>145</sup> GALÁN MUÑOZ. Alfonso. 'La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetera y la autoresponsabilidad'. *In: Revista General de Derecho Penal. Barcelona*, n.16, 2011, p.7.

<sup>146</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. *Op. Cit.* p.103.

<sup>147</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**, *Op. Cit.* p.103.

cação de um nível de autonomia da pessoa moral. Em tal modelo, a responsabilidade da pessoa jurídica é vista como uma extensão da responsabilidade das pessoas físicas integrantes de seus órgãos.

A questão central dos modelos de heterorresponsabilidade gira em torno do fato de não se objetivar uma responsabilidade diferente para a pessoa jurídica do que aquela atribuída a pessoa física. A pessoa jurídica toma emprestado o corpo da pessoa natural e, por meio dele, assume todos os seus elementos físicos e psicológicos.<sup>148</sup> Logo, pressupõe-se uma incapacidade de ação própria da empresa, essa identificada com o indivíduo apenas para a sua responsabilização.

Enquanto isso, a autorresponsabilidade resultou de uma gradativa evolução das formas de heterorresponsabilidade, havendo uma ligação lógica entre elas. Carlos Gómez- Jara Díez<sup>149</sup> observa que as primeiras tentativas de responsabilização da pessoa jurídica continham fortes características de heterorresponsabilidade, tendo um especial enfoque nas pessoas físicas que atuavam em nome da empresa, para então atribuir a responsabilidade por ricochete, a exemplo do sistema de responsabilização francês antes de 2005.

No modelo de autorresponsabilidade, a responsabilização deriva da própria pessoa jurídica. A legitimidade da imputação do delito à pessoa jurídica encontra-se nela mesma.<sup>150</sup> Isso decorre do fato da conduta ser concebida como própria da pessoa jurídica, ou seja, de modo autônomo. As ações que penalmente são relevantes são originárias do ente coletivo, não havendo nenhuma base em ações de pessoas físicas. Assim, caracterizando-se, conforme Carlos Gómez- Jara Díez<sup>151</sup>, em um modelo próprio de responsabilidade e correspondendo aos padrões modernos do Direito Penal.

A autorresponsabilidade, apesar de se basear na atuação de pessoas físicas, fundamenta-se na essência da própria organização, dando a esse modelo de

---

<sup>148</sup> PRADEL, Jean. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Trad. José Hurtado Pozo. *In*: HURTADO POZO, José; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; SIMONS VALLEJO, Rafael. **La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.p.140.

<sup>149</sup> GÓMEZ – JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Madrid: Marcial Pons, 2005. p.140.

<sup>150</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. **Crimes de pessoas jurídicas? A propósito da lei austríaca sobre a responsabilidade dos agrupamentos pela prática de crimes**. Trad. Manuel José Miranda Pedro. Lusíada, Lisboa: Universidade de Lisboa, série II, n. 4-5, 2007.p.463-464.

<sup>151</sup> DÍEZ, Carlos Gómez- Jara. Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial - Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. *In*: **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. N. 8, 2006.

imputação um verniz autônomo, uma vez que as condutas realizadas são consideradas como tendo sido cometidas pela própria pessoa jurídica, sem a necessidade de um atuar humano por detrás delas.

Historicamente, é possível perceber uma tendência de proliferação dos modelos de autorresponsabilidade, os quais buscam procurar um conceito de culpabilidade centrado na identidade da empresa e nas suas peculiaridades, capaz portando de suportar um juízo de reprovação.<sup>152</sup>

A seguir são trazidas as principais deficiências referentes às propostas de heterorresponsabilidade e autorresponsabilidade da pessoa jurídica.

### 2.2.3 Problemas dogmáticos dos modelos de responsabilidade por empréstimo (Modelos de Heterorresponsabilidade)

Para que se possam ser apresentados os principais problemas dogmáticos dos modelos de heterorresponsabilidade, faz-se necessário uma análise prévia de dois de seus modelos, de modo a exemplificar tais problemas dogmáticos. Por esse motivo, de forma breve, analisa-se a seguir o modelo vicariante e o modelo de responsabilidade por identificação.

#### 2.2.3.1 Modelo de responsabilidade vicarial

A partir da doutrina do chamado “*respondeat superior*”<sup>153</sup>, evoluíram os modelos de heterorresponsabilidade por empréstimo, ou também como são conhecidos, modelos vicariantes ou de transferência de responsabilidade. Nesse modelo, a pessoa jurídica passa a ser responsável pelos atos praticados pelos seus empregados.<sup>154</sup> Portanto, a atuação de uma pessoa física é *conditio sine qua non* para que haja a responsabilidade penal do ente coletivo no modelo vicariante.

---

<sup>152</sup> GÓMEZ - JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. *Op. Cit.* p.140.

<sup>153</sup> **Nota:** María Ángeles Villegas García conceitua a doutrina do “*respondeat superior*” como sendo uma relação fiduciária que surge quando uma organização (principal) consente que uma outra organização que está sob o seu controle (agente), atue em seu nome por representação. Para a caracterização do “*respondeat superior*” é necessário que se estabeleça um mútuo acordo entre as partes, que o agente atue em nome do principal e que o agente seja controlado pelo principal. **Ver em:** VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles. **La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de los Estados Unidos**. *Op. Cit.* p.169

<sup>154</sup> BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. *Op.cit* p.81

No modelo vicariante, a responsabilidade penal da pessoa física muda, ou seja, “vicaria” para a pessoa jurídica. Por esse motivo, dizemos que a responsabilidade penal atribuída ao ente coletivo não é advinda dele próprio.

Conforme Maria Ángeles Villegas García<sup>155</sup>, os Estados Unidos adotaram majoritariamente o modelo de responsabilidade vicarial, segundo o qual, as pessoas jurídicas são penalmente responsáveis pelos delitos cometidos por qualquer um de seus representantes ou empregados, desde que os delitos tenham sido cometidos no exercício de uma função que desempenhavam na empresa e com o intuito de beneficiá-la.

Houve uma transferência das bases da doutrina civil do *respondeat superior* para o âmbito penal, permitindo a responsabilização penal das pessoas jurídicas. Esse modelo se consagrou no sistema jurídico norte-americano com o caso New York Central & Hudson River Railroad vs United States, caso já mencionado anteriormente no presente trabalho.

O modelo francês<sup>156</sup>, apresentado anteriormente, também representava um exemplo de um sistema de responsabilidade vicarial até o ano de 2005. Como já dito, naquele sistema se responsabilizava a empresa por ricochete, de modo que é a pessoa física que comete o delito, por isso devem ser analisados os elementos subjetivos da ação como dolo e culpa.

Os modelos de heterorresponsabilidade costumam apresentar três requisitos essenciais para a imputação da responsabilidade penal. O primeiro requisito é atinente ao autor da infração penal, que deve um empregado da pessoa jurídica no exercício das suas funções. O segundo requisito impõe que a conduta praticada pela pessoa física tenha sido realizada com intenção de beneficiar a pessoa moral.<sup>157</sup>

Em conformidade com tais requisitos, este o ponto de vista de Klaus Tiedemann<sup>158</sup>, para quem a responsabilidade vicariante forja um conceito adaptado para a admissão da responsabilidade penal sem culpa ou sem a necessidade de demonstrar a culpa. Entende-se que o agente não é nada mais que um braço da pessoa ju-

---

<sup>155</sup> VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles. **La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de los Estados Unidos.** *Op. Cit.* p.173-174

<sup>156</sup> PRADEL, Jean. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas.** *Op. Cit.* p.147.

<sup>157</sup> BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas.** *Op. Cit.* p.82

<sup>158</sup> BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas.** *Op. Cit.* p.83

rídica, cuja responsabilidade penal não é pessoal e sim baseada na ideia de transferência da imputação. A pessoa jurídica atua em uma posição principal, ao passo que os seus empregados se configuram como agentes.

A principal crítica que existe ao modelo vicariante reside exatamente na tentativa de conceber o conceito de atuação em proveito da pessoa jurídica como equivalente funcional à dimensão subjetiva do delito imputável às pessoas físicas.

Essa forma de fundamentar a transferência dos elementos subjetivos da conduta criminosa da pessoa física para a pessoa jurídica é criticável de acordo com Silva Sánchez<sup>159</sup>, uma vez que o déficit de subjetividade inerente à empresa não pode ser compensado simplesmente pela falta de finalidade última da ação do indivíduo, ou seja, o atuar em proveito da pessoa jurídica.

Desse modo, o modelo vicariante acabaria por resultar em uma responsabilização objetiva. Tal posicionamento é compartilhado por diversos autores como Adán Nieto Martín<sup>160</sup>, para quem comportamento da pessoa física é objetivamente imputado à empresa “sem possibilidade de que essa se defenda alegando, por exemplo, que fez todo o possível para impedir a infração”.

### 2.2.3.2 Modelo de Responsabilidade por Identificação

Juntamente com o modelo vicariante, outro notável modelo de heteroresponsabilidade penal da pessoa jurídica é o chamado modelo de responsabilidade por identificação

Nesse modelo, a responsabilidade da pessoa coletiva advém da transferência de responsabilidade da pessoa física, que atua como um órgão da pessoa jurídica. Se essa pessoa física representa a pessoa jurídica e comete um delito, considera-se que a própria pessoa jurídica também cometeu esse mesmo delito.<sup>161</sup>

O modelo de responsabilidade por identificação é uma fórmula de atribuição de responsabilidade em que se atribui responsabilidade penal à pessoa jurídica por meio de uma relação de identificação entre ela e as pessoas físicas que atuam nela

---

<sup>159</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús- Maria. La responsabilidad de las personas jurídicas en derecho español. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria; Montaner FERNÁNDEZ, Raquel. **Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier, 2013.p.25

<sup>160</sup> NIETO MARTÍN, Adán. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo**. Op. Cit. p.88-89.

<sup>161</sup> BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Op. Cit. p.84

como órgãos em seu nome e em defesa dos seus interesses.<sup>162</sup> Neste, o ente coletivo possui uma mente produtora do conteúdo da sua vontade e apenas a responsabilidade referente às condutas das pessoas que ocupam os órgãos administrativos poderá ser transferida às pessoas jurídicas. Exclusivamente os dirigentes de alto escalão são formadores dessa vontade empresarial, já que os funcionários são somente membros executores de suas ordens.

Por esse modelo, restringe-se o número de pessoas físicas que são capazes de transferir a sua responsabilidade para a pessoa jurídica. Como dito, a pessoa jurídica é considerada culpada por meio da identificação com o ser humano que dirige a sua vontade.<sup>163</sup>

Günther Heine<sup>164</sup> destaca que o modelo de responsabilidade por identificação busca imputar as pessoas jurídicas por ações praticadas por seus órgãos administrativos, porém critica o fato de que tal modelo apenas poderia servir no âmbito das pequenas empresas, uma vez que somente nessas seria possível encontrar uma estrutura hierárquica linear, ou seja, onde haveria apenas um único órgão administrativo responsável pelo controle organizacional.

Essa exigência entra em conflito direto com o contexto de macrocriminalidade globalizada no qual o Direito Penal está inserido. Nesse contexto, surgem formas cada vez mais modernas e complexas de organizações empresariais. Por exemplo, no âmbito das multinacionais é comum que existam organizações com divisões de tarefas e ordens hierárquicas que acabam por dificultar a identificação da fonte concreta das decisões e, por consequente, a responsabilidade da pessoa física, para então estabelecer uma culpabilidade individual que será transmitida a pessoa jurídica.

Analisados os modelos vicarial e de identificação, restam-se algumas críticas adicionais que merecem ser pontuadas.

Primeiramente, tanto na hipótese de responsabilidade vicariante, como no modelo de responsabilidade por identificação, não se procura encontrar um elemen-

---

<sup>162</sup> BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. *Op. Cit.* p.84

<sup>163</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. *Op. Cit.* p.114.

<sup>164</sup> BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. *Op. Cit.* p.85

to que pudesse apresentar um injusto próprio da pessoa jurídica. São responsabilidades por fatos de terceiros que lhe são imputados.

Os dois modelos apresentam os mesmos problemas, sobretudo no que tange à necessidade ou não de se identificar a pessoa física que age para que possa ser feita a transferência de responsabilidade ao ente coletivo.

E aqui reside uma das principais críticas aos modelos de heterorresponsabilidade: o caráter objetivo da responsabilização penal promovida por eles.

Santiago Mir Puig<sup>165</sup> afirma que os modelos de heterorresponsabilidade não são formas propriamente de imputação de responsabilidade penal às pessoas jurídicas, mas mecanismos destinados a permitir que sejam punidas em razão de delitos cometidos por pessoas físicas. Na opinião do autor, as pessoas jurídicas são criminalizadas por delitos de outros, desde que cometidos por seus agentes. Assim havendo uma clara separação entre o agente infrator e o agente sancionado. Portanto, estaríamos diante de uma responsabilidade sem culpabilidade das pessoas jurídicas e, por consequente, de uma responsabilidade objetiva.

Outra dificuldade apresentada reside no fato de se determinar quem poderá ou não atuar em nome da empresa. Um presidente de uma grande companhia poderá ter a responsabilidade de sua conduta transferida à pessoa jurídica, uma vez que representaria um ato da mente e vontade empresariais. Entretanto, no caso concreto, restam dúvidas se a pessoa jurídica poderá ser responsabilizada pela conduta exclusiva de algum empregado que não esteja em uma posição de comando.

Um dos problemas centrais dos modelos de heterorresponsabilidade reside na dificuldade que esses modelos possuem em atribuição de responsabilidade penal à pessoa jurídica por decorrência de condutas cometidas por pessoas físicas em níveis subalternos na hierarquia de comando.

Críticas adicionais presentes na doutrina aos modelos de heterorresponsabilidade são: a dependência desses modelos de sempre necessitarem a identificação da pessoa física atuante para a imputação da responsabilidade penal, a insuficiência de tais modelos para fundamentar a transferência de responsabilidade à pessoa jurídica em situações em que a pessoa física atua de modo não culpável e dificuldade

---

<sup>165</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. *Op. Cit.* p.117.



de atribuir à empresa a responsabilidade por condutas cometidas por agentes localizados em escalões inferiores.<sup>166</sup>

Atualmente, os modelos de heterorresponsabilidade estão sendo substituídos, tanto nos ordenamentos jurídicos como nas doutrinas, pelos modelos de autorresponsabilidade. Tais modelos apresentam-se como muito mais favoráveis para o desenvolvimento de um conceito de injusto e de culpabilidade próprios para as pessoas jurídicas, muito embora apresentem problemas marcantes que os levam a não serem autênticos modelos de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica.

#### 2.2.4 Problemas dogmáticos das propostas de responsabilidade penal direta da pessoa jurídica (Modelos de Autorresponsabilidade)

Com a finalidade de analisar os problemas dogmáticos atinentes aos modelos de autorresponsabilidade, em especial as razões que os levaram a não serem autênticos modelos de autorresponsabilidade, é necessário analisar alguns exemplos deste modelo de modo que seja possível identificar as suas principais falhas.

É preciso lembrar que as propostas de modelos de autorresponsabilidade surgiram com a intenção de superar as dificuldades encontradas pelos modelos de heterorresponsabilidade, como por exemplo, a necessidade de atribuir responsabilidade à empresa pelas ações cometidas por subalternos e outras necessidades advindas dos casos práticos, que não eram solucionadas de forma satisfatória pelos modelos vicariantes.

Entretanto, esses modelos de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica falharam ao não se desvincularem de conceitos ontológicos na análise da conduta da pessoa jurídica, ao não lhe atribuírem uma conduta que fosse própria dela.

##### 2.2.4.1 Modelo do Ato de Conexão

O modelo do ato de conexão é considerado o primeiro a superar a ideia de imputar responsabilidade penal à pessoa jurídica por ricochete. Pela primeira vez, surge com esse modelo a responsabilização por um fundamento de responsabilidade

---

<sup>166</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. *Op. Cit.* p.119.

de penal encontrada no âmbito da própria pessoa jurídica, não dependendo apenas da prática de um delito por algum de seus integrantes.<sup>167</sup>

Com esse modelo, na lição de José Miguel Zugaldía Espinar<sup>168</sup>, procura-se um fator adicional que faça com que “uma ação realizada por uma pessoa física (ato de referência) possa ser considerada juridicamente como própria da pessoa moral”

Em tal modelo, a ação humana é vista sob um enfoque social, de forma a significar uma ocorrência derivada da própria atividade empresarial, de sua conformação interna, de sua estrutura organizacional, dentre outros, é imputado à empresa um delito que possa ser verdadeiramente entendido como seu.

No caso da responsabilidade por ato de conexão, há uma inovação com relação aos modelos de heterorresponsabilidade, busca-se delimitar o delito de modo que esse seja atribuível à pessoa jurídica como injusto próprio. Desse modo, não é mais necessário identificar o sujeito físico atuante.

Ao contrário dos modelos de heterorresponsabilidade, quando o que se fazia era simplesmente transferir o injusto e a culpabilidade para a pessoa jurídica, sendo, quase sempre, imprescindível a persecução penal da pessoa física para que houvesse a persecução penal da pessoa jurídica. Com o modelo do Ato de Conexão, nas palavras de Silvina Bagacilupo<sup>169</sup>: “A ação ou omissão de uma ou várias pessoas físicas continuam existindo como ato de conexão ainda que tais indivíduos não tenham sido identificados”

O modelo do ato de conexão exige alguns requisitos para a imposição de responsabilidade penal à pessoa jurídica. Primeiramente, obriga-se que haja uma conduta criminosa humana que viole as obrigações e deveres da empresa no exercício de suas atividades sociais, depois é requisito obrigatório que esta mesma conduta criminosa tenha sido realizada por alguém com atribuição para isso, por último, exige-se que o delito tenha sido praticado em prol da pessoa jurídica.

Contudo, em contraste com os modelos de heterorresponsabilidade, somente esses pressupostos não bastam. É exigido aquele “fator adicional” mencionado

---

<sup>167</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. **La Responsabilidad penal de empresas, funciones y asociaciones: presupuestos sustantivos y procesales**. Valência: Tirant Lo Blanch, 2008.p.350.

<sup>168</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. **La Responsabilidad penal de empresas, funciones y asociaciones: presupuestos sustantivos y procesales**. Valência: Tirant Lo Blanch, 2008.p.350.

<sup>169</sup> BAGACILUPO, Silvina. El Modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos. In: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca (Coord.). **Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas**. Pamplona: Aranzandi, 2013. p.81.

por Zugaldía Espinar: um elemento de valoração (normativo) capaz de conferir uma reprovação intrínseca à pessoa jurídica e que fundamente a sua responsabilização. A conduta humana deixa de ser a condição suficiente para a responsabilização da penal para se tornar apenas um pressuposto necessário.

A conduta da pessoa física passa a ocorrer como consequência de a empresa ter violado o seu dever de adotar medidas de precaução da criminalidade destinadas a garantir o exercício de sua atividade em plena conformidade com o ordenamento jurídico. Portanto, temos aqui um foco de desvalor que é exclusivo da pessoa jurídica, derivando da atividade empresarial que não observa os requisitos para a minimização de riscos delitivos e códigos de éticas empresariais, não se relacionando imediatamente e intrinsecamente com o atuar humano<sup>170</sup>.

A imputação penal da pessoa jurídica passa a estar centrada na inobservância empresarial em relação à adoção e à efetivação das medidas preventivas e de controle condizentes com a sua atividade. Um aspecto claramente exclusivo da pessoa jurídica pertencente ao seu modo de estruturação interno. Na lição do professor José Miguel Zugaldía Espinar<sup>171</sup>:

Para que uma pessoa jurídica responda criminalmente, é necessário que a ação realizada por uma pessoa física (ato de referência/conexão) possa ser considerada legalmente como realizada pela própria pessoa jurídica. A ação deve aparecer no contexto social, deve ser visualizada socialmente, como obra da pessoa coletiva, porque somente se legitimar (só assim tem sentido preventivo) a imposição de uma penalidade à pessoa coletiva (privação ou restrição de bens jurídicos que se impõe a quem cometeu o delito). A existência de um fato de referência, de que o ato de referência viola as

---

<sup>170</sup> ESPINAR, José Miguel Zugaldía (Org.). **Fundamentos de derecho penal: parte general**. 4.ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.p.582.

<sup>171</sup> **Tradução livre do original:** “Para que una persona jurídica pueda responder criminalmente es necesario que la acción realizada por una persona física (hecho de referencia) pueda ser considerada jurídicamente como propia de la persona jurídica. La acción debe aparecer en el contexto social, debe visualizarse socialmente, como obra de la persona jurídica, pues solo así si legitima (solo así tiene sentido preventivo) la imposición de una pena a la persona jurídica (privación o restricción de bienes jurídicos que se pone a cargo del Infractor de la norma). Son requisitos para que esto ocurra (criterios normativos de imputación de la acción como ilícita) la existencia de um hecho de referencia, que el hecho de referencia vulnere obligaciones y deberes de la persona jurídica em el ejercicio de las actividades sociales (giro de la empresa), que el hecho se haya realizado por personas competentes com capacidad de decisión dentro de la persona jurídica (directivos) o por miembros de la misma que dependan de ellos (trabajadores) y que se haya actuado por cuenta e provecho de la persona jurídica. La imputación del hecho ilícito como culpabilidad se produce cuando el mismo se lleva a cabo como consecuencia de haberse omitido la adopción de alguna de las medidas de precaución y del control (defecto de organización) que eran exigibles para garantizar el desarrollo legal (y no delictivo) de la actividad de la empresa. Si trata de que nadie há prestado la debida y razonable diligência, conforme a las circunstancias del caso, para aplicar las medidas técnicas, organizativas y personales fundamentales para impedir los hechos. **Ver em:** ESPINAR, José Miguel Zugaldía. **La responsabilidad penal de empresas, funciones y asociaciones: presupuestos sustantivos y procesales**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008.p.350-351.

obrigações e deveres da pessoa coletiva no exercício de atividades sociais (atividades comerciais) são requisitos para que isso ocorra (critérios normativos para imputação da ação como ilegal), que o ato foi realizado por pessoas competentes com capacidade de decisão na pessoa jurídica (gerentes) ou por membros da empresa que deles dependem (trabalhadores) e que agiram em nome e benefício da pessoa coletiva. A imputação do ato ilícito como culpa ocorre quando é realizada por ter omitido a adoção de qualquer das medidas de precaução e controle (defeito organizacional) necessárias para garantir o desenvolvimento legal (e não criminal) da atividade da empresa. É o caso de quando ninguém tenha tomado as devidas cautelas e diligências, de acordo com as circunstâncias do caso, e aplicado as medidas técnicas, organizacionais e pessoais fundamentais para evitar o cometimento de delitos ”.

Existem críticas ao modelo do Ato de Conexão que merecem ser analisadas brevemente. Primeiramente, critica-se a dependência que ainda possui do ato de conexão para a responsabilização penal da pessoa jurídica, retornando em seu limiar ao ato empréstimo por ato de outrem.

Klaus Tiedemann<sup>172</sup> apresenta uma resposta a essa crítica sustentando que essa situação se assemelha aos crimes comissivos por omissão. Em seu ponto de vista, a existência de uma violação de um dever empresarial, sob uma ótica socio normativa, permite a imputação da responsabilidade penal à pessoa jurídica. É a violação de um dever imposto à empresa ou decorrente do exercício de suas atividades normais.

Seguindo esse condão lógico, a autora espanhola Ana Isabel Pérez Machio<sup>173</sup> afirma que no modelo de responsabilidade penal pelo Ato de Conexão é imputada a responsabilidade penal na empresa por esta ter descumprido suas obrigações de autorregulação, criando, portanto, um risco proibido. A empresa assume um papel de garantia em relação aos bens jurídicos que podem vir a ser afetados por suas atividades. Desse modo, a posição de garante da empresa está quando essa atua com “inobservância das obrigações de autorregulação que põem em perigo determinados bens jurídicos como consequência da atividade empresarial”

A segunda crítica questiona a forma de se aferir essa falha ou defeito de organização. Muito embora Tiedermann tenha argumentado que a ocorrência do ato de conexão é fruto da culpabilidade organizacional, isso levaria à conclusão de que, se não houvesse falha na organização da pessoa jurídica, o delito não teria ocorrido.

---

<sup>172</sup> GÓMEZ - JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. *Op. Cit.* p.152

<sup>173</sup> PERÉZ MACHÍO, Ana Isabel. Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. *In: DE LA CUESTA ARZAMENTI, José Luis (Dir.); DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. (Coord.). Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Pamplona: Aranzandi, 2013. p. 36-37.

Porém, seguindo este raciocínio, cair-se-ia em um problema dogmático, pois caso a empresa não pudesse fugir a imputação penal, alegando, mediante prova, que possuía uma organização suficiente, resultar-se-ia em uma responsabilidade objetiva.

Outro problema decorrente de se imputar a empresa penalmente por um defeito de organização é que se torna extremamente difícil identificar quais seriam as condutas que poderiam ser consideradas como praticadas pelos órgãos administrativos da empresa e na determinação da responsabilidade de uma grande organização, pois qualquer trabalhador que cometesse um delito poderia dar azo a responsabilidade penal da empresa na medida em que o delito poderia ter sido evitado caso a empresa tivesse escolhido alguém melhor para aquela função ou exercido um controle mais efetivo.<sup>174</sup>

Como destaca Paulo Busato<sup>175</sup>, os modelos de imputação por identificação somente funcionariam de maneira aceitável em pequenas empresas, já que estas geralmente têm uma estrutura hierárquica linear, com um único órgão de controle administrativo organizando as atividades empresariais.

Ao que parece, a falha de organização se aparenta com um argumento retórico-dogmático distante da realidade fática e impossível de aferição real. Muito embora o fundamento teórico seja a referida falha de organização, o fundamento real permanece sendo a atribuição da conduta delitiva praticada.

Bernardo Feijóo Sánchez<sup>176</sup> apresenta um dos intentos que surgiram para tentar sanar a noção de presunção absoluta quanto ao defeito de organização:

De acordo com esse modelo do 'fato de referência' ou do 'ato de conexão' com a estrutura ou organização da empresa, cometido o delito ou violado o dever de cuidado por parte de uma pessoa física, e desde que os critérios de conexão deixem em evidência que se trata de uma atuação realizada no âmbito da atividade empresarial, o crime da pessoa física é imputado à pessoa jurídica, a menos que seja encontrada uma organização correta (para a prevenção da conduta delitiva)".

---

<sup>174</sup> BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Op.cit p.84

<sup>175</sup> BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Op.cit p.84

<sup>176</sup> Tradução livre do original: "Según este modelo del 'hecho de referencia' o del 'hecho de conexión' com la estructura empresarial u organización, ha cometido el delito o Infringido el deber del control por una persona física y, siempre que se den los criterios de conexión que dejan en evidencia que se trata de una actuación em el marco de la actividad empresarial, el delito de la persona física se imputa a la persona jurídica salvo que se constate una organización correcta" **Ver em:** FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal español. *In:* BAJO FERNANDES, Miguel; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ- JARA DÍEZ, Carlos. **Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Pamplona: Aranzandi, 2012. p.74-75.

Haverá a responsabilidade penal da pessoa jurídica quando a conduta criminosa for realizada por uma pessoa com poderes dentro da estrutura empresarial, violando deveres e obrigações atinentes à atividade empresarial, tendo por objetivo o benefício da pessoa jurídica, sem a demonstração de uma correta organização desta.

Tendo isso por base, pode-se concluir que a incoerência da conduta criminosa pela empresa se tornaria totalmente dependente da demonstração por parte da pessoa jurídica, esta adotou efetivamente todas as medidas que lhe eram possíveis para evitar a conduta delituosa. Portanto, tratar-se-ia de uma presunção relativa que desde que não se prove o contrário, a “atuação defeituosa individual representa uma organização defeituosa do coletivo”.<sup>177</sup>

O modelo do ato de conexão representa uma evolução em relação aos modelos que lhe antecederam, ao atribuir a delinquência da pessoa física à pessoa jurídica por esta ter se olvidado de seus deveres de fiscalização, prevenção e controle. Porém, falta-lhe um desenvolvimento mais aprofundado acerca da conduta criminosa praticada pela pessoa jurídica em si. Não se desen volveu aqui um modelo que considerasse a pessoa jurídica capaz de uma ação. Feijóo Sánchez <sup>178</sup> crítica que a autonomia organizacional da pessoa jurídica se restringe à mera ferramenta apta à eventual exclusão de culpabilidade ou redução de pena.

Nesse sentido, a autonomia organizacional se reveste como um requisito negativo, pois ela se assume como regra e, uma vez observadas as demais condições, é transferida a responsabilidade da pessoa física para a pessoa jurídica. Em resumo, o injusto da pessoa jurídica fica próximo daquele atribuído à pessoa física e a sua culpabilidade (defeito de organização) resta-se presumida.

#### 2.2.4.2 A PROPOSTA DA TEORIA DA AÇÃO INSTITUCIONAL

O professor argentino David Baigún propôs um sistema de dupla imputação como solução para a responsabilidade penal da pessoa jurídica em que coexistem

---

<sup>177</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. "La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal". *Op. Cit.* p.58-59.

<sup>178</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. "La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal". *Op. Cit.* p.59.

duas vias de atribuição da responsabilidade: uma dirigida à pessoa jurídica, enquanto unidade autônoma, e a imputação tradicional às pessoas físicas.

Em sua leitura, Baigún<sup>179</sup> vê a empresa como um ente distinto da somatória de todos os indivíduos que a integram, ou seja, um ente independente que possui suas próprias características. Por esse motivo, a ação institucional seria o produto de um fenômeno no qual atuam os elementos anímicos de cada um dos membros da coletividade e também “o interesse como uma objetividade qualitativamente diferente do interesse de cada um dos indivíduos”

Conforme o modelo da Ação Institucional<sup>180</sup>, para que se caracterize a conduta da pessoa jurídica são necessários três requisitos: organização, regulação normativa, e interesse econômico. A organização é interpretada como um elemento independente da regulação normativa, dada a importância do exame de regulação no momento em que se atribui um delito à empresa. Para existir a organização, tornam-se necessários: uma coletividade humana de certa magnitude, um conjunto de fins racionais, um sistema de comunicação institucionalizado, um sistema de poder e um nível de conflito interno.

A coletividade humana é um elemento comum e necessário às pessoas jurídicas, sendo determinada pela regulação normativa e servindo de parâmetro para análise dos fins da corporação. Na sequência, tem-se o elemento referente aos fins racionais, ou estatutários, que se encontram no ato constitutivo da pessoa jurídica ou contratos que essa celebra. Contudo, tais fins são diametralmente diferentes dos fins reais da empresa, que são uma constatação da existência de organização, que somado ao lucro pode desviar a pessoa jurídica de seus fins estatutários.

Os fins estatutários somente são atingidos por meio de um processo de comunicação. A pessoa jurídica, enquanto um conjunto de pessoas e atividades, requer para o seu funcionamento de uma fonte, isto é, de alguém que transmita a informação, de uma mensagem, que exhibe a finalidade da fonte, de um código ou linguagem e de um receptor.

Interessante notar aqui uma semelhança entre esse modelo proposto e aquilo que é dito pela ação significativa, marco teórico do presente trabalho. Um dos

---

<sup>179</sup> BAIGÚN, David. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)**. Buenos Aires: Depalma, 2000.p.38.

<sup>180</sup> BAIGÚN, David. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)**. *Op. Cit* .p. 44.

pressupostos para a existência da ação institucional é um processo de comunicação, que pela filosofia da linguagem considera-se como aquilo que expressa sentido, significado.<sup>181</sup> Desse modo, a conduta da empresa consiste em uma expressão de sentido, uma ação institucional.

A organização também necessita de um sistema de poder que permita a um indivíduo ou grupo de indivíduos ter ingerência sobre outros grupos de indivíduos com o objetivo de obter algo deles. São as relações de poder tradicionalmente existentes no seio da organização empresarial.<sup>182</sup> O sistema de poder pressupõe também elementos como controle e aplicação de regras entre os integrantes da coletividade, participação, dentre outros, a fim de que se verifique um conjunto efetivamente organizado.

Dentro desse plano organizacional, há também a colisão dos mais diversos interesses entre grupos e indivíduos, que pode vir a determinar, em última instância, a decisão final tomada pela pessoa jurídica. Nas palavras de David Baigún<sup>183</sup>, esse conflito entre interesses tem o condão de repercutir sobre “um curso de ação distinto do esperado”

Na sequência, requer-se a existência de regulação normativa, que diz respeito às normas que estabelecem como devem ser tomadas as decisões dentro das pessoas jurídicas, sua constituição, a composição de seus órgãos e como deverão se desenvolver suas atividades. A regulação pode ter um aspecto tanto interno que visa a administração, como externo, em que se torna visível a vontade social. Analisa-se a regulação normativa com base no ordenamento jurídico, no qual a pessoa jurídica foi constituída, de maneira que seu ato constitutivo e todas as normas referentes ao seu funcionamento devem estar em consonância com as leis pátrias.

Por último, há o interesse econômico, que pode ser entendido como ganância ou benefício, encontrando-se diretamente ligado ao processo de acumulação do capital. É cristalino no comportamento das grandes empresas esse comportamento, que têm a acumulação do capital como um de seus principais objetivos e que tendem a orientar suas decisões visando escolher aquela que proporcione maiores ga-

---

<sup>181</sup> BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo**. *Op. Cit.* p.196-199.

<sup>182</sup> BAIGÚN, David. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)**. *Op. Cit.* p. 47.

<sup>183</sup> BAIGÚN, David. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)**. *Op. Cit.* p. 49.



nhos.<sup>184</sup> O interesse econômico consiste em algo que é desejado pelos indivíduos e esse deve se conformar a um conjunto próprio de leis às quais se sujeitam os membros integrantes da pessoa jurídica.<sup>185</sup>

Analisando os três aspectos necessários à configuração da ação institucional, organização, regulação normativa e interesse econômico, percebe-se que é possível reconhecer a empresa como uma entidade autônoma. Desse modo, a ação institucional se torna o produto da decisão dos órgãos do ente coletivo inserida no âmbito dos regulamentos estatutários. A decisão ocorre a partir do funcionamento de uma organização que atua visando o interesse econômico.

Muito embora pretenda-se afirmar que a ação institucional seja um modelo de autorresponsabilidade por construir uma categoria da ação destinada à atuação da pessoa jurídica de modo autônomo dos seus membros, em realidade ela comete um grave erro ao lidar com um duplo sistema de imputação: um destinado à pessoa jurídica e outro destinado à pessoa física.

A conclusão a que chegamos é que nenhum modelo que se chama de “modelo de autorresponsabilidade” de fato responsabiliza a empresa por uma ação criminosa que ela própria tenha cometido. Necessitando então que adotemos um novo marco teórico e permita atribuir a uma pessoa jurídica uma conduta criminosa que ela própria tenha cometido.

#### 2.4. EXIGÊNCIAS TEÓRICAS PARA UM VERDADEIRO MODELO DE AUTORRESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Uma vez analisadas as insuficiências dos atuais modelos de responsabilização penal da pessoa jurídica com um sistema autêntico de responsabilidade penal da pessoa jurídica, resta demonstrar quais são os requisitos para um autêntico modelo de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica. Quais são as exigências de um autêntico modelo de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica?

De acordo com Paulo Busato<sup>186</sup>, um sistema de autorresponsabilidade só pode ser chamado assim se a imputação da pessoa jurídica se dá de forma comple-

---

<sup>184</sup> BAIGÚN, David. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)**. *Op. Cit.* p. 54.

<sup>185</sup> BAIGÚN, David. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)**. *Op. Cit.* p. 54.

tamente independente da imputação atribuída à pessoa física, isto é, a atribuição da responsabilidade se dá por um delito que ela mesma tenha cometido.

Um modelo verdadeiro de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica deve permitir a individualização e responsabilização da pessoa física por qualquer delito que ela venha a praticar. Além disso, esse modelo não pode representar um impedimento para um eventual concurso de pessoas entre a pessoa física e a pessoa jurídica.<sup>187</sup>

Outro requisito primordial é o respeito a um princípio básico do Direito Penal: que a responsabilidade penal seja atribuída a quem cometeu um delito na medida de sua culpa. Ou seja, para haver uma autêntica responsabilidade penal da pessoa jurídica, ela deve responder sobre um resultado que tenha origem na conduta dela própria. Em outras palavras, a pessoa jurídica deve cometer um crime de forma autônoma, sendo perceptível um desvalor de ação e um desvalor de resultado em sua conduta.<sup>188</sup>

E é nesse ponto que são observadas as deficiências dos modelos de autorresponsabilidade até então propostos. Uma deficiência grave se apresenta no chamado modelo do “ato de conexão” que, conforme explicado anteriormente, refere-se ao atuar da pessoa física dentro de circunstâncias em que a pessoa jurídica falha com seus deveres de organização, gerando um risco proibido que propicia a prática de condutas delitivas. A esse requisito são adicionados outros como, por exemplo, a pessoa física ter agido em nome da pessoa jurídica e a prática ter ocorrido em conformidade com a pessoa jurídica.

O ato de conexão se torna uma mera transposição da responsabilidade da pessoa física para a pessoa jurídica, ao passo que se imputa a pessoa jurídica pelo que fez uma pessoa física. Desse modo, abandona-se a ideia de ação por uma ideia de organização atribuindo o “organizar” da pessoa jurídica, não o seu “fazer”.<sup>189</sup>

Nesse suposto modelo de autorresponsabilidade, o que ocorre na realidade é uma punição da pessoa jurídica por um ato cometido por um terceiro, utilizando-se de um artifício retórico (o “ato de conexão”) para associar a conduta da pessoa física

---

<sup>186</sup> BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas.** *Op.cit* p.88

<sup>187</sup> BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas.** *Op.cit* p.88

<sup>188</sup> BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas.** *Op.cit* p.89

<sup>189</sup> BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas.** *Op.cit* p.88

à responsabilidade penal da pessoa jurídica. Resulta daí uma clara violação ao princípio da culpabilidade, além de se tratar de um sistema de heterorresponsabilidade, pois o que está se buscando é a responsabilidade da pessoa física para transferi-la à pessoa moral.<sup>190</sup>

Nesse sentido, a crítica de Paulo César Busato<sup>191</sup> faz jus ao modelo do “ato de conexão”:

Então, de que tipo de autorresponsabilidade estamos falando? É certo que a eventual responsabilidade da empresa não decorre do ato praticado, mas de um suposto descontrole sobre sua evasão, causado pelo defeito organizacional. Por outro lado, não há crime de omissão de auto-organização. Isso não é imputado à pessoa jurídica. O crime que lhe é imputado é justamente o que a doutrina chama, eufemisticamente de “ato de conexão”. Esse “ato de conexão” nada mais é do que o tipo penal que gera a responsabilidade da empresa

É possível constatar que a doutrina tem a opinião errônea de considerar modelos baseados em defeitos na organização da pessoa jurídica como modelos de autorresponsabilidade, uma vez que a responsabilidade estaria ligada ao defeito de organização da empresa em si e não em uma conduta cometida por um terceiro. É um posicionamento equivocado, porque o modelo em questão exige o “ato de conexão”, a conduta criminosa da pessoa jurídica para a configuração da responsabilidade, ou considerar que o ilícito cometido consiste apenas no defeito na organização, sendo esse totalmente independente de qualquer delito cometido pelas pessoas físicas<sup>192</sup>.

Diante desse último ponto de vista, o defeito na organização e não a conduta delitiva em si é que deve ser punida, porque havendo o defeito, já se justifica a existência de reprovação penal. Sendo assim, é inútil a posterior constatação da exis-

---

<sup>190</sup> BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Op.cit p.88

<sup>191</sup> Tradução livre do original: “¿Entonces, de qué clase de autorresponsabilidad estamos hablando? Es cierto que la posible reponsabilidad de la empresa no deriva del hecho realizado, sino de una supuesta falta de control acerca de su evitación, provocada por el defecto de organización. Por otro lado, no existe un delito de omisión de autoorganizarse. Esto no se imputa a la persona jurídica. El delito que se le imputa es precisamente ló que la doctrlna llama, eufemisticamente hecho de conexión. Este hecho de conexión es nada menos que el tipo penal generador de la responsabilidad de la empresa.” **Ver em:** BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Op.cit p.88-89

<sup>192</sup> BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Op.cit p.88

tência de um “ato de conexão que traduz o delito cometido.”<sup>193</sup> Dessa maneira, modelos como o próprio “ato de conexão”.

O modelo proposto por David Baigún entende a ação da empresa como uma expressão de sentido, porém se apresenta como insuficiente para a responsabilização penal da pessoa jurídica por se tratar de um sistema de dupla imputação. O professor Baigún<sup>194</sup> defende na prática a criação de um Direito Penal bipartido dogmaticamente, em que o sistema muda conforme o autor do delito seja ele uma pessoa física ou uma pessoa jurídica. Esse sistema se apresenta em uma posição diametralmente oposta à de Estado social e democrático de direito, por permitir na prática a criação de um sistema penal em que a violação de direitos e garantias pode ocorrer de forma mais facilitada. Não é permitido que um sistema penal democrático tenha regras diferentes para aqueles que se submetem às suas leis.

Também é criticável a posição de David Baigún por exigir dentro da organização um sistema de poder como requisito para a ação institucional. Em última análise, esse sistema só existirá quando houver a aplicação de regras entre os indivíduos que o integram e quando houver relações de poder entre eles. Conforme o próprio entendimento do professor Baigún<sup>195</sup>, a ação institucional seria compreendida como o produto das inter-relações entre os membros da empresa, incidindo os elementos mentais e o interesse de cada sujeito. O modelo da Ação Institucional acaba por vincular a ação da pessoa jurídica a critérios que não lhe são próprios, ficando refém de fatores e ações de terceiros. Além disso, há uma tentativa de valoração de aspectos subjetivos dos indivíduos, inacessíveis a um observador externo, como foi demonstrado no capítulo quatro desta pesquisa.

A conclusão obtida é que para ter um autêntico modelo de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica, é necessário um sistema dogmático que demonstre que uma pessoa jurídica tem capacidade de ação no âmbito penal. Desta forma, permite-se que ela seja responsabilizada criminalmente por um delito que a própria cometeu, não necessitando que seja feita a transferência da responsabilidade penal de uma pessoa física. Por esse motivo, a Concepção Significativa da Ação é apresentada no presente trabalho como solução dogmática para a pessoa jurídica res-

---

<sup>193</sup> BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas.** *Op.cit* p.88

<sup>194</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral.** *Op. Cit.* p.703

<sup>195</sup> BAIGÚN, David. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico).** *Op. Cit.* p.38-39

ponder por um delito cometido por ela própria e, conseqüentemente, analisar quais são as condutas criminosas que ela pode cometer.

A adoção desse marco teórico representa a superação de um dos grandes obstáculos dogmáticos para a responsabilização penal da pessoa jurídica ao se compreender a ação como uma expressão de sentido, desvinculada de critérios ontológicos

### 3. UM NOVO PARADIGMA: A CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA AÇÃO DE TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN

O brocado “*Societas Delinquere non Potest*” simboliza um antigo paradigma lastreado em conceitos ontológicos<sup>196</sup> que passa a ser confrontado por um novo paradigma representado pela Concepção Significativa da Ação. As teorias do delito mostraram-se insuficientes para atender às demandas da nova realidade criminológica da sociedade globalizada em que vivemos e essa insuficiência pode ser sintetizada na importância dada ao conceito de ação.

Antes da obra do filósofo Georg Wilhelm Friedrich Hegel, o sistema penal utilizava o conceito de vontade livre ou não livre, evidenciada no *dolus malus* do Direito Romano. Nas palavras de Theodor Mommsen<sup>197</sup>, o *dolus malus* romano era “a vontade delituosa de realizar uma ofensa intencional da lei moral e da lei do Estado, que se individualizava de acordo com cada feito concreto, com o propósito (*animus*) de matar, roubar, etc.”

O delito era dividido entre uma parte objetiva, ao qual se aplicava o conceito de imputatio facti, e uma outra parte subjetiva submetida à imputatio iuris. O delito não tinha unidade interna e era configurado simplesmente como uma justaposição de elementos objetivos e subjetivos. Exemplo disso é o sistema desenvolvido por Anselm von Feurbach.<sup>198</sup>

---

<sup>196</sup> **Nota:** A palavra “ontologia” foi criada por Rudolph Goclenius em 1613 para o seu livro “*Lexicon philosophicum*”. Ela é o resultado da junção de dois termos gregos: “onta” (entes) e “logos” (teoria, discurso, palavra). Literalmente ela significa “teoria dos entes” ou seja, uma teoria de todas as coisas sobre as quais pode-se dizer que são, uma teoria do ser enquanto tal. A ontologia, portanto, é a área do conhecimento que investiga as características básicas que nos permitem dizer que algo ou um estado de coisas existe. Ver em: CASTRO, Susana de. **Ontologia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.p.7

<sup>197</sup> MOMMSEN, Theodor. **Römisches Strafrecht**. Op. Cit. p. 95.

<sup>198</sup> REGIS PRADO, Luiz. **Tratado de Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.p.178

Em seu sistema, Feurbach relaciona a parte objetiva com o fato ao passo em que liga a parte subjetiva à vontade. A relação entre o aspecto objetivo e o subjetivo deixa de ser uma característica do delito e se converte em um critério de aplicação da lei penal.<sup>199</sup>

Além disso, a ação “para ser julgada como crime, deve pressupor (...) a capacidade de ser exteriormente reconhecível, posto que só uma ação externa pode lesionar um direito”.<sup>200</sup>

Isso fica evidente quando Feuerbach<sup>201</sup> discorre sobre a ação e a sua periculosidade, e o seu conseqüente papel na aplicação da lei penal:

A periculosidade de uma ação pode ser julgada; l) De acordo com as características que se fazem do mesmo no mundo sensível (quantidade da ação), e n) De acordo com as características que devem ser estabelecidas atendendo às causas psicológicas do mesmo (qualidade da ação). Os fundamentos de punibilidade estabelecidos quantitativamente são denominados fundamentos objetivos de punibilidade (*rationes ilegalitatis externae*); aqueles que vêm de sua qualidade são chamados de fundamentos subjetivos de punibilidade (*ratio. ilegal. internaes s. subjecte*).

Também afirma Anselm von Feuerbach<sup>202</sup> que uma ação será considerada mais punível quando:

“l) Na atenção ao objeto, uma ação será mais punível: 1) Quanto mais importante o direito que com ela foi lesado ou cuja lesão foi dirigida (instrução I, § 104), e um direito será mais importante quanto mais insubstituível é, e mais a liberdade jurídica foi restringida com sua lesão; e 2) Quando o maior número de danos jurídicos tiver sido tratado ou maior o número de direitos efetivamente lesados com ele (instrução II, § 104).

<sup>199</sup> REGIS PRADO, Luiz. **Tratado de Direito Penal brasileiro**. Op. Cit. p.178

<sup>200</sup> FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Hammuravi, 1989.p.60

<sup>201</sup> **Tradução livre do original:** “La peligrosidad de una acción podrá juzgarse; l) Conforme a las características que de la misma devienen en el mundo sensible (cantidad de la acción), y n) Conforme a las características que deban establecerse atendiendo a las causas psicológicas de la misma (cualidad de la acción). Los fundamentos de la punibilidad que se establecen cuantitativamente se llaman fundamentos objetivos de la punibilidad (*rationes ilegalitatis externae*); aquellos que provienen de la cualidad de la misma se llaman fundamentos subjetivos de la punibilidad (*ratio. ilegal. internaes s. subjectivae*).” Ver em: FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de Derecho Penal**. Op. Cit.p.114

<sup>202</sup> **Tradução livre do original:** “l) En atención al objeto, una acción será más punible: 1) Cuanto más importante sea el derecho que con la misma se haya lesionado o a cuya lesión se haya dirigido (regla I, § 104), y un derecho será más importante cuanto más insustituible sea, y cuanto más se haya restringido la libertad jurídica con su lesión; y 2) Cuando a mayor número de lesiones jurídicas se haya dirigido o cuanto mayor sea el número de derechos que con la misma se hayan lesionado efectivamente (regla II, § 104).” Ver em: FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de Derecho Penal**. Op. Cit. p.115

Portanto, de forma resumida, Feuerbach não tratava a ação como um elemento autônomo na análise do fato criminoso, sendo que segundo Juarez Tavares, a contribuição mais expressiva do renomado autor alemão está na estrutura do delito, cindindo-o em duas partes: “uma objetiva, congregando a ação externa antijurídica, e outra subjetiva, configuradora da culpabilidade, compreendida esta como causa do fato externo pelo desejo antijurídico do agente”.<sup>203</sup>

Foi apenas com a entrada de um conceito autônomo de ação na teoria do delito que veio a surgir o ponto de inflexão que traçou o caminho que seria percorrido por todas as teorias ontológicas do delito na tentativa de se explicar a conduta criminosa.

### 3.1 O CONCEITO DE AÇÃO NAS TEORIAS ONTOLÓGICAS DO DELITO

Claus Roxin<sup>204</sup> afirma que o conceito de ação foi o produto de uma evolução paulatina do Direito Penal do Século XIX, sendo que na obra de Anselm von Feuerbach ainda não havia uma discussão independente sobre o conceito.

Na realidade, desde Gustav Radbruch<sup>205</sup> costuma-se considerar o filósofo Georg Wilhelm Friedrich Hegel<sup>206</sup> como o pai do conceito jurídico penal de ação quando ele define a ação como “a expressão da vontade como subjetiva ou moral” e que somente haveria ação “quando a vontade moral subjetiva se exterioriza”.

O conceito de ação de Hegel<sup>207</sup> é composta por três unidades denominadas tese, antítese e síntese, ou seja, afirmação, negação e negação da negação. Nesse método, ele contrapõe uma proposição com a proposição oposta, a saber, tese e antítese. Sendo que a tese é afirmação de algo, ao passo que a antítese é a negação do que se afirmara antes. Ambas são relativizadas por uma síntese que supera

---

<sup>203</sup> TAVARES, Juarez. **Teorias do delito – Variações e Tendências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.p.13.

<sup>204</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. tradução da 2ª. Edição alemã e notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Tomo I. Imprenta: Madrid, Civitas, 2008 p. 235-236

<sup>205</sup> **Nota:** Gustav Radbruch afirmava que “a ação fez a sua entrada no sistema de Direito Penal pela porta da imputação” **Tradução livre do original:** “La acción hizo su entrada en el sistema del Derecho penal ¡por la puerta de la imputación!” ver em: RADBRUCH, Gustav. El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal. Buenos Aires:BdeF, 2011.p.117.

<sup>206</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípio da Filosofia do Direito**. Tradução Orlando Vitorlno. São Paulo: Martins Fontes, 1997.p.101.

<sup>207</sup> NÓBREGA, Francisco Pereira. **Compreender Hegel**. Petrópolis: Vozes, 2005.p.43 -44.

essa oposição entre elas, “suspendendo” ou “cessando” a contradição entre Tese e Antítese, racionalizando o objeto que se pretende conhecer.

Transportando o método dialético para o estudo da ação, Hegel<sup>208</sup> considerou a ação como a síntese produzida pela dialética entre o subjetivo e o externo, ou seja, entre a causalidade e a liberdade do homem. Para ele, a subjetividade do ser humano seria capaz de vencer as adversidades advindas do processo causal externo. Por esse motivo, somente a vontade exteriorizada é capaz de vencer as contradições impostas pelos fatores causais e pode ser considerada como ação.

Em síntese, para Hegel<sup>209</sup>, a ação contém as seguintes especificações:

- 1) De que eu sou consciente de serem minhas quando passarem a ser exteriores;
- 2) A relação essencial a um conceito como obrigatório;
- 3) A ligação com a vontade de outrem.

A partir dessas especificações, Hegel<sup>210</sup> afasta a existência de ação em atos que venham a ser de mera vontade moral subjetiva, sem uma realização que se exteriorize, excluindo uma responsabilidade por mera vontade. Também é interessante observar que o filósofo equipara a ação com a imputação do delito em sua totalidade e somente se considera como ação, a ação dolosa.

Enrique Bacigalupo esclarece que a ação hegeliana se reduz à imputação fáctica, isto é, a uma atribuição do fato à vontade. Essa concepção da ação foi retomada em 1927, por Karl Larenz<sup>211</sup>, ao sustentar que “a imputação não significava outra coisa senão o intento de diferenciar o próprio fato dos eventos causais. Quando afirmo que alguém é o autor de um evento, quero dizer que esse evento é seu próprio fato, com o que quero dizer que ele não é a obra da causalidade, mas de sua própria vontade” E ainda “o fato é a auto realização da vontade e a imputação do juízo que relaciona o fato com a vontade.”

---

<sup>208</sup> **Nas palavras do próprio Hegel, em seu texto** original: “A manifestação de vontade como subjetiva ou moral é ação. Somente a manifestação da vontade moral é ação”. **Tradução livre do original:** “Die Äußerung des Willens als subjektiven oder moralischen ist Handlung (...) Erst die Äußerung des moralischen Willens ist Handlung”. Ver em: HEGEL, Georg. **Grundlinien der Philosophie des Rechts**. Leipzig: Meiner, 1911.p.98.

<sup>209</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípio da Filosofia do Direito**. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.p.101.

<sup>210</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. *Op. Cit.* p.235-236

<sup>211</sup> **Nota:** as duas citações de Karl Larenz e o comentário sobre a ação hegeliana podem ser encontrados no Manual de Parte Geral de Enrique Bacigalupo. Ver em: BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal – Parte Geral**. Tradução André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005.p.178.



Foram os discípulos penalistas de Hegel, Albert Friedrich Berner, Julius Friedrich Heinrich Abegg, Christian Reinhold Köstlin e Hälschner que incluíram a imprudência no conceito de ação e realizaram a separação ação e ação culpável. Albert Friedrich Berner<sup>212</sup>, professor da Universidade de Berlim, foi quem inseriu a ação na teoria do delito na primeira edição do seu Tratado de Direito Penal Alemão, de 1871. No tratado, o autor insere a ação na definição de crime, afirmando que é pela ação que o agente se rebela contra a vontade geral, atacando um direito pertencente à esfera pública ou à esfera privada.<sup>213</sup>

Berner<sup>214</sup> afirma “que o delito é ação” e, com isso, “tudo o que se afirmar do delito são somente predicados que se acrescentam à ação enquanto sujeito. Por isso, o conceito de ação deve ser o firme esqueleto que determina a estruturação da teoria do delito”. O professor<sup>215</sup> da Universidade de Berlim também havia defendido a divisão do delito entre ação e punibilidade, considerado majoritariamente como sendo o fundador da nova teoria da ação devido a essas afirmações.

É importante lembrar que os penalistas hegelianos constituíram a ação em um elemento básico do delito nesse momento, que suportaria as desvalorizações que a tornaria um injusto penal. Dito de outro modo, o delito era entendido como sinônimo de ação delitiva, considerado simplesmente como a provocação de um resultado típico por uma ação.<sup>216</sup>

O delito para os hegelianos Friedrich Heinrich Abegg e Christian Reinhold Köstlin<sup>217</sup> era visto de forma monista, em que todos os elementos objetivos e subjeti-

---

<sup>212</sup> **Nota:** uma curiosidade histórica é que foi Franz Von Liszt quem sucedeu Berner após a sua morte na cátedra de Direito Penal da Universidade de Berlim.

<sup>213</sup> **Assim afirma Albert Berner em seu Tratado de Direito Penal, em uma tradução livre:** “Definição: Chamamos de crime aquelas ações impróprias pelas quais o Indivíduo se rebela contra a vontade geral, atacando um direito público ou privado, ou também religião e costume, na medida em que o Estado exige os dois púlpitos para sua própria preservação” **Na versão original em Alemão:** “Definito : Verbrechen nennen wir diejenige Species un fittlicher Handlungen , durch welche der Einzelne sich gegen den allgemeinen Willen auflehnt , indem er entweder ein öffentliches oder privates Recht , oder auch Religion und Sitte , fofern der Staat der beiden lekteren zu felner eigenen Erhaltung bedarf , angreift .” ver em: BERNER, Albert Friedrich. *Lehebuch des deutschen strafrecht*. Leipzig: Bernhard Tauchnitz, 1871. p.107

<sup>214</sup> **Nota:** A citação de Berner é trazida por Roxin. Ver em: ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. *Op. Cit.* p.236.

<sup>215</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. *Op. Cit.* p.236.

<sup>216</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.p.3

<sup>217</sup> **Nota:** nesse sentido, a obra de Köstlin disponibilizada gratuitamente pelo Google Livros. Ver em: Köstlin, Christian Reinhold. **System des deutschen Strafrechts**. AT: Tübingen, 1855. Ver também em: ABEGG, Friedrich Heinrich. **Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft**, Neustadt, 1836, p.124.

vos se encontravam indissociadamente unidos na concepção da ação como uma totalidade plena de sentido. Claus Roxin<sup>218</sup> ainda menciona a obra do hegeliano Henrich Luden, intitulada “*Strafrechtliche Abhandlungen (1840)*”, publicada com o subtítulo de “*Über den Thatbestand des Verbrechens nach dem gemeinen teutschen Rechte*”. Nessa obra, no segundo volume, Luden<sup>219</sup> cria uma divisão do delito constituída em um sistema tripartite, que se aproxima em muito dos projetos sistemáticos do século XX, no entanto sem realizar uma divisão entre ação e tipo.

Luden<sup>220</sup> propôs uma divisão entre a imputabilidade e o chamado tipo penal geral, que era deduzido a partir da consideração em abstrato do que houvesse em comum entre diversos tipos penais específicos, conceito que se afina com o próprio conceito de delito. Essa divisão proposta teve por base a clássica divisão do inquérito em três etapas, criada nos tempos da Inquisição: *Inquisitio generalis*, *Inquisitio specialis* e a *confissão do culpado*. Segundo Michael Foucault<sup>221</sup>, a primeira etapa, *Inquisitio generalis*, era a fase em que o representante da Igreja identificava o delito que teria sido cometido, já a segunda etapa, “*Inquisitio specialis*, consistia em imputar esse mesmo delito a uma pessoa determinada.

Pode-se entender a divisão do delito *Inquisitio generalis* e *Inquisitio specialis* como uma divisão em seus elementos externos e seus elementos subjetivos. Já que na primeira etapa havia uma identificação objetiva dos elementos externos que comprovavam a existência do delito, que seria imputado a alguém na segunda etapa.

O filólogo alemão Georg Büchmann apresenta uma curiosidade ao afirmar que essa etapa externa do delito, analisada na *Inquisitio generalis*, passou a ser chamada de *corpus delicti* a partir de 1581 pelo juiz e jurisconsulto italiano Prospero

---

<sup>218</sup> **Nota:** é possível encontrar esse livro de Henrich Luden em forma digital na *München digitalisierungszentrum digitale bibliothek*. Recomenda-se a leitura para um maior aprofundamento na temática aqui exposta.

<sup>219</sup> ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. *Op. Cit.* p.236. também é possível conferir isso na obra do próprio Henrich Luden. Ver em: LUDEN, Helnrich. **Über den Thatbestand des Verbrechens nach gemelnen teutschen Rechte en Abhandlungen aus dem gemelnen teutschen Strafrechte**, Tomo II, Götlnhen, 1840.

<sup>220</sup> LUDEN, Helnrich. Über den Thatbestand des Verbrechens nach gemelnen teutschen Rechte. *Op. Cit.*p.72

<sup>221</sup> FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**; tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, supervisão final do texto Léa Porto de Abreu Novaes. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.p.70

Farinacci<sup>222</sup>, em sua obra “*Variae Quaestiones et communes opiniones Criminales*”. Farinacci<sup>223</sup> afirmava o juriconsulto: “*Primum Inquisitionis requisitum est probatio corporis delicti*”. Por esse motivo, Henrich Luden<sup>224</sup> utiliza o termo *corpus delicti* ao discorrer sobre o conceito de delito:

Não se pode concluir que uma determinada pessoa cometeu um crime antes de saber se o crime foi realmente perpetrado. Por isso, sempre se exige do profissional a certeza do *corpus delicti*, mesmo antes da inquirição, sem a qual a imputação não poderia ser realizada. O homem só pode ser culpado e punível, enfim, só pode ser legalmente responsável, por suas ações ou omissões e pelos efeitos que delas decorrem.

Com base nisso, Luden<sup>225</sup> aponta como elementos do delito: 1) um fenômeno delitivo provocado por uma ação humana; 2) antijuridicidade dessa ação; 3) qualidade dolosa ou culposa dessa ação. Esse raciocínio decorre da pretensão de conceber um conceito de delito que englobasse todos os pressupostos dele e garantisse, ao mesmo tempo, que o agente fosse punido apenas pelas ações e omissões que, por ventura, ele viesse a cometer, ou seja, um conceito fiel ao princípio da legalidade em Direito Penal, *nullum crimen sine lege*.<sup>226</sup>

Interessante notar que Hegel<sup>227</sup> não menciona explicitamente o delito culposos em nenhum momento. A consequência disso foi o fato dos hegelianos se esforçarem em vincular de alguma maneira o delito culposos com o doloso. Para eles, o delito

---

<sup>222</sup> **Nota:** Próspero Farinacci é conhecido pela sua famosa defesa de Beatrice Cenci e sua família no julgamento pelo assassinato de seu pai, o nobre Francesco Cenci, em 1598. No caso, Beatrice, seus dois irmãos e a sua madrastra assassinaram Francesco Cenci após esse repetidamente estuprar Beatrice e abusar fisicamente e psicologicamente os demais membros da família. Injustamente foram condenados a morte em 1599 pelo papa Clemente VIII. Recomenda-se a leitura do caso Cenci no verbete sobre Beatrice Cenci disponível digitalmente na Encyclopædia Britannica.

<sup>223</sup> **As informações são advindas do seguinte trecho do livro de Georg Büchmann:** “Nach Berners Vermutung (“Lehrb. d. deutsch. Strafrechts” 1879. S. 120. Anm.) ist der römische Rechtsgelehrte Prosper Farinacius (1544-1618) der Urheber des Ausdrucks *Corpus delicti*, welchen Klein (“Grunds, d. gem. deutsch. penal. Rechts” 1799. § 68) zuerst mit Thatbestand übersetzt habe Bei Farinacius (1581. Quaest. I, n. 6) steht: “Primum Inquisitionis requisitum est probatio *corporis delicti*”. Ver em: BÜCHMANN, Georg. **Geflügelte Worte: Der Citatenschatz des deutschen Volkes**, Berlin, 1898, p. 435.

<sup>224</sup> **Nota:** a citação é uma tradução livre e uma abreviação do texto encontrado nas páginas 80 e 81 do mencionado livro de Henrich Luden, A citação pode ser encontrada no trecho onde se diz “ Daher verlangten die practiter immer die gewißheit des *corpus delicti*, ehe überhaupt zur Inquisition, ohne welche ja auch die Zurechnung nicht Gtatt finden konnte, gelchritten werden dürfe” ver em: LUDEN, Henrich. **Über den Thatbestand des Verbrechens nach gemelnen teutschen Rechte**. *Op. Cit.* p.80-81

<sup>225</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. *Op. Cit.* p.236

<sup>226</sup> LUDEN, Henrich. **Über den Thatbestand des Verbrechens nach gemelnen teutschen Rechte**. *Op. Cit.* p.57

<sup>227</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman: parte general**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.p.182

culposo era “o comportamento negativo da vontade, no qual havia ao mesmo tempo algo positivo, ou seja, o saber e o querer, a condição que se originava como consequência possível de um resultado que lesaria o direito.”

Para se estabelecer o conteúdo do tipo penal, intentou-se desenvolver o conceito de causalidade, mas nem as teorias ontológicas, como a da condição (*conditio sine qua non*) e nem as teorias normativas foram suficientes para cumprirem com esse desiderato. Seja porque aquelas não podiam delimitar o tipo em razão de sua própria amplitude, seja porque estas descaracterizavam o modelo ontológico de causalidade, uma vez que não a reconheciam em situações onde esta era inegável.<sup>228</sup>

Segundo Paulo Busato, diante dessa insuficiência frente ao estabelecimento do conteúdo do tipo penal, a doutrina decidiu pelo desenvolvimento de outro elemento do tipo: a ação. Com isso, a escolha acerca do desenvolvimento do conceito de ação como base ontológica da construção do delito foi o produto de um processo eliminatório derivado da insuficiência teórica da causalidade e não por uma suposta segurança propiciada pelo conceito de ação.

No século XIX, o mundo assistiu ao surgimento do positivismo jurídico, que surgiu como crítica ao iluminismo e ao pensamento filosófico jusnaturalista. Conforme Norberto Bobbio<sup>229</sup>, são antecedentes dessa escola de pensamento filosófico, o historicismo de Savigny, a escola da exegese francesa e o utilitarismo inglês.

Entretanto, a divisão entre conceitos meramente formais e materiais de delito feita pelo positivismo científico no campo do Direito Penal gerou insatisfações que levaram à formulação de um conceito analítico de delito, derivado das ciências naturais. Com isso, o método científico passa a ser a base sobre a qual se objetiva descrever as estruturas componentes do delito e passa a objetivar que o direito tivesse contornos que afirmassem a sua cientificidade.<sup>230</sup>

Rudolph Von Ihering<sup>231</sup> estabeleceu no campo do Direito Civil uma formulação de uma antijuridicidade totalmente objetiva em que podem existir ações antijurídi-

---

<sup>228</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem.** *Op. Cit.* p.4.

<sup>229</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito.** São Paulo: Ícone, 1995, p.35.

<sup>230</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem.** *Op. Cit.* p.5.

<sup>231</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem.** *Op. Cit.* p.5.

cas que não são culpáveis. A antijuridicidade totalmente objetiva foi acolhida por Franz Von Liszt na teoria geral do delito, com isso, surge a necessidade de distribuir o injusto. De um lado, um processo causal externo (objetivo) e, de outro, o conteúdo da vontade (externo).

Com o positivismo naturalista de Franz Von Liszt a ação deixou de ter a conotação que tinha entre os hegelianos e passa a ser um elemento do conceito tripartite de delito. O conceito de ação passa a ter uma forte influência ontológica e adota-se o método científico e a perspectiva analítica, a qual preleciona a divisão do objeto em partes distintas que ao serem analisadas separadamente poderiam permitir uma melhor compreensão do todo.<sup>232</sup>

Franz Von Liszt<sup>233</sup> divide o conceito de delito em três partes: 1) primeiro por uma conduta voluntária, capaz de causar uma modificação relevante do meio externo (Verhalten); 2) que esta conduta contrariasse formalmente um comando de proibição da ordem jurídica, implicando materialmente em uma lesão ou perigo de um bem jurídico e 3) que ela fosse culpável, ou seja, cometida por agente capaz na modalidade dolosa ou culposa.

O delito que antes era visto de forma unitária passa a ser visto a partir de uma dupla valoração: de um lado uma sobre o fato humano cometido e de outra sobre o autor do fato. Na primeira, é feita uma análise objetiva do fato e das circunstâncias em que ele ocorreu, isto é, uma análise da ação, tipicidade e antijuridicidade e, na segunda, uma análise das condições pessoais subjetivas do agente.

Nesse contexto, segue-se para uma análise da visão causal naturalista do conceito de ação e das visões que a sucederam na dogmática penal.

### 3.1.1 O conceito jurídico penal de ação no sistema causal- naturalista

A primeira construção dogmática sobre a ação no Direito Penal foi a Teoria<sup>234</sup> causalista da ação e está intimamente ligada à ideia do desenvolvimento do Direito Penal visto como uma ciência. Buscava-se aplicar ao Direito Penal a metodologia

---

<sup>232</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem.** *Op. Cit.* p.5.

<sup>233</sup> LISZT, Franz von. **Tratado de Derecho Penal.** Tomo II, trad. por Luis Jiménez de Asúa. Madrid: Instituto editorial Reus, 1927. p. 262 e também BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem.** *Op. Cit.* p.6.

<sup>234</sup> BRANDÃO. Cláudio. **Teoria jurídica do crime.** Imprensa: Belo Horizonte, D'Plácido, 2019.p.63

das Ciências Naturais e, ao invés de compreender o direito, objetivava-se explicá-lo. Nessa fase da dogmática penal, a grande pretensão dos juristas era elevar o estudo do Direito à categoria de ciência e para tal era necessário que ele tivesse leis gerais de validade universal, a exemplo do que ocorre nas ciências naturais.

A formulação do sistema causal-naturalista<sup>235</sup> foi fortemente influenciada pelo positivismo científico, que afastou completamente qualquer contribuição das valorações filosóficas, psicológicas e sociológicas, tornando a ação um conceito ontológico e basilar para tal conceito.<sup>236</sup> A partir da metodologia positivista, Franz Von Liszt (1851-1919)<sup>237</sup>, discípulo de Adolf Merkel e Rudolf Von Ihering, desenvolveu o conceito causal de ação no final do século XIX, cujos trabalhos foram aprimorados por Ernest Belling e discutidos detalhadamente por Gustav Radbruch.

Von Liszt e Belling<sup>238</sup> são os criadores do chamado conceito natural de ação, que preleciona que a “ação é a produção de uma modificação no mundo exterior resultante da manifestação da vontade”. De acordo com esse conceito, para a modificação causal do mundo exterior, deveria haver qualquer efeito dele, por mínimo que fosse, como por exemplo a causação de “vibrações no ar” proferidas pelas palavras em uma injúria. A ação causal-naturalística desenvolvida pelos dois autores alemães<sup>239</sup> se baseava em uma relação de causalidade, já que ambos os autores consideravam que um movimento corporal (ação) produziria uma modificação do mundo exterior (resultado).

Justamente pela ação ser vista como um processo causal é que decorre o nome da teoria causalista da ação, que vem de causalidade. Com inspiração na física Newtoniana, a causalidade das Ciências Naturais é transportada para a ação. Em outras palavras, assim como existe uma direta relação de causalidade entre o ato de esquentar a água a uma temperatura superior a cem graus centígrados com sua fervura em condições naturais de temperatura e pressão, pretendia-se que houvesse

---

<sup>235</sup> **Nota:** Franz Von Liszt e Ernst Belling construíram o seu modelo dogmático com base em uma ação causal, separando o delito em um aspecto objetivo, representado pela tipicidade e antijuridicidade, e um aspecto subjetivo, representado pela culpabilidade. Ver em: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria geral do delito: uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira**. Imprensa: Coimbra, Almedina, 2007.p. 54-55

<sup>236</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel **Curso de derecho penal: parte general I**. *Op. Cit.* p.228.

<sup>237</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral**. Vol.1.São Paulo:Saraiva,2020. p.124

<sup>238</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. *Op. Cit.* p.236.

<sup>239</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria geral do delito: uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira**. Imprensa: Coimbra, Almedina, 2007.p. 54-55

uma relação direta de causalidade entre a vontade do agente e a modificação do mundo exterior.<sup>240</sup>

Segundo Franz Von Liszt<sup>241</sup>, a ação era definida como “conduta voluntária no mundo exterior, causa voluntária ou não impediante de uma modificação no mundo exterior”. A ação passa a ser compreendida como o movimento corporal voluntário que causa uma modificação perceptível no mundo exterior, ou seja, um resultado. Essa é a definição clássica de ação atribuída a Von Liszt<sup>242</sup>.

Entretanto, essa definição apresenta uma incompatibilidade com o conceito de omissão, porque uma omissão não causa nada por si só. Ela é um não agir, um abster-se de fazer algo. Por esse motivo, Franz von Liszt<sup>243</sup> foi obrigado a elaborar posteriormente outra descrição para a ação, conceituando que “ação é a conduta voluntária realizada para o mundo exterior, mais exatamente: uma modificação do mundo exterior, isto é, uma causação ou uma não evitação de uma modificação (de um resultado) no mundo exterior mediante uma conduta voluntária”.

Tendo isso em mente, percebe-se que a ação passa a ser vista como um processo causal, pois a vontade humana seria determinante do movimento corporal<sup>244</sup> que “pode definir-se fisicamente como inervação”.<sup>245</sup> Franz Von Liszt<sup>246</sup> definia a ação como a contração muscular produzida pela energia de um impulso cerebral, que através do meio natural e conforme as leis causais da natureza, provoca uma mutação no mundo externo perceptível pelos sentidos. Isto é, a contração muscular seria um efeito da vontade.

É interessante observar como a vontade passa a se relacionar com a ação a partir desse ponto. A ação humana passa a ser vista como constituída por dois elementos: “ato de vontade e resultado”<sup>247</sup>, acrescidos do nexos de causalidade, sendo este último que liga a ação ao resultado. Ao passo que a vontade e a modificação do

---

<sup>240</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. *Op. Cit.* p.63

<sup>241</sup> LISZT, Franz von. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo II, trad. por Luis Jiménez de Asúa. Madrid: Instituto editorial Reus, 1927. p. 297.

<sup>242</sup> LUZÓN PEÑA. Diego-Manuel **Curso de derecho penal: parte general I**. Imprenta:Madrid, Universitas, 2002.p.228.

<sup>243</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. *Op. Cit.* p.237. Também nesse sentido: LISZT, Franz von. **Tratado de Derecho Penal**. *Op. Cit.* 297.

<sup>244</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**. *Op. Cit.* p.7.

<sup>245</sup> LISZT, Franz von. **Tratado de Derecho Penal**. *Op.cit.*, p. 298

<sup>246</sup> LUZÓN PEÑA. Diego-Manuel **Curso de derecho penal: parte general I**. *Op. Cit.* p.228.

<sup>247</sup> LISZT, Franz von. **Tratado de Derecho Penal**. *Op.cit.*, p. 217

mundo exterior são unidas em um único conceito: a manifestação da vontade.<sup>248</sup> Entende-se essa manifestação da vontade como a realização ou a omissão de um movimento corpóreo de forma livre, motivado pelas representações mentais do agente, ou seja, a sua vontade objetivada. Para Von Liszt<sup>249</sup>, a manifestação dessa vontade deveria produzir uma modificação no mundo exterior, havendo um nexo de causalidade entre a vontade manifestada e o resultado produzido.

Com exposto acima, percebe-se claramente que para Von Liszt<sup>250</sup> a ação é duplamente valorada: por um lado há uma dimensão física, representada pelo movimento corpóreo que realiza uma modificação no meio exterior e uma dimensão psicológica representada pela vontade. São duas realidades ontológicas distintas que se relacionam, uma submetida às leis físicas e a outra tendo por principal atributo a consciência. Por esse motivo, pode-se afirmar que a concepção causal-naturalista de ação é diretamente influenciada pela concepção cartesiana da mente.

Ao mesmo tempo, Ernst Beling<sup>251</sup>, seguindo a linha de raciocínio desenvolvida por Von Liszt, avançou ao conceituar a ação além de um mero movimento mecânico, introduzindo o componente voluntário no campo da ação. De acordo com ele, a ação passa a ser “um comportamento voluntário”. O autor afirma que existiria a ação se objetivamente alguém “tenha empreendido qualquer movimento ou a falta de um movimento onde houvesse uma vontade”. A omissão passa a ser vista como contenção dos nervos motores “A voluntariedade domina os nervos da mesma forma que o faz no movimento corporal e se opõe a contração muscular”.

Isso significa que para reconhecer uma ação, bastaria saber se o autor atuou voluntariamente ou não. Por esse motivo, a ação passa a ter um papel primordial dentro da teoria do delito ao excluir do Direito Penal tudo aquilo que não for fruto de uma modificação corpórea externa voluntária, a exemplo dos movimentos reflexos e dos estados de inconsciência.<sup>252</sup>

A fase externa da ação é representada pelo comportamento corporal, que realizado de forma voluntária indicaria que essa fase externa é produzida pela liber-

<sup>248</sup> LISZT, Franz von. **Tratado de Derecho Penal**. Op.cit., p. 297.

<sup>249</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Op. Cit. p.64

<sup>250</sup> **Nota:** assim afirma o professor Tomás Salvador Vives Antón: “La estratificación de la acción en dos elementos tiene un punto de partida: la concepción sustancial de la mente”. VIVES ANTÓN, Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. 2ª Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p.163

<sup>251</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Op. Cit. p.237.

<sup>252</sup> BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo**; tradução do alemão por Sebastian Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.p.20.



dade de inervação muscular, com domínio sobre o corpo.<sup>253</sup> A ação poderia se constituir como um fazer, a saber, a ação positiva e o não fazer, a omissão seria a distensão dos músculos.<sup>254</sup> Convém lembrar que a vontade humana era tomada como um fato objetivo, sem consideração a respeito do seu conteúdo, apenas considerando se o sujeito quer algo, sem considerar o efeito objetivo de este querer.<sup>255</sup>

Sobre esse aspecto da ação causal-naturalista, a lição de Heleno Fragoso<sup>256</sup> aponta:

O conteúdo da vontade permanece estranho ao conceito de ação. Basta apenas a certeza de que o agente atuou voluntariamente, sendo irrelevante o que quis. O conteúdo da vontade só terá importância na determinação da culpabilidade, a ser feita em momento posterior.

A partir da lição de Fragoso, percebe-se que o conteúdo da vontade passa a ser irrelevante para a análise da ação causal-naturalista, sendo apenas analisado na culpabilidade. Ernst Beling<sup>257</sup> estabelece assim a objetividade dos componentes da ação, determinando que a voluntariedade presente nela não teria nenhuma relação com a subjetividade anímica. Essa vontade presente na ação humana seria o mero reconhecimento do impulso que causou o resultado de forma voluntária, ou seja, sem ter sido por meio de coação ou de uma força física irresistível.

Em síntese, vale a lição de Diego Manuel Luzón Peña<sup>258</sup> ao elencar as características que o conceito de ação passa a ter para o modelo causal-naturalista: 1) conceito puramente descritivo, pois se limita a constatar o que efetivamente ocorreu sob um viés naturalístico, sem fazer juízos de valor; 2) objetivo, por não mencionar a origem da voluntariedade da ação; 3) naturalista e causal e 4) valorativamente neutra.

Gustav Radbruch<sup>259</sup>, outro autor alemão desse período, também definiu a ação como a modificação do meio exterior produzida pela vontade, por meio da chamada teoria normativa da ação. Através dessa teoria, ele afasta o tratamento positivista do Direito como ciência natural e o encara não de forma valorativa, mas

<sup>253</sup> BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Op. Cit. p.64

<sup>254</sup> BELING, Ernst Von. *Esquema de derecho penal*. Op. Cit. p.20

<sup>255</sup> BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem*. Op. Cit. p.7.

<sup>256</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta Punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961. p.9.

<sup>257</sup> BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem*. Op. Cit. p.8.

<sup>258</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel *Curso de derecho penal: parte general I*. Op. Cit. p.228.

<sup>259</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*, tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.13.

referida a valores, já que o Direito pode ser injusto, ainda que almeje a justiça, refere-se a esse valor. Isso quer dizer, o Direito não é necessariamente justo, mas se refere ao valor justiça como meta.

Para Radbruch<sup>260</sup>, é impossível partir de uma análise valorativa e empírica para chegar a conceitos naturais de institutos jurídicos, sendo inviável analisar a ação sem fazer qualquer tipo de valoração. A crítica do autor é contundente:

Uma ciência natural do delito, como objetivava a antropologia criminal, somente é possível se previamente se tivesse substituído o conceito de delito relacionado com o valor jurídico por um conceito criminal natural. Seria o milagre dos milagres, uma inesperada harmonia preestabelecida entre dois modos de considerações fundamentalmente diversos como todo direito ou o do crime, se um conceito formado por meio da relação valorativa abrigasse um natural, derivado da consideração não-valorativa.

Com a afirmação de Radbruch, percebe-se a discordância do autor com um conceito natural de crime e de conduta punível, como defendiam Franz Von Liszt e Ernst Beling. A ação passa por um processo de valoração, porém essa valoração somente pode ser obtida da própria norma penal. Por esse motivo, Radbruch<sup>261</sup> “exclui do conceito analítico de crime o conceito básico de ação. O crime é constituído unicamente por dados normativos e conceituais, da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, independentemente de substratos ontológicos”

Portanto, Gustav Radbruch apresenta a a teoria como “resultado imediato e mais extremado do positivismo jurídico no Direito Penal” em oposição ao positivismo de fundo naturalista, passando a interpretar a ação não como um fenômeno natural visto pela teoria jurídica, mas sim como um fenômeno que deve ser conhecido a partir da norma. Para Radbruch<sup>262</sup>, a ação é formada por três elementos: vontade, um movimento corporal conectado casualmente e a relação entre ambos. Ele afirma que a ação é o conceito basilar do sistema penal e que deve incluir também o conceito de omissão, visto como um “não fazer”. Faz sentido ao considerar que a conduta omissiva só tem relevância jurídica quando proveniente de um dever de agir prévio, que é obtido da norma jurídica.

O conceito causal-naturalista de ação “clássico” não permaneceu imutável, pelo contrário, ele sofreu alterações no decorrer do tempo até a chamada formula-

---

<sup>260</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. *Op. Cit.* p.11.

<sup>261</sup> TAVARES, Juarez. *Teorias do delito – Variações e Tendências*. *Op. Cit.* p.37.

<sup>262</sup> BRANDÃO. Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. *Op. Cit.* p.65

ção “neoclássica”.<sup>263</sup> Como já mencionado, o conceito causal de ação filia-se a uma ideia puramente mecanicista de ação, advinda da física newtoniana. Entretanto, dada a insuficiência dessa conceituação, Ernst Beling introduziu o componente voluntário na ação.

Porém, como leciona Diego Manuel Luzón Peña<sup>264</sup>, o conceito causalista de ação “servia somente para os delitos de atividade, enquanto que nos delitos de omissão seria necessário ou negar que exista ação nos delitos de omissão, ou dar uma outra definição para a conduta, definindo-a como a não realização voluntária de um movimento corporal”, entendida por “distensão dos músculos”<sup>265</sup>.

Alguns autores causalistas buscaram solucionar esse problema por meio da criação de um supra conceito de ação, que engloba tanto a forma comissiva como omissiva de uma ação. Essa busca pelo supra conceito de ação “contaminou” o Direito Penal desde então, trazendo consequências para toda a dogmática. Como será apresentado posteriormente, há críticas a essa busca por um supra conceito de ação em matéria penal.

O conceito de ação causalista é o ponto de partida que analisa os demais elementos do delito, uma tipicidade objetiva e meramente descritiva, uma antijuridicidade também objetiva, mas valorativa e uma culpabilidade subjetiva e descritiva, constituída pela conexão psicológica entre o fato e o autor. Paulo Busato<sup>266</sup> faz referência a Gimbernat Ordeig como um autor que ainda mantém esse conceito puramente causal de ação em sua teoria. De acordo com Busato<sup>267</sup>:

Este autor (Gimbernat Ordeig) não incursiona no campo de determinação da ação segundo sua voluntariedade, mas exige, para identificar o “comportamento” – conceito sobre o qual se encontram compreendidos o fazer e o não fazer, simplesmente que não haja o afastamento da instância do “Eu” consciente e que o movimento não esteja condicionado fisicamente de maneira necessária. Quer dizer, propõe em um conceito de “comportamento” que se traduz na “relação do Eu consciente e fisicamente livre com o mundo exterior manejando processos causais”

Portanto, para Paulo Busato, é possível identificar a posição de Gimbernat Ordeig como causal, justamente por ser coincidente com o que os causalistas pro-

---

<sup>263</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel **Curso de derecho penal: parte general I**. *Op. Cit.* p.250

<sup>264</sup> BELING, Ernst Von. **Esquema de derecho penal**. *Op. Cit.* p.20

<sup>265</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel **Curso de derecho penal: parte general I**. *Op. Cit.* p.251

<sup>266</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**. *Op. Cit.* p.10.

<sup>267</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**. *Op. Cit.* p.10.

punham ao fazerem a identificação da ação depender da existência de processos causais exteriores, que seriam manipulados por aquele que comete a conduta criminosa. Na afirmação de Gimbernat<sup>268</sup>, o conceito de ação seria um conceito ontológico, próprio da esfera do ser e não da do dever ser.

Como visto, o sistema clássico segue uma concepção cartesiana da mente ao visualizar a ação como composta por um movimento corporal (elemento externo) e pela vontade (elemento interno). A seguir, expõe-se que a concepção neokantiana veio representar uma ruptura nessa divisão.

### 3.1.2 A influência Neokantiana no conceito jurídico penal de ação

As exigências da dogmática penal necessitaram da superação do paradigma positivista e naturalista por um método em que a valoração e a perspectiva material fossem recepcionadas.<sup>269</sup> Como destaca Santiago Mir Puig<sup>270</sup>, essa iniciativa ficou conhecida como Neokantismo e foi um movimento filosófico nascido no fim do século XIX, com a proposta de superar o positivismo por meio da valoração das chamadas ciências culturais, que foram chamadas de ciências do espírito.

O neokantismo deu origem a duas correntes que impactaram enormemente a filosofia do direito: A Escola de Marburgo, cujos expoentes foram Cohen, Notarp e Stammler e a Escola de Baden (também chamada de “sud-ocidental alemã”), com destaque para Rickert, Mayer, Radbruch e Sauer.<sup>271</sup> O método dos neokantianos refere-se a finalidades e valores e não mais a relação de causa-efeito, é um método mais valorativo do que explicativo e descritivo.<sup>272</sup>

Hans Welzel<sup>273</sup> chegou a chamar o neokantismo de “teoria complementar do positivismo jurídico”, pelo fato de a premissa não ser essencialmente diferente da premissa dos positivistas, defendendo a separação entre o “ser” e o “dever ser”. En-

---

<sup>268</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**. *Op. Cit.* p.11.

<sup>269</sup> MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**, 2ª ed., Montevideu/Buenos Aires: Editorial IB de F, 2003.p.207.

<sup>270</sup> MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: parte general**, 6ª ed., Barcelona, Editorial Reppertor, 2002.p.140 e 154.

<sup>271</sup> MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. *Op. Cit.* p.212

<sup>272</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**. *Op. Cit.* p.11.

<sup>273</sup> MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. *Op. Cit.* p.198 - 199.

tretanto, no neokantismo<sup>274</sup> ocorre uma supervalorização do “dever ser”, estudando os fenômenos jurídicos muito além da mera explicação causal, considerando a dimensão valorativa do jurídico, que não é um objeto de estudo em si.

A partir das contribuições dos Neokantianos, a formulação clássica do conceito de crime de Franz von Liszt e de Ernst Beling sofreu fortes alterações sem, no entanto, representar uma ruptura completa com o que os causais-naturalistas haviam proposto. Como afirma Hans Heinrich Jescheck<sup>275</sup>, “o modo de pensar próprio dessa fase veio determinado de forma essencial pela teoria do conhecimento do neokantismo (Stammler, Rickert, Lask) que, junto ao método científico-naturalístico do observar e descrever, restaurou a metodologia própria das ciências do espírito, caracterizada pelo compreender e valorar”.

Portanto, os neokantianos<sup>276</sup> estabeleceram um dualismo metodológico ao separar o mundo dos valores do mundo natural. A opção neokantiana reconhece a relatividade dos valores, mas também entende ser cientificamente impossível uma opção valorativa absoluta. Tenta-se mitigar os conceitos absolutos herdados do positivismo científico através de um positivismo jurídico. Também foi obra dos neokantianos a reformulação de todos os elementos do conceito clássico de crime e, em especial, o conceito de ação, ao atribuir uma nova função ao tipo penal ao se reconhecer elementos normativos no tipo. Todavia, não houve uma alteração na sistemática do delito.

Os neokantianos propuseram uma teoria jurídico-penal da ação com o desiderato de superar as dificuldades que surgiram frente à proposta causal-naturalística de ação. Essas fragilidades se apresentavam na explicação dos crimes omissivos e culposos e nos casos de tentativa de um delito. No que se refere à análise da tentativa, percebe-se que a diferença entre o crime tentado e o crime consumado, em muitos casos, carece de relevância material, pois, é necessário para a sua distinção valorar a ação que foi cometida por meio de elementos subjetivos, em especial o dolo, que pertence ao injusto da tentativa e não pode ser considerado apenas como

---

<sup>274</sup> SILVA SÁNCHEZ. Jesús Maria. Aproximación al derecho penal contemporáneo. Barcelona: J. M. Bosch, 2002.p.55 Ver também em: MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. *Op. Cit.* p.196

<sup>275</sup> JESCHECK. Hans- Helnrich **Tratado de Derecho penal: Parte general**. Trad. José Luiz Manzanares Samaniego.4ed. Granada: Editorial Comares. 1993 .p.277

<sup>276</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**. *Op. Cit.* p.12.

um mero elemento da culpabilidade na consumação.<sup>277</sup> Outro exemplo se apresenta nos crimes culposos, em que o elemento decisivo do injusto é o desvalor de ação<sup>278</sup>, que não pode ser explicado pelo sistema causal e a sua proposta de explicar a ação apenas pelo seu fenômeno naturalístico.<sup>279</sup>

Dentre os autores neokantianos, o mais destacado é Edmund Mezger<sup>280</sup>, que parte de um conceito ontológico de ação natural para o sistema do delito. Essa ação, é reduzida ao conceito mínimo de “uma conduta humana” e sobre ela recaem os juízos de desvalor advindos da culpabilidade e da antijuridicidade.<sup>281</sup>

Mezger<sup>282</sup> propõe uma teoria jurídico-penal da ação, que faz parte da ação o querer interno do agente, a conduta corporal do agente e o resultado externo causado pela conduta do agente. Nas palavras do autor:

A ação como querer ativo (delito de ação) exige como fundamento um querer do agente. Com essa palavra (querer) se designa o ato concreto da vontade – não a vontade em geral em consequência, um ato interno anímico, pelo qual o agente se coloca a si mesmo como causa da realização de um resultado que causado. Também se fala de “voluntariedade de causação.

A ação passa a ser considerada como um “conceito de valor” e exatamente por ser considerada assim ela pode suportar a incidência da antijuridicidade e da culpabilidade. A ação para Edmund Mezger<sup>283</sup> deve ser vista desde um ponto de vista natural, mas também por um viés científico-social. A vontade do agente é analisada sem considerar o seu conteúdo. Analisa-se somente o que foi causado por essa vontade do agente em uma simples relação de causalidade para com o resultado, sem levar em conta os aspectos anímicos e psicológicos do agente.<sup>284</sup>

---

<sup>277</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: parte general – Fundamentos y teoría de la imputación**. Madrid: Marcial Pons, 1995. p.161

<sup>278</sup> WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal – Una Introducción a la doctrina de la acción finalista**. Buenos Aires: Editorial B de F., 2004.p.161

<sup>279</sup> **Nota:** os neokantianos também não tiveram melhor sorte na solução deste problema, como veremos a seguir.

<sup>280</sup> MEZGER, Edmund. **Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal**, tradução de Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.p.23

<sup>281</sup> MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: parte general**. *Op. Cit.* p.155

<sup>282</sup> **O trecho é uma tradução livre do original:** “La acción como hacer activo (delito de acción) exige como fundamento un querer del agente. — Con esta palabra (querer) se designa el acto concreto de voluntad —no la voluntad en general, en consecuencia, un acto Interno, anímico, por el que el agente se coloca a sí mismo como causa de la realización de un resultado que se ha representado. Se habla también de “voluntad de causación”. Ver em: MEZGER, Edmund. **Edmund. Tratado de derecho penal**; con Introducción de Francisco Muñoz Conde. 1ªed., Buenos Aires, Hammurabi, 2010.p.215.

<sup>283</sup> MEZGER, Edmund. **Edmund. Tratado de derecho penal**. *Op. Cit.* p.197.

<sup>284</sup> MEZGER, Edmund. **Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal**. *Op. Cit.* p.22

Outro destacado penalista desse período foi Max Ernst Mayer. Bustos Ramirez<sup>285</sup> afirma que a existência de elementos subjetivos no injusto, descoberta primeiramente pelo civilista Hans Albrecht Fischer em 1911, foi transferida do Direito Civil para o Direito Penal por Mayer e August Hegler. Em consonância com a já mencionada superação da separação do delito em aspectos subjetivos e objetivos que se desenvolvia à época na dogmática das contribuições destes autores.

Quase no mesmo sentido de Edmund Mezger, Max Ernst Mayer<sup>286</sup> aduz que a ação seria definida como “uma ação motivada da vontade, com a inclusão do seu resultado.” Para Mayer, a ação é composta pela vontade do agente, um movimento corporal, ou a sua ausência e um resultado.

A vontade do agente divide-se em três elementos. O primeiro era denominado uma resolução motivada, ou seja, a ação realizada por meio de um ato de voluntariedade. Para ilustrar esse conceito, Mayer traz o exemplo da pessoa que fala e se vira constantemente enquanto dorme. Muito embora ela tenha colocado os seus músculos em movimento, não realizou ação alguma pelo fato do seu movimento corporal não ter sido voluntário.<sup>287</sup> A resolução motivada seria a última manifestação da vontade, já que antes dela precedem outros processos da consciência. Mayer<sup>288</sup> destaca que aquilo que se quer existe antes como representação, isto é, como um pensamento daquilo que se deseja, como uma simples imagem daquilo que se quer. Essas representações são entendidas como motivos e aliadas aos sentimentos do agente influenciariam em sua vontade.

Para Mayer<sup>289</sup>, o segundo elemento da vontade é a influência do caráter do indivíduo no cometimento da ação. Ele entende o caráter como um “complexo de motivos que se tornam duráveis, o modo específico de um indivíduo reagir”. Muito embora inacessível aos outros por experiência direta, o caráter é entendido a partir da interpretação do comportamento do agente. Tanto o caráter como os motivos do agente estão ligados à sua personalidade.

---

<sup>285</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal español, parte general. Barcelona:

<sup>286</sup> **Tradução livre do original:** “Por consiguiente, cabe definir la acción como una motivada actuación de la voluntad con Inclusión de su resultado” ver em: MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal: parte general**. Montevideo: BdeF, 2007.p.129.

<sup>287</sup> MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal: parte general**. *Op. Cit.* p.130-132

<sup>288</sup> MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal: parte general**. *Op. Cit.* p.130-132

<sup>289</sup> MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal: parte general**. *Op. Cit.* p.132-134

Por último, existe a finalidade porque não se diferencia grandemente dos motivos. Conforme Mayer<sup>290</sup>, o motivo e a finalidade representam dois mundos distintos. Enquanto o motivo representa o “ser”, o fim representa o “dever ser”, o primeiro visto a partir de uma consideração causal, o segundo, teleologicamente. A finalidade é entendida como independente do querer concreto do autor, sendo a tradução de algo que deve acontecer com base na finalidade presente em cada norma e deve ser aceita pelos indivíduos voluntariamente. Portanto, cada valoração ou consideração normativa de um acontecimento mede o que aconteceu em relação a um fim presente na norma, por isso seria uma valoração teleológica.

A resolução motivada se exterioriza em uma atuação correspondente com o motivo do agente. Esse atuar conforme a própria vontade pode acontecer tanto com o movimento do corpo como o agente manter o corpo parado, com ausência de movimento. Max Mayer<sup>291</sup> tentava englobar tanto a ação como a omissão em seu conceito de ação.

Sendo assim, para Mayer<sup>292</sup>, o resultado é visto como “o acontecimento que coincide como consequência das atuações”, a saber, toda a atuação voluntária tem um resultado, como por exemplo “o movimento do ar nas palavras que são ditas ou a escrita que resulta em tinta deixada no papel”. Contudo, para o interesse do criminalista, acontece unicamente pelos resultados típicos.

Em conformidade com Max Mayer<sup>293</sup>, o resultado é um acontecimento, mas nem todo acontecimento é um resultado. Somente os acontecimentos que são vinculados casualmente com uma atuação voluntária são considerados resultados. Além disso, é necessário que o autor tenha previsto ou tenha querido o resultado. A partir disso, haveria três possibilidades: na primeira o autor não previu e nem quis o resultado, na segunda o autor previu e quis o resultado e, na terceira, muito embora previsto, o resultado não fora querido.

Na primeira situação, Mayer<sup>294</sup> traz o exemplo da pessoa que, sem saber, entra em um quarto portando uma vela acesa onde vazava gás há horas. Ao entrar no quarto, a vela causa uma violenta explosão. Nesse exemplo, o resultado nem foi previsto e nem querido, muito embora tenha sido causado por uma atuação voluntária.

---

<sup>290</sup> MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal: parte general**. *Op. Cit.* p.135-136

<sup>291</sup> MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal: parte general**. *Op. Cit.* p.136-137

<sup>292</sup> MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal: parte general**. *Op. Cit.* p.139

<sup>293</sup> MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal: parte general**. *Op. Cit.* p.141

<sup>294</sup> MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal: parte general**. *Op. Cit.* p.142



ria. Nele estão presentes uma atuação voluntária motivada e um resultado, porém o saber e o querer não se aplicam a esse resultado. Apenas a análise fática determina se houve um resultado fático e se a responsabilidade é atribuída ao agente. Por exemplo, se a referida explosão resultasse no homicídio culposo de alguém.

Na segunda situação, o resultado foi previsto e foi querido pelo autor. É o resultado fruto de uma intenção de se fazer algo, que pode se exteriorizar em um “fazer algo” ou em um “omitir se”. Segundo Mayer<sup>295</sup>, a intenção do agente dita a finalidade da ação cometida por ele.

Na terceira situação, o resultado é previsto, mas não é querido. Mayer<sup>296</sup> assevera que, nesse caso, cabem todas as tentativas arriscadas de fazer algo que fracassa, como por exemplo, o cavaleiro que tenta saltar um fosso com o cavalo e acaba por cair dentro do local. Muito embora ele tenha previsto que poderia cair dentro do fosso, ele não havia desejado o fato. São as chamadas representações, que não são nem motivos e nem intenções, muito embora encontrem a sua efetivação no resultado. A causa do resultado não foi querido, mas previsto.

De acordo com o autor<sup>297</sup>, tendo em vista as situações expostas, é essencial para a caracterização de uma ação punível a caracterização de um resultado, ou seja, de um acontecimento que esteja descrito em um dos tipos penais.

Logo, as grandes contribuições dos neokantianos para a teoria do delito foram a admissão de elementos subjetivos nos elementos do tipo e a superação do método científico-positivista. Essa superação foi possível quando se percebe que o Direito positivo não tem um sentido objetivo a ser descoberto pelo jurista, mas que se deve focar os valores que antecederam as normas jurídicas a serem estudadas.<sup>298</sup> Entretanto, os neokantianos não conseguiram superar os problemas atinentes ao conceito de ação causal, seja por ele não cumprir a pretendida função de elemento unitário do sistema de teoria do delito e por não poder explicar o crime culposo de forma satisfatória.

---

<sup>295</sup> MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal: parte general**. *Op. Cit.* p.142-143

<sup>296</sup> MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal: parte general**. *Op. Cit.* p.144

<sup>297</sup> MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal: parte general**. *Op. Cit.* p.148

<sup>298</sup> BITENCOURT. Cezar Roberto. **Teoria geral do delito: uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira**. *Op. Cit.* 35-36.

### 3.1.3 O conceito jurídico penal de ação no sistema finalista

A teoria final da ação foi criada pelo autor alemão Hans Welzel a partir de seus trabalhos da década de 1930<sup>299</sup> e surge como crítica tanto à ação causal-naturalística como à proposta neokantista que, para Welzel<sup>300</sup>, era considerada como um mero aprofundamento e complemento do próprio positivismo, levando-o a afirmar que a valoração neokantista estava profundamente enraizada no conceito de Direito Positivista.

Santiago Mir Puig<sup>301</sup> destaca que o subjetivismo metodológico e o relativismo valorativo constituíram os dois pontos centrais da crítica de Welzel ao neokantismo. É a transição do subjetivismo para o objetivismo que irá constituir o fundamento metodológico da teoria do delito finalista. Günther Jakobs<sup>302</sup> afirma que a teoria final da ação eliminou a separação entre aspectos objetivos e subjetivos da ação e do próprio injusto, transformando um injusto que era naturalístico em injusto pessoal. A eliminação da separação entre aspectos objetivos e subjetivos decorre justamente de uma das principais críticas de Welzel<sup>303</sup>: a separação entre o ser e o dever ser. Os elementos objetivos e subjetivos passam a ser analisados de forma igualitária e o desenvolvimento de novos conceitos jurídicos passa obedecer a duas etapas distintas: a primeira de estudo da lógica dos fenômenos naturais, que servirá de base para uma segunda etapa de valoração jurídica desses fenômenos.

Hans Welzel<sup>304</sup> admite claramente que a teoria da ação desenvolvida por Samuel von Puffendorf (1636- 1694), cuja origem remonta a Aristóteles, foi essencial para o desenvolvimento do conceito finalista de ação. Puffendorf<sup>305</sup> não entendia a

---

<sup>299</sup> **Nota:** Diego Manuel Luzón Peña traz importante lembrança em seu “Curso de Derecho Penal” acerca do surgimento do finalismo ter ocorrido na mesma época do surgimento da teoria social da ação e do auge do Direito Penal de autor. Ver em: LUZÓN PEÑA. Diego-Manuel **Curso de derecho penal: parte general I**. *Op. Cit.* p.237.

<sup>300</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**. *Op. Cit.* p.16.

<sup>301</sup> MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. *Op. Cit.* p.226. Ver também: MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: parte general**. *Op. Cit.* p.181

<sup>302</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: parte general – Fundamentos y teoría de la imputación**. Madrid: Marcial Pons, 1995. p.162.

<sup>303</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**. *Op. Cit.* p.16.

<sup>304</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.p.60

<sup>305</sup> **Nota:** Hans Welzel ainda traz a Informação que o conceito de ação de Puffendorf desenvolvido na “Teoria da Imputação” do Direito Natural “foi Introduzido na ciência jurídico-penal por J.S. Fr.von Böhmer (1704-1772) e constituiu o fundamento da dogmática penal até o começo do século XIX”. Ver em: WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. *Op. Cit.* p.60.

ação humana como qualquer movimento proveniente de um homem, mas somente aquele que fosse dirigido pelas específicas capacidades humanas, ou seja, o intelecto e a vontade. Somente os efeitos produzidos por esses atos dirigidos poderiam ser atribuídos ao autor como tendo sido cometidos por ele.

Welzel ainda aponta como fonte da sua teoria finalista a Psicologia do Pensamento, influenciada principalmente pela obra *Grundlagen der Denkpsychologie* (Fundamentos da psicologia do pensamento) do filósofo Richard Höningwald, mas também pelos psicólogos Karl Bühler, Theodor Erismann, Wilhelm Peters e Erich Jaensch e pelos fenomenólogos P. F. Linke e Alexander Pfander. Conforme Welzel<sup>306</sup>, todos esses autores, “promoveram uma ruptura com a antiga psicologia mecanicista, de elementos e associações e evidenciaram uma forma de realização dos atos anímicos que não era causal-mecânica”. Considerando a afirmação de Welzel<sup>307</sup>, conclui-se que o sistema finalista foi fortemente influenciado por correntes filosóficas ontologicistas, fenomenológicas e jusnaturalistas. Para o penalista alemão, o legislador estaria vinculado por realidades ônticas preexistentes e por estruturas lógico-reais, que não poderiam ser olvidadas pelo Direito.

Outra influência atribuída à teoria finalista de Hans Welzel é a doutrina da ação de Nicolai Hartmann<sup>308</sup>, em que ele nega no prólogo da quarta edição do seu livro “*O Novo Sistema Jurídico-Penal – Uma introdução à doutrina da ação finalista*”. Segundo Cerezo Mir<sup>309</sup>, a pouca clareza da estrutura da ação na ética de Nicolai Hartmann em sua obra “*Ética e problema do ser espiritual*” (*Ethik und problem des geistigen Seins*), levou Welzel a reformular o seu pensamento em seu livro de 1935, “*Naturalismo e filosofia dos valores no Direito Penal*” (*Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*), passando a utilizar a expressão “finalidade” ao invés da expressão “intencionalidade de sentido”.

---

<sup>306</sup> WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico- Penal. Uma Introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução Luiz Regis Prado. São Paulo: Centauro, 2002.p.12.

<sup>307</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel **Curso de derecho penal: parte general I**. *Op. Cit.* p.236

<sup>308</sup> WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico- Penal. Uma Introdução à doutrina da ação finalista**. *Op. Cit.* p.11.

<sup>309</sup> CEREZO MIR, José. **Derecho penal: parte general**. Madrid: Editorial IBdeF, 2008.p. 327, nota de rodapé de número 18.

Paulo Busato<sup>310</sup> aponta que justamente a afirmação de Hans Welzel, ao criticar a teoria dos valores de Hartmann, comprova “a coincidência de base entre ambas as teorias”. Reinhart Maurach<sup>311</sup> também afirma que o finalismo de Welzel teve por origem tanto a filosofia do pensamento de Richard Höningwald, como o pensamento de Nicolai Hartmann. Por último, Claus Roxin<sup>312</sup> confirma a relação da teoria de Hans Welzel com a filosofia de Nicolai Hartmann.

Além disso, no Manual de Direito Penal, o próprio Hans Welzel assegura que a expressão “finalidade”, utilizada para caracterizar a ação como um acontecimento dirigido e causado voluntariamente, adveio de um empréstimo feito desse termo da obra de Nicolai Hartmann, no ano de 1935, durante a mencionada escrita do livro “*Naturalismo e filosofia dos valores no Direito Penal*”. De acordo com Welzel<sup>313</sup>:

Concluindo, uma observação pessoal: quando em 1935 tomei de Nicolai Hartmann (...) o nome "finalidade" para caracterizar a ação como um evento voluntariamente dirigido e causado (...)

Diante disso, é possível crer que Welzel<sup>314</sup> estaria negando a relação de sua teoria com a teoria de Nicolai Hartmann devido às ligações deste último com o Partido Nacional-socialista Alemão na década de 1930. Essa afirmação é baseada nas raízes autoritárias do sistema finalista da ação e o vínculo ideológico de Hans Welzel com as ideias defendidas na Alemanha na década de 1930, que foi denunciado de forma magistral por Monika Frommel e Jean Pierre Matus Acuña.

---

<sup>310</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**. *Op. Cit.* p.17, nota de rodapé de número 59.

<sup>311</sup> MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**, v.1, trad. Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimore Gibson, Ed. Astrea, 1994. p.255

<sup>312</sup> **Sobre isso afirma Claus Roxin:**“(...) empleando los análisis dedicados a la estructura de la acción por Nicolai Hartmann, Welzel Intenta situar la estructura ontológica de la acción en el punto central del sistema del Derecho penal. “ver em: ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. *Op. Cit.* p.239

<sup>313</sup> **Tradução livre do original:** “Concluyendo, una observación personal: cuando yo en el año 1935 tomé de Nicolai Hartmann (...) el nombre “finalidad” para caracterizar la acción como un acontecimiento dirigido y encauzado voluntariamente (...)” ver em: WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. *Op. Cit.* p.58.

<sup>314</sup> **Nota:** sobre as raízes autoritárias do sistema finalista do delito, recomenda-se a leitura dos artigos de Monika Frommel e Jean Pierre Matus Acuña, as quais não caberia discorrer de forma mais pormenorizada no presente trabalho: **ver em:** FROMMEL, Monika. Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción. **Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Tomo XLII, Fasc. II, Mayo Agosto, 1989 e MATUS ACUÑA, Jean Pierre, **Nacionalsocialismo Y Derecho Penal**. Apuntes Sobre El Caso De H. Welzel. Un Homenaje Tardío a Joachim Vogel. (National Socialism and Criminal Law. Notes on the Case of H. Welzel. A Belated Tribute to Joachim Vogel), 2014

Portanto, tendo por base as críticas de Paulo Busato, Monika Frommel e Jean Pierre Matus Acuña<sup>315</sup>, afirma-se que a negação de Welzel sobre seu vínculo intelectual com Nicolai Hartmann, após quase três décadas de absoluto silêncio, decorre de motivos muito mais profundos do que a sua afirmação de que “na ciência deveria ter importância apenas o conteúdo da verdade de uma afirmação e não a sua origem”.<sup>316</sup>

Retomando o conceito de ação finalista, Welzel<sup>317</sup> considera como um exercício de uma finalidade, isto é, a ação é um acontecer final e não puramente causal. Essa finalidade é baseada no fato de o homem poder prever, dentro de certos limites e graças ao seu saber causal, as possíveis consequências das suas condutas.

De acordo com Hans Welzel<sup>318</sup>, assim é definido o conceito de ação humana e a sua relação com o conceito de atividade final:

A ação humana é o exercício da atividade final. A ação é, portanto, um evento "final" e não apenas "causal". A "finalidade", ou o caráter final da ação, baseia-se no fato de que o homem, graças ao seu conhecimento causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis consequências de sua conduta, atribuir-se, portanto, fins diversos e sua atividade, de acordo com um plano, para atingir esses fins.

Grças ao seu conhecimento causal prévio, ele pode dirigir seus vários atos de maneira a orientar o evento causal externo para um fim e, em última análise, dominá-lo. A atividade final é uma atividade conscientemente dirigida de acordo com o fim, enquanto o evento causal não é dirigido de acordo com o fim, mas é o resultado causal da constelação de causas existentes em cada momento.

---

<sup>315</sup> **Nota:** tratei sobre esse tema no seguinte artigo: ARRAES, Rhayssam. **O Direito Penal nos tempos do nacional-socialismo: uma breve análise das Influências autoritárias no pensamento de Hans Welzel.** In: BUSATO, Paulo César; SÁ, Priscilla Placha (coord.). **Autoritarismo e controle social punitivo.** São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p.75-89.

<sup>316</sup> WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico- Penal. Uma Introdução à doutrina da ação finalista.** *Op. Cit.* p.11.

<sup>317</sup> WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico- Penal.** Uma Introdução à doutrina da ação finalista. Tradução Luiz Regis Prado. São Paulo: Centauro, 2002. p. 27

<sup>318</sup> **Os trechos são traduções livres do** original: “La acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por tanto, un acontecer "final" y no solamente "causal". La "finalidad", o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines. Gracias a su saber causal previo puede dirigir sus diversos actos de modo que oriente el suceder causal externa a un fin y lo domine finalmente. Actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función del fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es la resultante causal de la constelación de causas existente en cada momento. Ver em: WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal – Una Introducción a la doctrina de la acción finalista.** Buenos Aires: Editorial B de F., 2004.p.41

Hans Welzel colocou a ação humana no centro da teoria do delito a partir de uma análise ontológica e ao abandonar o pensamento logicista que o precedeu, fazendo oposição ao conceito causal de ação, especialmente no que se refere à separação entre a vontade e seu conteúdo, ao criar o conceito final de ação. Dentro do conceito de ação, a vontade se tornou o seu elemento pinacular, em uma posição diametralmente oposta ao conceito causalista em que havia apenas uma voluntariedade na ação que era analisada mediante elementos externos.

Hans Welzel<sup>319</sup> critica a ação causal porque a considerara como inapropriada para a compreensão do delito culposo e por diluir o conceito de vontade em sua estrutura, tornando-a um mero ato de voluntariedade qualquer que desencadeia um processo causal. Desse modo, a voluntariedade e a finalidade são diferenciadas pelo fato de a voluntariedade ser “um mero movimento corporal e as suas consequências no mundo exterior (processo causal), sem levar em consideração se o autor queria ou se ao menos poderia prever o resultado”.<sup>320</sup> Foi essa a constatação que levou Hans Welzel<sup>321</sup> a proferir a sua célebre frase, “a finalidade é ‘vidente’; a causalidade é ‘cega’.” “A ação não é só conduzida por uma vontade qualquer, mas uma vontade específica, dirigida a um objetivo previamente considerado pelo homem.”<sup>322</sup>

Essa frase se relaciona ao fato de a finalidade para Welzel consistir em uma atividade dirigida conscientemente pelo homem em função do fim e é ela quem orienta o acontecer causal. A vontade está no centro da ação final para Welzel, pois a finalidade baseia-se em uma pessoa, com a sua capacidade de vontade, prevendo, com certos limites, as consequências da sua intervenção no fluxo causal e dirigindo-o conforme um plano à consecução de um fim.

Se assim não o fosse, estar-se-ia diante de um processo causal totalmente cego. Por esse motivo, a vontade final é o fator que configura o acontecer real e, por isso mesmo, pertence à ação.<sup>323</sup> Essa forma de analisar a vontade, como intenção integrante da própria ação típica ao invés de analisá-la na culpabilidade, foi a grande

---

<sup>319</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. *Op. Cit.* p.63.

<sup>320</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. *Op. Cit.* p.61

<sup>321</sup> WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal – Una Introducción a la doctrina de la acción finalista**. *Op. Cit.* p.41.

<sup>322</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**. *Op. Cit.* p.18

<sup>323</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria geral do delito: uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira**. *Op. Cit.* 81 também nesse sentido: LUZÓN PEÑA. Diego-Manuel **Curso de derecho penal: parte general I**. *Op. Cit.* p.236-237.

contribuição do finalismo que segue até hoje dominante em termos de distribuição das categorias que compõem o delito, consoante Paulo César Busato.<sup>324</sup>

Nesse sentido, a lição de Hans Welzel<sup>325</sup> acerca do conceito de finalidade:

Dado que a finalidade se baseia na capacidade da vontade de prever, dentro de limites, as consequências do processo causal e, em face disso, ela é dirigida a um plano para a concretização do fim, é a vontade consciente do fim que rege o acontecer causal, ela é a coluna vertebral da ação final.

O acontecer causal é resultante das inúmeras causas existentes em cada situação fática, logo Welzel<sup>326</sup> vê a ação como pertencente à categoria do ser e não como um conceito jurídico, muito embora ele afirme que “o direito deve também partir desse conceito causal “ontológico”, não havendo uma causalidade jurídica especial, pois todos os cursos causais também são juridicamente relevantes.”

Justamente pelo fato de nem todos os cursos causais serem relevantes, o conceito final de ação se enquadra somente às situações que revelam uma expressão de finalidade. Percebe-se aqui uma distinção entre o fato natural (determinado pela clássica relação de causalidade) e a ação humana (determinada pela vontade do indivíduo dirigida a um fim)<sup>327</sup>. Por esse motivo, deduz-se que para Welzel<sup>328</sup>, a “ação humana é exercício de uma atividade final”.

Na mesma direção, Claus Roxin<sup>329</sup> leciona que a finalidade, ou caráter final da ação, na teoria finalista da ação se baseia no fato de o homem, graças ao saber causal, prever as possíveis consequências de suas ações em certa medida e também estabelecer previamente objetivos que orientam a sua atuação externa. A “atividade final se torna uma produção consciente de efeitos partindo de um objetivo

<sup>324</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem.** *Op. Cit.* p.21

<sup>325</sup> **Tradução livre de:** “Da die Finalität auf der Fähigkeit des Willens beruht, in bestimmtem Umfange die Folgen des kausalen Eingreifens vorauszusehen und dadurch dieses zur Zielerreichung hin planvoll zu steuern, ist der zielbewußte, das kausale Geschehen lenkende Wille das Rückgrat der finalen Handlung. WELZEL, Hans. **Das Deutsches Strafrechts.** Berlin: De Gruyter, 1958. pp. 28-29.

<sup>326</sup> **Tradução livre do original:** “El derecho tiene que partir también de este concepto causal “ontológico”; no existe una causalidad jurídica especial (no todos los cursos causales, eso sí, son también jurídicamente relevantes).” Ver em: WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general.** *Op. Cit.* p.66

<sup>327</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem.** *Op. Cit.* p.20

<sup>328</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general.** *Op. Cit.* p.51

<sup>329</sup> A citação é uma tradução livre do seguinte trecho original, em cuja página se encontram as demais ideias presentes nesse parágrafo: “Actividad final es una producción consciente de efectos partiendo de un objetivo, la cual, supradetermina finalmente el curso causal externo”. Ver em: ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general.** *Op. Cit.* p.239

que determina finalisticamente o curso causal externo”. Para complementar, torna-se premente lembrar que assim como o conceito de ação, a finalidade em si também é considerada como um conceito ontológico por Hans Welzel. Dessa forma, vale a citação trazida por Wilhelm Gallas:<sup>330</sup>

A finalidade, ensina Welzel, “é um conceito ontológico, como o de causalidade”, é “uma lei objetiva da estrutura do ser e da ação humana”. Na finalidade encontramos a expressão e a capacidade própria do homem de “antecipar mentalmente as possíveis consequências de sua intervenção causal... e, assim, direcionar a sua atividade no mundo”.

Vistos os conceitos de ação e finalidade e consonância com Hans Welzel, observa-se como ambos se relacionam quando ocorre o direcionamento final de uma ação. Conforme a teoria<sup>331</sup> finalista da ação, a direção final de uma ação acontece em duas fases. A primeira é uma fase que ocorre completamente na esfera do pensamento do agente, sendo uma fase subjetiva. Essa fase é subdividida em três etapas menores:

1. antecipação do fim que o agente quer realizar (objetivo pretendido)<sup>332</sup>
2. seleção dos meios adequados para a consecução do fim (meios de execução). Ou seja, o autor com o seu saber causal analisa o fim que pretende chegar e “retrocede” mentalmente as etapas necessárias para cumprir o seu intento.<sup>333</sup>
3. consideração dos efeitos concomitantes relacionados à utilização dos meios e o propósito a ser alcançado (as consequências da relação meio/fim).<sup>334</sup>

Em segundo lugar, em uma esfera objetiva, de acordo com a antecipação mental do fim e a escolha dos meios, somados com o cômputo do cálculo dos efeitos concomitantes, o autor efetua a sua ação no mundo real.<sup>335</sup> “O autor se põe em movimento segundo um plano, os meios de ação (fatores causais) escolhidos anteriormente e o resultado é o fim, junto com os efeitos concomitantes que decorrem da

---

<sup>330</sup> Tradução livre do original: “La finalidad, enseña Welzel, “es un concepto ontológico, como el de causalidad”, es “una ley objetiva de estructura del ser, y del actuar humano”. En la finalidad encuentra su expresión la capacidad propia del hombre de “antecipar mentalmente las posibles consecuencias de su Intervención causal...y de esta manera, dirigir su actividad en el mundo”. Ver em: GALLAS, Wilhelm. **La teoría del delito en su momento actual**. Buenos Aires: Editorial B de f, 2018.p.35.

<sup>331</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. *Op. Cit.* p.54

<sup>332</sup> WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico- Penal**. *Op. Cit.* 28.

<sup>333</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. *Op. Cit.* p.54

<sup>334</sup> BITENCOURT. Cezar Roberto. **Teoria geral do delito: uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira**. *Op. Cit.* 82

<sup>335</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. *Op. Cit.* p.55



sua conduta”.<sup>336</sup> Essa segunda etapa ocorre no mundo real. É um “processo causal na realidade, sobredeterminado pela definição do fim e dos meios na esfera do pensamento, na medida em que se consegue a sobredeterminação final no mundo real”.<sup>337</sup> Entretanto, se por qualquer motivo não se produz o resultado ou não ocorre o domínio final, ação será apenas tentada.<sup>338</sup>

Com base nessas duas etapas, é possível chegar a algumas conclusões. Primeiramente, que a finalidade compreende as consequências que o autor julga estarem relacionadas à obtenção do fim que ele deseja e aquelas que previa como possíveis de ocorrer, que de fato viessem a se realizar. Em um segundo momento, para Welzel<sup>339</sup>, observa-se que todos os resultados que o autor prevê que são possíveis, mas que ele acredita sinceramente que não possam se realizar, não são imputados ao autor por não pertencerem à finalidade que ele pretendia.

Em concordância com essas conclusões, Hans Welzel assevera que não existem ações finais “em si” ou “absolutas”, somente em relação às consequências que foram previstas pela vontade de se realizar um fim. É relevante ressaltar que o finalismo não foi uma proposta acabada, mas fruto de um processo de adaptação e evolução realizado por outros autores, tendo por base as proposições de Hans Welzel. Inclusive, o próprio Welzel adaptou o conceito de ação ao longo do desenvolvimento de sua teoria finalista da ação.

Como dito, Welzel<sup>340</sup> articulava que a ação era o “exercício de atividade final”, que objetivava deixar claro que o dolo fazia parte do próprio conceito de ação. No mesmo momento, a ação culposa constituía “uma forma de ação independente: que permite integrar ambas as formas de ação sob um supra conceito, que é justamente a finalidade. Se na ação dolosa - atividade final efetiva - aparece como um elemento configurador (finalidade atual), na atividade culposa – atividade final possível - só representa um momento da relação (finalidade potencial)”.

---

<sup>336</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. *Op. Cit.* p.55

<sup>337</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. *Op. Cit.* p.56

<sup>338</sup> WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal – Una Introducción a la doctrina de la acción finalista**. *Op. Cit.* p.26-27.

<sup>339</sup> WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal – Una Introducción a la doctrina de la acción finalista**. *Op. Cit.* p.27-28

<sup>340</sup> Nota: a citação de Hans Welzel nos é trazida por Paulo César Busato e aqui reproduzida em *Ipsis Literis*. Ver em: BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**. *Op. Cit.* p.21

Entretanto, essa conceituação da ação culposa se mostrou insuficiente, porque seria impossível manter sob a égide da teoria finalista um único de ação que abarcasse as modalidades dolosa e culposa do delito, já que as finalidades do delito culposo são diferentes das finalidades do delito doloso. Isso porque no delito culposo o agente pretende uma finalidade que não seria juridicamente reprovável. Outro problema decorrente, é o fato de não poder punir o agente por uma finalidade, que não foi pretendida por ele ou sequer concebida por ele.<sup>341</sup>

O problema do finalismo para explicar as ações culposas levou, inclusive, Welzel<sup>342</sup> a prescindir completamente do resultado, isto é, da finalidade, para levar em consideração apenas a ideia de “controle”, trocando o conceito de ação finalista (*finaler Handlung*) pelo de ação cibernética (*kybernetischer Handlung*). Com isso, o controle pela vontade é o que realmente importa, que exista um evento controlado e dirigido pela vontade, fenômeno presente na ação dolosa e culposa.

Como tentativa de superar as dificuldades advindas do sistema finalista do delito, surgem outras propostas dogmáticas, que serão expostas de forma breve a seguir. Partindo da proposta de encontrar um conceito unitário de ação que abarcasse as modalidades dolosa e culposa, vários autores se lançaram ao desafio de reformar os conceitos criados por Welzel. Dentre aqueles que contribuirão com proposições nesse sentido, tem-se Reinhart Maurach e Günther Stratenwerth.

### 3.1.3.1 O conceito jurídico penal de ação para Reinhart Maurach

Dentre os seguidores de Hans Welzel, destaca-se o autor alemão Reinhart Maurach<sup>343</sup>, que concebe a ação humana como “a base comum a todos os delitos”, independentemente de serem dolosos ou culposos. A ação é um conceito anterior ao próprio conceito de delito, muito embora não fosse um conceito pré-jurídico ou extrajurídico.

---

<sup>341</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem.** *Op. Cit.* p.21

<sup>342</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem.** *Op. Cit.* p.22

<sup>343</sup> MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**, Tomo I. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962.p.177

Com isso, a ação é vista como um fenômeno jurídico-penal que desempenha a sua função antes do tipo. A ação é um pressuposto para a existência da tipicidade e base para o delito como um todo.<sup>344</sup>

Para Maurach<sup>345</sup>, a ação deve ser considerada desde o ponto de vista do direito, que leva a uma extensão do conceito de ação condicionada às exigências dele, ou seja, a partir de uma visão naturalística, assim como o direito deveria considerar a ação o “fazer ativo consciente do fim” ele também precisa considerar a “ação por omissão”, que seria um conceito puramente jurídico.

Reinhart Maurach continua com a tradição de Hans Welzel no que se refere à adoção da vontade como elemento central da ação humana. Porém, Maurach, nas palavras de Juarez Tavares,<sup>346</sup> “simplifica o decorrer progressivo da conduta em duas etapas: uma, intelectual-volitiva, representada pela vontade no tocante ao objetivo pretendido; outra, de percepção fenomênica, resultante da realização da vontade no mundo exterior (manifestação da vontade).

Imediatamente, percebe-se que Maurach não inclui o resultado no conceito de ação que ele propõe, considerando-o uma mera consequência da conduta e, com isso, abrangendo os crimes culposos em seu conceito de ação em consonância com Welzel e as proposições que superaram a dificuldade da ação causal-natural em explicar os crimes culposos. A análise se o delito ocorreu de forma não dolosa (culposa) ou dolosa deve ser feita no âmbito da tipicidade. Sobre isso, Reinhart Maurach<sup>347</sup> afirma:

Sem prejuízo da controvérsia em torno da essência da ação e a existência de um conceito de ação jurídico especial, ou mesmo jurídico especificamente penal, há consenso de que a ação, embora deva ocupar seu lugar sistemático na construção geral do crime, deve tê-la fora, e antes, da bifurcação dos atos puníveis em dolosos e não dolosos e, portanto, também fora da teoria do tipo.

A grande divergência de Reinhart Maurach com relação a Hans Welzel se acontece no âmbito dos crimes omissivos. Para explicá-los, ele rompe com uma

<sup>344</sup> MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. *Op. Cit.* p.188, nota de rodapé número 02.

<sup>345</sup> MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. *Op. Cit.* p.177

<sup>346</sup> TAVARES, Juarez. **Teorias do delito – Variações e Tendências**. *Op. Cit.* p.59

<sup>347</sup> **Tradução livre do original:** “Sin perjuicio de la polémica en torno a la esencia de la acción y a la existencia de un concepto especial jurídico, o incluso específicamente juridicopenal, de acción, existe acuerdo en que la acción, si bien ha de ocupar su lugar sistemático dentro de la construcción general del delito, lo ha de tener fuera, y antes, de la bifurcación de los hechos punibles en dolosos y no dolosos, y por lo tanto fuera también de la teoría del tipo.” Ver em: MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. *Op. Cit.* p.187

análise puramente ôntica da ação e inclui no próprio conceito de ação elementos normativos. O sentido da ação é complementado a partir de elementos do mundo dos valores.<sup>348</sup> Nas palavras de Maurach<sup>349</sup>:

A comissão e a omissão consistem em uma expressão da cogitatio; no caso da comissão, isto pode ser constatado do ponto de vista das ciências naturais; ao contrário, no caso da omissão somente é possível fazê-lo do ponto de vista normativo: o autor (independente do que tenha ou não querido) não fez aquilo que se esperava dele. Em ambos os casos, a teoria da ação é prévia à teoria do tipo, pode ser separada dela e serve em forma antecipada à sua elaboração: o tipo é uma ação tipificada pelo direito penal é predominantemente relacionada com um resultado típico.

Por esse motivo, Juarez Tavares<sup>350</sup> assegura que o finalismo, a partir de Maurach, “perde também definitivamente o seu aspecto inicial e passa a considerar a ação, não mais no sentido puramente ontológico, mas agora como categoria complexa ontológico-normativa”. O conceito de ação proposto por Hans Welzel também foi objeto de novas proposições por Günther Stratenwerth, outro autor alemão seguidor da corrente finalista na teoria do delito. É o que veremos a seguir.

### 3.1.3.2 O conceito jurídico penal de ação para Günther Stratenwerth

Günther Stratenwerth mantém a vontade no centro do seu conceito de ação, entretanto ele elabora um conceito de ação humana para cada modalidade de cometimento do delito. Ou seja, ele apresenta um conceito de ação para a ação comissiva, outro para as omissões, outro para as ações dolosas e outro para as ações culposas.

A proposta de Stratenwerth<sup>351</sup> se deve ao fato de o finalismo não conseguir encontrar o substrato que fosse comum a todas as formas de conduta por meio de um conceito genérico de ação. Por exemplo, ao diferenciar a ação da omissão, ele

<sup>348</sup> TAVARES, Juarez. **Teorias do delito – Variações e Tendências**. *Op. Cit.* p.63

<sup>349</sup> **Tradução livre do original:** “La comisión y la omisión consisten en una expresión de la cogitatio; en el caso de la comisión, esto puede ser constatado desde el punto de vista de las ciencias naturales; en cambio, en el caso de la omisión sólo es posible hacerlo desde un punto de vista normativo: el autor (independiente de lo que haya o no querido) no hizo aquello que se esperaba de él. En ambos casos, la teoría de la acción es previa a la teoría del tipo, puede ser separada de ella y sirve en forma anticipada a su elaboración: el tipo es una acción tipificada por el derecho penal y predominantemente relacionada con un resultado típico”. Ver em: MAURACH, Reinhart e ZIPF, Heinz. **Derecho Penal: parte general - teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible**. *Op. Cit.* p. 242-243

<sup>350</sup> TAVARES, Juarez. **Teorias do delito – Variações e Tendências**. *Op. Cit.* p.63

<sup>351</sup> STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal: parte general, I: el hecho punible**, 1ª ed, 4ª Reimpresión, Buenos Aires: Hammurabi, 2005.p.115-117

não reduz o conceito de delito omissivo a um mero “não fazer ou a um não evitar o resultado”. Pelo contrário, é o conceito de ação que configura nos casos omissivos o fundamento do delito. Para Günther Stratenwerth<sup>352</sup>, a omissão é considerada como sendo “a inobservância de uma obrigação de atuar” e, por esse motivo, somente poderia ser cometida por uma pessoa que estivesse obrigada a atuar e não o fez.

É interessante observar que Stratenwerth<sup>353</sup> diverge da teoria finalista clássica ao afirmar que o foco da desvalorização não reside na relação entre a ação e o resultado, mas na capacidade do agente em conduzir o fluxo causal. Por esse motivo, o penalista alemão assegura que “a direção final não se reduz a atos voluntários conformados racionalmente”, introduzindo dessa maneira o conceito de “finalidade inconsciente” ou “finalidade dissociada da consciência do resultado”.

É por esse motivo que nos delitos imprudentes ou culposos existe “o fato de que não se cumpre a ação devida”<sup>354</sup>, porém como não há uma ação cometida pelo agente, essa omissão é comparada com uma ação real ao se “perguntar se o autor era capaz de realizá-la”<sup>355</sup> para evitar que o resultado causal ocorresse. Nesse sentido, Stratenwerth destaca que há cursos de conduta automatizados, por exemplo, a do condutor ao dirigir um automóvel e realiza várias ações individuais. O ato de dirigir ocorre de forma não consciente, automatizada e, no caso de um acidente, as manobras defensivas que ele faz também são automáticas. Caso houvesse alguma morte ou lesão corporal decorrente desse acidente, diz respeito à finalidade “potencial”, não a real, e configura o fundamento e o limite externo da imputação penal.<sup>356</sup>

Convém destacar que as dificuldades advindas do sistema finalista do delito em explicar determinadas classes de delitos levaram ao surgimento de outras propostas dogmáticas que, brevemente, são expostas a seguir.

---

<sup>352</sup> STRATENWERTH, Günther. **Derecho penal: parte general, I: el hecho punible**, 1ª ed, 4ª Reimpresión, Buenos Aires: Hammurabi, 2005.p.115-117

<sup>353</sup> **Nota:** a citação de Stratenwerth nos é trazida por Paulo César Busato. Ver em: BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**. *Op. Cit.* p.22

<sup>354</sup> STRATENWERTH, Günther. **Derecho penal: parte general, I: el hecho punible**. *Op. Cit.* p.23

<sup>355</sup> STRATENWERTH, Günther. **Derecho penal: parte general, I: el hecho punible**. *Op. Cit.* p.23

<sup>356</sup> STRATENWERTH, Günther. **Derecho penal: parte general, I: el hecho punible**, 1ª ed, 4ª Reimpresión, Buenos Aires: Hammurabi, 2005.p.115.

### 3.1.4 O conceito de ação na Teoria Social da Ação

Como uma tentativa de apresentar uma solução intermediária entre os conceitos causal e final de ação, em 1932, surge a proposta da Teoria Social da Ação, fruto das pesquisas de Eberhard Schmidt<sup>357</sup>, que retirou do conceito causal de ação a excessiva influência do positivismo naturalista. Na visão do autor, a ação é um conceito valorado em face do seu sentido social. Esse sentido social, vinculado à comunhão social, é um juízo de valor sobre a conduta e é o único critério que de fato interessa ao Direito Penal para a valoração da ação. Portanto, a teoria social da ação busca uma síntese entre o comportamento humano e o mundo circundante, sendo a ação todo comportamento socialmente relevante.<sup>358</sup>

A relevância social da conduta humana é o elemento central para a identificação da ação na Teoria Social da Ação e, para essa identificação, é essencial o elemento sociológico, que permite ao magistrado cobrir a lacuna entre a realidade social e a realidade jurídica. A saber, tanto a ação como a omissão são comportamentos socialmente relevantes que se enquadram nessa síntese entre o comportamento humano e o mundo circundante. Toda conduta é socialmente relevante, pois afeta a relação do indivíduo com o seu meio e constitui um juízo de valor no campo social, segundo as suas consequências desejadas ou não.<sup>359</sup> Vale lembrar que, muito embora o conceito social de ação tenha sido proposto como superação aos paradigmas finalista e causalista, ele possui várias vertentes, algumas defendendo o finalismo e outras defendendo o causalismo. Esse fato levou Reinhart Maurach<sup>360</sup> a afirmar:

A teoria social da ação nos é apresentada em inúmeras variantes, de modo que se torna duvidoso se é possível falarmos de uma posição unívoca ou se, ao contrário, é necessário distinguir várias teorias sociais da ação.

Segundo Hans Heinrich Jescheck<sup>361</sup>, a finalidade é o elemento central da ação, pois é justamente a capacidade de conduzir processos causais que fundamen-

<sup>357</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**. p.111

<sup>358</sup> JESCHECK, Hans- Heinrich **Tratado de Derecho penal: Parte general**. *Op. Cit.* p.201

<sup>359</sup> WESSELS, Johannes. **Direito penal: parte geral: aspectos fundamentais**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1976.p.22

<sup>360</sup> **Tradução livre do original**: “La teoría social de la acción se nos presenta en numerosas variantes, de manera que llega a ser dudoso si es posible hablar de una posición unívoca o si, por el contrario, es preciso distinguir diversas teorías sociales de la acción.” Ver em: MAURACH, Reinhart e ZIPF, Heinz. **Derecho Penal: parte general - teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible**. *Op.cit.*p.261

<sup>361</sup> JESCHECK, Hans- Heinrich **Tratado de Derecho penal: Parte general**. *Op. Cit.* p.200

ta a posição do homem na natureza. Entretanto, a finalidade não é suficiente para explicar a conduta omissiva, uma vez que ela não é avaliada a partir de uma causalção no mundo, mas conforme as normas do Direito. De acordo com Hans Jescheck, em uma síntese do exposto: “se entende por comportamento toda resposta do homem a uma exigência situacional reconhecida, ou ao menos reconhecível, mediante a realização de uma possibilidade de reação, de que dispõe graças a sua liberdade”.

Para Johaness Wessels<sup>362</sup>, a Teoria Social da Ação representa uma saída conciliadora entre uma pura consideração ontológica e a normativa. O autor define:

(...) Ação no sentido do Direito Penal, é de acordo, com esta construção aqui representada, a conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana. Este conceito se associa, na vontade da ação e na sua manifestação, à estrutura pessoal da conduta e, com isso, aos dados ontológicos. Igualmente oferece a possibilidade de compreender o conteúdo de sentido social do acontecimento, em seu integral significado objetivo, sob a consideração do fim subjetivo do autor e da expectativa normativa de conduta da comunidade jurídica.

Como se observa, há contraste entre a Teoria Social da Ação e o Conceito Final de Ação. Para Schimidt, o conceito final de ação errou ao determinar o sentido da ação de forma unilateral em função da vontade individual, ao invés de o fazer sob o ponto de vista social. Argumento que Welzel<sup>363</sup> respondeu assegurando que “o sentido social de uma ação se determina não só pelo resultado, mas também pela direção da vontade que o autor emprega na ação. Nenhuma doutrina da ação pode negar este fato”.

Todavia, a maioria dos defensores da Teoria Social da Ação declara que ela superou a antítese entre finalismo e causalismo ao considerar que a direção da ação não termina na causalidade e na determinação individual, incluindo os conceitos final e causal de ação. Sobre o conceito finalista da ação, Wessels<sup>364</sup> sustenta que:

Enquanto os finalistas querem tirar, todavia, da estrutura ontológica do agir deduções finais coercitivas para a teoria do crime, desenvolvida a partir do conceito de ação, a teoria social evita qualquer assentamento prematura nesse sentido. Sua reflexão se mostra exatamente em que ela pode compreender o conteúdo de sentido da conduta humana relevante para o Direito Penal em suas variadas formas de aparecimento, sem exigir que se associe a construção da teoria do crime, desde o princípio a um determina sistema(...)

---

<sup>362</sup> WESSELS, Johannes. **Direito penal: parte geral: aspectos fundamentais**. *Op.cit.* p.22

<sup>363</sup> WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal – Una introducción a la doctrina de la acción finalista**. *Op.cit.* p.39

<sup>364</sup> WESSELS, Johannes. **Direito penal: parte geral: aspectos fundamentais**. *Op.cit.* p.22

No que tange o conceito causal-naturalista de ação e a superação pela Teoria Social da Ação, Johannes Wessels<sup>365</sup> garante:

Ao contrário do conceito causal, de orientação demasiadamente parcialista, o conceito social de ação corresponde por sua própria natureza ao fim específico e ao caráter fragmentário do Direito Penal, pois, com o critério da relevância social, se determina já no setor da conduta o que interessa ao julgamento jurídico-penal.

O conceito de ação dentro da Teoria Social da Ação foi o produto de uma evolução. Primeiramente, Ebhard Schmidt a definiu como “uma conduta arbitrária para com o mundo social externo”. Esse conceito foi sendo alterado ao longo do tempo. Para Karl Engisch<sup>366</sup>, a ação é “a causação voluntária de consequências calculáveis e socialmente relevantes”, ao passo que para Friedrich-Christian Schroeder a ação “deve compreender-se um movimento corporal dominado pela vontade”

No entanto, essas conceituações de ação ainda se aproximavam de um conceito causal. Foi apenas com Maihofer<sup>367</sup> que ocorre um distanciamento do causalismo ao definir a ação como “todo comportamento objetivamente dominável dirigido a um resultado social objetivamente previsível”. Em um último momento, foi com Maurach, Jescheck e Wessels que o conceito de ação se aperfeiçoou em sua forma final. Por exemplo, Johannes Wessels<sup>368</sup> conceitua a ação como “a conduta socialmente relevante, dominada, ou dominável pela vontade humana”, ao passo que Hans Jescheck<sup>369</sup> define a ação como um “comportamento humano socialmente relevante.”

Portanto, Wessels e Jescheck<sup>370</sup> incluem elementos sociais e finais em seus conceitos de ação, porque ambos os autores também valorizam a expressão de vontade do autor, como expressão de uma finalidade pretendida. Assim, a teoria social da ação distancia-se do naturalismo cientificista presente na teoria causal da ação ao colocar o atuar humano no centro da análise da ação. Enquanto a teoria finalista

---

<sup>365</sup> WESSELS, Johannes. **Direito penal: parte geral: aspectos fundamentais**. *Op.cit.* p.22

<sup>366</sup> WESSELS, Johannes. **Direito penal: parte geral: aspectos fundamentais**. *Op. Cit.* p.20 e MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**. *Op. Cit.* p.261

<sup>367</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Delitos cualificados por el resultado y causalidad**. Madrid: Ecera, 1990. p.121

<sup>368</sup> WESSELS, Johannes. **Direito penal: parte geral: aspectos fundamentais**. *Op. Cit.* p.22

<sup>369</sup> JESCHECK, Hans- Heinrich **Tratado de Derecho penal: Parte general**. *Op. Cit.* p.295-296

<sup>370</sup> MAURACH, Reinhart e ZIPF, Heinz. **Derecho Penal: parte general - teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible**. *Op. Cit.* p.267.



concebe a ação como um fenômeno humano interno, a teoria social concebe a ação a partir de um acontecimento na vida social comum.

Nota-se certa aproximação entre os conceitos social e final de ação ao considerar a definição de Reinhart Maurach<sup>371</sup>, para quem “uma ação em sentido jurídico-penal é uma conduta humana socialmente relevante, dominada ou dominável por uma vontade final e dirigida a um resultado.” A partir desse conceito, Maurach pretende satisfazer todas as funções atribuídas ao conceito de ação por meio de um supra conceito de ação que coloque a perspectiva causal fora da ação.

A Teoria Social da Ação sofreu fortes e inúmeras críticas, dentre elas destaca-se a imprecisão conceitual da ideia de relevância social. No escólio de Clara Vasconcelos Ribeiro<sup>372</sup>:

A primeira em relação à imprecisão conceitual da ideia de “relevância social”. Pois bem, o requisito da relevância social, entendida como a necessidade de que a conduta transcenda da esfera meramente individual do autor à do outro, é um requisito da tipicidade penal da conduta, mas não da conduta em si, que é conduta, embora não transcenda a ninguém. As ações puramente privadas, que não transcendem para ninguém, também são ações. Além disso, a definição de relevância social não é precisa, visto que a sua concepção é subjetiva, mudando de acordo com as influências culturais.

Seus teóricos deixam uma vastidão na extensão desse conceito de relevância social, prestando, inclusive a fenômenos acidentais e da natureza. A morte de uma pessoa provocada por um desabamento de barreiras, por exemplo, possui relevância social, na medida em que enseja o nascimento, modificação e extinção de direitos e obrigações, mas não constitui relevância penal propriamente dita.

Ao mesmo tempo, entretanto, não se pode negar a relevância social ao delito, mas deve-se recordar que tal qualidade é inerente a todos os fatos jurídicos, e não apenas aos pertencentes ao Direito Penal.

É preciso lembrar que no momento em que foi concebida a teoria social da ação, esta não ganhou a relevância que teria a partir da década de 1960, com a derrocada do finalismo de Hans Welzel. Paralelamente, ocorriam transformações no cenário dogmático penal alemão que levou a uma revolução propositiva pelas chamadas teorias funcionalistas do delito. É isso que se vê a seguir.

### 3.1.5 Breves considerações sobre o estudo da ação no período pós finalista.

<sup>371</sup> MAURACH, Reinhart e ZIPF, Heinz. **Derecho Penal: parte general - teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible**. *Op. Cit.* p.265 e 269.

<sup>372</sup> RIBEIRO, Clara Vasconcelos. **As Teorias da Ação no Direito Penal**. Artigo disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35962/as-teorias-da-acao-no-direito-penal>

Winfried Hassemer<sup>373</sup> declara que imperava o debate sobre a estruturação do delito na Alemanha pós Segunda Guerra Mundial, balizado pelos conceitos ontológicos e imutáveis. O grande debate ocorria entre os penalistas adeptos da teoria neokantiana, de matiz causal, representados por Edmund Mezger. E os penalistas da teoria finalista, representados por Hans Welzel. O debate sobre a ação atingiu píncaros nunca antes vistos. Francisco Munõz Conde<sup>374</sup> fala de “uma guerra civil entre, por e para os penalistas”.

Nesse momento, a proposta finalista de Hans Welzel<sup>375</sup> e as estruturas lógico-objetivas assumiram o proscênio do debate dogmático, sendo objeto de amplas discussões por causalistas e finalistas. Ao mesmo tempo, o debate político-criminal foi deixado de lado, uma vez que as lógico-objetivas, por pertencerem ao mundo do “ser”, não podem ser objeto de valoração, podendo apenas serem acolhidas ou não pelo legislador. Preponderava o chamado caráter avalorado (*Wertfreiheit*) da construção sistemática causal e final no âmbito da ação.<sup>376</sup>

Claus Roxin<sup>377</sup> assevera que é exatamente esse o ponto de contato entre as teorias causalista e finalista, muito embora uma se baseie na causalidade e a outra na finalidade, ambas são lastreadas em conceitos ônticos e naturalistas. No escólio de Claus Roxin<sup>378</sup>:

[...] a discussão entre “causalistas” e “finalistas”, que dominou a doutrina nos primeiros 25 anos do pós-guerra, caiu em grande medida no silêncio, e que ambas as concepções sistemáticas possuem somente um reduzido número de seguidores na Alemanha. Visto de uma retrospectiva histórico-dogmática, sobressaem mais as semelhanças do que as diferenças entre as duas teorias: ambas fundamentam o sistema jurídico penal em categorias ônticas, avaloradas, imunizadas de antemão contra objetivos sociais e político criminais.

No entanto, na década de 1970, a dogmática penal alemã sofreu uma “verdadeira revolução copernicana”, passando com a “moderna teoria dos fins da pena” a

---

<sup>373</sup> HASSEMER, Wilfred. **História das ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995.p.27.

<sup>374</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**. *Op. Cit.* p.35

<sup>375</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**. *Op. Cit.* p.35

<sup>376</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.p.78

<sup>377</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. *Op. Cit.* p.79

<sup>378</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. *Op. Cit.* p.79

questionar a função do Direito Penal à luz da política criminal, segundo preleciona Roxin<sup>379</sup>.

Essa revolução copernicana ocorreu devido ao fato de a teoria finalista da ação ter sofrido pesadas críticas que a fizeram, nas palavras de Claus Roxin<sup>380</sup>, “perder a importância que antes teve”. Roxin tece pesadas críticas à teoria final de Hans Welzel no que concerne à imprudência e aos crimes culposos, já que em ambos os casos o resultado é produzido de forma alheia à vontade do agente. Conforme a crítica de Roxin, a teoria finalista da ação não consegue abarcar os crimes omissivos, porque aquele que se omite não age de forma causal no que diz respeito ao resultado da sua omissão, não dirigindo nenhum curso causal e nem atuando de modo causal. Do mesmo modo, os delitos imprudentes não são explicados por Hans Welzel<sup>381</sup> de forma satisfatória, já que o agente não pretende o resultado alcançado. O seu atuar não pode ser considerado uma ação final.

Sendo assim, a teoria funcionalista passa a interpretar a ação de acordo com os fins da pena e do Direito Penal. É uma teoria normativa ao não considerar a ação como um conceito pré-jurídico, mas obtido à luz das normas e do Direito. A ação passa a ser entendida como um conceito juridicamente criado, porém deve ser orientado pela finalidade político criminais do Direito.<sup>382</sup>

Ocorre uma aproximação da dogmática penal e da política criminal, entendendo que a realização da política criminal não é uma tarefa exclusiva do legislador, mas também uma missão dos operadores do Direito, como os magistrados que vão executar o direito no caso concreto. Desse modo, o funcionalismo defende que a ação e os demais elementos do delito sejam desenvolvidos a partir da perspectiva político-criminal.<sup>383</sup>

É importante ressaltar que o funcionalismo possui várias vertentes que têm por base diversos pressupostos. Para os fins do presente trabalho, são brevemente analisados a seguir os conceitos de ação para Claus Roxin e para Günther Jakobs.

---

<sup>379</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. *Op. Cit.* p.217

<sup>380</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. tradução da 2ª. Edição alemã e notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Tomo I. Imprenta: Madrid, Civitas, 2008 p. 240.

<sup>381</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. *Op. Cit.* p.240-241

<sup>382</sup> OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et al. **Direito penal brasileiro. Parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p.228.

<sup>383</sup> OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et al. **Direito penal brasileiro. Parte geral**. *Op. Cit.* p.228.

### 3.1.5.1 O Conceito Personalista de Ação: a orientação político-criminal de Claus Roxin

Desde 1970, Claus Roxin<sup>384</sup> desenvolve o sistema funcionalista teleológico, ou como ele próprio enfatiza, “um sistema racional-final” do Direito Penal. Isto é, para Roxin, o Direito penal apresenta um caráter teleológico que serve de bússola para ele.<sup>385</sup> Diferente de Jakobs, que foi discípulo de Hans Welzel, Roxin<sup>386</sup> sempre foi um crítico do finalismo ao afirmar que essa teoria errou ao vincular a construção e a compreensão teórica do Direito Penal a critérios ontológicos em detrimento do que realmente deveria guiar de forma única e exclusiva a aplicação e a compreensão do Direito Penal: as suas finalidades político-criminais. Desse modo, concebendo um sistema distante dos reais problemas que deveriam ser enfrentados pela dogmática penal.

O normativismo apresenta-se como base no pensamento de Claus Roxin<sup>387</sup> e é manifestado por ele como “o primeiro passo na resolução de problemas na dogmática do Direito Penal”. Entretanto, esse normativismo deverá ser desenvolvido tendo-se por base o Direito, que é empírico. Por esse motivo, Roxin<sup>388</sup> propõe uma “dogmática cheia de dados empíricos”.

Porém, a ordenação dos dados empíricos apresentados pelo Direito depende exatamente de valorações político-criminais, motivo pelo qual a dogmática penal deve interpretar os dados empíricos a partir da política criminal.<sup>389</sup> Diante dessas valorações político-criminais que são escolhidos os bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal. Por isso, para Roxin, a função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos. E os bens jurídicos são assim conceituados por Claus Roxin:<sup>390</sup>

podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.

---

<sup>384</sup> **Nota:** sobre o desenvolvimento da teoria funcionalista de Claus Roxin recomenda-se a leitura da seguinte obra: ROXIN, Claus. **Política Criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

<sup>385</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. *Op. Cit.* p.203

<sup>386</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. *Op. Cit.* p.203

<sup>387</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. *Op. Cit.* p.62

<sup>388</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. *Op. Cit.* p.63

<sup>389</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. *Op. Cit.* p.223

<sup>390</sup> ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.p.18-19

Em uma perspectiva teórica, Roxin<sup>391</sup> baseia o seu sistema teleológico em uma reformulação das proposições do Neokantismo e do Neohegelianismo. Quanto ao neokantismo, ele supera as suas proposições ao substituir o conceito de “valores culturais” por um conceito mais definido e estável, ou seja, o de “bases político-criminais”, constituindo assim a “moderna teoria dos fins da pena”, que leva à construção da teoria da imputação objetiva.

Essa reformulação das proposições do Neokantismo já estava presente no trabalho de Roxin<sup>392</sup>, intitulado *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, em que ele afirma que a metodologia referida a valores do neokantismo tivesse tido por base a política criminal, esta teria conduzido o Sistema de Direito Penal a um novo patamar. Vale ressaltar que, a partir do sistema funcionalista, a ação perde o papel de destaque que ela desempenhava até então. Exemplo maior disso é o fato de Claus Roxin sempre ter mantido uma ideia de inutilidade absoluta do conceito de ação para a teoria do delito, no entanto, a impossibilidade de um conceito pré-jurídico de ação não leva necessariamente à impossibilidade de um conceito pré-típico de ação.<sup>393</sup>

Por esse motivo, Claus Roxin<sup>394</sup> mantém em seu Tratado o conceito de ação como elemento que precede a tipicidade e afirma que o conceito jurídico penal de ação deve ser pré-típico, pois é sobre o conceito de ação que deve haver a valoração típica e a incidência das demais valorações jurídico-penais. Nesse contexto, ele afirma que o conceito jurídico-penal de ação deve ser buscado na função sistemática do conceito de ação, ou seja, na ideia da ação como elemento de enlace.

A nomativização de conceitos ao lado da constatação de que o conceito de ação só pode atender as funções que lhe são exigidas fora do âmbito normativo levou Roxin<sup>395</sup> a defender uma falta de utilidade prática do conceito de ação e que o seu eventual desaparecimento não produzi diferenças para a solução dos problemas do delito. Todos os conceitos de ação são reputados como incapazes de contribuir com a evolução do Direito Penal, seja o conceito causal, final ou social da ação,

---

<sup>391</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. *Op. Cit.* p.203

<sup>392</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**, *Op. Cit.* p.136

<sup>393</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**, *Op. Cit.* p.136

<sup>394</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. *Op. Cit.* p.252

<sup>395</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**, *Op. Cit.* p.136

porque “o produto de um processo de abstração nunca pode conter mais do que o seu substrato”.<sup>396</sup>

Entretanto, Roxin<sup>397</sup> não defende o completo abandono do conceito de ação, simplesmente porque mesmo que se parta de uma análise que inicie na tipicidade ou no injusto, obrigatoriamente será necessário definir o que é ação. A isso, soma-se o fato que a interpretação do injusto como (des)valorização da ação e do resultado necessita da ação para essa valorização jurídica. Claus Roxin<sup>398</sup> defende o chamado “conceito pessoal de ação”, que ele admite que foi delineado pela primeira vez por Arthur Kaufmann, em 1966. Segundo o autor, esse conceito cumpre com a função de enlace, é um elemento base sobre o qual incidem as valorizações jurídicas e servem como elemento limite, ou seja, na definição do que é ou não uma ação para fins de Direito Penal.

De forma mais específica, para Claus Roxin<sup>399</sup>, a ação é definida como a união de elementos fáticos e normativos que são expressos pela personalidade do ser humano, integrando o seu aspecto anímico-espiritual. Tudo o que pode ser atribuído a um ser humano como produto dessa realidade anímico-espiritual é controlado pelo seu “ego”. A ação é identificada como uma exteriorização da personalidade do agente (*Personlichkeitsäusserung*), ou seja, das suas qualidades internas.

Para que um agente seja responsabilizado por uma conduta em específico, é necessário que ele tenha a capacidade de dominar a ação (*beherrschen*), excluindo os atos reflexos e todas as manifestações não domináveis pela vontade.<sup>400</sup>

Logo, o conceito pessoal de ação atende a função de enlace, segundo Claus Roxin.<sup>401</sup> ao valer-se de uma citação de Karl Engisch sobre isso, ele afirma:

---

<sup>396</sup> Nota: a citação de Roxin é trazida por Paulo César Busato. Ver em: BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**, *Op. Cit.* p.136

<sup>397</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**, *Op. Cit.* p.137

<sup>398</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. *Op. Cit.* p.253

<sup>399</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. *Op. Cit.* p.255

<sup>400</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. *Op. Cit.* p.255

<sup>401</sup> **Tradução livre do original:** “El concepto de “manifestación de la personalidad” también es idóneo como elemento sistemático de enlace o unión. Certamente expuso Engisch “que la imagen del mundo propia del Derecho debe ser depurada de dos clases de falsificaciones:... la normativista y la naturalística”, e que por el contrario la imagen Del mundo propia Del jurista está marcada por el mundo “socio-natural” de la “experiencia cotidiana”. Con ello concuerda el concepto de la “manifestación de la personalidad”, que enlaza con la forma prejurídica de entender la acción, sin distanciarse de la concepción ordinaria de la vida de un modo naturalista (como el “movimiento muscular”) o normativista (como la “no evitación evitable”), y que simultáneamente abarca gráficamente el fragmento de la realidad relevante para una primera y previa valoración jurídica. Dicho concepto designa el “sustanti-

O conceito de “manifestação da personalidade” também é idôneo como elemento sistemático de enlace ou união. Certamente expôs Engisch “que a imagem do mundo própria do Direito deve ser depurada de duas classes de falsificações: a normativista e a naturalística”, e que, ao contrário, a imagem do mundo própria do jurista está marcada pelo mundo “sócio natural” da “experiência cotidiana”. Com ele concorda o conceito da “manifestação da personalidade”, que enlaça com a forma pré-jurídica de entender a ação, sem distanciar-se da concepção ordinária da vida de um modo naturalista (como o “movimento muscular”) ou normativista (como a “evitação evitável”), e que simultaneamente abarca graficamente o fragmento da realidade relevante para uma primeira e prévia valoração jurídica. Dito conceito designa o “substantivo” a que se podem vincular sem força, e sem que sejam prejudicadas por ele, todas as demais valorações jurídico-penais. Descrever um delito como manifestação da personalidade típica, antijurídica e culpável se ajusta exatamente à situação real.

É conveniente destacar que Roxin não vê o conceito de ação como totalmente neutro em relação à valoração do tipo, porque a omissão pressupõe a obrigatoriedade de uma ação, de um agir. Essa obrigatoriedade só existe se assim for determinado pelo tipo penal. É o mesmo que dizer que a ação e o tipo não são separáveis em Roxin nas omissões.

Por fim, vale ressaltar que Claus Roxin declara que o seu conceito pessoal de ação é diametralmente oposto aos conceitos causal e final de ação, aproximando-se de um conceito social de ação por se tratar de um conceito normativo. Roxin<sup>402</sup> assevera ser um conceito normativo, “porque o critério da manifestação da personalidade designa de antemão o aspecto valorativo decisivo, que é o que conta juridicamente para o exame da ação”. Todavia, não é um conceito normativista, “já que acolhe em seu campo visual a realidade da vida o mais exatamente possível e é capaz de considerar em todo momento os últimos conhecimentos da investigação empírica”.<sup>403</sup>

Como já dito, existem vários modelos dogmáticos funcionalistas. Outro modelo que se destaca é o chamado funcionalismo sistêmico, desenvolvido por Günther Jakobs, cujo conceito de ação é visto a seguir.

### 3.1.5.2 A ação como fenômeno total (global): a teoria da inevitabilidade individual de Günther Jakobs

---

vo” al que se pueden vincular sin fuerza y sin que fueran prejuzgadas por ello, todas las demás valoraciones jurídico-penales. Describir un delito como manifestación de la personalidad típica, antijurídica y culpable se ajusta exactamente a la situación real”. Ver em: ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. *Op. Cit.* p.256

<sup>402</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. *Op. Cit.* p.265

<sup>403</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. *Op. Cit.* p.265

Para Günther Jakobs, a função do Direito Penal deve ser a estabilidade do conteúdo da norma e não a proteção de bens jurídicos. Ou seja, o Direito Penal deve garantir a manutenção e a confirmação da vigência da norma. Nessa visão, o bem jurídico penal passa a ser a expectativa normativa, vital à configuração social. O delito é visto como um afrontamento a ordem jurídica constituída, sendo necessário que o Direito Penal apresente uma resposta a esse delito, garantindo assim a manutenção das normas que embasam a estrutura social.

Deste modo, a centralidade do sistema de Jakobs<sup>404</sup> está na manutenção de expectativas sociais quanto à vigência da norma e isso impacta em sua conceituação de ação. A ação só tem relevância em seu sistema como um conceito relativo e utilitário, inserido dentro desse sistema de expectativas. Jakobs<sup>405</sup> concebe a ação declarando que ela não é um dado naturalístico em oposição ao causalismo, como também não é a finalidade que define o atuar humano, mas sim a realidade social. Por isso, ele sustenta que “um conceito jurídico-penal de ação deve combinar sociedade e Direito Penal”.

Para o autor<sup>406</sup>, a ação deve ser entendida a partir de um esquema social de interpretação, que ele denomina de comunicativamente relevante. Um resultado é atribuído a um agente humano quando “o comportamento da pessoa se entente como condição determinante e não fortuita, do curso que leva até o resultado.”

Por esse motivo, de acordo com Günther Jakobs<sup>407</sup>, o “atuar significa, portanto, o seguinte: converter-se, de maneira individualmente evitável, na razão determinante de um resultado, regendo-se a qualificação de” determinante” por um esquema social de interpretação”. O conceito de ação é determinado pela imputação, que o leva a afirmar que “a ação se converterá no que deve ser: uma tomada de postura relevante no plano da comunicação, uma expressão de sentido comunicativamente relevante”.<sup>408</sup>

Desse modo, em Jakobs, a ação é vista como a vinculação de um ser humano com um curso que o levará a um resultado, independentemente se ele obedeceu

---

<sup>404</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: parte general**. *Op. Cit.* p.204

<sup>405</sup> JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p.45

<sup>406</sup> JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. *Op. Cit.* p.58

<sup>407</sup> JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. *Op. Cit.* p.59

<sup>408</sup> JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. *Op. Cit.* p.59



ou não o que a norma o obrigava a fazer, ou se ele fez algo que a norma o proibia a fazer. Na lição de Günther Jakobs<sup>409</sup>:

A graça tanto da ação como da omissão não está no fato de em um caso haver atividade corporal e em outro não, e sim em algo que não pertence ao âmbito fático- naturalista, isto é, na atribuição de determinados resultados a uma pessoa, por conseguinte, tudo que exponho a respeito da ação pode ser transportado para a omissão, em ambos os casos a questão é a atribuição de determinados garantes, e não algo pertencente ao âmbito da natureza. Incluindo a definição proposta, “atual significa converter-se de maneira individualmente evitável na razão determinante de um resultado”, serve também para a omissão.

Conforme o autor<sup>410</sup>, a ação e a omissão, portanto, vão ser tratadas de forma unificada naquilo que ele chama de “comportamento”. E a ação, a partir de uma perspectiva jurídico-penal, é vista como um conceito relativo, pois não haveria um conceito único de ação e sim ações determinadas em cada situação fática mediante os efeitos externos que o agente não evitou. A partir da análise dos efeitos externos do atuar do agente é que se determina a sua responsabilidade. Se os efeitos não forem típicos, eles serão penalmente irrelevantes. Agora se forem típicos, haverá a realização do tipo.

Em síntese, assim se define o conceito de ação para Günther Jakobs. Na sequência, após a exposição das propostas das teorias do delito vinculadas a um paradigma ontológico, discorre-se acerca da Concepção Significativa da Ação e a superação deste paradigma por um paradigma baseado na linguagem.

### 3.2 A AÇÃO COMO EXPRESSÃO DE UM SENTIDO

Como superação ao velho paradigma ontológico das teorias do delito e as suas insuficiências dogmáticas, surge um novo paradigma cristalizado na Concepção Significativa da Ação, que propõe novas soluções teóricas aos novos problemas enfrentados pelo Direito Penal no século XXI. Representa, assim, um novo paradigma por não compreender a ação por critérios ontológicos, ou seja, vinculada a um substrato físico, como produto da conjunção de elementos subjetivos e objetivos.

A evolução da Teoria do Delito, como garante Wilhelm Gallas<sup>411</sup>, reflete contrastes e mudanças metodológicas, estando sempre em compasso com o progres-

<sup>409</sup> JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. *Op. Cit.* p.61-62

<sup>410</sup> JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. *Op. Cit.* p.60

<sup>411</sup> GALLAS, Wilhelm. **La teoría del delito en su momento actual**. *Op. Cit.* 26.

so do pensamento filosófico e com o nascimento de novas finalidades da política criminal e da política em geral.

Nesse sentido, Carlos Martínez- Buján Perez<sup>412</sup> lembra, de forma sucinta, os passos já percorridos pela Teoria do Delito até então: em primeiro lugar, a concepção clássica do delito estava embasada no pensamento jurídico do positivismo científico, ao passo que a concepção neoclássica do delito se alicerçava na teoria do conhecimento do neokantismo. Em seguida, a teoria finalista do delito se apoiou nos diversos aportes filosóficos que embasaram as ideias de Hans Welzel. Por último, o sistema funcionalista teleológico, de Claus Roxin, se apoiou no funcionalismo estrutural de Talcott Parsons, ao passo que o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs se apoiou nas ideias de Niklas Luhmann.<sup>413</sup>

A Concepção Significativa da Ação também surge como fruto de uma mudança na perspectiva metodológica trazida para a análise da Teoria do Delito. O professor Tomás Salvador Vives Antón<sup>414</sup> a desenvolveu na Espanha no ano de 1996, tendo por base o direito como uma ordem de convivência humana, enxergando o direito como o produto de um processo de comunicação de sentido estabelecido em um modelo hermenêutico pragmático.

Justamente por enxergar o Direito como um processo de comunicação prático, a concepção significativa da ação se desenvolve em duas bases. Inicialmente, a Filosofia da Linguagem ordinária de Ludwig Wittgenstein<sup>415</sup> (advinda do seu livro “Investigações Filosóficas”), que se fundamenta na ação e na racionalidade prática. Em segundo, a teoria da ação comunicativa e a teoria do discurso de Jürgen Haber-

---

<sup>412</sup> 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 Facultad de Derecho da Universidade da Coruña**, nº 5. 2001.p.1141-1178

<sup>413</sup> 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.** *Op. Cit.* p.1141-1178

<sup>414</sup> Nesse sentido, afirma Carlos Martínez-Buján Pérez: “en último término Vives realiza una lectura de Kant através de Wittgenstein (o viceversa), porque, partiendo de la concepción del Derecho como um orden externo de convivência, el fin que guía su construcción es el prevailecimiento del Derecho y eleje de esa construcción es la acción com um significado público (externo). Sobre ella versa una ley general (porque todos los ciudadanos prestan su consentimiento) y se assume la nítida separación entre Derecho y Moral (moral-virtude).” (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal econômico y de la empresa. Parte General.** 2.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.p.40)

<sup>415</sup> **Nota:** é comum que o livro de Ludwig Wittgenstein, “Investigações Filosóficas”, seja chamado de “segundo Wittgenstein”, uma vez que ele é o principal representante da mudança de pensamento do filósofo austríaco sobre a linguagem, após o chamado giro pragmático-linguístico.

mas<sup>416</sup>, naquilo que se refere à metodologia de apresentação. Desde Habermas<sup>417</sup>, ela “afirma as realidades a partir da compreensão da linguagem como acordo comunicativo que legitima as normas segundo pretensões de validade”. Ambas as teorias avançam na Semiótica para uma estruturação do discurso pragmático da linguagem.

Tomas Salvador Vives Antón<sup>418</sup> declara que o seu objetivo é propor uma nova perspectiva de interpretação das categorias dogmáticas através de um olhar sob o significado dos conceitos jurídico-penais. Nesse sentido, a proposta significativa se constitui em um sistema de imputação que tem como pilares fundamentais a conduta e a norma, que estão estruturadas dentro de uma proposta de significado.

Com a adoção da filosofia da linguagem ordinária de Wittgenstein<sup>419</sup> no Direito Penal, é promovido um giro completo na concepção do que é a ação no Direito Penal ao se abandonar um conceito ontológico de ação. Em síntese, abandona-se a ideia de que a ação seja algo que ocorre no mundo físico, abdicando a ideia de se buscar parâmetros psicofísicos para avaliar se uma ação existe ou não. Logo, Vives Antón<sup>420</sup> entende a ação como “interpretações que podem dar-se, do comportamento humano, segundo os distintos grupos de regras sociais”.

Com vistas a compreender esse ponto de vista, é necessário entender didaticamente a ação na Concepção Significativa da Ação como sendo dividida em três elementos distintos, cujos dados permitem a compreensão a partir do ponto de vista linguístico: 1) a ação como a concepção de significados, isto é, o fato de a ação ser o sentido de um substrato, ao invés de um substrato de um sentido<sup>421</sup>; 2) as regras normativo-linguísticas utilizadas para interpretar essa ação, ou seja, a noção de se seguir uma regra e 3) a aparência de ação.

A afirmação da ação ser o sentido de um substrato decorre do fundamento do conceito de ação, visto a partir do paradigma da Concepção Significativa da Ação e

---

<sup>416</sup>Nas palavras de Tomás Salvador Vives Antón, criador da concepção significativa da ação, em uma tradução livre: "Basta esclarecer que, nos conceitos básicos, segui Wittgenstein, e a metodologia utilizada na exposição vem de Habermas." **No** original: “basta para aclarar que, si en los conceptos básicos he seguido a Wittgenstein, la metodología empleada en la exposición procede de Habermas.” **Ver em:** VIVES ANTÓN, Salvador. Fundamentos del Sistema Penal. 2ª Edición. Valência: Tirant lo Blanch, 2011, p.45.

<sup>417</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral. Op. Cit.** 239

<sup>418</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del Sistema Penal. *Op. Cit.* 29.

<sup>419</sup> BUSATO, Paulo César; CUSSAC, José L. González; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de direito penal brasileiro: parte geral. Op. Cit.** p.187

<sup>420</sup> **Nota:** a citação nos é trazida por Paulo César Busato. Ver em: BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte Geral.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p.188.

está em entender a ação não como o que as pessoas fazem, mas como o significado do que elas fazem.<sup>422</sup>

De forma mais resumida, é entender a ação como uma concepção de significados, como uma atribuição de sentido que deve ser compreendida em seu contexto de realização. Isso no sentido que “não deriva das intenções que os sujeitos que atuam pretendem expressar, senão do significado que socialmente se atribui ao que fazem.”<sup>423</sup> Nesse sentido, preleciona José Antonio Ramos Vázquez<sup>424</sup>:

A gramática não se justifica pelos fatos, não há tal possibilidade de justificá-la por referência à realidade, da mesma forma que, voltando ao exemplo de Valdés Villanueva, a proposição "há um limoeiro no meu jardim" poderia ser verificado verificando se, de fato, no mundo empírico, existe um jardim de minha propriedade com tal espécie de planta nele. E isso porque não há tal justificativa para o que, precisamente, determina as regras de uso da linguagem e, portanto, determina o que vai contar como uma possível descrição.

Seguindo o raciocínio de Ramos Vázquez<sup>425</sup>, percebe-se que o significado de algo nos é dado a partir de regras de uso. Do mesmo modo, as ações não são eventos, mas interpretações que são dadas ao comportamento, a partir das mais variadas regras sociais. Justamente pelo fato de as ações serem interpretações feitas a partir das regras sociais, elas passam a não ser meros acontecimentos e possuem um sentido (significado), logo não bastando descrevê-las, porém é necessário interpretá-las e entendê-las.<sup>426</sup>

A necessidade de interpretar e entender a ação é diametralmente oposta a proposta das teorias do delito, que viam a ação como um mero conceito ontológico, vinculada a um substrato material, isso se deve à própria natureza do que é de fato

---

<sup>422</sup>BUSATO, Paulo César; CUSSAC, José L. González; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de direito penal brasileiro: parte geral**. *Op. Cit.* p.187

<sup>423</sup>BUSATO, Paulo César. **La tentativa del delito – Análisis a partir del concepto significativo de la acción**. Curitiba. Juruá, 2011.p.36.

<sup>424</sup> **Tradução livre do original:** “La gramática no se justifica por los hechos, no existe tal posibilidad justificarla por referencia a la realidad, al modo en que, por retornar al ejemplo de Valdés Villanueva, la proposición “hay un limonero en mi jardín” podría verificarse comprobando si de hecho, en el mundo empírico, existe un jardín de mi propiedad con tal especie vegetal en él. Y ello porque no cabe tal justificación sobre aquello que, precisamente, determina las reglas de utilización del lenguaje y, por tanto, determina qué va a contar como posible descripción.” VÁZQUEZ. José Antonio Ramos. **Concepción Significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. *Op. Cit.* 337-338

<sup>425</sup>BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**, *Op. Cit.* p.149.

<sup>426</sup>BUSATO, Paulo César; CUSSAC, José L. González; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de direito penal brasileiro: parte geral**. *Op. Cit.* p.187

a ação que, segundo Paulo César Busato<sup>427</sup>, não pode ser qualificada nem como um conceito ontológico, pois não estaria embasada no “ser” naturalista, como também não poderia ser qualificada exclusivamente como axiológica, pois não estaria situada totalmente no âmbito do “dever ser”.

Por esse motivo, ressalta-se que os fundamentos de um conceito significativo de ação se encontram na ideia de percepção da ação como algo que transmite um significado, daqueles que realizam determinada ação.<sup>428</sup> A ação não possui por si só nenhum substrato ôntico<sup>429</sup>, uma realidade que poderia ser submetida às leis físicas, como pretendeu Franz Von Liszt e Ernst Belling. A ação não tem existência no mundo do ser, nas palavras de Carlos Martínez Buján-Pérez<sup>430</sup>, a ação “não é nenhuma classe de objeto do mundo que percebemos, mas se limita a significar.”

Por não possuírem nenhum substrato ôntico, as ações se diferenciam dos fatos, como por exemplo um relâmpago, que simplesmente ocorrerem e podem ser descritos, ao passo que as ações têm um sentido que deve ser entendido. De acordo com Vives Antón<sup>431</sup>, “os fatos se explicam mediante leis físicas, químicas, biológicas, etc... as ações se interpretam mediante regras gramaticais”.

As Teorias do Delito<sup>432</sup> de raiz ontológica diferenciam-se das ações dos demais fatos devido à contribuição da mente na realização da ação. Distingue-se a conduta humana da conduta atribuível aos animais, ou aos fatos da natureza, com base na contribuição da mente. Isto é, por serem lastreadas em uma concepção cartesiana da mente, essas teorias do delito viam a ação como um fato composto por dois aspectos: um físico (movimento corporal) e um fato psicológico (a vontade).

Sobre a Concepção Cartesiana da Mente, torna-se premente analisarmos brevemente as críticas de Gilbert Ryle a essa concepção, as quais foram utilizadas

---

<sup>427</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**, *Op. Cit.* p.147

<sup>428</sup> Nesse sentido, por exemplo: VIVES ANTÓN, Tomás. *Salvador. Fundamentos del Sistema Penal. Op. Cit.* 267-271

<sup>429</sup> VÁZQUEZ. José Antonio Ramos. **Concepción Significativa de la acción y teoría jurídica del delito.** *Op. Cit.* 339

<sup>430</sup> 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.** *Op. Cit.* p.1079

<sup>431</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal.** *Op. Cit.* p.221.

<sup>432</sup> 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.** *Op. Cit.* p.1145

pelo professor Vives Antón como argumento para a desvinculação da ação com elementos de ordem subjetiva.

### 3.2.1 A crítica de Gilbert Ryle a concepção cartesiana da mente

A concepção cartesiana da mente é fortemente criticada por Tomás Salvador Vives Antón e, para tal, ele utiliza os argumentos de Gilbert Ryle<sup>433</sup> trazidos em seu livro *“The concept of mind.”* Em *“The concept of mind”*, Gilbert Ryle<sup>434</sup> chama a concepção cartesiana de “doutrina oficial” e critica a dualidade cartesiana mente/corpo ao afirmar que ela padece de um erro categorial consistente por colocar em conjunção termos pertencentes, em realidade, a categorias distintas.

Por exemplo, para Ryle<sup>435</sup>, frases como “têm processos mentais” e “existem processos físicos”, não possuem o mesmo significado e, portanto, a sua conjunção ou disjunção não têm sentido. Pejorativamente, ele critica essa ideia chamando de um “fantasma na máquina”, na qual existiriam, de forma separada, processos físicos e processos mentais, ao mesmo tempo em que os movimentos corporais têm causas mentais.

Quando dois termos pertencem à mesma categoria, é possível pô-los em conjunção. Por exemplo: é possível dizer que compramos uma luva esquerda e uma luva direita, mas não que compramos uma luva esquerda, uma luva direita e um par de luvas.<sup>436</sup> Processos físicos e processos mentais não pertencem à mesma categoria, logo é um absurdo colocá-los em conjunção, pois não é possível dizer que uns e outros existem no mesmo sentido.<sup>437</sup>

Outro ponto relevante no pensamento de Gilbert Ryle<sup>438</sup> para o estudo da ação é o que ele chama de “mito das volições”. Esse mito representa a chamada tese da vontade e das volições. Segundo essa teoria, existe uma “faculdade ou órgão” imaterial que corresponde ao que se chama de vontade e existem processos e operações que se denominam “volições”.<sup>439</sup> A tese das volições afirma que dizer que alguém apertou o gatilho de uma arma intencionalmente é o mesmo que dizer que

---

<sup>433</sup> Ver em: RYLE, Gilbert. **El concepto de lo mental**. Buenos Aires: Paidós, 1967.p.25

<sup>434</sup> Ver em: RYLE, Gilbert. **El concepto de lo mental**. Buenos Aires: Paidós, 1967.p.32

<sup>435</sup> Ver em: RYLE, Gilbert. **El concepto de lo mental**. Buenos Aires: Paidós, 1967.p.32

<sup>436</sup> Ver em: RYLE, Gilbert. **El concepto de lo mental**. Buenos Aires: Paidós, 1967.p.24

<sup>437</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. *Op. Cit.* p.167

<sup>438</sup> Ver em: RYLE, Gilbert. **El concepto de lo mental**. Buenos Aires: Paidós, 1967.p.56-61

<sup>439</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. *Op. Cit.* p.167

conjuntamente houve um acontecimento físico e outro mental. Em outras palavras, seria expressar que o ato corporal de apertar o gatilho foi o efeito do ato mental de querer apertar o gatilho<sup>440</sup>.

Gilbert Ryle<sup>441</sup> traz quatro argumentos que atacam frontalmente a ideia de volição e, com isso, ele também refuta o dualismo cartesiano, a ideia do fantasma na máquina e apresenta a seguinte dedução. Em primeiro lugar, as volições não podem ser descritas, pois não parece claro que admitam predicados que possam delimitá-las no tempo e no espaço, nem quantitativa nem qualitativamente. Se as coisas fossem como a teoria preleciona, volições se realizam constantemente e, no entanto, não se faz. Em segundo lugar, a admissão de atos volitivos internos, feita para valorar as ações, na realidade impede de fazer, pois é impossível um terceiro saber se alguém conseguiu realizar uma volição. A valoração seria hipotética dada a inacessibilidade da mente para terceiros.

Em terceiro lugar, as conexões entre volições e movimentos corporais são misteriosas. A mente e o corpo são entidades contrapostas, por um lado a mente é incorpórea e não se submete às leis da natureza e nem às leis causais. Não se pode colocar a mente como o fator causal que originou uma determinada ação. Por exemplo, nem sequer o próprio agente pode afirmar com certeza se a volição foi a causa que deu origem ao apertar o gatilho. Em quarto lugar, resta-se a dúvida se as volições são voluntárias ou não. Se o agente não pode reprimir o desejo de apertar o gatilho, é absurdo dizer que ele apertou voluntariamente, ao passo que, se o desejo de apertar o gatilho é um ato voluntário, então deve ter a sua origem em uma volição prévia, e esta em outra de forma sequencial, seguindo em um regresso “*ad infinitum*.”

Vives Antón<sup>442</sup> traz a crítica de Gilbert Ryle para ilustrar a impossibilidade de a ação ser vista como possuidora de algum substrato ôntico, de ser a conjunção de matéria e vontade a que ser analisada no plano do ser. O ato de apertar o gatilho, ao se disparar uma arma, não é efeito de um ato mental de querer apertar o gatilho.

---

<sup>440</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. *Op. Cit.* p.168

<sup>441</sup> **Nota:** os quatro argumentos de Gilbert Ryle são apresentados na obra de Tomás Salvador Vives Antón e são apresentados aqui como traduções livres do original e de forma adaptada. Ver em: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. *Op. Cit.* p.168

<sup>442</sup> **Tradução livre do original:** “(...) como significado atribuído socialmente – juridicamente- a ciertos movimientos corporales o a certa ausencia de ellos” ver em: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. *Op. Cit.* p.259.

Pela impossibilidade de a ação ser compreendida como pertencente a alguma categoria ôntica, sob a égide da Concepção Significativa da Ação, ela passa a ser entendida não como um evento naturalístico, mas “como significado atribuído socialmente – juridicamente – a certos movimentos corporais ou a certas ausências deles”. E a “capacidade de coordenar os movimentos de acordo com ideias (conhecimentos, razões, etc..) se torna vital para a ação significativa, com a capacidade de ação sendo adquirida ao longo da vida social por meio da linguagem”.<sup>443</sup>

Seguindo a crítica feita à concepção cartesiana da Mente, Vives Antón<sup>444</sup> também critica a tentativa de afirmar que a vontade determina os atos externos. Ao contrário, para Vives, é a vontade que é determinada pelos atos externos por depender logicamente deles, do mesmo modo que “o desejo depende logicamente do objeto que o satisfaz”. Para embasar o seu argumento, Vives traz a posição de Mel-den<sup>445</sup>, que declara que o problema de situar a essência da ação nos atos de vontade está justamente em determinar que os atos de vontade são a causa da ação, o que se torna impossível na prática, porque é impossível distinguir diferentes atos de vontade por si só. Por exemplo: se alguém levanta o braço e diz que a causa foi a sua vontade, depois senta em uma cadeira e também afirma que a causa do seu ato foi a sua vontade, ela deveria ser capaz de distinguir entre uma vontade e a outra, mas na realidade, a única coisa que diferencia ambas as ações é o movimento corporal distinto delas.

Por esse motivo, pode-se afirmar que a ação “não é um substrato, mas o sentido de um substrato” e, dentro deste substrato, não está somente a locução formal, mas também o contexto em que este sentido é expressado.<sup>446</sup> “A determinação da ação que se realiza não depende da concreta intenção que o sujeito queria levar a cabo, mas do código social conforme se interpreta o que ele faz”<sup>447</sup>

---

<sup>443</sup>**Tradução livre** das ideias contidas no seguinte trecho original: “A ese nuevo carácter de acción significativa de la conducta humana mediada por símbolos, adquiriendo em el proceso de la evolución biológica y social, corresponde, a sua vez, uma capacidade nueva, Inexistente hasta entonces em el mundo natural: la capacidad de regir los movimientos corporales mediante ideas (conocimientos, razones, predicciones, etc...)”. ver em: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. *Op. Cit.* p.223

<sup>444</sup> ANTÓN, Tomás Salvador Vives. **Fundamentos del Sistema Penal**. *Op. Cit.* 752

<sup>445</sup> ANTÓN, Tomás Salvador Vives. **Fundamentos del Sistema Penal**. *Op. Cit.* 752

<sup>446</sup>**Nota:** nesse sentido, sobre a Interpretação contextual da ação: VÁZQUEZ. José Antonio Ramos. **Concepción Significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. *Op. Cit.* 338

<sup>447</sup> ANTÓN, Tomás Salvador Vives. **Fundamentos del Sistema Penal**. *Op. Cit.* 216



Compreender o código social no qual o indivíduo realiza a ação exige a compreensão, mesmo que breve, do conceito de “seguir uma regra”, fundamental para o entendimento da ação como um sentido social e não como uma entidade ontológica.

### 3.2.2 O conceito de seguir uma regra para a compreensão do significado da ação. (Follow a Rule)

A interpretação do código social depende das regras de uso dos símbolos nos diferentes jogos de linguagem (*Sprachspiele*)<sup>448</sup> e esse conceito se torna fundamental, pois, quando alguém comete uma ação criminosa e tem intenção para tal, o significado da conduta que ela faz pode ser interpretado assim.

Para que uma conduta possa ser compreendida como uma ação humana, de acordo com Peter Winch<sup>449</sup>, é necessário que quem atua possa entendê-la, assim como os demais membros da sociedade devem também ser capazes de compreendê-la. Essa compreensão, como se faz com as palavras, é impossível sem seguir regras.

A saber, o ato de apontar um copo de água com o dedo e dizer “líquido”, por si só não determina o sentido da palavra. O interlocutor pode pensar que quem apontou o dedo não estava se referindo a uma propriedade material do conteúdo do copo e sim à forma, ou à ausência de calor, etc. É o uso da palavra “líquido” conjuntamente com o ato de apontar o dedo que determina quando e como não se utiliza essa palavra do mesmo modo para expressar o sentido que se quer. Essa estipulação é uma regra que deve ser seguida e é apenas graças ao seguimento dessa regra que a palavra adquire o significado conhecido.<sup>450</sup> Assim como ao se seguir uma regra obtém-se o significado das palavras, a noção de regras “é fundamental para

---

<sup>448</sup> **Nota:** Ou seja, o sentido de uma palavra é dado pelo seu uso na linguagem. Nas palavras de Peter Hacker e Gordon Baker: [para-Wittgenstein] “The concept of meaning must be such as to ensure a degree of constancy over time and regularity in application. For words to have a meaning, they must be integrated into a practice. This is a condition for the existence of an internal relation between the explanation of a word (a rule for its use) and its application that is itself a condition for there being a distinction between a correct and an incorrect use” Ainda nesse sentido, os mesmos autores: “The use of a word, Wittgenstein averred, is determined by the rules for the use of that word. For using words in speech is a rule-governed activity”. Ver em: BAKER, Gordon., HACKER, Peter Michael Stephan. **Wittgenstein: Understanding and Meaning. Volume I of An Analytical Commentary on the Philosophical Investigations.** Part I: Essays. 2ªed. Blackwell Publishing, 2005. p.137-145.

<sup>449</sup> ANTÓN, Tomás Salvador Vives. **Fundamentos del Sistema Penal.** *Op. Cit.* 207

<sup>450</sup> ANTÓN, Tomás Salvador Vives. **Fundamentos del Sistema Penal.** *Op. Cit.* 206

compreender toda conduta significativa e, por conseguinte, toda conduta especificadamente humana”<sup>451</sup>

Nesse sentido, segundo Vives Antón<sup>452</sup>, ao citar Peter Winch:

A ação com sentido é simbólica: harmoniza com outras ações, pois compromete o sujeito a comportar-se no futuro de uma maneira determinada e não de outra. A noção de que o que faço agora me compromete a fazer alguma outra coisa no futuro é idêntica, quanto à sua forma, à conexão entre uma definição e o uso subsequente da palavra definida.

Diante disso, é necessário trazer à baila uma breve explicação sobre os jogos de linguagem. Eles têm por base as contribuições de Ludwig Wittgenstein, na obra “Investigações Filosóficas” (*Philosophische Untersuchungen*), com os quais se verifica que o sentido da linguagem está no contexto onde se desenvolve e não em vinculações prévias. Max William Alexandre da Costa<sup>453</sup> define os jogos de linguagem expondo que “a linguagem é um jogo no qual as peças são as expressões linguísticas, (...) e as regras pragmáticas, que são estabelecidas unicamente mediante o uso das expressões em contextos distintos. A linguagem passa a ser considerada um objeto vivo, datado, fruto das práticas humanas”. Portanto, uma expressão é” apropriada, mas só para o domínio estritamente circunscrito, não para a totalidade do que se pretende representar”<sup>454</sup> O uso da expressão depende do seu contexto.

Ludwig Wittgenstein<sup>455</sup> opta por não oferecer um conceito de “jogo de linguagem”, ao invés disso, elenca exemplos do que seriam tais jogos, como resolver enigmas, relatar um acontecimento, dar ordens e obedecê-las, formular e testar hipóteses, expor um caso. Os exemplos demonstram que os jogos de linguagem devem conter a existência de uma descrição e uma compreensão, ou seja, que os participantes deste jogo compartilhem determinadas impressões a respeito da linguagem, determinadas regras, determinados pontos de partida, para que estes jogos tenham sentido. Por is-

---

<sup>451</sup> ANTÓN, Tomás Salvador Vives. **Fundamentos del Sistema Penal**. *Op. Cit.* 207

<sup>452</sup> **Tradução livre do original:** “La acción com sentido es simbólica: harmoniza com otras acciones, pues compromete al sujeto a comportarse em el futuro de una manera determinada y no de outra. La noción e que lo que hago ahora me compromete a hacer alguna otra cosa en el futuro es idéntica, en cuanto a su forma, a la conexión entre una definición y el uso subsiguiente de la palabra definida” ver em: ANTÓN, Tomás Salvador Vives. **Fundamentos del Sistema Penal**. *Op. Cit.* 207

<sup>453</sup> COSTA, Max William Alexandre da. **Uma Introdução à filosofia da linguagem**. Curitiba: Intersaberes, 2015.p.162

<sup>454</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. *Op. Cit.* 11

<sup>455</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. *Op. Cit.* 19

so, associa-se à linguagem a ações e o todo formado por estas relações é o chamado jogo de linguagem”.<sup>456</sup>

A expressão do significado de uma ação, portanto, só existe no contexto de sua realização, no contexto onde se desenvolvem os múltiplos jogos de linguagem. Compreende-se que uma ação em sentido jurídico-penal deva ser interpretada a partir do contexto onde ela se realiza, tendo por base uma previsão legal específica. Observa-se ação que ocorreu e, a partir disso, se ela possui o sentido expresso na norma penal. Nesse momento, é perceptível a interpretação da ação tendo por base o seu significado linguístico e normativo-linguístico, pois é a força da norma que tem uma função limitadora dos sentidos das ações, ou seja, existe uma conduta criminosa quando a ação praticada possuir um sentido correspondente ao sentido pretendido pelo tipo penal.

Sem correspondência, há um esvaziamento do tipo e, logo, atipicidade. Por exemplo, o artigo 121 do Código Penal brasileiro diz ser crime “Matar alguém”. O sentido de “matar alguém” pode ser realizado com incontáveis ações que expressam esse sentido: esfaquear, envenenar, afogar, etc, mas assoprar bolhas de sabão contra uma pessoa que está de costas para uma parede não corresponde ao sentido pretendido pelo tipo penal, por mais que a intenção do agente seja a de cometer um homicídio.<sup>457</sup>

São as regras que definem as ações ao dar a elas o significado jurídico-penal. As regras restringem o uso da linguagem e o sentido das ações para os enunciados previstos na lei, tais enunciados explicam a ação e permitem que ela seja definida, interpretada, avaliada e justificada.<sup>458</sup> Por isso é possível dizer que seguir uma regra é uma prática, conforme diz Wittgenstein no aforismo §202, do seu *Investigações Filosóficas*.

Em resumo, a concepção de significados diz respeito a um processo semântico, hermenêutico de entender o conteúdo de uma norma que venha a prever uma ação, é o processo de compreender um enunciado linguístico.

---

<sup>456</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**. *Op. Cit.* 186

<sup>457</sup> **Nota:** o exemplo é de minha autoria.

<sup>458</sup> BUSATO, Paulo César; GUARAGNI Fábio André. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do Interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal**. *Op. Cit.* p.42

Esse processo hermenêutico pode ser intencional quando se tenta encontrar os propósitos do locutor, ou formal quando pretende acompanhar uma interpretação literal da norma (e da ação prevista por ela); ou quando também analisa o contexto em que a locução é dita, verificando como componente de um sistema que reflete a estrutura do mundo. Interpreta-se o comportamento humano ao relacioná-lo com um substrato legal, ao se seguir uma regra:

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'.<sup>459</sup>

Por esse motivo, os animais são incapazes de cometer uma ação justamente por não poderem seguir uma regra, uma vez que não podem transgredi-la. Para dizer que houve uma ação, é necessário que os sujeitos sejam capazes de formar e expressar intenções, algo que não ocorre no caso dos animais. As ações não dependem das intenções do que desejam expressar e sim da interpretação social de suas ações.<sup>460</sup>

Ainda sobre o conceito de seguir uma regra, ilustra-se isso a partir de um exemplo trazido pelo professor Tomás Salvador Vives Antón<sup>461</sup>:

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 sonâmbulo (...)

A partir do exemplo trazido pelo professor Vives Antón, fica evidente o conceito de "aparência de ação". Pois é por meio do conhecimento de mundo que se con-

---

<sup>459</sup> **Tradução Livre do original:** "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 en caso de aplicación, en lo que llamamos "seguir la regla" y en lo que llamamos "contravenirla". **Ver em:** ANTÓN, Tomás Vives Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal.** *Op. Cit.* 230

<sup>460</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e Ação Significativa.** *Op. Cit.* p.226

<sup>461</sup> **Tradução livre do original:** "Si observo que un amigo passa por la calle, pienso que, em esse sentido mínimo, está actuando, mas na sé, todavía si huye ante algo que le atemoriza, o si, quizás, trata de acudir a una 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 un sonámbulo(...)" **Ver em:** VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal.** *Op. Cit.* 228-229.

segue identificar o que possui aparência de ação, mas são necessárias interpretações posteriores para confirmar essa aparência em uma ação.

Observa-se que o ato de caminhar ou correr, no exemplo dado por Vives Antón<sup>462</sup>, só poderá ser compreendido por meio das experiências que o observador tem e das práticas sociais que ele compartilha. Destaca-se que “a ação é uma expressão que se produz da inter-relação do sujeito com o meio. A adoção de um conceito significativo de ação implica o reconhecimento e adoção da linguagem na interpretação”. O exemplo dado por Tomás Salvador Vives Antón pode ser complementado com o escólio de Paulo Busato<sup>463</sup>:

A ação é identificada não pela ideação ou pela realização de um fim, mas pela característica de seguir uma regra, de onde deriva a expressão de sentido que permite diferenciar ações de intenções, pretensões e propósitos. É claro que a expressão do significado só existe no contexto de sua realização.

Mediante este raciocínio, nota-se que a diferença de uma ação à outra depende do contexto em questão e dos jogos de linguagem que os sujeitos participam. Por exemplo, mudando-se o contexto teremos um sentido novo atribuído a um mesmo conjunto de movimentos corporais. Isso se torna perceptível no exemplo do guarda do palácio de Buckingham de George Fletcher. Nesse exemplo, ao observar um guarda parado e imóvel em frente ao palácio de Buckingham, imediatamente entende-se o que ele está fazendo, ao passo que se visse o mesmo guarda imóvel de uniforme em meio a uma clareira na floresta, interpreta-se que ele estaria hipnotizado ou que fosse um robô que apenas mexe os olhos.<sup>464</sup>

O fato de a ação ser compreendida como um significado atribuído contextualmente remete a outra consequência: a quantidade de possíveis conceitos de ação é semelhante à quantidade de diversos sentidos que possam vir a existir e, por sua vez, são tantos quanto a linguagem vier a permitir. Para entender a ação, é necessá-

---

<sup>462</sup>BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**, *Op. Cit.* p.152.

<sup>463</sup> **Tradução livre do original:** “La acción se identifica no por la ideación o por la consecución de un fin, sino por la característica de seguir una regla, que es de donde deriva la expresión de sentido que permite diferenciar las acciones de Intenciones, pretensiones y propósitos. Claro está que la expresión de sentido sólo existe en el contexto de su realización.” BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valência. *Op. Cit.* p.93

<sup>464</sup> FLETCHER, George Patrick. **Conceptos básicos del Derecho Penal**. Tradução de Francisco Muñoz Conde, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 90-91.

rio que em cada contexto a “ação seja percebida, não determinada”<sup>465</sup>, como “um fenômeno que se relaciona com comunicação mais do que com determinações objetivas ou subjetivas.”<sup>466</sup>

Exatamente pela ação estar ligada a um processo comunicacional e não a determinações subjetivas, que Tomás Salvador Vives Antón<sup>467</sup> critica fortemente o fato de a dogmática ter historicamente tentado interpretar a ação com base em critérios subjetivos, que são inacessíveis para um observador externo. Os estados mentais de uma pessoa não podem ser compreendidos por alguém que não seja a própria pessoa. Conceitos como dolo, omissão e imprudência são atribuições de sentido que damos às ações.

### 3.2.3 Os elementos subjetivos da ação na Concepção Significativa da Ação

Justamente pelo fato de os estados mentais de uma pessoa não poderem ser visto por outrem é que podemos afirmar que, “a intenção se expressa na ação”, a intenção do agente é interpretada a partir de sua ação formando uma unidade com ela<sup>468</sup>. Exemplo clássico que ilustra isso é o do alpinista de Davidson<sup>469</sup>. Na realidade, a intenção é transmitida não pelos movimentos corporais do agente, mas pelo seguimento de regras. A partir do seguimento de regras é que podemos falar de sentido e ver na ação a realização de uma intenção.<sup>470</sup>

No que tange à intenção, Wittgenstein<sup>471</sup> assegura que é importante explicar o significado da palavra intenção antes de dizê-la a alguém, de modo que podemos entender o caráter representacional ou intencional do pensamento. Inclusive, sobre isso, Wittgenstein chega a afirmar em seu “Livro Azul” que a maior parte dos problemas filosóficos são advindos da interpretação de verbos como “pensar” e “dese-

<sup>465</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**, *Op. Cit.* p.152.

<sup>466</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**, *Op. Cit.* p.152.

<sup>467</sup> ANTÓN, Tomás Vives. Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. *Op. Cit.* 265.

<sup>468</sup> ANTÓN, Tomás Vives. Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. *Op. Cit.* 237.

<sup>469</sup> **Nota:** o exemplo do alpinista de Davidson se refere a um alpinista que tem a Intenção de soltar a corda que segura outro alpinista e o mata lo. Porém, ele se anima com esse pensamento e sem querer se move, mexendo na corda e matando o colega. Os seus movimentos corporais ocorrem de forma desconexa com a Intencionalidade que ele tinha. Ver em: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. *Op. Cit.* 226

<sup>470</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. *Op. Cit.* 227

<sup>471</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**; tradução de José Carlos Bruni. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.p. 95

jar” e sobretudo, em quais casos podemos “pensar” em algo que não seja necessariamente verdadeiro, elaborarmos uma proposição que tenha sentido mas que seja falsa.<sup>472</sup>

Ludwig Wittgenstein oferece fortes argumentos contra duas visões acerca da intencionalidade: a visão imagética e a visão causal. A visão imagética explica a intencionalidade do pensamento por meio de uma relação imagética na qual, por exemplo, o que faz o desejo de uma pessoa por maçã ser o desejo de uma pessoa por uma maçã é a imagem mental da própria maçã.<sup>473</sup>

. De acordo com essa visão, o que faz uma pessoa desejar uma maçã é o fato de antes haver uma imagem da mesma maçã na cabeça da pessoa, ou ainda, o que faz uma pessoa abrir uma porta é a prévia imagem da porta sendo aberta. Desse modo, a concepção, o significado de um enunciado qualquer em uma sentença, é primeiramente pensado pelo falante. É a afirmação de que um pensamento seria formado por aquilo que se observa e não ao contrário.<sup>474</sup>

Essa concepção imagética da intencionalidade teve forte influência no pensamento de Locke e Hume, para os quais o pensamento era feito de imagens mentais copiadas das experiências vividas pelo indivíduo por meio da sua percepção sensorial e de forma introspectiva.<sup>475</sup>

Wittgenstein apresenta dois argumentos contra a visão imagética ao afirmar que as imagens mentais não são necessárias para que se haja o pensamento. Quando o professor ordena ao aluno que ele pegue uma maçã o aluno pode ter a forma da imagem de uma maçã em sua mente, porém ele não compara essa imagem com algo existente. Na prática, o aluno ou imagina o próprio ato dele pegando a maçã em si ou não imagina nada. O que é necessário para que o aluno cumpra a ordem é que ele consiga entender a ordem em si e não que ele tenha uma imagem mental prévia do que mandaram ele fazer.<sup>476</sup> Em outras palavras: a intencionalidade de se fazer algo é apenas vista na sua práxis.

Um segundo argumento trazido por Wittgenstein contra a visão imagética a observação de que uma imagem mental não é suficiente em si para determinar o

---

<sup>472</sup> CHILD, William. **Wittgenstein**. Routledge:New York,2011.p.107.

<sup>473</sup> CHILD, William. **Wittgenstein**. *Op. Cit* .p.108.

<sup>474</sup> CHILD, William. **Wittgenstein**. *Op. Cit* .p.108

<sup>475</sup> CHILD, William. **Wittgenstein**. *Op. Cit* .p.108

<sup>476</sup> CHILD, William. **Wittgenstein**. *Op. Cit* .p.108-109

que é um pensamento. Uma imagem mental de algo é somente uma figura em um pedaço de papel que pode ser interpretada de múltiplas formas.<sup>477</sup>

A forma como interpretamos a imagem (ou uma palavra) é que dará o seu significado e não uma associação dessa com uma imagem mental. Por exemplo, para se compreender a palavra “cubo” será necessário que uma pessoa aplique em um contexto específico e não somente associe a palavra com a imagem prévia de um cubo que ela venha a ter em sua mente.<sup>478</sup>

A segunda forma de conceber a intencionalidade é a teoria causal defendida por Russel, Ogden e Richards. Essa teoria buscava explicar a intencionalidade por meio de uma relação causal entre pensamentos em um lado e objetivos externos do outro. O maior propósito dessa teoria era prover uma explicação científica da intencionalidade baseada na ideia de se haver uma relação *sui generis* entre a mente e os seus objetos.<sup>479</sup>

Bertrand Russel, por exemplo, afirmava que o indivíduo criava em sua mente um objeto de desejo que então era satisfeito na medida em que essa imagem mental coincidissem com o objeto real em sua frente<sup>480</sup>. Em outras palavras: a intencionalidade seria compreendida pelo desejo de satisfação de uma vontade interna do sujeito. Ao se conseguir o objeto pretendido, o desejo seria satisfeito e assim terá sido expressada a intencionalidade.

Wittgenstein traz dois argumentos contra essa teoria. Por primeiro, o que torna algo um objeto de desejo de uma pessoa não é um sentimento de satisfação desse desejo, uma vez que algo pode ser o objeto de desejo de uma pessoa e não satisfazer o seu desejo em si, ou ainda, um outro objeto não pretendido satisfazer esse desejo. Por exemplo, alguém pode comer uma maçã e ainda ter desejo de comer maçã ou essa mesma pessoa pode receber um soco no estômago e perder o apetite. Ela não teria mais vontade de comer a maçã, mas não foi a maçã em si que satisfaz o seu desejo.<sup>481</sup>

Em segundo lugar, a teoria causal falsamente compreende aquilo que uma pessoa pode conhecer como capaz de satisfazer o seu desejo. Russel afirmava que a pessoa previamente realizaria uma ponderação sobre quais objetos seriam capa-

<sup>477</sup> CHILD, William. **Wittgenstein**. *Op. Cit* .p.110

<sup>478</sup> CHILD, William. **Wittgenstein**. *Op. Cit* .p.110

<sup>479</sup> CHILD, William. **Wittgenstein**. *Op. Cit* .p.111

<sup>480</sup> CHILD, William. **Wittgenstein**. *Op. Cit* .p.112-113

<sup>481</sup> CHILD, William. **Wittgenstein**. *Op. Cit* .p.112



zes de satisfazer o seu desejo baseado em suas experiências anteriores. Após essa ponderação, ela decidiria ter a intenção de fazer algo. Wittgenstein afirma que na prática isso não ocorre. A pessoa simplesmente sabe imediatamente o que ela quer sem a necessidade de uma ponderação prévia.<sup>482</sup>

Em contraste com as teorias imagética e causal da intencionalidade, Ludwig Wittgenstein afirma que o que define a intencionalidade de alguém é o seguimento de regras, observado na práxis. A intencionalidade não é possível de ser observada por meio de processos mentais.

Nesse sentido, ele afirma no aforismo 247 de *Investigações Filosóficas*: “somente tu podes saber se tiveste a intenção” e continua: “os elementos subjetivos da ação são inacessíveis ao saber de um observador, quer dizer aqui que a expressão de incerteza carece de sentido externo.”<sup>483</sup> Isso explica o exemplo de Wittgenstein sobre a caixa de escaravelho trazido por Vives Antón<sup>484</sup> para ilustrar o seu posicionamento. Segundo o exemplo, as mentes são como caixas que podem ser acessadas individualmente, como pode ser visto na transcrição do aforismo 293 presente nas “*Investigações Filosóficas*”<sup>485</sup>:

Ora, alguém me diz, a seu respeito, saber apenas a partir de seu próprio caso o que sejam dores! – Suponhamos que cada um tivesse uma caixa e que dentro dela houvesse algo que chamamos de “escaravelho”. Ninguém pode olhar dentro da caixa do outro; e cada um diz que sabe o que é um escaravelho apenas por olhar seu escaravelho. – Poderia ser que cada um tivesse algo diferente em sua caixa. Sim, poderíamos imaginar que uma tal coisa se modificasse continuamente. – Mas, e se a palavra “escaravelho” tivesse um uso para estas pessoas? – Neste caso, não seria o da designação de uma coisa. A coisa na caixa não pertence, de nenhum modo, ao jogo de linguagem nem mesmo como um algo: pois a caixa poderia também estar vazia. – Não, por meio desta coisa na caixa, pode-se ‘abreviar’; seja o que for, é suprimido.

A partir desse ponto de vista, é impossível a um observador externo saber o que “se passa na cabeça de uma pessoa”. Como relembra José Antonio Ramos Vázquez<sup>486</sup>, citando Wittgenstein, não há como uma pessoa sentir a dor de outra pessoa. O próprio fenômeno da dor só é possível de ser interpretado pelo próprio sujeito mediante as próprias experiências pessoais. É impossível ter um autêntico

<sup>482</sup> CHILD, William. *Wittgenstein. Op. Cit.* p.112

<sup>483</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas. Op. Cit.*p.95.

<sup>484</sup> ANTÓN, Tomás Vives. Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal. Op. Cit.*p. 265.

<sup>485</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*; tradução de José Carlos Bruni. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 105

<sup>486</sup> VÁZQUEZ. José Antonio Ramos. *Concepción Significativa de la acción y teoría jurídica del delito. Op. Cit.* 355-358

conhecimento dos estados mentais de outras pessoas da mesma forma que se tem dos próprios estados mentais. O que se tem é tão somente “uma crença que em sua mente existe tal qual um processo ou estado”.<sup>487</sup>

É por esse motivo que a intencionalidade e ação passam a serem compreendidas como uma unidade. A voluntariedade e os demais atributos da intenção passam a ser vistos como formas de se entender a conduta como ação.<sup>488</sup> Nesse sentido, vale o clássico exemplo do jogo de xadrez trazido por Vives Antón, presente no aforismo 337 do *Investigações Filosóficas* de Ludwig Wittgenstein<sup>489</sup>:

(...) a intenção está inserida na situação, nos hábitos humanos e nas instituições. Se não existisse a técnica de jogar xadrez, eu não poderia ter a intenção de jogar uma partida de xadrez. Desde que tenho antecipadamente a intenção da forma da frase, isto só é possível pelo fato de eu poder falar esta língua.

A partir desse aforismo, percebe-se que os elementos psicológicos não são necessários para que alguém expresse a vontade, a intenção em cometer algo. Há o referido abandono a elementos naturalísticos, inclusive, devido a uma visão ontológica da ação, um erro comum é correlacionar a intenção com um movimento corporal específico. Dessa maneira, afirma Peter Hacker<sup>490</sup> ao comentar o segundo Wittgenstein:

A ação humana é mal interpretada como sendo um movimento causado por atos de vontade. Existem coisas como atos de vontade, mas não são antecedentes causais das ações. Existe força de vontade, mas força de vontade não é o análogo psíquico da força muscular. E é uma ficção que toda ação voluntária manifesta força de vontade ou envolve um ato de vontade. **O que caracteriza a ação voluntária não são quaisquer antecedentes psicológicos ou causais, que iniciam os movimentos corporais. ‘Querer’ (ou querer) não é o nome de um fenômeno mental que acontece dentro de alguém, nem o nome de um ato mental que se realiza. (grifos meus).**

A citação de Peter Hacker elimina de vez qualquer tentativa de buscar uma relação entre um elemento psíquico e a realização de uma ação. Não existem ante-

<sup>487</sup> VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. **Concepción Significativa de la acción y teoría jurídica del delito.** *Op. Cit.* 204

<sup>488</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal.** *Op. Cit.* 237

<sup>489</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas.** *Op. Cit.* 113

<sup>490</sup> **Tradução livre do original:** “Human action is misrepresented as movement caused by acts of will. There are such things as acts of will, but they are not causal antecedents of actions. There is such a thing as will-power, but will- power is not the psychic analogue of muscle power. And it is a fiction that all voluntary action manifests will- power or involves an act of will. What characterize voluntary action are not any psychological, causal, antecedents which initiate bodily movements. ‘Wanting’ (or willing) is neither the name of a mental phenomenon that happens within one, nor the name of a mental act one performs. Ver em: HACKER, Peter Michael Stephan. Wittgenstein’s place in **twentieth-century analytic philosophy.** Malden: Blackwell Publishers, 1996. p.135

cedentes psicológicos ou causais para as ações e o querer e a são apenas compreendidos no contexto onde ocorre a ação, ou seja, a ação é o significado de um atuar, de uma ação em um dado contexto.

Outros estados mentais como o desejo se mostram irrelevantes para a construção da responsabilidade penal. Por exemplo, Vivés Antón traz como exemplo o caso do comandante militar e do terrorista. No caso em tela, o comandante não deseja matar civis, mas por uma consequência de uma ordem sua para bombardear uma determinada localidade alguns civis acabam por virem a morrer. No mesmo exemplo, em outro cenário, um terrorista tenta matar um chefe de estado com uma bomba e acaba matando algumas crianças, mesmo não desejando isso.<sup>491</sup>

Vives Antón<sup>492</sup> pontua que o desejo de ambos era igual: não queriam matar as pessoas que morreram como decorrência da explosão das bombas. Entretanto, o terrorista é responsável pelas mortes que causou, por ter violado a lei, ao passo que o comandante militar não o é por ter atuado conforme o que prescreve as leis da guerra.

Tomás Salvador Vives Antón<sup>493</sup> ainda discorre sobre o propósito, elemento subjetivo também impossível de ser observado por um observador externo. O propósito, muito assemelhado a intenção, se difere desta por ser um critério para substantivo para valorizar a ação, mas não essencial, ao passo que a intenção é essencial para a caracterização da ação. Ainda lembra que as pessoas podem fazer propósitos de coisas que não desejam, e enquanto o desejo não tem efeito algum, o propósito pode ter consequências quando se materializa.

Em resumo, para determinarmos uma ação concreta como intencional ou não, nós não recorreremos a processos mentais inverificáveis, como sentimentos, desejos, e propósitos, mas sim em uma análise se a ação realizada representa ou não um compromisso de atuar do autor.<sup>494</sup>

Feita uma breve explanação sobre os pontos centrais da ação significativa, passemos a uma análise da superação do supra conceito de ação pelo paradigma significativo.

---

<sup>491</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. *Op. Cit.* 242-243

<sup>492</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. *Op. Cit.* 242-243

<sup>493</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. *Op. Cit.* 244

<sup>494</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. *Op. Cit.* 247

### 3.2.4 A superação do supra conceito de ação pela concepção significativa da ação.

O supra conceito de ação parte da proposta de configurar a ação como uma realidade pré-jurídica<sup>495</sup>. Foi nas palavras de Tomás Salvador Vives Antón<sup>496</sup>, a tentativa infrutífera das concepções causais-naturalistas, finalistas e funcionalistas formularam um supra conceito de ação que proporcionou um conceito único capaz de albergar todas as suas modalidades de cometimento de uma ação, ou seja, a ação comissiva, omissiva, dolosa e culposa.

A proposta de um supra conceito de ação surgiu com os autores vinculados à teoria causal-naturalista do delito, notadamente Franz von Liszt e Gustav Radbruch. Conforme já exposto anteriormente no presente trabalho, Franz Von Liszt e Gustav Radbruch<sup>497</sup> partiram de um conceito causal de ação para fundamentar a teoria do delito. Ao buscar um supra conceito de ação, os autores buscavam a gênese da corrente causal que originou o delito. A insuficiência do conceito de ação de Franz Von Liszt<sup>498</sup> como “ato é a conduta voluntária (*Verhalten*) no mundo exterior; causa voluntária ou não impeditiva de uma alteração no mundo externo” para explicar os crimes omissivos também o levou a buscar um supra conceito de ação, partindo da própria forma como ele concebia a ação. Para Von Liszt<sup>499</sup>, o começo da ação se dá na vontade do agente, a qual dá início a um processo causal no mundo físico.

Por esse motivo, destacamos que a fundamentação filosófica por detrás de um supra conceito de ação está ligada a aspectos inacessíveis da mente humana como vontade e desejo. Essa tentativa advém da concepção cartesiana da mente, mencionada anteriormente no presente trabalho, ou seja, a mente como aquilo que dirige as condutas humanas através da vontade.<sup>500</sup>

---

<sup>495</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. *Op. Cit.* 219.

<sup>496</sup> ANTÓN, Tomás Vives Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. *Op. Cit.* p.137 - 153.

<sup>497</sup> **Nota:** o supra conceito de ação também foi buscado por autores finalistas, como Hans Welzel, e por autores funcionalistas, como Claus Roxin. Esses conceitos não são trazidos aqui por fugirem do escopo proposto ao presente trabalho.

<sup>498</sup> LISZT, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal. Tomo II**, trad. por Luis Jiménez de Asúa. Madrid: Instituto editorial Reus, 1927.p.297

<sup>499</sup> LISZT, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal. Tomo II**, trad. por Luis Jiménez de Asúa. Madrid: Instituto editorial Reus, 1927.p.297

<sup>500</sup> Para melhor compreensão ver em: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. *Op. Cit.* 124; VÁZQUEZ. José Antonio Ramos. **Concepción Significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 332

Segundo esse conceito, as ações são movimentos físicos resultantes de uma manifestação de vontade ou querer. Sendo assim, a ação é a somatória entre um movimento físico e um ato de vontade (*Willensinhalt*) da pessoa que atua. Elementos objetivos e subjetivos que se somam para configurar a ação.<sup>501</sup>

Gustav Radbruch<sup>502</sup>, seguindo a mesma linha de Franz Von Liszt, afirma a necessidade da existência de um supra conceito de ação e diz que o conceito de ação deve considerar os seus mais variados sentidos, conceitualmente integrando todas as modalidades de cometimento. Inclusive, Radbruch<sup>503</sup> tentou aproveitar o conceito causal de ação para incluir a omissão, quando afirma que a omissão seria a negação de uma ação, sem haver a vontade do agente ou um acontecimento externo.<sup>504</sup>

A posição de Gustav Radbruch<sup>505</sup> a favor de um supra conceito que sintetize as diversas modalidades de cometimento de um delito fica clara nos dois trechos a seguir de seu livro “O conceito de ação”:

A classificação dos direitos penais subjetivos é uma verdadeira tarefa jurídico-penal. Se cumpre na Parte especial. O lugar de seu fim genérico, o Direito Penal subjetivo, nas ordenações superiores, corresponde à teoria geral do direito. Como ela não satisfaz este requisito até agora, é impossível caracterizar apenas o direito penal subjetivo através de sua diferença específica e, ao contrário, deve-se produzi-lo diante de nossos olhos graças à síntese de todos os seus elementos

(...) entre as formas de manifestação do crime, o fazer e omitir, o dolo e a culpa, ainda que indubitavelmente sirvam de base para diferentes tipos de crime, parecem ser, entre os elementos deste último, personagens dos quais o conceito de crime pode ter um ou outro, como traços alternativos.<sup>506</sup>

---

<sup>501</sup> **Para melhor compreensão ver em:** VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal.** *Op. Cit.* 124; VÁZQUEZ. José Antonio Ramos. **Concepción Significativa de la acción y teoría jurídica del delito.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 332

<sup>502</sup> RADBRUCH, Gustav. **El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal.** *Op. Cit.* p.104

<sup>503</sup> **Nota:** assim afirma Radbruch: “Sí la acción ha de conformar el concepto superior del sistema, ella tiene que abarcar la omisión.” Ver em: RADBRUCH, Gustav. **El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal.** *Op. Cit.* p.161

<sup>504</sup> RADBRUCH, Gustav. **El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal.** *Op. Cit.* p.162

<sup>505</sup> **Tradução livre do original:** “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 subjetivo sólo através de su diferencia específica y, antes bien, hay que producirlo ante nuestros ojos merced a la síntesis de todos sus elementos.” Ver em: RADBRUCH, Gustav. **El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal.** *Op. Cit.* p.100

<sup>506</sup> **Tradução livre do original:** “(...) entre las formas de aparición del delito, hacer y omitir, dolo y culpa, pese a que indudablemente sirven de base a distintas clases de delito, parecen ser, entre los

A própria pretensão de reunir em um único conceito a ação e a omissão, sendo que ambas pertencem a realidades distintas, já mostra a fragilidade de um supra conceito de ação. Porém, basta entender a ação como uma expressão de sentido para que compreender a impossibilidade de reunir todas as formas de realização de uma ação em um conceito unitário pré-jurídico. Sobre isso, o escólio de Vives Antón<sup>507</sup> ensina:

Pois, se estivesse falando do conteúdo do sentido (e não de seu suporte) mal poderia propor seu conceito social como supra conceito: um 'supra conceito' é um conteúdo de sentido e, obviamente, não há um conteúdo de 'ex hypothesi' diversos. Dito de outro modo: matar, roubar, lesionar, etc. são comportamentos diferenciado e irreduzíveis ao conteúdo (de sentido) a uma unidade superior."

A partir da citação de Vives, nota-se o absurdo que é criar um supra conceito de ação que abranja todas as possibilidades de cometimento de um delito em específico. Justamente pelo fato de a ação ser compreendida como o sentido de um substrato, ela não pode ser compreendida de forma unitária como pretendia Franz Von Liszt e Gustav Radbruch. Isto é, com um único sentido semântico para uma determinada ação, pois cada ação manifesta seu sentido de uma maneira específica, dependendo do contexto onde ela se realiza.

O contexto onde a ação se realiza é interpretado a partir dos jogos de linguagem que se desenvolvem por meio das diversas práticas sociais presentes em uma comunidade de falantes. Conforme a lição de Vives Antón<sup>508</sup>:

(...) Dizer que a ação é o significado de um feito não é somente cancelar abruptamente a investigação da ação como acontecimento natural; se não que,

---

elementos del último, caracteres de los que el concepto del delito puede tener uno u otro, como rasgos alternativos." Ver em: RADBRUCH, Gustav. **El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal.** *Op. Cit.* p.100 -101

<sup>507</sup> **Tradução livre do original:** "Pues, si estuviera hablando del contenido de sentido (y no de soporte) mal podría proponer su concepto social como supra concepto: un "supra concepto" es un contenido de sentido y, obviamente, no hay un contenido de sentido que pueda ser común a una serie de contenidos de sentido que son "ex hypothesi" diversos. Dicho de otro modo: "matar, robar, lesionar, etc. son comportamientos diferenciados e irreductibles, en cuanto al contenido (de sentido) a una unidad superior". **Ver em:** VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal.** *Op. Cit.* 134.

<sup>508</sup> **O trecho é uma tradução livre do original:** "(...) 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 supra concepto 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 supra concepto de acción se hallaba mal planteado y que era, por tanto, un pseudo-problema." Ver em: ANTÓN, Tomás Salvador Vives. **Fundamentos del Sistema Penal.** *Op. Cit.* 222.

ao invés disso, tal afirmação abre tantas perguntas como as fecha. Pois não se pode dizer que represente uma solução do problema do supra conceito de ação, tal como historicamente se havia estabelecido: ao contrário, posto que a classe de todos os sentidos não pode, por sua vez, definir-se conceitualmente (posto que não há um significado comum a todos os significados), entender a ação como sentido equivale a entender que o problema do supra conceito de ação estava mal estabelecido e que era, portanto, um pseudoproblema”

Portanto, a compreensão da ação como o sentido de um substrato elimina a possibilidade de haver um supra conceito de ação. O número de modalidades de cometimento de uma ação é igual ao número de sentidos linguísticos de um tipo de ação que podem ser expressos na forma de ações passíveis de serem cometidas.

Com isso, compreende-se o sentido de uma ação criminosa ao observar a sua realização na práxis, sendo impossível a existência de pré-conceitos jurídicos de ação<sup>509</sup>, como os causalistas tentaram anteriormente, a exemplo de Von Liszt e Belling, ou dos finalistas como Maurach e Welzel.

Diante de todo o exposto, na sequência, analisa-se o conceito de Tipo de Ação para a Concepção Significativa da Ação, com o intuito de melhor entender como se dá a identificação das condutas cometidas pelo agente.

### 3.2.5 O Tipo de Ação visto a partir da Concepção Significativa da Ação

O Tipo de Ação surge como a categoria básica do sistema penal sob a proposta da Concepção Significativa da Ação. Segundo Vives Antón<sup>510</sup>, ele é “solo sobre o qual se levanta o edifício valorativo da teoria do Delito”. Por tipo de ação entende-se o conjunto dos pressupostos objetivos e subjetivos da ação punível.<sup>511</sup>

Como dito anteriormente, para a Concepção Significativa da Ação, a ação significativa é a ação identificada pelo seu sentido, que pode estar contido dentre os significados presentes no tipo penal.<sup>512</sup> Diante disso, conclui-se de que a ação é independente do tipo, entretanto não é independente do sentido e significado sociais. Ou seja, a ação é interpretada a partir do sentido linguístico e normativo-linguístico.

---

<sup>509</sup> **Nota:** além da evidente impossibilidade lógica evidente na tentativa de se criar um conceito de ação que abarcasse as condutas comissivas e omissivas, como se ambas possuíssem um elemento ôntico em comum. A conduta omissiva obrigatoriamente será uma valoração jurídica feita sobre uma situação fática, não pertencendo a nenhuma classe ontológica.

<sup>510</sup> ANTÓN, Tomás Salvador Vives. **Fundamentos del Sistema Penal**. *Op. Cit.* p. 286.

<sup>511</sup> ANTÓN, Tomás Salvador Vives. **Fundamentos del Sistema Penal**. *Op. Cit.* p. 286.

<sup>512</sup> ANTÓN, Tomás Salvador Vives. **Fundamentos del Sistema Penal**. *Op. Cit.* p. 542.

Mediante esse raciocínio, compreende-se o conceito de tipo de ação: ao se interpretar a ação, ela passa a ser o sentido não de um substrato típico, mas o sentido de um substrato social.<sup>513</sup>

Isso se deve ao fato de as ações que interessam ao Direito Penal serem aquelas que, conforme considerações político-criminais referidas ao controle social, interessam serem coibidas por meio da ameaça de pena. Essas ameaças se configuram através dos tipos penais, que têm o objetivo de proteger bens jurídicos que são escolhidos por essas mesmas pretensões político-criminais.<sup>514</sup> Desde o ponto de vista do interesse jurídico-penal, tipo e ação estão unidos sobre o sentido comum de controle social. Sobre isso, a lição de Paulo Busato<sup>515</sup>:

Não é o tipo que condiciona a ação nem vice-versa. É o interesse social na tipificação de uma determinada conduta (ação ou omissão) expressa na recepção comunicativa da norma, que identifica a ação e determina seu significado ou sentido.

Conseqüentemente, ao se analisar a ação, deve-se analisar o sentido expresso por esta, abarcado dentro dos sentidos que se pretendia regular com o tipo penal em tela. Verifica-se se existe ou não uma “ação relevante para o Direito Penal” ao verificar se tal ação pertence a algum dos tipos de ação que existem na lei penal<sup>516</sup>

E aqui reside um ponto importante, enquanto é normal e tolerável que existam ações que não correspondam a nenhum tipo, é inadmissível existir tipo a que não corresponda uma conduta (comissão ou omissão). A saber, a criação de “tipos de autor”, que são incompatíveis com o Direito Penal do fato e com o Estado Democrático de Direito.<sup>517</sup> É justamente a defesa de “um Direito Penal do fato, em oposição ao Direito Penal do autor, que faz vincular o tipo à existência de uma conduta”.

A partir desta exposição, apreende-se que, para a concepção significativa da ação, os fatos somente podem ser compreendidos através das normas e, para tal, devem ser compreendidos como tipos de ação. Diante das normas, a ação é valora-

---

<sup>513</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e Ação Significativa**. *Op. Cit.* p.193.

<sup>514</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e Ação Significativa**. *Op. Cit.* p.193.

<sup>515</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e Ação Significativa**. *Op. Cit.* p.193.

<sup>516</sup> BUSATO, Paulo César; GUARAGNI Fábio André. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do Interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal**. *Op. Cit.* p.43

<sup>517</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e Ação Significativa**. *Op. Cit.* p.212



da e interpretada<sup>518</sup>, sendo que a norma passa a ocupar um papel central na Concepção Significativa da Ação, tendo por base a ideia reitora de justiça. Parte-se do entendimento que, em um certo momento, a dogmática penal trocou uma correta pretensão de justiça, que deveria acompanhar suas formulações conceituais, por uma pretensão de verdade.<sup>519</sup>

A proposta do professor Vives Antón<sup>520</sup> é retomar a ideia de que a dogmática é apenas um modo de argumentar e não uma ciência, para então propor uma nova leitura do delito a partir de pretensões relacionadas com os valores que a norma pretende proteger e relacionados à pretensão de justiça. Vives<sup>521</sup> entende que a norma pretende ser válida para o caso concreto diante dessa pretensão de justiça, que só pode ser alcançada por um processo de argumentação racional, dado o fato de a norma penal ser “uma regra de conduta, que pode ser expressa linguisticamente”<sup>522</sup>.

A contar essa nova concepção, a lei penal é o meio pelo qual as normas penais se expressam. O conjunto de normas jurídico-penais é aquilo que se chama dogmática jurídico-penal e é essa que “expressa o modo de compreender e valorar a sociedade”.<sup>523</sup> Em última análise, existe uma pretensão geral de realização de justiça que existe em todas as normas, que se apresenta por dois aspectos: pretende ser válida, ao mesmo tempo, que pretende ser legítima, ao passo em que não pretende ser verdadeira. Logo, as normas possuem uma pretensão de justiça, não de verdade.<sup>524</sup>

A pretensão de legitimidade da norma se configura por meio da obediência aos direitos e garantias fundamentais das pessoas. A norma só é legítima se adequada às garantias fundamentais consagradas pela razão humana. A pretensão de validade está presente quando a norma obedece a uma série de afirmações parciais desta em face da ação apreciada. São elas: se a ação é relevante, se há ilicitude, quanto à necessidade de pena e à reprovação da ação. A norma, portanto, é configurada como algo diferente da lei, ou seja, a referência à norma torna-se a referência ao comando pretendido, à orientação de conduta e não à letra concreta da lei. E

---

<sup>518</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. Op.cit. 229.

<sup>519</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. Op. Cit. 265.

<sup>520</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e Ação Significativa**. Op. Cit. p.194.

<sup>521</sup> MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa. Parte General**. Op. Cit. p.40.

<sup>522</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. Op. Cit. 339

<sup>523</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. Op. Cit. 468

<sup>524</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e Ação Significativa**. Op. Cit. p.197.

tal comando deve pretender ser correto desde um ponto de vista do que é mais correto.<sup>525</sup>

Desse modo, a norma passa a funcionar como um veículo do processo de comunicação que existe entre a sociedade e o indivíduo, tornando-se uma expressão da auto valoração dessa sociedade e tendo a força vinculativa dependente de quanto mais próxima da realidade social ela se encontrar. Em vista disso, a estrutura dogmática acaba por se tornar nada mais do que uma forma de argumentar racionalmente acerca de aspectos que pretendem afirmar a racionalidade normativa e dos valores refletidos pela norma jurídica.<sup>526</sup>

### 3.3 A LIBERDADE COMO PRESSUPOSTO NA CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA AÇÃO

Segundo Ludwig Wittgenstein<sup>527</sup>, existem certas proposições que não estão submetidas à dúvida, afinal, “o próprio jogo da dúvida pressupõe a certeza”.<sup>528</sup> Dentre essas proposições está a liberdade<sup>529</sup>, que não pode ser retirada do proscênio do sistema penal pelos mais variados determinismos, como por exemplo pelo determinismo físico e pelo determinismo lógico<sup>530</sup>. A liberdade de ação ocupa o papel central como o ponto de união entre a teoria da ação e a teoria da norma.<sup>531</sup>

A Concepção Significativa da Ação é lastreada por dois conceitos basilares: ação e norma, que são unidos pela ideia de “liberdade de ação”. De acordo com Paulo César Busato e José González Cussac<sup>532</sup>, os novos pressupostos da opção

<sup>525</sup> MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa. Parte General.** *Op. Cit.* p.40.

<sup>526</sup> MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa. Parte General.** *Op. Cit.* p.45.

<sup>527</sup> **Nota: assim afirma Ludwig Wittgenstein em seu livro “Da Certeza”:** “Quem tentasse duvidar de tudo, não iria tão longe como se duvidasse de qualquer coisa. O próprio jogo da dúvida pressupõe a certeza”; “Isto é, as perguntas que formulamos e as nossas dúvidas dependem do fato de certas proposições estarem isentas de dúvida serem como que dobradiças em volta das quais as dúvidas giram” ver em: WITTGENSTEIN, Ludwig. **Da Certeza.** Lisboa: Edições 70, 1998. p.47 e p.99.

<sup>528</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Da Certeza.** *Op. Cit.* p.47.

<sup>529</sup> **Nota:** Wittgenstein menciona como exemplos de afirmações nesse sentido dizer “A Terra é mais velha do que mim” ou “sempre que me viro de costas o mundo atrás de mim não some”. São proposições que estão além da dúvida razoável.

<sup>530</sup> **Nota:** o professor Vives Antón faz uma extensa refutação dos determinismos lógico e físico em seu livro “Fundamentos del Sistema Penal”, cuja leitura é recomendada. Ver em: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal.** *Op. Cit.* 325 em diante.

<sup>531</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal.** *Op. Cit.* 334

<sup>532</sup> BUSATO, Paulo César; CUSSAC, José L. González; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de direito penal brasileiro: parte geral.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.p.186

epistemológica representada pela Concepção Significativa são: 1) primado da ação; 2) primado da linguagem 3) e o primado da liberdade.

A liberdade é o fundamento da ação, da linguagem e da razão que permite compreender o significado da ação.<sup>533</sup> Tanto isso é verdade que Vives Antón<sup>534</sup> afirma que o mundo é concebido a partir da liberdade centrada na ação e que ele não pode ser concebido de outra forma, sob pena de perder qualquer sentido a própria ideia de regulamentação normativa pelo Direito.<sup>535</sup> Para embasar tais argumentos Vives Antón utiliza dois fundamentos.

O primeiro é a argumentação de Immanuel Kant, que demonstrou que a razão, a liberdade e autonomia são indissociáveis. Como todos os seres racionais possuem liberdade e as suas ações nela são embasadas, só se pode agir sob a condição da ideia de liberdade<sup>536</sup>, ou seja, só pode haver uma ação se houver a presunção de que alguém a fez. É isso que distingue as ações dos meros acontecimentos naturais.

Nesse mesmo sentido, em consonância com José Antonio Ramos Vázquez<sup>537</sup>, “se existe razão, existe a liberdade”, uma vez que esta é quem orienta as ações. Seguindo esse condão lógico, a liberdade seria a capacidade de se guiar pela razão. Por isso reitera-se que a liberdade é um pressuposto, pois se assume que o agente pode autodeterminar-se por meio de suas próprias razões, isto é, onde existir a ação existe também a liberdade de agir. Nesse sentido, Paulo César Busato<sup>538</sup> leciona que:

Evidentemente a liberdade não é demonstrada empiricamente, mas reconhecida a partir de uma determinada concepção de mundo, o que leva forçosamente a uma opção. Ou se concebe o mundo e as coisas do mundo a partir da compreensão da capacidade de autodeterminação impelida pela racionalidade, ou simplesmente não se concebe assim o mundo, perdendo qualquer sentido a própria ideia de regulamentação normativa pelo direito.

---

<sup>533</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. Op. Cit. 332.

<sup>534</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. Op. Cit. 326

<sup>535</sup> BUSATO, Paulo César. *Direito penal e Ação Significativa*. Op. Cit. p.199.

<sup>536</sup> **Nota:** assim afirma Immanuel Kant: “a todo ser racional que tem uma vontade devemos lhe atribuir necessariamente também a ideia de liberdade, sob a qual ele age” ver em: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret,2006. p.81.

<sup>537</sup> VÁZQUEZ. José Antonio Ramos. *Concepción Significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Op. Cit. 378

<sup>538</sup> BUSATO, Paulo César. *Direito penal e Ação Significativa*. Op. Cit. p.199.

A liberdade de ação se torna essencial para se discernir entre aquilo que são ações e meros acontecimentos. Por exemplo, diferenciar a ação de poluir um rio ou matar alguém, a queda de uma pedra ou um relâmpago. Nas palavras de Carbonell Mateu<sup>539</sup>, “os fenômenos físicos obedecem às regras de necessidade e as ações, regras de liberdade.”

Evidentemente, podem haver casos em que alguém é levado a produzir um determinado resultado casualmente, porém não se pode afirmar, nesses casos, que o agente tenha atuado de fato e muito menos de uma ação que venha a ser regida através das normas.<sup>540</sup>

O segundo fundamento parte da gramática profunda de Wittgenstein<sup>541</sup>, pois como referido anteriormente, o sentido da ação somente é percebido a partir de regras sociais, que regem em um sentido linguístico o uso da linguagem e o sentido das ações, servindo para apontar um determinado modo de atuar para explicar a ação. Seguir uma regra torna-se a captação de um sentido, não a realização de uma determinação causal. Conforme Vives Antón<sup>542</sup>, “a pergunta sobre como posso seguir uma regra não é uma pergunta a respeito das causas, mas das razões que guiam minha conduta e pressupõem que posso determinar-me por elas, ou seja, pressupõe a liberdade de ação que realizo ao falar.”

Portanto, para seguir uma regra, apreende-se sentido, que pode ser assimilado de forma errônea. Ao infringir uma regra, não seria possível de ser feito por um acontecimento natural<sup>543</sup>, porque “para se falar de regras e de seguir as regras, é imprescindível partir da ideia de liberdade”<sup>544</sup>. No mesmo sentido do exposto, o escólio de Vives Antón<sup>545</sup>:

O ato de seguir regras implica a captação do sentido e, por conseguinte, a determinação conforme o sentido, não determinação causal. As regras são muito diferentes das leis da natureza: pois uma regra pode ser seguida corretamente ou resultar infringida enquanto que uma lei da natu-

---

<sup>539</sup> CARBONELL MATEU, Juan Carlos. “**Sobre tipicidad e imputación: reflexiones básicas en torno a la imputación del dolo y la imprudencia**”. In Estudios penales em recuerdo del Prof. Ruiz Antón (Octávio de Toledo y Ubierto, E.; Guardiel Sierra, M.; Cortés Bechiarelli, E. – coords.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p.141.

<sup>540</sup> VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. **Concepción Significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. *Op. Cit.* 376

<sup>541</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. *Op. Cit.* p.229

<sup>542</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. *Op. Cit.* 319

<sup>543</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. *Op. Cit.* 331

<sup>544</sup> MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa. Parte General**. *Op. Cit.* p.56.

<sup>545</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e Ação Significativa**. *Op. Cit.* p.198.

reza deixa de ser tal se os fatos não se adaptam a ela. A pergunta sobre como posso seguir uma regra não é uma pergunta a respeito das causas, mas das razões que guiam minha conduta e pressupõe que posso determinar-me por elas – ou seja, pressupõe a liberdade de ação que realizo ao falar.

Desse modo, somente é possível realizar a pretensão de justiça por meio da aplicação de uma norma se existir a liberdade de ação. Isso se deve ao fato que sem liberdade de ação, nem sequer poderia a ação ser considerada como tal. A liberdade de agir é o fundamento do reconhecimento da ação, ao considerar o contexto no qual ela se insere, para assim compreender a existência ou não de uma conduta. A liberdade de ação, portanto, é o pressuposto da ação, pois do contrário jamais haveria expressão de sentido<sup>546</sup>.

Também é preciso ressaltar que neste presente trabalho não se pretende questionar a existência de liberdade de ação, já que a racionalidade jurídica só pode ser afirmada e questionada se assumir a existência da liberdade. A recusa da existência de liberdade é a oposição a ideia de agentes livres atuando na realidade, é o determinismo absoluto, algo que é indemonstrável e destituído de razão.<sup>547</sup>

Com os breves apontamentos, considerando a tríade ação, norma e liberdade de ação, a Concepção Significativa da Ação supera o antigo paradigma ontológico da ação. Do conceito de tipo de ação, surge imediatamente duas dúvidas: são as pessoas jurídicas capazes de cometer uma ação criminosa? E quais os tipos de ação passíveis de serem cometidos pelo ente coletivo? É o se discute a seguir.

#### **4. A AÇÃO DA PESSOA JURÍDICA: ETAPAS PARA A IDENTIFICAÇÃO DOS TIPOS DE AÇÃO COMETIDOS PELAS PESSOAS JURÍDICAS A PARTIR DA LINGUAGEM COMUM.**

O presente trabalho propõe que a identificação das condutas passíveis de serem cometidas pelas pessoas jurídicas pode ser realizada por meio da Concepção Significativa da Ação, uma vez que o entendimento da ação como uma expressão de sentido permite a superação dos entraves ontológicos apresentados pelas teorias do delito até então existentes. Diante disso, supera-se a necessidade de um corpo

<sup>546</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte Geral**. *Op. Cit.* p.554.

<sup>547</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. *Op. Cit.* 837 e seguintes.

físico para que o agente cometa uma ação, porque o “atuar” não depende mais de uma causação voluntária de uma alteração no meio externo, como defendiam os autores causal-naturalistas, ou de uma manifestação de uma finalidade, como defendiam os autores finalistas.

Antes de investigar a responsabilização penal da pessoa jurídica por meio da Concepção Significativa da Ação, brevemente se analisam as principais incompatibilidades entre as teorias do delito com a responsabilização do ente coletivo, demonstrando assim a sua insuficiência em atender às demandas da nova realidade criminológica em que se está inserido no que se refere à criminalidade dos entes morais.

#### 4.1 A INSUFICIÊNCIA DOS CONCEITOS ONTOLÓGICOS DE AÇÃO DOS MODELOS DE TEORIA DO DELITO PARA A RESOLUÇÃO DO PROBLEMA DA RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS.

Antes de partir para uma análise da conduta passível de ser cometida pela pessoa jurídica, é necessário apresentar as incompatibilidades das atuais teorias do delito com um sistema de autêntica autorresponsabilização penal da pessoa jurídica, centrando-se nos problemas atinentes ao conceito de ação, no caso dos modelos causal-naturalista e finalista e nas principais incompatibilidades apresentadas pelo modelo funcionalista.

Desde logo, objetiva-se esclarecer que não se pretende fazer uma exposição pormenorizada de cada sistema do delito frente à responsabilidade penal da pessoa jurídica e muito menos de todas as minúcias apresentadas por diferentes autores que se filiam a cada sistema dogmático. Pretende-se aqui expor de forma breve a incompatibilidade dos conceitos de ação dos sistemas dogmáticos com a responsabilidade penal da pessoa jurídica, centrando -se no conceito de ação que cada um desses sistemas desenvolveu.

Objetiva-se, portanto, uma análise apenas do conceito de ação em cada modelo dogmático, não pertencendo ao escopo do presente trabalho a demonstração da insuficiência dos demais elementos dos atuais modelos dogmáticos para a solução do problema da responsabilidade penal do ente coletivo, por exemplo, a incompatibilidade dos conceitos de culpabilidade de cada sistema com a responsabilidade

penal da pessoa jurídica e os entraves enfrentados por esses modelos no que se refere a punibilidade.

Uma vez feita essa análise, propõe-se analisar como a responsabilidade penal da pessoa jurídica é vista a partir Concepção Significativa da Ação, desenvolvida pelo professor espanhol Tomás Salvador Vives Antón, para então ponderar quais são as condutas passíveis de serem cometidas pela pessoa jurídica. Esta exposição é relevante, pois se observa uma direta correção entre a evolução da teoria do delito e dos modelos de responsabilidade penal da pessoa jurídica. Os modelos de autorresponsabilidade penal foram assumidos gradativamente no cenário do debate acerca da responsabilização do ente coletivo, devido a uma gradativa perda da vinculação do sistema criminal com as categorias ontológicas herdadas do finalismo, o que permitiu aos juristas maior liberdade na construção de conceitos, em especial dentro da teoria do delito.

A desvinculação do sistema criminal com o ontologicismo teve como frutos os recentes debates sobre a normatização do tipo e a reformulação do conceito de ação. Essa mudança de paradigma é representada principalmente pelo surgimento da Concepção Significativa da Ação do professor espanhol Tomás Salvador Vives Antón<sup>548</sup>, principal referencial teórico deste trabalho.

O afastamento das categorias do delito de conceitos pré-jurídicos ontológicos permitiu a introdução de finalidades político-criminais na construção dos pressupostos para se imputar a pena. Com isso, há uma mudança de perspectiva na teoria do delito, que passa a ser não apenas uma teoria da infração ou da antinormatividade, mas também uma teoria da imputação de responsabilidade penal.<sup>549</sup> Percebe-se aqui a existência de duas formas de conceber o delito que afetam diretamente a forma como se arquiteta a responsabilização penal da pessoa jurídica.

Na lição de Silva Sánchez<sup>550</sup>, há uma distinção clara entre essas duas formas de configurar a teoria do delito. Ao se adotar um viés do delito como teoria da antinormatividade, cria-se um sistema “mais limitado por dados ontológicos”, ou seja, por elementos psicológicos e empíricos e vendo o crime como uma infração pessoal

---

<sup>548</sup> **Nesse sentido ver:** BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral.** *Op. Cit.* p. 239- 243.

<sup>549</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica.** *Op. Cit.* p.106.

<sup>550</sup> SILVA SÁNCHEZ. Jesús- María. **Qué significa la ‘responsabilidad penal’ de las personas jurídicas?** *In:* SILVA SÁNCHEZ. Jesús- María. *Normas y acciones em Derecho penal.* Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p.78.

da norma. Sob esse prisma, tornam-se primordiais conceitos essencialmente naturalísticos como ação e vontade.

Por um outro lado, há também “as teorias do delito que se constroem como teorias da imputação e são suscetíveis a produzir uma normatização externa”. Isso se mostra primordial para a construção da responsabilidade penal da pessoa jurídica, ao passo que tais compreensões permitem a criação de sistemas mais abertos e “realocam o centro de gravidade da teoria do delito para o momento analiticamente posterior à constatação da produção do fato antinormativo”<sup>551</sup>

A partir da segunda concepção da teoria do delito, a violação da norma por um ato de vontade deixa de ser o mais importante em detrimento da construção de um centro de imputação de responsabilidade, que pode ser a pessoa jurídica. As considerações anteriormente expostas são primordiais, pois, segundo a visão de Silva Sánchez, a atribuição de responsabilidade penal às pessoas jurídicas dependerá de qual conceito específico de norma jurídica se adota.

Ao se conceber a teoria do delito como uma teoria da infração às normas jurídicas penais, surge um componente imperativo de diretivas de conduta, que pressupõe a exclusividade de atuação de uma pessoa física que age em sua contrariedade.<sup>552</sup> Ainda, conforme Silva Sanchez<sup>553</sup>, ao compreender as normas como expectativas de condutas institucionalizadas e a teoria do delito como uma teoria de imputação de responsabilidade, as normas penais são “expectativas de condutas que, por sua relevância para a identidade normativa de uma determinada sociedade são protegidas mediante sanções penais”. Desse modo, nas palavras do autor, “as pessoas jurídicas que não podem ser destinatárias de diretivas, podem ser construídas como destinatárias de expectativas sociais de condutas e, nessa medida, como sujeitos em si mesmos”

Entretanto, o referencial teórico adotado neste trabalho discorda de Silva Sánchez por entender que a pessoa jurídica pode ser responsabilizada por um atuar que seja próprio dela. Sendo assim, na Concepção Significativa da Ação, a pessoa jurídica pode atuar livremente, contrariando a norma com a sua conduta.

---

<sup>551</sup> SILVA SÁNCHEZ. Jesús- Maria. **¿Qué significa la ‘responsabilidad penal’ de las personas jurídicas?** *Op. Cit.* p.78

<sup>552</sup> SILVA SÁNCHEZ. Jesús- Maria. **¿Qué significa la ‘responsabilidad penal’ de las personas jurídicas?** *Op. Cit.* p.78.

<sup>553</sup> SILVA SÁNCHEZ. Jesús- Maria. **¿Qué significa la ‘responsabilidad penal’ de las personas jurídicas?** *Op. Cit.* p. 79-80



A teoria desenvolvida por Vives Antón<sup>554</sup> rompe com uma visão ontológica do conceito de ação, deixando-a de configurá-la como um movimento corporal que altera a realidade exterior, para compreendê-la como uma interpretação de um sentido da ação, que é dado por meio da interpretação de regras e práticas sociais que se expressam nos tipos. Dessa maneira, o agir em contrário à norma não exige uma pessoa natural, porque uma pessoa jurídica pode realizar ações capazes de expressar um sentido.

Além disso, é relevante recordar as críticas do professor Vives Antón<sup>64</sup> às teorias funcionalistas do delito. Segundo ele, o funcionalismo erra ao tentar conceber o significado das palavras a partir de uma ideia de sistema, à medida que tenta conceber uma sociedade real, por exemplo, a partir das palavras do texto constitucional ou das leis ordinárias, resultando em um problema epistemológico no qual a valoração da norma e a sua motivação, que são operações diferentes, confundem-se na categoria do tipo. Por sua vez, a categoria do tipo é utilizada para interpretar a ação como se fosse uma “lente embaçada”.

De todo modo, a compreensão de como responsabilizar penalmente a pessoa jurídica e quais condutas podem ser atribuídas a ela não depende somente da compreensão dos modelos de responsabilidade anteriormente expostos, mas também da compreensão das insuficiências das atuais teorias do delito na apresentação de uma proposta de uma autêntica autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica

#### 4.1.1 A ação causal naturalista do Sistema Clássico e a sua incompatibilidade com a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.

A incompatibilidade do sistema causal-naturalista com a responsabilidade penal da pessoa jurídica fica evidente quando se compreende que tal sistema se baseia em um paradigma ontológico em que a ação é definida como “conduta voluntária no mundo exterior, causa voluntária, ou não impediante de uma modificação no mundo exterior”.<sup>555</sup> Por meio deste paradigma, a ação é compreendida como o mo-

---

<sup>554</sup> VIVES ANTÓN, Tomás. *Salvador. Fundamentos del Sistema Penal. 2ª Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 251*

<sup>555</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II, trad. por Luis Jiménez de Asúa. Madrid: Instituto editorial Reus, 1927. p. 297.

vimento corporal voluntário que causa uma modificação perceptível no mundo exterior, ou seja, um resultado.<sup>556</sup>

Ernst Belling<sup>557</sup> claramente define a ação como “um movimento corporal produzido pelo domínio do corpo (a inervação muscular) dirigida pela vontade”, não abrindo espaço para a possibilidade de concepção de uma ação produzida pelo ente coletivo. Considerando a exposição dogmática já realizada no presente trabalho, fica evidente a incompatibilidade de um conceito causal de ação com um atuar próprio do ente coletivo.

Entretanto, é interessante trazer o ponto de vista de Silvina Bacigalupo<sup>558</sup>, que afirma que Von Liszt, desde a primeira edição de seu manual, já defendia a conveniência da responsabilidade penal da pessoa jurídica, muito embora reconhecesse que somente a pessoa física poderia delinquir. Ele afirmava que era aconselhável e juridicamente possível o reconhecimento da responsabilidade penal dos entes coletivos.

Franz Von Liszt declara que os pressupostos da responsabilidade da pessoa jurídica no âmbito penal não eram fundamentalmente diferentes dos que levavam a responsabilidade dela no âmbito civil ou do Direito Público. O autor alemão sustenta o seu posicionamento afirmando que “quem pode assinar contratos, também pode assinar contratos ilícitos ou usurários, ou não cumprir contratos de abastecimento que tenha vindo a assinar”.

O penalista alemão continuou a defender a responsabilidade penal da pessoa jurídica nas edições seguintes do seu manual, muito embora deixando claro que a capacidade de ação de uma pessoa jurídica no Direito Civil não era diretamente trasladável para o Direito Penal. Ainda que defendesse a responsabilidade do ente coletivo, a sistemática da sua teoria do delito é incompatível com uma ação diretamente cometida pela pessoa jurídica<sup>559</sup>, pelos motivos anteriormente expostos. Concluindo-se pela incompatibilidade do sistema causal-naturalista com um autêntico sistema de autorresponsabilidade da pessoa jurídica.

---

<sup>556</sup> LUZÓN PEÑA. Diego-Manuel **Curso de derecho penal: parte general I**. Imprenta: Madrid, Universitas, 2002.p.228.

<sup>557</sup> BELING, Ernst Von. **Esquema de derecho penal**. *Op. Cit.* p.42

<sup>558</sup> BACIGALUPO, Silvina. **La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. *Op. Cit.* p.70

<sup>559</sup> BACIGALUPO, Silvina. **La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. *Op. Cit.* p.70

É primordial observar que Von Liszt<sup>560</sup> admitia expressamente a possibilidade de uma pessoa jurídica delinquir, mas ele não supunha a aplicação de uma pena dada à ausência de culpabilidade na pessoa jurídica e sim de uma medida de segurança justificada por razões de utilidade e segurança. Nesse sentido, o autor alemão promove a instauração de um sistema de dupla via capaz de aplicar sanções às pessoas jurídicas. Por exemplo, uma associação poderia ter os seus bens jurídicos diminuídos ou eliminados por meio da imposição de uma sanção.<sup>561</sup> Silvina Bacigalupo afirma que a afirmação favorável de Franz Von Liszt à aplicação de sanções às pessoas jurídicas pode ser compatível com os conceitos clássicos de ação e culpabilidade elaborados para a pessoa física.

Dessa maneira, segundo a autora<sup>562</sup>, Von Liszt entende que a pessoa jurídica tem capacidade de ação e a capacidade para cometer um delito, mas não tem capacidade de culpabilidade, porque somente são aplicáveis medidas de segurança à pessoa jurídica. Por mais que Silvina Bacigalupo levante essa hipótese de uma defesa da responsabilidade penal da pessoa jurídica por Von Liszt, tal instituto nunca foi desenvolvido e muito menos levou a cabo de uma alteração no conceito de ação causal. Motivo pelo qual, considerando o conjunto da produção teórica dos autores causais-naturalistas, declara-se que tal sistema dogmático é incompatível com um sistema de responsabilização do ente coletivo.

#### 4.1.1.1 A ação finalista do Sistema Finalista e a sua incompatibilidade com a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.

Como já exposto, a teoria finalista da ação preleciona que a ação é “a direção de uma finalidade realizada pelo agente” sendo um sistema baseado em critérios ontológicos. Para os fins do presente trabalho, convém enfatizar que a melhor saída é a exposição do entendimento de alguns dos principais seguidores da teoria finalista do delito acerca da responsabilização penal da pessoa jurídica diante da incompatibilidade do sistema finalista do delito com um sistema de responsabilidade penal da pessoa jurídica e para esse fim.

---

<sup>560</sup> **Nota:** Franz von Liszt desenvolveu a sua teoria da culpabilidade com base em elementos psicológicos que se expressariam no dolo ou na culpa do agente. Por isso a impossibilidade de uma culpabilidade da pessoa jurídica para esse modelo dogmático.

<sup>561</sup> BACIGALUPO, Silvina. **La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. *Op. Cit.* p.70-71

<sup>562</sup> BACIGALUPO, Silvina. **La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. *Op. Cit.* p.71-72

Primeiramente, Reinhart Maurach<sup>563</sup>, ao comentar a frase favorável de Franz Von Liszt à responsabilização penal do ente coletivo, afirma:

A frase de Liszt, frequentemente invocada como razão contrária, de "quem pode celebrar contratos, pode também celebrar contratos fraudulentos ou usurários", assenta-se numa petição de princípio, nomeadamente, na equiparação do conceito de ação do direito civil com o conceito de ação do direito penal. Esquece que o conceito de ação tem uma natureza diferente nos diversos ramos do direito. Por isso, não há problemas em considerar a pessoa jurídica como titular idôneo da ação no direito penal administrativo. O mesmo não ocorre no direito penal.

(...) Ao contrário, **o reconhecimento da capacidade jurídica penal de atuação da pessoa coletiva levaria a consequências insustentáveis. Isso decorre do tradicional conceito de ação. Esse reconhecimento seria inadmissível para o finalismo, que separa o conceito de ação do simples "produzir" um resultado juridicamente relevante, e mostra fortemente a ação como um produto genuíno do indivíduo, ou seja, do homem isolado.** A vontade da associação também não pode, por uma consideração "mais real", ser equiparada à vontade da ação, do homem particular. **A incapacidade de atuação jurídico-penal da pessoa jurídica deve derivar tanto da natureza do ente coletivo quanto da essência da ação.**

A incompatibilidade entre o sistema finalista e a responsabilidade penal da pessoa jurídica é também anunciada claramente por um dos principais autores filiados à corrente dogmática de Hans Welzel, o professor José Cerezo Mir<sup>564</sup>:

Somente o ser humano pode ser sujeito ativo de um crime. Nem animais nem coisas inanimadas o podem ser. Na doutrina moderna, entretanto, é discutido se as pessoas morais ou jurídicas podem ser um sujeito ativo do crime. (...) A pessoa jurídica carece, portanto, de capacidade para agir ou omitir no sentido do Direito Penal. **A ação consiste, como vimos, no exer-**

---

<sup>563</sup> **Tradução livre do original:** "La frase de Liszt, frecuentemente invocada como razón contraria, de "quien puede concluir contratos, puede concluir también contratos fraudulentos o usurarios", descansa en una petición de principio, a saber, en la equiparación del concepto de acción en el derecho civil y en el derecho penal. Olvida que el concepto de acción tiene una naturaleza distinta en las diferentes ramas del derecho. Por ello no hay reparo en considerar a la corporación como titular idóneo de la acción en el derecho penal administrativo. No ocurre lo mismo en el derecho penal criminal. (...) Por el contrario, el reconocer la capacidad juridicopenal de acción de la persona jurídica conduciría a consecuencias insostenibles. Esto se deriva ya de la consideración tradicional del concepto de acción. Un tal reconocimiento resultaría inadmisibles para el finalismo, que aparta el concepto de acción del simple "producir" un resultado relevante juridicopenalmente, y muestra con fuerza a la acción como producto genuíno del individuo, esto es, del hombre aislado. La voluntad de la asociación no puede tampoco, por una consideración "más real", ser equiparada a la voluntad de la acción, del hombre particular. La incapacidad juridicopenal de acción de la persona jurídica se debe derivar tanto de la naturaleza de la agrupación como de la esencia de la acción." Ver em: MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal. Op. Cit.** p.179-180

<sup>564</sup> **Tradução livre do original:** " Sólo puede ser sujeto activo del delito el ser humano. No pueden serlo los animales ni las cosas inanimadas. En la doctrina moderna se discute, sin embargo, si pueden ser sujeto activo del delito las personas morales o jurídicas. (...) La persona jurídica carece, por ello, de capacidad de acción o de omisión en el sentido del Derecho penal. La acción consiste, como vimos, en el ejercicio de una actividad finalista, en el desarrollo de una actividad dirigida por la voluntad a la consecución de un fin." Ver em: CEREZO MIR, José. **Derecho penal: parte general.** Madrid: Editorial IBdef, 2008.p. 367 e 369-370

**cício de uma atividade finalista, no desenvolvimento de uma atividade dirigida pela vontade à realização de um fim.**

Cerezo Mir<sup>565</sup> ainda assegura que é impossível aplicar penas ou medidas de segurança à pessoa jurídica por ela carecer da capacidade de realizar uma ação ou omissão típica e antijurídica, conforme um viés finalista. Por último, o autor critica veementemente o sistema de responsabilidade penal da pessoa jurídica adotado na Espanha.

José Cerezo Mir também afirma que o conceito finalista de ação é lastrado na concepção do ser humano como um ser responsável, sendo a conduta finalista a única forma específica de conduta humana.<sup>566</sup>

Desse modo, tornando impossível para o sistema finalista a sequer concepção da pessoa jurídica como um agente capaz de cometer delitos. Já a omissão é vista como sendo a não realização de uma ação finalista em uma situação concreta. Tratando se de um conceito que assume um papel limitador nas situações onde faltem capacidade ou possibilidade concreta de ação.<sup>567</sup>

No Brasil, Luiz Regis Prado<sup>568</sup>, seguidor das ideias de Hans Welzel, afirma que a pessoa jurídica não possui capacidade de ação, por não ter consciência e vontade psicologicamente definível. Também afirma que “o aspecto de conduta humana indica que só constituem formas de atuar em sentido jurídico-penal as manifestações da atividade do homem individual, e não os atos de pessoas jurídicas”<sup>569</sup>.

Sobre a incompatibilidade do sistema finalista com a responsabilidade penal da pessoa jurídica, Luiz Regis Prado<sup>570</sup> afirma:

(...) falece ao ente jurídico o primeiro elemento do delito: a ação ou omissão. A primeira consiste no exercício de uma atividade finalista, no desenvolvimento de uma atividade dirigida pela vontade à consecução de um fim. Ou, noutro dizer, na conduta humana regida pela vontade, orientada a um de-

<sup>565</sup> CERESO MIR, José. **Derecho penal: parte general**. *Op. Cit.* p.370

<sup>566</sup> CERESO MIR, José. **La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica. Problemas fundamentales del Derecho Penal**. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2001.p. 54-55.

<sup>567</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. *Op. Cit.* p. 276

<sup>568</sup> PRADO, Luiz Regis. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: fundamentos e implicações**. In: Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 3ª ed. rev., atual. e ampla. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 129/162

<sup>569</sup> PRADO, Luiz Regis. **Direito penal ambiental: problemas fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p.85

<sup>570</sup> PRADO, Luiz Regis. **Direito penal ambiental: problemas fundamentais**. *Op. Cit.* p. 85

terminado resultado. Só a ação finalista é especificamente humana e pode ser valorada pelo direito.

Sobre a incapacidade de ação da pessoa jurídica, diz o jurista brasileiro:

Tem-se, pois, do ponto de vista dogmático, que a irresponsabilidade penal da pessoa moral radica, essencialmente, na falta dos seguintes elementos: a) *prima facie*, capacidade de ação no sentido estrito do Direito Penal (...) Assim, ressalta à evidência que a pessoa coletiva não possui consciência e vontade – em sentido psicológico-semelhante à pessoa física.<sup>571</sup>

Além disso, Regis Prado incide no mesmo erro de Savigny ao afirmar que “a ausência de responsabilidade penal da pessoa jurídica, que, desde, há muito, predomina amplamente no Direito Penal, de filiação romano-germânica, vem expressa no conhecido apotegma *societas delinquere non potest*”.<sup>572</sup>

Conclui-se, portanto, que o sistema finalista é incompatível com um autêntico sistema de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica quando considera que uma pessoa jurídica não pode cometer uma ação, por definir a ação como a vontade humana dirigida a uma finalidade e por considerar que a pessoa jurídica não tem vontade nem voluntariedade em um sentido psicológico.<sup>573</sup>

4.1.2 O abandono da ação como elemento central na teoria do delito no Sistema Funcionalista e a incompatibilidade do conceito personalista de ação com a Responsabilidade penal da pessoa jurídica.

A teoria funcionalista do delito interpreta a ação com base nos fins da pena e do Direito Penal, é considerada uma teoria normativa, não considerando a ação como um conceito ligado a elementos naturalísticos, mas obtida à luz das normas e do Direito. Chamam-se as diversas proposições funcionalistas do delito de sistemas teleológicos.

Como explanado no capítulo anterior, com a entrada do sistema funcionalista no proscênio do debate dogmático-penal, a ação perde o papel proeminente que

<sup>571</sup> PRADO, Luiz Regis. **Direito penal ambiental: problemas fundamentais**. *Op. Cit.* p. 84

<sup>572</sup> PRADO, Luiz Regis. **Direito penal ambiental: problemas fundamentais**. *Op. Cit.* p. 82-84

<sup>573</sup> CEREZO MIR, José. **Derecho penal: parte general**. *Op. Cit.* p. 369

desempenhava até então na teoria do delito, sendo que o próprio Roxin<sup>574</sup> “manteve uma ideia de inutilidade absoluta do conceito de ação para a teoria do delito”.

Contudo, a impossibilidade de um conceito pré-jurídico de ação não leva necessariamente à impossibilidade de um conceito pré-jurídico de ação para Roxin<sup>575</sup>. Por esse motivo, ele mantém a ação como elemento anterior à tipicidade, mesmo que não totalmente isolado de valorações normativas. Defendendo, por tanto, um conceito pré-típico de ação.

Claus Roxin<sup>576</sup> não defende o completo abandono do conceito de ação, simplesmente porque mesmo que se inicie a análise do delito a partir da tipicidade ou do injusto, obrigatoriamente será necessário definir o que é ação. Afinal, não se analisa o tipo de forma isolada, mas sim uma ação típica. A isso, soma-se o fato de que a interpretação do injusto como (des)valoração da ação e do resultado necessita da ação para essa valoração jurídica.

A retomar a análise do conceito de ação personalista para Claus Roxin<sup>577</sup>, revisitam-se alguns conceitos já vistos a fim de visualizar a sua incompatibilidade com um sistema de responsabilização penal da pessoa jurídica. Como dito anteriormente, existem várias teorias do delito filiadas à corrente funcionalista do delito<sup>578</sup>, porém, dentre todas essas propostas, a mais amplamente difundida é inegavelmente a teoria proposta pelo penalista alemão Claus Roxin. O funcionalismo aproximou a dogmática penal da política criminal, colocando-a no cerne das discussões dogmático-penais ao propor o debate sobre as finalidades da pena, ou seja, porque se pune um agente por uma determinada conduta.

Para Roxin<sup>579</sup>, a política criminal é realizada não somente pelo legislador, mas também pelo julgador e pelos operadores do Direito Penal que o realizam no caso concreto. Desse modo, o funcionalismo alvitra que os institutos da dogmática penal sejam desenvolvidos a partir da perspectiva da política criminal. Diante dessa cons-

---

<sup>574</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**. *Op. Cit.* p.136

<sup>575</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**. *Op. Cit.* p.136

<sup>576</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**, *Op. Cit.* p.137

<sup>577</sup> **Nota:** o conceito de ação de Roxin é retomado aqui por uma questão prática: uma exposição mais pormenorizada da incompatibilidade do sistema funcionalista com a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos obrigaria a uma análise da culpabilidade, o que foge do escopo do presente trabalho.

<sup>578</sup> **Nota:** por exemplo, as proposições dogmáticas de Jorge Figueiredo Dias, Günther Jakobs, etc..

<sup>579</sup> BRANDÃO. Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. *Op. Cit.* p.73

trução teórica, a ação passa a ser vista como um conceito criado pelo direito e orientado para as finalidades político-criminais a ele inerentes. Nesse sentido, Roxin<sup>580</sup> conceitua a ação como “um conjunto de dados fáticos e normativos que são expressão da personalidade do homem, isto é, integram a arte anímico-espiritual do ser humano”.

A ação para Claus Roxin<sup>581</sup> deve ser ajustada em conformidade com a sua função e ser entendida como uma manifestação de personalidade, isto é, a ação para ser considerada como tal deve ser o resultado de uma vontade e consciência (personalidade) e deve ter efeitos no mundo físico (manifestação). Dessa maneira, excluem-se os casos de alguém que é empurrado com força irresistível, ou que age por um puro reflexo mecânico. Também se excluem os pensamentos e todas as manifestações exclusivamente internos.

De acordo com Roxin<sup>582</sup>, as ações dolosas, imprudentes e omissivas são manifestações da personalidade, que permitem que se impute a uma agente uma infração da norma que ele venha a cometer. O conceito de ação como manifestação da personalidade também pode servir como elemento limite ao estabelecer um critério para determinar a ausência ou não de uma ação.

No funcionalismo de Roxin<sup>583</sup>, o conceito de ação tem um caráter secundário, já que para essa corrente doutrinária existem várias interpretações possíveis para os dados da realidade, incluso a ação. Com isso, os dados da realidade devem ser interpretados de acordo com a função das penas, analisando se deve ou não atribuir pena a uma determinada pessoa por ter cometido uma determinada conduta. O funcionalismo, portanto, não nega o conceito de ação, mas o apresenta enquanto juízo normativo. A ação não é vista como um elemento basilar do sistema do delito funcionalista, pelo contrário, ela é vista como uma ferramenta de valoração político-criminal.<sup>584</sup>

Tendo sido feita a exposição acima, percebe-se que o conceito funcionalista de ação é incompatível com um modelo de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica por exigir que haja uma manifestação da personalidade do agente, algo inexistente na pessoa moral. Além de exigir que haja um corpo físico que realize uma

---

<sup>580</sup> BRANDÃO. Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. *Op. Cit.* p.73

<sup>581</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. *Op. Cit.* p.252

<sup>582</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. *Op. Cit.* p.255-258

<sup>583</sup> BRANDÃO. Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. *Op. Cit.* p.74

<sup>584</sup> BRANDÃO. Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. *Op. Cit.* p.74



ação no mundo exterior. Esse posicionamento fica evidente quando se considera a opinião de Luis Greco<sup>585</sup>, um dos principais defensores do funcionalismo e aluno de Claus Roxin, ao se referir sobre a incapacidade de ação da pessoa jurídica:

A pessoa jurídica não tem mente ou corpo; ela não decide, nem age. Ela depende de pessoas físicas, cujas decisões e atuações lhe são atribuídas, imputadas, segundo critérios previstos pelo ordenamento jurídico. (...) Ocorre que a pessoa jurídica, a quem faltam mente e corpo, não se organiza a si mesma, e sim depende de decisões e atos de pessoas físicas para organizar-se. Também por trás do verniz dessa afirmada responsabilidade originária (defeito de organização) encontra-se assim, responsabilidade derivada ou imputada.

Em resumo, não se vê nas construções dogmáticas funcionalistas e, em especial, no conceito pessoal de ação de Claus Roxin um caminho que permita que a pessoa jurídica seja responsabilizada por um delito que ela própria cometeu. Um caminho que permita uma autêntica autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica. No máximo, o que se obtém com a teoria funcionalista do delito é um sistema de heterorresponsabilidade penal da pessoa jurídica, derivado da teoria da imputação objetiva de Claus Roxin. Amplas teorizações foram realizadas nesse sentido, como por exemplo a destacada obra de Bernardo Feijoo Sánchez<sup>586</sup> que buscou caminhos para a responsabilização penal do ente coletivo a partir da imputação objetiva. Em síntese, busca-se o comportamento ilícito de uma pessoa física para que este seja transferido à pessoa jurídica como uma atuação no interesse ou em benefício da pessoa jurídica.<sup>587</sup>

Conforme já, exposto, um sistema de heterorresponsabilidade é insuficiente para responder o problema da criminalidade do ente coletivo. Demonstrada de forma sintética as incompatibilidades dos atuais sistemas de teoria do delito com a responsabilidade penal da pessoa jurídica, adentra-se a análise da responsabilização penal do ente coletivo por meio da Concepção Significativa da Ação, cuja teoria permite um verdadeiro sistema de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica pela primeira vez na história da dogmática penal.

---

<sup>585</sup> GRECO, Luís. **Por que é ilegítimo e quase de todo inconstitucional punir pessoas jurídicas.** In: Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas: seminário Brasil-Alemanha.Org. Paulo César Busato; coord. Luís Greco. 1ªed.Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.p.70

<sup>586</sup> **Nota:** recomenda-se a leitura da referida obra, intitulada “Derecho Penal de la empresa y imputación objetiva”. Ver em: FEIJOO SÁNCHEZ, José. **Derecho penal de la empresa.** Santiago: Ediciones Olejnik, 2017.

<sup>587</sup> GRECO, Luís. **Por que é ilegítimo e quase de todo inconstitucional punir pessoas jurídicas.** *Op. Cit.* p.70

#### 4.2 A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA À LUZ DA CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA AÇÃO: IDENTIFICANDO UMA CONDUTA CRIMINOSA PRÓPRIA DA PESSOA JURÍDICA.

No caminho para a identificação da ação cometida pela pessoa jurídica, o simples abandono do conceito ontológico de ação não basta, porque, inicialmente, foi abandonado não por uma reorientação teórica, mas por um simples abandono da ação como categoria basilar da teoria do delito por meio da adoção de modelos funcionalistas baseados na imputação. Os modelos funcionalistas, ao invés de resolverem o problema da ação ontológica, simplesmente retiraram o conceito de ação do debate jurídico-penal e o substituíram pelo debate acerca da função do Direito Penal, vista a partir da política criminal. Com isso, os funcionalistas acabaram por não resolver a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Por um outro lado, a concepção significativa da ação oferece um ponto de partida proveitoso para resolver a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica ao compreender a ação como uma expressão de significado. Como já dito, a ação só pode ter um sentido jurídico desde que interpretada a partir de seu entorno. Para tanto, recapitulam-se alguns conceitos, somando-os a novos conceitos.

O sentido atribuído à ação não depende da intenção concreta daquele que a realiza, mas do código social no qual a ação é interpretada. Tendo por base a ação, enquanto atribuição de sentido, é perfeitamente possível aceitar que a pessoa jurídica realiza condutas criminosas. Nessa direção, Paulo Busato<sup>588</sup> afirma que a ação deve ser compreendida “globalmente, orientada não somente ao ato mecânico e isolado que gera o resultado, senão como o produto de tudo o que envolve e determina a conduta”.

O professor Juan Carbonell Mateu sustenta que o giro pragmático-linguístico, quando adaptado para o sistema penal, permite a superação do impedimento da teoria clássica para explicar a capacidade de ação de pessoas jurídicas, não necessitando da existência de um movimento corpóreo no mundo físico. Um exemplo clássico de Carbonell Mateu<sup>589</sup> que merece ser citado é o fato de uma em-

---

<sup>588</sup> BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o Sistema Penal do Nosso Tempo**. *Op. Cit.* p.218.

<sup>589</sup> 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.

presa celebrar um contrato mesmo que não seja ela que efetivamente pegue a caneta e deixe sua assinatura na folha de papel.

Outro argumento clássico é o trazido pelo professor norte-americano Lawrence Friedman<sup>590</sup>, ao dizer que se é possível reconhecer socio-juridicamente (e linguisticamente) o atuar de uma pessoa jurídica por meio de diversos atos legais, que vão do campo da produção de mercadorias e serviços ao patrocínio a eventos esportivos, também é possível reconhecer a sua atuação em condutas passíveis de responsabilidade criminal.

A posição de Carbonell Mateu posiciona a pessoa jurídica como uma fonte de significado, uma vez que é exigível que ela atue de acordo com as normas jurídicas. Em uma ilação, se as condutas das pessoas jurídicas possuem um significado valorado socialmente, essas condutas são ações e, possuindo essas ações, uma natureza contrária ao ordenamento jurídico penal, a pessoa jurídica pode ser sujeito ativo na prática de delitos.

O professor Mateu<sup>591</sup> afirma corretamente que a ação deve ser entendida não como um fazer, mas como um sentido comunicativo. Portanto, considera-se a ação como um sentido de um substrato, que pode ser compreendido como um conjunto de fatos materialmente verificáveis e o contexto em que ocorrem estes fatos. Assim, utilizando as regras sociais e linguísticas, analisa-se estes fatos materiais e o contexto em que estão inseridos a fim de se obter o sentido que é a ação.

O professor espanhol José Luiz González Cussac<sup>592</sup> afirma, em concordância com o professor Carbonell Mateu sobre a capacidade de ação da pessoa jurídica:

---

<sup>590</sup> FRIEDMAN, Lawrence. In defense of corporate criminal liability. Harvard Journal of Law & Public Policy, Boston, v.23, n.3, Summer 2000.p. 833. In **defense of corporate criminal liability. Harvard Journal of Law & Public Policy**, Boston, v.23, n.3, Summer 2000.p. 833.

<sup>591</sup> CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Aproximación de la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, In **Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal**. Semblanzas y estudios com 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.], Valência: Tirant lo Blanch, 2009.

<sup>592</sup> **Tradução livre do original:** “En mi opinión, la doctrina de la acción significativa permite admitir la capacidad de acción de las personas jurídicas porque no se concibe desde postulados ontológicos físicos o mentales. Como ha dicho resumidamente CARBONELL MATEU, ‘la acción es su significado y su característica-la que la distingue de los hechos su sometimiento a reglas’. Desde este enfoque, las personas jurídicas están sometidas a normas, son entonces sujetos del Derecho y éste les atribuye derechos y obligaciones. En definitiva, pueden adecuarse o infringir las normas en la esfera de sus competencias en un contexto social determinado. BUSATO lo expresa de forma muy clara: “Si el límite es el sentido y hoy por hoy es posible usar, con sentido jurídico, la expresión: ‘La Compañía X ha defraudado sus balances’, es porque vivimos un contexto en que tal uso es compartido por prác-

Na minha opinião, a doutrina da ação significativa permite admitir a capacidade de ação das pessoas jurídicas porque não é concebida de postulados ontológicos físicos ou mentais. Como resumiu CARBONELL MATEU, 'a ação é o seu significado e sua característica - o que a distingue dos fatos é sua submissão às regras'. A partir dessa abordagem, as pessoas jurídicas são sujeitas às normas, são sujeitos da lei aos quais se atribui direitos e obrigações. Em suma, podem agir de acordo com a lei ou a violarem no domínio das suas competências num contexto social determinado.

BUSATO expressa isso com muita clareza: “Se o limite é o sentido, e hoje é possível usar, com sentido jurídico, a expressão: 'A empresa X fraudou seus balancetes', é porque vivemos num contexto em que tal uso é compartilhado por práticas afirmadas”. Neste contexto, merece atenção a seguinte consideração da primeira Circular da FGE sobre esse assunto, que por sua clareza eu transcrevo e subscrevo: “Em última análise, e embora seja verdade que a questão não deve ser resolvida ao se apelar para um positivismo meramente formal – porque é um assunto que pode carregar profundas e implícitas implicações dogmáticas -, a realidade é que, em um Estado Constitucional como o nosso, o fato do crime ser o resultado do atuar do ser humano, ou da pessoa jurídica, ou de ambos, não é devido a razões ontológicas ou à própria natureza das coisas, mas sim a uma decisão de direito positivo, utilizado como a principal ferramenta para a concretização de uma determinada política criminal.”

Conforme já explanado, a concepção significativa da ação supera as concepções clássicas da ação, que consideram a ação como tendo por base um pensamento cartesiano e naturalista, ligando a ação a uma mera modificação de um substrato físico. A partir do paradigma significativo, infere-se a importância da linguagem comum para a concepção do que virá a ser a conduta cometida pelo ente coletivo. Isso porque se utiliza o direito e a linguagem para chegar à conclusão que a ação não é um mero fazer, mas um sentido comunicativo. Nesse ínterim, exploram-

---

*ticas afirmadas”. En este marco merece atención la siguiente consideración de la primera Circular de la FGE sobre la materia, que por su claridad transcribo y suscribo: “En último término, y si bien es cierto que la cuestión no debe resolverse apelando a un positivismo meramente formal –pues se trata de una materia que puede llevar implícitas profundas implicaciones dogmáticas-, la realidad es que, en un Estado Constitucional como el nuestro, el hecho de que el delito sea obra del ser humano, de la persona jurídica o de ambos, no se debe a razones ontológicas ni a la propia naturaleza de las cosas, sino a una decisión de Derecho positivo como principal herramienta, que lo es, de impulso y concreción de una determinada política criminal” Ver em: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. p. 325-327*

se os jogos de linguagem de Wittgenstein, sem ignorar que este, ao concebê-los, referia-se apenas às ações humanas. Contudo, conforme o próprio filósofo vienense, a ação é uma práxis, uma atividade humana guiada por regras.

O sentido da ação da pessoa jurídica, portanto, não necessita se sobrepor ao sentido da ação da pessoa física. É necessário apenas que ambas tenham sentido de acordo com o seu uso na linguagem comum. Significa afirmar que tem sentido tudo aquilo que, de acordo com a linguagem comum, pode ser fonte de significado. Assim, se uma ação ou uma omissão é a expressão comunicativa de um fazer ou não fazer, traduzido em um verbo típico que expressa intenções segundo a linguagem comum, torna-se possível que uma pessoa jurídica efetivamente atue.<sup>593</sup>

As regras de linguagem são o que permite avaliar e julgar padrões de correção, os usos e significados das palavras e somente os usos normais dirão se o uso da palavra está correto ou não. Logo, se no uso das palavras é admitida a possibilidade de ação de uma pessoa jurídica, também o deveria ser no âmbito normativo-jurídico.

Nesse cenário, torna-se perfeitamente possível a responsabilidade penal da pessoa jurídica, tendo por base a concepção significativa da ação já que ela se torna capaz de cometer uma conduta criminosa. A empresa expressa sentido por suas ações, que são independentes das ações realizadas pelas pessoas físicas que a integram. A conduta praticada pela pessoa jurídica passa a ser capaz de expressar sentido comum em determinadas circunstâncias e, a partir dessa conduta, que se atribui a prática delitiva à pessoa coletiva.

Realizar uma conduta criminosa que consiste em um ataque grave a um bem jurídico fundamental, como o meio ambiente, não precisa necessariamente estar vinculada a movimentos físicos ou a expressões do mundo ontológico. Pelo contrário, grande parte da criminalidade moderna contempla incriminações que não estão relacionados a um aspecto corporal, mas, sem sombra de dúvidas, afeta o desenvolvimento social das pessoas<sup>594</sup>. Nesse sentido, já é reconhecido em parte pela doutrina que há alguns crimes, como os ligados à concorrência desleal,

---

<sup>593</sup> BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Op.cit.p.96.

<sup>594</sup> BUSATO, Paulo César; GUARAGNI Fábio André. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do Interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal**. Op.cit.p.37

que são praticados efetivamente pela empresa e não por seus funcionários ou representantes.<sup>595</sup>

Para concluir, a desvinculação do conceito de ação com um conceito físico e a sua interpretação como expressão de um sentido permite compreender a pessoa jurídica como sendo capaz de cometer uma ação jurídico-penal relevante. Sobretudo se considerar que no sistema proposto por Vives Antón<sup>596</sup>, a prática de um crime prescinde da concorrência de dolo ou imprudência.

#### 4.3 CAMINHOS PARA A IDENTIFICAÇÃO DA CONDUTA COMETIDA PELA PESSOA JURÍDICA A PARTIR DA LINGUAGEM COMUM.

A pessoa jurídica pode cometer uma conduta criminosa à luz da concepção significativa da ação, o que permite imputá-la penalmente e, assim, adequar a legislação e a dogmática a uma realidade criminológica marcada, em alguns momentos, por grandes delitos cometidos por pessoas morais que, frequentemente, saem impunes ao custo da lesão de vários indivíduos.

Diante da Concepção Significativa da Ação, é possível afastar-se de um conceito de ação lastreado em critérios ônticos e se filiar à ação como a expressão de um sentido. Com esse novo paradigma, compreende-se a pessoa jurídica como um agente capaz de cometer uma conduta criminosa. Com isso, surge a imediata indagação: quais são os tipos de ação passíveis de serem cometidos pelas pessoas jurídicas?

Com o intuito de responder a essa pergunta, propõe-se um caminho possível para a identificação de tais condutas a partir da linguagem comum. Defende-se que se uma conduta criminosa é atribuível a uma pessoa jurídica pela linguagem comum, ela também pode ser atribuída a ela em um sentido jurídico-penal. Entretanto, essa atribuição deverá seguir um critério trifásico que auxilie na identificação da conduta passível de ser cometida pelo ente coletivo.

A construção desse critério trifásico tem por base a filosofia da linguagem pragmática de Ludwig Wittgenstein e a Concepção Significativa da Ação, do profes-

---

<sup>595</sup> Nesse sentido ver: TAUFIK, Roberto Domingos. **Nova Lei antitruste brasileira: avaliação crítica, doutrina e estudo comparado**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 200- 376.

<sup>596</sup> BUSATO, Paulo César; GUARAGNI Fábio André. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do Interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal**. *Op.cit.* p.43-44

sor Tomás Salvador Vives Antón. Longe de uma mera categorização dogmática, defende-se um critério que esteja diretamente ligado ao uso corrente da linguagem. Com isso, que tenha flexibilidade em suas proposições para se adaptar ao largo do tempo às necessidades de uma específica comunidade de falantes. A novidade da proposição também a obriga a ser o produto de ilações advindas do que foi exposto até aqui.

Por esse motivo, os critérios presentes não são postulados dogmáticos estanques, mas elementos maleáveis que podem indicar um caminho para a solução do problema proposto.

#### 4.3.1 Primeira etapa: Uso linguisticamente estável e aceito da atribuição da conduta como passível de ser cometida pela pessoa jurídica.

Propõe-se que a primeira etapa para a identificação da conduta cometida pela pessoa jurídica seja uma análise linguística da conduta a ser atribuída a ela, como sendo passível de ser cometida por ela. E, para tal, que exista a constatação de que no uso corrente da linguagem comum é razoável atribuir uma determinada conduta ao ente coletivo.

A atribuição de uma conduta, tendo sido cometida pela pessoa jurídica, só é possível porque a análise parte das “formas de vida” da comunidade de falantes onde essas pessoas jurídicas atuam. É o que afirma Peter Winch<sup>597</sup> ao analisar o trabalho de Wittgenstein e asseverar que a linguagem não pode ser entendida de forma isolada da ação. Aquilo que as pessoas falam e fazem não pode ser compreendido separadamente das suas práticas sociais e de seu contexto cultural. Isto é, das “formas de vida” das pessoas que integram uma determinada comunidade de falantes, dado que o mundo está intrinsecamente ligado à linguagem.

Também, é a partir da análise das formas de vida que se compreende o sentido das palavras, pois, “o sentido surge da intersecção da interação social mediada por regras, cuja inteligibilidade só é possível no marco de uma forma de vida”<sup>598</sup>

Portanto, é apenas pela análise das formas de vida de uma comunidade de falantes que é possível compreender o sentido de uma conduta cometida pela pes-

---

<sup>597</sup> STERN, D. G. **Wittgenstein's Philosophical investigations**: an introduction. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 157.

<sup>598</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. *Op. Cit.* 205

soa jurídica. Analisar as formas de vida humana, ou seja, analisar a interação linguisticamente mediada e, ‘segundo Winch<sup>599</sup>, levar a cabo uma investigação epistemológica, na medida em que ‘se ocupa das formas gerais que possibilitam falar de compreensão. Em consequência, epistemologia e sociologia têm um objeto comum - a análise dos fatos sociais em geral - ainda que o abordem desde diferentes pontos de vista”.

Além disso, “as formas de vida” também podem ser um eficaz instrumento na identificação da conduta passível de ser cometida pela pessoa jurídica ao passo que o Direito regula comunidades de falantes e, com isso, há uma exigência de o direito estar em sintonia com as necessidades normativas dessa comunidade. É assegurar que, antes de atender a pretensões dogmáticas o Direito, deve-se atender às pretensões da comunidade de falantes onde ele está inserido.

A justificativa dessa atribuição vem do fato de o Direito regular comunidades de falantes e, com isso, a exigência de o direito estar em sintonia com as necessidades normativas dessa comunidade. É afirmar que antes de atender a pretensões dogmáticas, o Direito deve atender às pretensões da comunidade de falantes onde ele está inserido. Dizer que o Direito deve estar em ressonância com a comunidade de falantes que ele pretende regular é o mesmo que afirmar que o Direito deve estar em acordo com “as formas de vida” daquela comunidade e que o significado das normas jurídico-penais deve estar alinhado com os significados linguísticos da linguagem comum desenvolvidos por meio de múltiplos jogos de linguagem.

A expressão “modos de vida” (*Lebensform*) foi concebida por Ludwig Wittgenstein<sup>600</sup> e ela aparece em apenas três aforismos de sua obra “Investigações Filosóficas” (*Philosophische Untersuchungen*: § 19, § 23 e § 241. No aforismo § 19, Wittgenstein afirma que “imaginar uma linguagem é imaginar uma forma de vida”, no aforismo § 23, ele declara que falar é parte de uma forma de vida e, no aforismo § 241, ele ressalta que os seres humanos, ao estar “em acordo” no uso de uma lin-

---

<sup>599</sup> **Tradução livre do original:** analizar las formas de vida humana em cuanto tales, o sea, analizar la interacción linguisticamente mediada, es, según Winch, llevar a cabo una investigación epistemológica, en la medida en que “se ocupa de las formas generales que posibilitan hablar de comprensión. En consecuencia, epistemología y sociología tienen un objeto común- el análisis de los hechos sociales en general – aunque lo aborden desde diferentes puntos de vista. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. *Op. Cit.* 206

<sup>600</sup> BAKER, Gordon., HACKER, Peter Michael Stephan. **Wittgenstein: Rules, Grammar and Necessity. Volume II of An Analytical Commentary on the Philosophical Investigations**. Essays and Exegesis of §§185-242. 2ªed. Blackwell Publishing, 2005. p.218-219



guagem, não estão em um acordo de opiniões, mas sim em um acordo sobre o “modo de vida.”

Nas palavras de Peter Hacker<sup>601</sup>, são os “modos de vida” que nos diferenciam dos demais animais. Por exemplo, Ludwig Wittgenstein assegura no aforismo § 327 que, “se um leão pudesse falar, nós não poderíamos entendê-lo. Isso ocorre pelo fato de que a forma como ele interpretaria o mundo seria completamente diferente da nossa. É o exemplo do gato, que olha para o dedo da pessoa que aponta e não na direção que é apontada”. O sentido de olhar para a direção pretendida não existe no “modo de vida” do gato.

Convém ressaltar que Wittgenstein<sup>602</sup> não defende que exista uma única forma de vida humana e nem que essa forma de vida tenha uma base biológica. Pelo contrário, ele defende que essa base é cultural e que existem múltiplas formas de vida humana, com diversas características distintas e presentes em diferentes culturas e épocas. É afirmar que os seres humanos, em diferentes épocas e diferentes culturas, tiveram diferentes modos de vida. Como também diferentes interesses, preocupações, necessidades e diferentes relações do ser humano com a natureza e o mundo constituíram diferentes formas de vida.<sup>603</sup>

Com isso, para Ludwig Wittgenstein<sup>604</sup>, as mais variadas culturas formam diferentes estruturas conceituais e adotam distintas formas e regras de interpretação da realidade, limitadas apenas pelo limite de suas linguagens.<sup>605</sup> Esse conceito é central para o entendimento das condutas que a pessoa jurídica pode ou não cometer, porque, se as possibilidades de modos de vida humano são tão variados quanto aqueles que a linguagem permite, é razoável configurar que um ente coletivo comete uma determinada conduta, pois contempla-se isso linguisticamente graças ao nosso modo de vida.

---

<sup>601</sup> BAKER, Gordon., HACKER, Peter Michael Stephan. **Wittgenstein: Rules, Grammar and Necessity**. *Op. Cit.* 219

<sup>602</sup> BAKER, Gordon., HACKER, Peter Michael Stephan. **Wittgenstein: Rules, Grammar and Necessity**. *Op. Cit.* 221

<sup>603</sup> BAKER, Gordon., HACKER, Peter Michael Stephan. **Wittgenstein: Rules, Grammar and Necessity**. *Op. Cit.* 222

<sup>604</sup> BAKER, Gordon., HACKER, Peter Michael Stephan. **Wittgenstein: Rules, Grammar and Necessity**. *Op. Cit.* 222

<sup>605</sup> BAKER, Gordon., HACKER, Peter Michael Stephan. **Wittgenstein: Rules, Grammar and Necessity**. *Op. Cit.* 222

Peter Hacker<sup>606</sup> traz alguns exemplos de como o modo de vida, a condição humana pode afetar a linguagem. Por exemplo, no idioma russo, o azul claro e o azul escuro é distinto como cores diferentes, enquanto para os falantes do português, apenas distingue-se a diferença das cores por sua tonalidade. Como assevera Peter Hacker<sup>607</sup>, diferentes culturas possuem diferenças marcantes na atribuição das cores com base no contexto em que vivem, quando pode ser vantajoso construir conceitos de cores que são vagamente próximos aos nossos. A necessidade do contexto define o modo de vida de uma determinada comunidade de falantes e, por conseguinte, os jogos de linguagem que são praticados por eles.

A partir disso, considerando os diversos modos de vida possíveis e levando-se em conta a afirmação de Peter Hacker, levanta-se a hipótese de é no mínimo curiosa a forma como o Direito se desenvolveu com base nos mais variados modos de vida e as necessidades linguísticas de uma comunidade de falantes. Guardadas as devidas proporções, em algumas sociedades ágrafas, retoma-se que o Direito primitivo alcançou patamares razoavelmente avançados e nessas comunidades se perscrutavam condutas que para o modo de vida específico daquelas pessoas faziam sentido serem reprimidas.

O célebre antropólogo norte-americano Adamson Hoebel<sup>608</sup> (1906-1993), professor da Universidade de Columbia (EUA), juntamente com o também distinto antropólogo Everett Wallace, destacou que o Direito dos índios comanche (EUA) se desenvolveu de uma forma bastante sofisticada, com delitos definidos e um sistema de penas proporcionais a cada delito. No Direito comanche, inclusive, era facilitado ao réu apresentar a sua defesa pessoalmente ou contratar um ancião ou alguém experiente para o fazer por ele. No Direito Penal comanche, havia condutas criminosas como o roubo, o adultério, matar alguém, matar o cavalo de outrem e a feitiçaria.

Para o modo de vida dos índios comanche, a realidade onde eles estavam inseridos fazia todo o sentido regular certas condutas que, para a sociedade ocidental do século XXI, não faria sentido algum regular. Por exemplo, eles viviam nas grandes planícies americanas e necessitavam de cavalos para se deslocar, para caçar e,

---

<sup>606</sup> BAKER, Gordon., HACKER, Peter Michael Stephan. **Wittgenstein: Rules, Grammar and Necessity**. *Op. Cit.* 218

<sup>607</sup> BAKER, Gordon., HACKER, Peter Michael Stephan. **Wittgenstein: Rules, Grammar and Necessity**. *Op. Cit.* 218

<sup>608</sup> HOEBEL, Adamson; FROST, Everett L. **Antropologia cultural e social**. Trad. Euclides Carneiro da Silva. São Paulo: Cultrix, 2006.p.314.

em última instância, para pertencer ao grupo. Matar o cavalo de um outro comanche representaria um grave dano àquela pessoa. Assim como dentro do “modo de vida” dos comanches, acreditava-se fielmente que a feitiçaria seria capaz de provocar danos irreparáveis a outrem, necessitando-se de regulação.

A ideia de que os “modos de vida” são a base para aquilo que o Direito pretende regular por meio da linguagem é perceptível em variados casos ao largo da história. Ainda sobre a feitiçaria, inúmeros são os relatos na história humana da efetiva criminalização dessa conduta. A saber, Enrique L. Marshall<sup>609</sup>, em seu livro *“Los araucanos ante el derecho penal”*, e Jeorgina Pedernera Urbina, em seu livro *“El derecho penal araucano”*, explicam a desenvolvimento avançado do Direito Penal na sociedade dos índios Mapuche, habitantes do sul do Chile e da Argentina. O Direito Penal Mapuche era avançado com a existência de diferenciação entre o furto e o roubo e entre o homicídio doloso e culposo, além de um sistema gradual de penas correspondentes aos delitos cometidos. Assim como havia tipificações separadas para a injúria e a difamação. Mesmo assim, a feitiçaria era punida por haver a crença que ela poderia causar dano a alguém.<sup>610</sup>

Consequentemente, o que se pretende mostra é que o Direito não existe como uma entidade à parte da sociedade que ele regula. Ele é diretamente ligado ao “modo de vida” dessa mesma comunidade e é natural que esteja em conformidade com a linguagem comum, construída pelas reiteradas práticas dessa mesma comunidade de falantes. Com isso em mente, deve-se considerar o “modo de vida” da maioria das atuais sociedades humanas do século XXI, marcadas pela globalização e pelo contexto macro criminológico explicitado anteriormente nesse trabalho.

Nesse contexto, é razoável supor que surja na linguagem comum a atribuição de condutas às pessoas jurídicas e que essa atribuição esteja de acordo com o modo de vida da comunidade que é regulada pelo Direito Penal. É a partir dos modos de vida que se busca o sentido da ação da pessoa jurídica, de acordo com o escólio de Paulo Busato<sup>611</sup>, em conformidade com o pensamento de Wittgenstein:

---

<sup>609</sup> PALMA, Rodrigo Freitas. **Antropologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.p.106.

<sup>610</sup> PALMA, Rodrigo Freitas. **Antropologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.p.106

<sup>611</sup> **Tradução livre do texto** original: “Este sentido de una acción debe ser buscado em el pensamiento de Wittgenstein, para quien, tal sentido surge de la Interacción social mediada por reglas, cuya Intelligibilidad sólo es posible en el contexto de una forma de vida. Las formas de vida comunes nos permiten entendernos acerca de los usos afirmados de una palabra para significar algo. Ello, tanto para que una acción sea identificada como tal, cuanto para identificación de qué tipo de acción se

Esse sentido de uma ação deve ser buscado no pensamento de Wittgenstein, para quem tal sentido surge da interação social mediada por regras, cuja inteligibilidade só é possível no contexto de um modo de vida. Modos de vida comuns nos permitem entender uns aos outros sobre os usos alegados de uma palavra para significar algo. Isso, tanto para que uma ação seja identificada como tal, quanto para identificar que tipo de ação ela é.

Na linguagem comum da comunidade em que está inserido, o Direito Penal<sup>612</sup> é pacificamente possível compreender que as ações das pessoas jurídicas são dotadas de sentido. Seja ao considerar a linguagem do dia a dia, ou a linguagem técnico-jurídica. Nesse sentido, a lição de Paulo Busato<sup>613</sup>:

Finalmente, o significado de uma palavra - no nosso caso, as palavras que compõem os tipos penais - não é determinado por um objeto jurídico ou material ou por uma entidade que os executa (seja física ou jurídica), mas simplesmente por seu uso na linguagem comum, isto é, por sua aplicação nas diferentes circunstâncias que compõem os variados jogos de linguagem. Se o limite é o sentido e hoje é possível usar, com sentido jurídico, a expressão “a empresa X falsificou seus balanços patrimoniais”, é porque vivemos em um contexto em que esse uso é compartilhado por práticas estáveis.

Frente a mesma linguagem comum, percebe-se que se atribuem certos resultados às pessoas jurídicas como cometidos por elas próprias. É como reconhecer que uma pessoa jurídica provou ou causou um determinado resultado jurídico-penal danoso.<sup>614</sup>

Aqui fica exposta a caracterização da primeira etapa proposta: a identificação de um uso estável do significado da conduta que se pretende atribuir à pessoa jurídica. E a indagação se é razoável dizer na linguagem comum que a pessoa jurídica cometeu a conduta expressa em um determinado tipo de ação. O que define o significado das palavras que compõem o tipo de ação é o uso nas mais variadas situações, em jogos de linguagem que definem o seu significado. Logo, se pode declarar

---

trata”. Ver em: BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valencia. *Op.cit.* p.97.

<sup>612</sup> BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. *Op.cit.* p.97.

<sup>613</sup> **Tradução livre do original:** “En fin, el significado de una palabra- en nuestro caso, las palabras que componen los tipos delictivos- no es determinado por um objeto jurídico o material ni por uma entidad que las realiza (sea física o jurídica), sino simplemente por su uso em el lenguaje, es decir, por su aplicación en las diferentes circunstancias que componen los variados juegos de language. Si el límite es el sentido y hoy es posible usar, con sentido jurídico, la expresión “la compañía x há falseado sus balances”, es porque vivimos un contexto en que tal uso es compartido por prácticas estables”. Ver em: BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. *Op.cit.* p.96.

<sup>614</sup> BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valência. *Op.cit.* p.97.

com um sentido jurídico que “a empresa X falsificou os seus balancetes”, é porque vivemos em um contexto em que esse uso é compartilhado por práticas estáveis.<sup>615</sup>

Por exemplo, observe a seguinte manchete do Jornal O Globo:

Figura 1 - Jornal o Globo



Fonte: <https://www.abcdabc.com.br/brasil-mundo/noticia/petrobras-responde-reportagem-jornal-globo-24559>

É plenamente possível entender que a empresa Petrobrás “criou empresa de fachada para fazer gasoduto”, que ela cometeu a conduta criminosa ali descrita e não o funcionário de um determinado departamento da companhia que redigiu o contrato social da referida empresa de fachada. Evidentemente, por meio de um critério linguístico, diferencia-se uma conduta atribuível ao ente coletivo de uma conduta atribuível à pessoa física.

Essa situação coaduna com os três fatores trazidos por Severin Schroeder<sup>616</sup> para a determinação do significado pelo uso nas convenções linguísticas, o que se espera que os falantes saibam sobre o significado de uma determinada palavra e o que alguém precisa saber sobre uma determinada palavra para entender um enunciado específico.

<sup>615</sup> BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valência. *Op. cit.*, p.96.

<sup>616</sup> SCHROEDER, Severin. Wittgenstein: **the way out of the fly-bottle**. Cambridge: Polity Press, 2006.p.171

Nesse sentido, José Luis González Cussac<sup>617</sup> nos traz alguns exemplos de condutas que possuem sentido de uma ação cometida pela pessoa jurídica: “a sociedade X faliu”; “a empresa K lavou dinheiro”, “a empresa Y contaminou o ar”; “a sociedade W fraudou a Previdência Social”, “a empresa R corrompeu autoridades”; “a sociedade G elidiu o pagamento de impostos”, etc..

Premente ressaltar que o uso estável e linguisticamente aceito de certas condutas como passíveis de serem cometidas pelas pessoas jurídicas é costumeiro em outros ramos jurídicos. Por exemplo, no Direito Trabalhista é a empresa quem irá responder pelas horas extras não pagas a um determinado funcionário ou pela demissão sem justa-cause e não o funcionário do RH dessa empresa. Do mesmo modo, no Direito Tributário é a empresa que será executada pela Fazenda Pública para que pague os tributos devidos e não o funcionário da contabilidade.

Em todos os ramos do Direito, a pessoa jurídica é compreendida como um agente capaz de atuar, estando em conformidade com a linguagem comum. Portanto, a uso estável e linguisticamente aceito da atribuição de uma determinada conduta à pessoa jurídica dá uma pista de quais condutas o ente coletivo pode cometer ou não. Entretanto, é necessário analisar o que há de semelhante entre a conduta cometida pelo ente coletivo e a conduta cometida pela pessoa física.

#### 4.3.2 Segunda etapa: semelhanças de família. A identificação da conduta cometida pela pessoa jurídica como inserida no sentido do tipo de ação.

Ao investigar a existência da conduta criminosa cometida pela pessoa jurídica, deve-se analisar se existe uma semelhança de família entre essa ação e as inúmeras possíveis determinadas por um tipo de ação. É uma análise contextual que permite identificá-la enquanto tal.

Como visto anteriormente, partindo da conceituação da ação como expressão de sentido, a identificação da ação acontece de forma contextual pelos vários sentidos possíveis de serem atribuídos a uma ação, ao invés de um conceito unitário. Fala-se de ações “agrupando sob esse termo único, significados diferentes”<sup>618</sup>.

---

<sup>617</sup>CUSSAC, José Luis González. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento**. *Op. Cit.* p. 326-327

<sup>618</sup>VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. *Op. Cit.* p. 222.

Em vista disso, o processo de identificação da conduta atribuível à pessoa jurídica deve passar por essa análise contextual e, com isso, exige-se o reconhecimento de uma semelhança de família (Familienähnlichkeit)<sup>619</sup>, um certo ar de família, que permite identificá-la como a conduta expressa em um determinado tipo de ação.<sup>620</sup>

Sobre as semelhanças de família, Wittgenstein afirma o seguinte nos aforismos §66 e §67 de seu livro *Investigações Filosóficas*:<sup>621</sup>

Considere, por exemplo, os processos que chamamos de “jogos”. Refiro-me a jogos de tabuleiro, de cartas, de bola, torneios esportivos, etc.. O que é comum a todos eles?(...) vemos uma rede complicada de semelhanças, que se envolvem e se cruzam mutuamente. Semelhanças de conjunto e de pormenor.

Não posso caracterizar melhor essas semelhanças do que com a expressão “semelhanças de família”, pois assim se envolvem e se cruzam as diferentes semelhanças que existem entre os membros de uma família: estatura, traços fisionômicos, cor dos olhos, o andar, o temperamento, etc.. E digo: os “jogos” formam uma família.

Com base nos aforismos §66 e §67 na visão de Wittgenstein, portanto, não existe algo como a essência de um jogo: não há uma propriedade ou um conjunto de propriedades que possam definir com exatidão o que seria uma família de palavras ou não. A identificação da aparência de ação ocorre ao se observar a pessoa jurídica atuando.

Por exemplo, recobrando o exemplo de Vives Antón<sup>622</sup>, uma pessoa correndo pela rua transmite o sentido de uma ação, que pode ser uma fuga, como um exercício, como também a pressa para se chegar a um compromisso. É o contexto em que

---

<sup>619</sup> **Nota:** Wittgenstein traz o conceito de semelhança de família justamente como uma resposta a algumas objeções que poderiam ser trazidas contra algumas das definições que ele havia anteriormente dado aos jogos de linguagem. A principal crítica que era trazida sobre as definições de jogos de linguagem era que estas haviam falhado em especificar a forma geral das preposições e da linguagem em si. Para mostrar que tais objeções estavam lastreadas em visão errônea de como termos como “linguagem” funcionam, Wittgenstein nos apresenta o conceito de jogos de linguagem. Nesse sentido ver em: AHMED, Arif. *Wittgenstein’s philosophical Investigation: a critical guide*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2010. p.66-70

<sup>620</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. Op. Cit. 227

<sup>621</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Op. Cit. p.38-39

<sup>622</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. Op. Cit. 229

isso ocorre que permite identificar que aquela ação tem uma aparência de ação, que é interpretada segundo regras de uso comum da linguagem.

Do mesmo modo, ao observar uma pessoa jurídica atuando no mundo, exige-se a observância se a sua conduta possui uma aparência de ação, uma semelhança de família com uma conduta expressa no sentido de um tipo de ação. O conceito de tipo de semelhança de família surge nos aforismos §65 a §71 das investigações filosóficas, como uma resposta ao fato de Ludwig Wittgenstein<sup>623</sup> não ter definido com exatidão o que seria um jogo de linguagem ou a linguagem em si. Anteriormente estabelecido, Wittgenstein atribui a ambos os conceitos uma multiplicidade de definições<sup>624</sup>. Por exemplo, define a linguagem em alguns momentos como uma caixa de ferramentas, em outras, como uma prática.

A partir do conceito de “semelhanças de família”, identifica-se dentro do significado contido em um tipo de ação que existem várias ações que correspondem a esse significado e, muito embora sejam diferentes, elas possuem um “ar de parentesco”.

Por exemplo, a conduta de “matar alguém”. É razoável perceber que existe um parentesco de família entre essa conduta ser realizada por alguém que atropela outrem por descuido e a conduta de uma empresa que, por descuido, não toma as precauções necessárias para se evitar um acidente.

Os conceitos que são “aparentados” entre si, as “famílias” podem se ampliar com novas palavras que são introduzidas pelo uso. O que leva também a uma mu-

---

<sup>623</sup> HACKER, P.M.S. BAKER, G.P. Wittgenstein: **Understanding and Meaning. Part I: Essays.** Oxford: **Wiley-Blackwell**, 2009.p. 208. **Também nesse sentido:** AHMED, Arif. Wittgenstein's philosophical Investigation: a critical guide, *Op. Cit.* p.66.

<sup>624</sup> **Nota:** Wittgenstein criou o conceito de semelhança de família justamente para atacar um conceito central de Platão representado em um de seus diálogos chamado “Euthyphro”. Na obra, Platão representa seu herói Sócrates afirmando que qualquer termo geral em ordem para ser inteligível necessita 1) escolher um única forma compartilhada por todas as suas Instâncias e 2) ser definido por significados não triviais e essencialmente necessários para que haja uma suficiente aplicação do termo e da sua definição. Esse pensamento platônico, que teve a sua continuidade em Aristóteles, Influenciou fortemente o pensamento ocidental, de tal maneira que até hoje filósofos e não filósofos acreditam que para se ter um claro entendimento de um termo é necessário que uma pessoa o defina com precisão. E aqui está um dos grandes erros em matéria de dogmática penal ! Essa busca pelo santo graal do supra conceito de ação está, em parte, aqui. É tentar limitar todas as possíveis Interpretações de sentido de uma determinada conduta criminosa em algo que possa ser definido por um mero termo no Código Penal. Wittgenstein explicitamente desenvolve na década de 1930 o conceito de Semelhança de Família para derrubar essa forma platônica de se Interpretar termos gerais. Já naquilo que se chama de “Proto Investigações Filosóficas” de 1937/8 é possível observarmos tal conceito. **Nesse sentido ver:** AHMED, Arif. Wittgenstein's philosophical Investigation: a critical guide, *Op. Cit.* p, 71-74.



dança no significado comum àqueles termos regidos por uma específica semelhança de família.<sup>625</sup>

Wittgenstein<sup>626</sup> afirma que os limites de uma determinada família de significados é bem maleável e significa que, em teoria, novas condutas podem ser atribuídas às pessoas jurídicas, desde que exista o alargamento do significado comum a todas essas condutas. Nesse mesmo sentido afirma Peter Hacker<sup>627</sup>:

Os conceitos de semelhança familiar são suscetíveis de extensão pelo acréscimo de novos membros à Família. A expansão da família não implica uma mudança no significado do termo semelhança de família. Assim, o conceito de arte expandiu-se (discutivelmente) para incluir novos parentes como cinema, fotografia e balé, sem qualquer mudança no significado de arte, e o conceito de número foi estendido ao longo dos séculos para incluir novos membros na família, como os números imaginários ou quatérnios.

Ludwig Wittgenstein<sup>628</sup> ainda ratifica que no caso de palavras polissêmicas, o uso antigo da palavra, muitas vezes, continua a acompanhar o novo uso da palavra até ser gradualmente extinto. O que se mostra extremamente vantajoso para a atribuição de condutas criminosas às pessoas jurídicas, pois, a partir disso, tem-se a certeza de que condutas que não são mais atribuídas ao ente coletivo pela linguagem comum, pelos jogos de linguagem, vão gradativamente se distanciar do sentido de uma determinada semelhança de família. À medida que a comunidade de falantes avançar no tempo e os seus modos de vida forem se alterando, podem ser atribuídas novas condutas como passíveis de serem cometidas pela pessoa jurídica.

Portanto, a identificação de quais condutas cometidas pelas pessoas jurídicas possuem semelhança de família com o sentido de uma ação expressa em um determinado tipo de ação é um caminho vantajoso para distinguir a atuação do ente coletivo.

---

<sup>625</sup> HACKER, P.M.S. BAKER, G.P. Wittgenstein: **Understanding and Meaning. Part I: Essays.** Oxford: Wiley-Blackwell. *Op. Cit.* 213

<sup>626</sup> HACKER, P.M.S. BAKER, G.P. Wittgenstein: **Understanding and Meaning. Part I: Essays.** Oxford: Wiley-Blackwell. *Op. Cit.* 216

<sup>627</sup> **Tradução livre do original:** "Family resemblance concepts are susceptible to extension by the accretion of new members to the Family. The expansion of the family does not imply a change in the meaning of the family-resemblance term. So, the concept of art has (arguably) expanded to include such new relatives as film, photography and ballet, without any change to the meaning of art, and the concept of number has been extended over the centuries to include new members in the family, such as imaginary number or quaternions." Ver em: HACKER, P.M.S. BAKER, G.P. Wittgenstein: **Understanding and Meaning. Part I: Essays.** Oxford: Wiley-Blackwell. *Op. Cit.* 213-214

<sup>628</sup> HACKER, P.M.S. BAKER, G.P. Wittgenstein: **Understanding and Meaning. Part I: Essays.** Oxford: Wiley-Blackwell. *Op. Cit.* 214

#### 4.3.3 Terceira etapa: Necessárias considerações sobre as condutas típicas impossíveis de serem realizadas pelas pessoas jurídicas

Como última etapa, mostra-se premente avaliar quais condutas não podem ser cometidas pelas pessoas jurídicas. Basicamente, defende-se que as condutas que se constituam em completos “sem sentidos” não sejam atribuídas às pessoas jurídicas. É o caso dos tipos de ação que tenham um sentido expreso por uma situação fática específica, que restringe linguisticamente a sua atribuição ao ente coletivo.

Por exemplo, as pessoas jurídicas não existem de forma física, logo não podem realizar tipos de ação que linguisticamente exigem a forma física para a sua realização. É o caso dos delitos de rixa, perigo de contágio venéreo, estupro, violação sexual mediante fraude, etc. Atribuir tais condutas à pessoa jurídica não tem sentido algum dentre uma comunidade de falantes.

Além disso, a tentativa de atribuição de tais condutas à pessoa jurídica violar duas etapas anteriormente propostas neste trabalho, porque a concepção da pessoa jurídica como autor de tais delitos 1) não faz parte do uso estável e linguisticamente aceito da comunidade de falantes, 2) não apresenta semelhança de família, por uma impossibilidade linguística, com o sentido da ação expreso no tipo de ação.

Observe o tipo de ação “Rixa”, cujo núcleo é “participar”<sup>629</sup> e consiste em praticar ativamente violência física contra pessoas mediante contato físico. A partir da linguagem comum, é inconcebível imaginar uma empresa realizando tal conduta.

Também se nota que, linguisticamente, condutas como o aborto<sup>630</sup> e o Infanticídio<sup>631</sup> se constituem sem sentidos ao serem atribuídas às pessoas jurídicas. Por uma questão lógica e óbvia, é impossível uma pessoa jurídica estar “grávida” para o cometimento do aborto ou em “estado puerperal”.

Visivelmente, outro elemento linguístico que restringe a atuação das pessoas jurídicas é a exigência no tipo de ação da existência de capacidade para celebrar certos atos restritos apenas às pessoas físicas, como o casamento, que decorre a

---

<sup>630</sup> **Aborto: Art. 124** - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque

<sup>631</sup> **Infanticídio: Art. 123** - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após.

impossibilidade de cometimento por parte do ente coletivo dos delitos de bigamia<sup>632</sup> e as fraudes no casamento<sup>633</sup>.

É importante compreender que além da linguagem comum, é necessário que as condutas que são atribuídas às pessoas jurídicas sejam limitadas normativamente, por meio das características atinentes a cada tipo de ação. É a limitação da concepção de sentidos pela norma, conforme explicado anteriormente.

Por último, destaca-se que certas expressões idiomáticas não constituem “sem sentidos”. O sentido, dado contextualmente, é diverso do sentido literal expresso por suas palavras, uma vez que uma mesma palavra pode possuir diversos sentidos, ou seja, ser polissêmica. Ou seja, em expressões idiomáticas comumente encontramos palavras que possuem mais de um sentido.

A polissemia de uma palavra é assim definida pelo dicionário Houaiss<sup>634</sup>:

substantivo feminino lex, ling. multiplicidade de sentidos de uma palavra ou locução (p.ex., prato 'vasilha', 'comida', 'iguarria', 'receptáculo de balança', 'instrumento musical' etc.; pé de moleque 'doce', 'tipo de calçamento')

No mesmo sentido, uma expressão idiomática é definida pelo dicionário Houaiss<sup>635</sup> como sendo:

locução ou frase cristalizada numa determinada língua, cujo significado não é deduzível dos significados das palavras que a compõem e que ger. não pode ser entendida ao pé da letra (p.ex., bater perna, falar para as paredes, bilhete azul etc.); grupo fraseológico, idiotismo.

As expressões idiomáticas podem claramente ser entendidas pela referida teoria dos jogos de linguagem de Ludwig Wittgenstein. É razoável entendermos que existem palavras e expressões que são interpretadas não pelo seu sentido literal, mas pela forma como se inserem em uma locução ou frase cristalizada presente

---

<sup>632</sup> **Bigamia: Art. 235** - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento.

<sup>633</sup> Por exemplo, o Art. 237 do Código Penal: Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta.

<sup>634</sup> **Nota:** conforme é possível ser verificado no dicionário online Houaiss. Ver em: [houaiss.uol.com.br](http://houaiss.uol.com.br)

<sup>635</sup> **Nota:** conforme é possível ser verificado no dicionário online Houaiss. Ver em: [houaiss.uol.com.br](http://houaiss.uol.com.br)

numa determinada língua. Essas palavras somente podem ser entendidas em um contexto específico.

Exemplo clássico disso é o uso contextual da palavra “abortar”. Ao dizer que a empresa x “abortou algo”, claramente está se atribuindo a ela a conduta de ter parado com uma determinada ação ou plano e não o sentido literal expresso no tipo de ação constante no Art. 124 do Código Penal.

Evidentemente, uma expressão idiomática também poderá servir para a identificação de uma conduta passível de ser cometida pelo ente coletivo. pode-se imaginar, por exemplo, uma expressão idiomática que diga que “a empresa X pulou corda” com um sentido diverso ao literal ato de se deslocar corporalmente por cima de uma corda de forma repetida e sincronizada, significando um ganho acima da média ou uma prática desleal por parte dela. A compreensão de que a empresa cometeu uma conduta delitiva ficará clara de forma contextual

De forma sintética, é o uso linguístico advindo das práticas sociais que determina o sentido correto da ação. E a identificação da conduta que uma pessoa jurídica pode ou não cometer dependerá da eliminação lógica das condutas que não possuem sentido na linguagem comum de uma ação cometida pelo ente coletivo.

#### 4.4 ANÁLISE DE ALGUMAS CONDUTAS PASSÍVEIS DE SEREM COMETIDAS PELA PESSOA JURÍDICA.

Estabelecidos os três critérios norteadores propostos anteriormente para a identificação das condutas passíveis de serem cometidas pelas pessoas jurídicas, faz-se premente analisarmos algumas condutas que o ente coletivo poderia vir a cometer, demonstrando de forma breve a aplicabilidade do que foi exposto aqui.

A capacidade de cometimento de alguns delitos pelas pessoas jurídicas, como explanado anteriormente no presente trabalho, já foi reconhecida por diversos ordenamentos jurídicos, a exemplo do ordenamento francês, espanhol, e americano. Desse modo, não tratando-se de uma proposta completamente alheia a realidade macro criminológica na qual estamos inseridos.

Não se pretende realizar uma análise minuciosa de cada tipo penal exposto, ou esgotar o tema aqui presente com todos os tipos penais passíveis de serem cometidos pelas pessoas jurídicas. Busca-se ilustrar com alguns exemplos as possibilidades do atuar do ente coletivo, centrando-se nas condutas comissivas.

#### 4.4.1 – EXEMPLO 1 - Corrupção ou poluição de água potável (Art. 271 do Código Penal)

A conduta elencada no Artigo 271 do Código Penal é descrita pela ação de “corromper ou poluir água potável, de uso comum ou particular, tornando-a imprópria para consumo ou nociva à saúde”.<sup>636</sup>

Para César Bitencourt<sup>637</sup>, a razão desta incriminação decorre do fato da água ser um recurso essencial para a preservação da saúde e da vida humana que necessita estar em condições de ser consumida para atingir essa finalidade, sendo assim necessário que os recursos hídricos estejam livres de qualquer contaminação que a possa corromper ou poluir. Desse modo, surge a necessidade de atuar no combate preventivo daquelas condutas que possam resultar na corrupção ou poluição de água potável, oferecendo risco à saúde das pessoas.

Entretanto, conforme relembra Cleber Masson<sup>638</sup>, não há que se falar nesse delito se a água já estava poluída antes da atuação do agente por se tratar de uma impropriedade absoluta do objeto, acarretando em crime impossível. É exemplo daquele que “lança detritos ou partes de animais em arroio já poluído, porque a condição essencial para a caracterização desse delito é que a água seja potável, tanto na acepção técnica de água bioquimicamente potável, quanto no sentido de potabilidade consistente em servir para beber e cozinhar”.<sup>639</sup>

Deve-se ter em conta que o conceito de água potável não se restringe a uma água que seja pura em seus aspectos químicos e bacteriológicos, mas também abrange as águas que servem de algum modo à população, mesmo que tenham que passar por um tratamento adequado para serem consumidas por exemplo, as águas fluviais.<sup>640</sup>

O tipo penal é composto por dois núcleos.

O primeiro, corromper a água, significa modificar a sua essência ou composição, tornando-a nociva à saúde ou intolerável pelo mau sabor ou odor. O segundo,

---

<sup>636</sup>BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte especial. v.3.** 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2017.p. 208.

<sup>637</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.v.4.**14ª edição. São Paulo: Saraiva Educação,2020.p. 392

<sup>638</sup>MASSON, Cleber. **Direito penal: parte especial.** 12ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.p.310.

<sup>639</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.v.4. Op. Cit.** p. 394

<sup>640</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.v.4. Op. Cit.** p. 394

poluir a água, é sujá-la, transformando-a em líquido impróprio para consumo pelo ser humano.<sup>641</sup>

Ambas as condutas podem ser cometidas por uma pessoa jurídica. Conforme o escólio de Paulo Busato<sup>642</sup>:

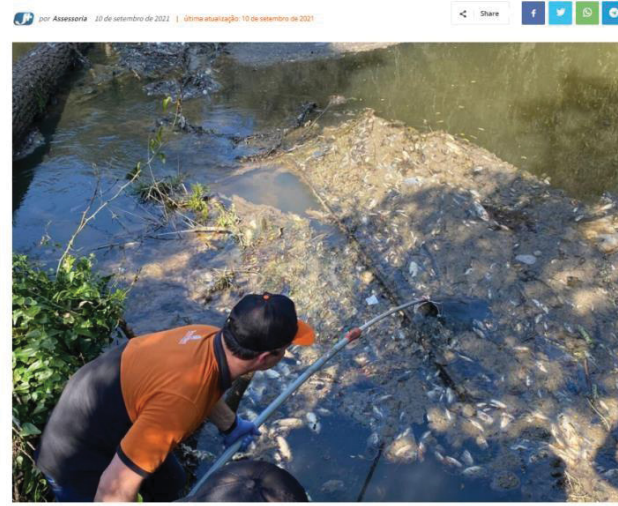
Naturalmente a atividade que mais frequentemente pode gerar o resultado previsto pelo tipo (Art. 271 do Código Penal) é a atividade empresarial, que oferece grandes riscos de poluição. O fato de que o art. 54 da Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, seja violador do princípio de legalidade afastou a incidência na espécie daquela lei, que prevê expressamente a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Como o Código Penal de 1940 não foi desenhado prevendo tal hipótese, a pena prevista para o crime é completamente inaplicável a pessoas jurídicas, o que faz que o crime em questão termine por contemplar um enorme vácuo de incriminação, já que não parece haver dúvida que os crimes de maior vulto, na espécie, teriam implicadas as pessoas jurídicas.

Somente por meio da responsabilidade penal da pessoa jurídica o ordenamento jurídico poderá oferecer uma resposta adequada ao cometimento do delito em tela, uma vez que as grandes empresas são os principais agentes poluidores de recursos hídricos, em especial aquelas que se dedicam a produção industrial. Isso é possível de se observar na seguinte notícia:

Figura 2 - Empresa poluidora de água potável

**Empresa é multada em mais de R\$ 6 milhões por poluição no rio Tamandua, em Timbó Grande**



Fonte: <https://www.jmais.com.br/empresa-e-multada-em-mais-de-r-6-milhoes-por-poluicao-no-rio-tamandua-em-timbo-grande>

<sup>641</sup> MASSON, Cleber. **Direito penal: parte especial**. *Op. Cit.* p.310

<sup>642</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte especial**. v.3. *Op. Cit.* p.210.

Submetendo a conduta de “corromper ou poluir água potável” presente na notícia aos três elementos norteadores propostos no presente trabalho, observamos a possibilidade de atuação da pessoa jurídica.

Por primeiro, há um uso linguisticamente estável e aceito da atribuição da conduta de se corromper ou poluir água potável ao ente coletivo. É comum e notório o fato de que empresas frequentemente poluem rios, lagos e aquíferos com contaminantes, o que permite que uma simples leitura da manchete acima torne compreensível que foi uma pessoa jurídica que poluiu o rio Tamandúá em Timbó Grande, e não uma pessoa física. Ao se referir ao ato de “poluir”, o interlocutor se refere à empresa, e não a um funcionário específico inserido em sua estrutura organizacional.

Em segundo, a conduta da empresa em questão está inserida no sentido do tipo de ação e possui semelhança de família com a conduta prevista no artigo 271 de Código Penal pelo simples fato de que a ação de despejar dejetos químicos no rio Tamandúá é linguisticamente compatível com a ação de contaminar ou poluir água potável.

Por último, não se apresenta nenhum “sem sentido” ao se atribuir a presente conduta à pessoa jurídica, tampouco se trata de alguma expressão idiomática com sentido diverso ao expresso no tipo de ação em tela. Ao se dizer que a empresa “poluiu o rio Tamandúá” o interlocutor pretende que as suas palavras signifiquem exatamente isso.

#### 4.4.2 EXEMPLO 2 - Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública (Art. 266 do Código Penal).

O artigo 266 do Código Penal tem por tipo de ação “interromper ou perturbar serviço telegráfico, radiotelegráfico ou telefônico, impedir ou dificultar-lhe o reestabelecimento”.

Helena Fragoso afirma que o objeto da tutela jurídica do artigo 266 do Código Penal é “constituído pelas comunicações telegráficas ou telefônicas, tendo-se em vista o superlativo interesse das mesmas para o corpo social e o perigo comum que

pode advir de sua perturbação ou interrupção”.<sup>643</sup> A importância da presente incriminação, que data de quase um século, já era reconhecida por Néelson Húngria<sup>644</sup>:

Desnecessário dizer da incomparável importância dos serviços de comunicação telegráfica, rádio-telegráfica, telefônica. Deles se entretetece e se alimenta em grande parte toda a atividade interna ou internacional nos seus aspectos econômicos, políticos, culturais. Por intermédio deles, o homem chega, espiritualmente, mas realmente, a possuir e usar o dom da ubiquidade.

Segundo Paulo César Busato, a razão da presente incriminação nos dias atuais está lastreada na essencialidade dos meios de comunicação para o desenvolvimento dos indivíduos em sociedade no mundo globalizado no qual vivemos. Evidentemente, há meios de comunicação que são avançados e outros que são obsoletos, exigindo-se um recorte hermenêutico da presente incriminação.<sup>645</sup>

Por exemplo, os serviços telegráficos dos tempos de Néelson Húngria e Heleno Fragoso perderam o proscênio dentre os meios de comunicação para os serviços de internet e de telefonia móvel. As condutas incriminadas no presente tipo de ação são: interromper ou perturbar (modificar, atrapalhar, desorganizar) a realização dos serviços de comunicação, impedir (interromper, não permitir) ou dificultar (tornar difícil, custoso) o seu reestabelecimento. A lei 12.737/2012 acrescentou a esse rol mais dois serviços: o serviço telemático e o serviço de informação de utilidade pública.<sup>646</sup>

A conduta de interromper significa acabar com a continuidade do serviço oferecido, ao passo que perturbar é apenas atrapalhar a prestação do serviço, sem necessariamente impedi-lo. Por último, a conduta de impedir ocorre quando a interrupção do serviço se dá por causa de um acidente natural ou por qualquer outra causa alheia ao agente e este intervém para impedir a retomada do serviço.<sup>647</sup>

Importante ressaltar que a conduta prevista no presente tipo de ação não se refere a interrupção ou perturbação de um aparelho telegráfico ou telefônico, bem como não se trata de lhe impedir ou dificultar a comunicação. Trata-se da interrup-

<sup>643</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte especial**.v.3, artigos 227 a 292, 2ª edição. São Paulo: José Bushatsky, 1965.p.823

<sup>644</sup> HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**.v. IX. Arts.250 a 361. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1944.p. 98.

<sup>645</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte especial**. v.3. *Op. Cit.* p.176

<sup>646</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**.v.4. *Op. Cit.* p. 364

<sup>647</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte especial**. v.3. *Op. Cit.* p.178



ção ou perturbação do serviço telegráfico ou telefônico como um todo, afetando várias pessoas.<sup>648</sup>

Sobre a possibilidade de uma pessoa jurídica cometer o tipo de ação previsto no artigo 266 do Código Penal, leciona Paulo César Busato<sup>649</sup>:

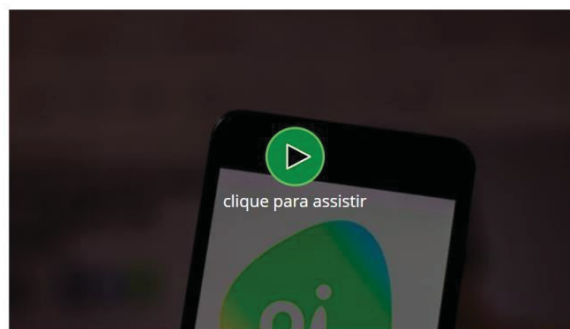
Digna de referência é a realidade dos últimos anos no Brasil, quando a perturbação ou interrupção do serviço telefônico e telemático derivada de falhas na prestação de serviços pelos provedores de internet e de telefonia móvel é gritante. Naturalmente, a negligência da prestação dos serviços por quem os oferece não levaria à incriminação, mas a repetição das ocorrências, associada à ganância nas vendas e excesso de oferta dos serviços, ultrapassando em muito as possibilidades de prestá-los com um mínimo de eficiência, consistem em indicadores objetivos que aproximam a conduta a um desvalor maior, próxima da fronteira com o dolo eventual.

A situação mencionada pelo professor Paulo Busato é costumeira na realidade brasileira. Empresas frequentemente vendem planos e pacotes de telefonia e internet em quantidades que impedem a adequada prestação do serviço vendido. Em decorrência disso, e com a finalidade de venderem novos planos, é comum que as empresas de telefonia dificultem ou impeçam a um expressivo número de pessoas o acesso a serviços de internet e telefonia. Exemplo disso é a seguinte situação:

Figura 3 - Empresa interrompe serviços de internet

### Oi recebe multa de R\$ 800 mil por cortar internet ilimitada de clientes

Por Gabriel Sérgio, editado por Acxa Gomes 09/05/2022 17h09, atualizada em 09/05/2022 22h44



Fonte: <https://olhardigital.com.br/2022/05/09/pro/oi-multa-internet-ilimitada/>

<sup>648</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.v.4. Op. Cit.** p. 364

<sup>649</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte especial. v.3. Op. Cit.** p.180

Na situação expressa acima, a empresa em questão impediu o acesso à internet por parte de um expressivo número de usuários com a finalidade de vender novos planos de internet a esses mesmos usuários.

Encaixa-se no tipo de ação previsto no artigo 266 do Código Penal a conduta em tela. E isso é possível de se visualizar ao utilizarmos os três critérios norteadores propostos no presente trabalho.

Por primeiro, há um uso linguisticamente estável e aceito da atribuição da conduta de “interromper serviço de telefonia ou internet” à pessoa jurídica. Como dito anteriormente, é comum e notório o fato de que empresas frequentemente interrompem ou dificultam o acesso a serviços de internet no nosso país por parte de seus usuários. Seja pela incapacidade de poderem atender a demanda gerada pelos planos vendidos, em quantidade muito superior a quantidade que efetivamente poderia ser prestada, ou como estratégia comercial para impulsionar a venda de planos de telefonia e internet.

Ao se referir ao ato de interromper o serviço de internet ilimitada o interlocutor se refere à empresa, e não a um funcionário específico inserido em sua estrutura organizacional, como é evidente.

É premente lembrar que o sujeito ativo do delito do art. 266 do Código Penal poder ser qualquer pessoa, inclusive quem executa os referidos serviços de comunicação.<sup>650</sup> A ilação que pode ser feita a partir disso é a seguinte: se a doutrina considera que um mero funcionário pode causar uma séria perturbação dos serviços de comunicação, é lógico pensar que a empresa que presta os referidos serviços é passível de causar uma perturbação muito mais grave, se assim o desejar. Com uma simples decisão da pessoa coletiva, um serviço específico de comunicação pode ser interrompido em todo o território nacional.

Em segundo, a conduta da empresa em questão está inserida no sentido do tipo de ação e possui semelhança de família com a conduta prevista no artigo 266 de Código Penal. A ação de bloquear o acesso dos clientes ao serviço de internet ilimitada é linguisticamente compatível com a ação de “interromper serviço de telefonia ou internet, presente no tipo de ação em questão.

---

<sup>650</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.v.4.** *Op. Cit.* p. 363

Por último, não se apresenta nenhum “sem sentido” ao se atribuir a presente conduta à pessoa jurídica, tampouco se trata de alguma expressão idiomática com sentido diverso ao exposto no tipo de ação em tela.

#### 4.4.3 EXEMPLO 3 - Constrangimento ilegal. (Art. 146 do Código Penal).

O tipo de ação presente no artigo 146 do Código Penal diz ser crime “constranger alguém mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda”.<sup>651</sup>

Segundo Aníbal Bruno<sup>652</sup>, “o constrangimento ilegal é o mais geral e compreensivo dos fatos puníveis de que nos ocupamos, nele incluindo-se abundante série de ações em que se força alguém a fazer ou não fazer alguma coisa que lhe é lícito praticar ou omitir”.

O núcleo do presente tipo de ação é constranger, o que significa obrigar, forçar, compelir, ou coagir alguém a fazer alguma coisa a qual não está obrigado. Lembrando que a finalidade pretendida pelo constrangimento ilegal pode ser o atendimento a qualquer ordem de caráter pessoal, moral, físico, psíquico, econômico, social, comercial, profissional, etc...<sup>653</sup>

Trata-se de um tipo aberto que possui variadas formas de realização. O legislador utiliza de forma exemplificativa de meios utilizados para a redução da capacidade de resistência da vítima as figuras da grave ameaça e da violência, utilizando em seguida uma cláusula aberta através da expressão “por qualquer outro meio”.<sup>654</sup>

Sobre a modalidade de cometimento do presente delito sobre a forma de ameaça, relembra Heleno Fragoso<sup>655</sup> que o mal ameaçado deve ser sempre prometido de forma condicional, pois o agente tem por intuito obrigar a vítima a determinado comportamento. Não necessitando a presença do ofendido para que se configure

---

<sup>651</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte especial.v.2.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.p.180

<sup>652</sup> BRUNO, Anibal. **Direito Penal: parte especial. Tomo IV.** São Paulo: Forense,1966.p. 349

<sup>653</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.v.2.** 14ª edição. São Paulo: Saraiva Educação,2020.p. 521-522

<sup>654</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte especial.v.2. Op. Cit.** p. 284

<sup>655</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte especial.v.1,** artigos 121 a 166, 2ª edição.São Paulo: José Bushatsky, 1962.p.182

o constrangimento ilegal, uma vez que basta que a ameaça chegue ao conhecimento da vítima por algo escrito, por um gesto ou por alguém que lhe conte a ameaça.

No caso da ameaça, a violência ainda deve ser idônea a provocar temor no ofendido. E a aferição dessa idoneidade, segundo Paulo Busato<sup>656</sup>, deve ser feita por meio de uma análise das circunstâncias do fato no momento em que ele ocorre, de posse dos conhecimentos que a vítima eventualmente dispunha no momento.

No escólio de Paulo Busato<sup>657</sup>, a origem da incriminação do constrangimento ilegal se deu em decorrência da filosofia iluminista que inspirou as revoluções políticas que levaram a liberdade pessoal ao centro da proteção jurídica. O constrangimento ilegal tem por finalidade preservar a liberdade individual, ou seja, a possibilidade de manifestar a própria vontade, punindo aquele que subjuga o outro mediante a força impondo-lhe a sua vontade.

A partir da ideia de subjugar o outro, é possível afirmar que uma pessoa jurídica pode cometer o delito de constrangimento ilegal.

Grandes empresas possuem recursos, como o capital financeiro, que são suficientes para imporem a sua vontade sobre os seus funcionários, por exemplo graças as disparidades do poder econômico entre trabalhadores e empresas. O resultado, em um mercado sem regulação, é a exploração da mão de obra, que se sujeita a condições degradantes por um mínimo existencial.<sup>658</sup>

É possível afirmar que uma empresa possui um atuar próprio e uma vontade distinta da vontade de seus membros integrantes, como visto anteriormente. A ilação resultante dessa afirmação é que se há uma vontade própria da pessoa jurídica, então essa vontade é passível de ser imposta a outrem, principalmente em se tratando de um funcionário que teme perder o seu emprego e o seu sustento. A situação representada a seguir ilustra o presente argumento:

---

<sup>656</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte especial.v.2.** *Op. Cit.* p. 285

<sup>657</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte especial.v.2.** *Op. Cit.* p. 283

<sup>658</sup> **Nota:** nesse sentido, recomenda-se a leitura da obra de Émile Zola intitulada “Germinal” e publicada originalmente em 1885. Nessa obra, é possível observar as péssimas condições de trabalho a que se sujeitavam os trabalhadores da mina “Voreux”. É possível ver que em alguns momentos os personagens foram constrangidos ilegalmente pela empresa proprietária da mina a atuarem contra a sua própria vontade.

Figura 4- Constrangimento ilegal por parte de uma empresa

**EMPRESA É CONDENADA POR DANOS MORAIS APÓS EXPOR FUNCIONÁRIOS A SITUAÇÕES DE HUMILHAÇÃO**

HOME • CONSIDERAÇÕES SOBRE A APROVAÇÃO DO PL 1179 • EMPRESA É CONDENADA POR DANOS MORAIS APÓS EXPOR FUNCIONÁRIOS A SITUAÇÕES DE HUMILHAÇÃO

Uma empresa de minas gerais foi condenada a pagar indenização por danos morais a uma ex-funcionária que estava sendo obrigada a pagar "prendas" por não atingir as metas estipuladas dentro da instituição.

A decisão foi tomada pela 5ª turma do TRT da 3ª região que, por unanimidade, reconheceu a ilegalidade cometida pela empregadora.

A ex-funcionária declarou que os supervisores eram obrigados a pagar prendas quando não batiam as metas.

A prenda consistia em pintar o rosto, dançar e se fantasiar de homem ou de mulher, na frente do restante dos funcionários como forma de punição.

Testemunha do caso comprovou os fatos apresentados pela ex-funcionária e que também havia acontecido a situação com ele.

Fonte: <https://cpjur.com.br/empresa-e-condenada-por-danos-morais-apos-expor-funcionarios-a-situacoes-de-humilhacao/>

No caso em tela, os funcionários eram obrigados pela empresa a fazerem atos que não desejavam. A empresa, com o intuito de impor a sua vontade, os obrigava a se vestirem com as roupas do gênero oposto e a pagarem “prendas”.

Analisando a situação pelos três critérios norteadores propostos, percebemos um atuar da pessoa jurídica no sentido de constranger a outrem a fazer algo que não deseja.

Por primeiro, é possível aceitar que há um uso linguisticamente estável e aceito da atribuição da conduta de “constranger alguém” à pessoa jurídica. Na linguagem comum, é possível compreender com o sentido linguístico aqui pretendido que “a empresa obrigou o funcionário X a fazer algo” ou que “a empresa obrigou o funcionário terceirizado a fazer Y”.

Em segundo, a conduta da empresa em questão está inserida no sentido do tipo de ação e possui semelhança de família com a conduta prevista no artigo 146 de Código Penal. Era uma política da empresa submeter os funcionários a tais situações degradantes com o intuito de aumentar a sua produtividade e o lucro da companhia. Os funcionários apresentavam uma vontade diversa daquilo que foram obrigados a fazer. Portanto, é possível claramente enxergar a imposição de uma vontade de outrem que subjogou a vontade dos empregados e a consequente prática de uma ação que está inserida no tipo de ação do artigo 146 do Código Penal.

Por último, não se apresenta nenhum “sem sentido” ao se atribuir a presente conduta à pessoa jurídica. No caso em tela, o sentido de “constranger alguém” é

semelhante ao sentido de “obrigar ou forçar” alguém a fazer algo, presente na linguagem comum, não havendo dificuldades em se compreender tal ação como passível de ser cometida pelo ente coletivo.

#### 4.4.4 EXEMPLO 4 - Difamação (Art.139 do Código Penal)

Dos três crimes contra a honra: calúnia, difamação e injúria, a difamação é a mais evidente de ser identificada no dia a dia como passível de ser cometida pelas pessoas jurídicas, dado o impacto negativo que uma difamação pode causar a um concorrente no âmbito comercial, por exemplo.

Diz o artigo 139 do Código Penal que a difamação é “difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação”.<sup>659</sup>

Difamação é “a imputação a alguém de fato ofensivo a sua reputação. Imputar tem o sentido de atribuir, acusar de”. Ao passo que reputação é “a estima moral, intelectual ou profissional de que alguém goza no meio em que vive, reputação é um conceito social”.<sup>660</sup>

Difamar é imputar à vítima um fato capaz de denegrir a sua honra objetiva, ou seja, a sua reputação. E esse fato não precisa ser falso, necessitando apenas que seja certo e determinado. O presente tipo de ação pode ser cometido em diferentes modalidades.<sup>661</sup>

Por fim, consiste em um nível intermediário de ofensa à honra, uma vez que o fato imputado à vítima não consiste em crime. O objetivo da presente incriminação é a proteção da honra objetiva no sentido de proteger a respeitabilidade alheia.<sup>662</sup>

Por último, é essencial pontuar que a pessoa jurídica pode ser vítima de difamação. Na lição de Paulo César Busato<sup>663</sup>.

Embora não haja consenso doutrinário a respeito do tema, cremos que é perfeitamente possível difamar a pessoa jurídica.

Ocorre que nos dias de hoje a dimensão econômica da atividade empresarial depende, e muito, da imagem de dignidade da qual possa gozar ou não determinada companhia. Os selos de certificação ISSO 9000 e ISSO 9100,

<sup>659</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte especial.v.2.** *Op. Cit.* p. 247

<sup>660</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral.** Vol.2. *Op. Cit.* p.463

<sup>661</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte especial.v.2.** *Op. Cit.* p. 249

<sup>662</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte especial.v.2.** *Op. Cit.* p. 249

<sup>663</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte especial.v.2.** *Op. Cit.* p. 250

por exemplo, são elementos cruciais para determinadas atividades empresariais. Não é possível interpretar os dispositivos incriminadores do Código Penal à luz da realidade social de 1940. Uma interpretação consentânea com o mundo moderno obriga a admitir a possibilidade de difamação da pessoa jurídica.

Exatamente essa possibilidade a que se refere Paulo Busato da pessoa jurídica poder difamar a outrem (e conseqüentemente ser difamada) é que nos é trazida pela seguinte situação:

Figura 5- Empresa difamando outra empresa

The image shows a screenshot of a news article. At the top, there is a small black box with the text 'Economia e Negócios'. Below that is the main title 'Facebook é acusado de contratar empresa para difamar o TikTok' in a large, bold, black font. Under the title is a subtitle in a smaller, italicized font: 'De acordo com o jornal The Washington Post, a Meta contratou a consultoria Target Victory para espalhar falsas histórias sobre a rede social.' Below the subtitle, it says 'Por Cleane Lima' followed by a clock icon and the date '04/04/2022'. There are two buttons: a green one that says 'Receber notícias pelo WhatsApp' with a WhatsApp icon, and an orange one that says 'Ganhar dinheiro assistindo vídeos' with a play button icon. At the bottom, there is a large letter 'A' followed by the text: 'Meta, dona do Facebook, está sendo acusada de pagar uma empresa para difamar o TikTok em uma campanha nacional nos Estados Unidos. De acordo com o jornal The Washington Post, a empresa contratou a consultoria Target Victory para conduzir os trabalhos de difamação para prejudicar a rede social concorrente.'

Fonte: <https://www.minhaoperadora.com.br/2022/04/facebook-e-acusado-de-contratar-empresa-para-difamar-o-tiktok.html>

Na presente situação podemos observar que uma empresa difamou a sua concorrente. Claramente se vê a conduta praticada por essa pessoa jurídica. E aqui também estão presentes os três elementos norteadores defendidos no presente trabalho.

Por primeiro: o uso linguisticamente estável e aceito da atribuição da conduta de “difamar alguém” à pessoa jurídica. Na linguagem comum, é possível compreender que a empresa do caso apresentado difamou a sua concorrente ao divulgar fatos inverídicos sobre ela, mediante uma terceira empresa contratada.

Em segundo, a conduta da empresa em questão está inserida no sentido do tipo de ação e possui semelhança de família com a conduta prevista no artigo 139 do Código Penal. O sentido da ação de difamar praticado pela pessoa jurídica está inserido no tipo de ação do artigo 139 do Código Penal. É razoável e plenamente inteligível que a conduta praticada se assemelha a conduta de “imputar fato ofensivo à reputação” de alguém.

Por último, não se apresenta nenhum “sem sentido” ao se atribuir a presente conduta à pessoa jurídica. No caso em tela, o sentido de “difamar” não apresenta nenhuma polissemia ou uso em uma expressão idiomática que levantaria dúvidas quanto a sua atribuição ao ente coletivo.



## 5 CONCLUSÃO

Esse trabalho investigou as condutas criminosas passíveis de serem cometidas pela pessoa jurídica, de modo a permitir uma responsabilização mais eficaz do ente coletivo por uma conduta que ele próprio tenha cometido. Para cumprir com esse objetivo, no primeiro capítulo foi apresentada a visão clássica sobre a incapacidade de ação da pessoa jurídica, partindo da análise da origem do senso comum de que as pessoas jurídicas não podem cometer uma conduta criminosa, pensamento cristalizado no brocado “*societas delinquere non potest*”. Na sequência, foram analisadas as quatro teorias que explicam a origem desse brocado: a teoria romanista, a teoria inocentista; a teoria novecentista e uma quarta teoria que afirma que a origem do brocado é desconhecida para, ao final, concluir que ele não tem origem romana e sim provém de uma criação do papa Inocêncio IV. Também foi elucidado que o brocado não representa a realidade do Direito Romano, que conheceu a responsabilidade penal do ente coletivo.

Em seguida, foram apresentadas as razões criminológicas para a responsabilização penal do ente coletivo, considerando que as pessoas jurídicas são os agentes com maior potencial de dano e de agressão de bens jurídicos coletivos e individuais na atual realidade macro-criminológica em que se está inserido. De forma breve, foi levantada a possível razão histórica para o surgimento da irresponsabilidade penal da pessoa jurídica na época da Revolução Francesa e as consequências disso para a posterior construção dos sistemas de teoria do delito.

Dando sequência, foram abordadas as tentativas de responsabilização penal da pessoa jurídica, primeiramente expondo, forma sucinta, a responsabilização das pessoas jurídicas em alguns países e, em seguida, os problemas atinentes às propostas de responsabilização da pessoa jurídica foram analisados por meio dos modelos de autorresponsabilidade e heterorresponsabilidade penal da pessoa coletiva, exemplificando cada um desses modelos. Por último, investigou-se a incapacidade das atuais propostas de responsabilização penal da pessoa jurídica em culpar o ente coletivo por um ato que ele próprio tenha cometido e as características de um autêntico sistema de responsabilização penal da pessoa jurídica.

No segundo capítulo, discorreu-se sobre a evolução do conceito de ação na dogmática penal e a forte vinculação com um paradigma ontológico. Estudou-

se desde o surgimento do conceito de ação na teoria do delito, a partir das proposições dos discípulos do filósofo Hegel, em especial Albert Friedrich Berner e Heinrich Luden, até as últimas proposições vinculadas às teorias funcionalistas do delito.

Em seguida, demonstrou-se a superação deste paradigma ontológico e dos problemas atinentes a ele por meio da compreensão da ação como atribuição de um sentido sobre um substrato, de acordo com a Concepção Significativa da Ação de Tomás Salvador Vives Antón<sup>664</sup>. Ficou evidente, após a desvinculação da ação do paradigma ontológico e da concepção cartesiana da mente, que as dimensões biopsicológicas de um indivíduo agente não são determinantes ou sequer restritivas para a elaboração da teoria do delito quando se trata da capacidade de ação. dissertou-se brevemente sobre a relação entre ação, norma e liberdade de ação dentro da Concepção Significativa da Ação, com o objetivo de melhor compreender o funcionamento da concepção do professor Tomás Salvador Vives Antón.

No terceiro capítulo, foram ponderadas sobre as incompatibilidades das principais teorias do delito com a responsabilização penal da pessoa jurídica e, por conseguinte, analisar a compatibilidade da responsabilização penal da pessoa jurídica com a Concepção Significativa da Ação. Ficou comprovada a capacidade de ação das pessoas jurídicas a partir da análise do conceito de ação criado por Vives Antón: o conceito significativo de ação rompe com o paradigma clássico da ação vinculada a um substrato material em que a ação só poderia ser realizada por um indivíduo mediante a somatória de elementos subjetivos e objetivos. Isso porque o sentido de uma ação passa a ser considerada a somatória da manifestação física com o contexto em que ela se insere. Por esse motivo, muito embora a pessoa jurídica não possua um corpo físico, ela pode realizar uma conduta criminosa, já que a atuação dela pode ser atribuída por meio da contribuição contextual.

Desse modo, demonstrou-se que a Concepção Significativa da Ação como fundamento constitui-se em um autêntico sistema de autorresponsabilização penal da pessoa jurídica, ou seja, quando esta é responsabilizada por uma conduta que ela mesma tenha realizado e tal resultado seja correspondente a uma im-

---

<sup>664</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. *Op. Cit.* p. 220

plicação antijurídica. Tanto o desvalor de ação como o desvalor de resultado, diante da Concepção Significativa da Ação, são produzidos dentro da culpabilidade da pessoa jurídica que cometeu a conduta, ou seja, a ação lhe é imputada como resultante da contribuição individual e subjetiva.

Por fim, exposta a capacidade de ação da pessoa jurídica, esse trabalho se propôs caminhos para auxiliar na identificação de quais condutas podem ou não ser cometidas por pessoas jurídicas. Em cumprimento ao objetivo empreendido, foi indicado um critério trifásico com etapas norteadoras para a identificação das condutas passíveis de serem cometidas pelas pessoas jurídicas a partir da filosofia da linguagem pragmática de Ludwig Wittgenstein. As duas primeiras etapas foram baseadas em conceitos centrais desenvolvidos por Wittgenstein: modos de vida e semelhanças de família. *A priori*, analisou-se como poderia acontecer a identificação das condutas que são atribuídas às pessoas jurídicas de forma estável dentro de uma comunidade de falantes a partir dos modos de vida. Em seguida, foram consideradas as semelhanças de família entre as condutas cometidas pelas pessoas físicas e pelas pessoas jurídicas. Como terceira etapa, investigou-se quais são as condutas que não podem ser cometidas pelas pessoas jurídicas.

Por último, a título de exemplo, o presente trabalho apresentou alguns delitos que podem ser cometidos pelas pessoas jurídicas, tendo por base os três critérios norteadores anteriormente investigados. Mediante a investigação teórica realizada, a partir da Concepção Significativa da Ação, conclui-se que a pessoa jurídica possui capacidade de ação e que certas condutas podem ser identificadas como passíveis de serem cometidas pelas pessoas jurídicas, tendo os três critérios norteadores apresentados no presente trabalho como elementos identificadores para tal.

A identificação das condutas passíveis de serem cometidas pelas pessoas jurídicas permite a construção de um sistema penal mais justo e equânime, garantindo que o ente coletivo não seja um mero detentor de direitos, mas também de deveres. Assim, constrói-se uma resposta eficaz à atuação destes agentes quando causadores de agressões a bens jurídicos individuais e coletivos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ABEGG, Friedrich Helnrich. **Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft**, Neustadt, 1836

AHMED, Arif. **Wittgenstein's philosophical Investigation: a critical guide**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2010.

ANTOLISEI, Francesco. **Manual de Derecho Penal**. Parte general. Buenos Aires: UTEHA, 1960.

ARRAES, Rhayssam. **O Direito Penal nos tempos do nacional-socialismo: uma breve análise das Influências autoritárias no pensamento de Hans Welzel**. In: BUSATO, Paulo César; SÁ, Priscilla Placha (coord.). **Autoritarismo e controle social punitivo**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021

BACIGALUPO, Silvina. **La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. Barcelona: Bosch, 1998. p.43

BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal – Parte Geral**. Tradução André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005.

BAGACILUPO, Silvina. El Modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes coletivos. In: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. MARÍN DE ESPINOSA CE BALLOS, Elena Blanca (Coord.). **Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas**. Pamplona: Aranzandi, 2013.

BAIGÚN, David. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)**. Buenos Aires: Depalma, 2000.

BAJO FERNANDES, Miguel; FEIJOO FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Pamplona: Aranzandi, 2012. p.74-75

BAKER, Gordon., HACKER, Peter Michael Stephan. Wittgenstein: Rules, Grammar and Necessity. Volume II of An Analytical Commentary on the Philosophical Investigations. Essays and Exegesis of §§185-242. 2ªed. Blackwell Publishing, 2005. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco – Rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.p. 23-36.

BECK, Ulrich; ZOLO, Danilo. **A Sociedade Global do Risco**. Tradução de Selvino José Assmann. Florianópolis: UFSC - Depto de Filosofia, 2000.

BELING, Ernst Von. **Esquema de derecho penal**: La doctrina del delito-tipo; tradução do alemão por Sebastian Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.

BERNER, Albert Friedrich. **Lehebuch des deutchen strafrecht**. Leipzig: Bernhard Tauchnitz, 1871

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria geral do delito: uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira**. Imprensa: Coimbra, Almedina, 2007.

BITECOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral**. Vol.1. São Paulo: Saraiva, 2020

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995

BRUNO, Anibal. **Direito Penal: parte especial. Tomo IV**. São Paulo: Forense, 1966.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o Sistema Penal do Nosso Tempo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

BUSATO, Paulo César. **La tentativa del delito – Análisis a partir del concepto significativo de la acción**. Curitiba. Juruá, 2011.

BUSATO, Paulo César; GUARAGNI Fábio André. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal**. Curitiba: Juruá, 2012.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte Geral**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte especial.v.2**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte especial**. v.3. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2017

BUSATO, Paulo César; CUSSAC, José L. González; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de direito penal brasileiro: parte geral**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017

BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valência. Tirant Lo Blanch, 2019.p.21.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte Geral**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

BUSATO, Paulo César. **O Leviatã de Brumadinho**. *Boletim Ibccrim*, ano 27, n. 316, p. 7-8, mar. 2019.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de Derecho Penal español**, parte general. Barcelona

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria geral do delito: uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira**. Imprensa: Coimbra, Almedina, 2007.p. 54-55
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.v.2**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva Educação,2020
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.v.4**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva Educação,2020.
- BRANDÃO. Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Imprensa: Belo Horizonte, D'Plácido, 2019.p.63
- BÜCHMANN, Georg. **Geflügelte Worte: Der Citatenschatz des deutschen Volkes**, Berlin, 1898
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de Derecho Penal español**, parte general. Barcelona: Ariel,1984
- CASTRO, Susana de. **Ontologia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar,2008
- CEREZO MIR, José. **Derecho penal: parte general**. Madrid: Editorial IBdeF, 2008.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Aproximación de la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *In: Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*. Semblanzas y estudios com 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.], València: Tirant lo Blanch, 2009.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos. “Sobre tipicidad e imputación: reflexiones básicas en torno a la imputación del dolo y la imprudência”. *In Estudios penales em recuerdo del Prof.Ruiz Antón* (Octávio de Toledo y Ubierto, E; Guardiel Sierra, M.; Cortés Bechiarelli, E. – coords.). Valencia: Tirant lo Blanch,2004.
- 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.
- CEREZO MIR, José. **Derecho penal: parte general**. Madrid: Editorial IBdeF, 2008
- CEREZO MIR, José. **La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica. Problemas fundamentales del Derecho Penal**. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2001.
- CUSSAC, José Luis González. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020
- COLL, Steve. **Private Empire: ExxonMobil and American Power**. New York: Penguin Books, 2012.
- COSTA, Max William Alexandre da. **Uma Introdução à filosofia da linguagem**. Curitiba: Intersaberes, 2015

CHILD, William. **Wittgenstein**. Routledge:New York,2011

DANNECKER, Gerhard. Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista Penal**, Salamanca, n.7, p.40-54,2001. p.41.

DÍEZ, Carlos Gómez- Jara. Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial - Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. N. 8, 2006.

DOTTI, René Ariel; PRADO, Luiz Regis. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DUFORD, Dany- Robert. **A arte de reduzir as cabeças – Sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal**. Tradução de Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005.p. 75-79.

ESPINAR, José Miguel Zugaldia. **La responsabilidad penal de empresas, funciones y asociaciones: presupuestos sustantivos y procesales**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008.

ESPINAR, José Miguel Zugaldia (Org.). **Fundamentos de derecho penal: parte general**. 4.ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.p.582.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Conduta Punível**. São Paulo: José Bushatsky,1961. p.9.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte especial**.v.1, artigos 121 a 166, 2ª edição.São Paulo: José Bushatsky, 1962

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte especial**.v.3, artigos 227 a 292, 2ª edição.São Paulo: José Bushatsky, 1965

FRANCO, Affonso Arinos de Mello. **Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas**, Rio de Janeiro: Graphica Ypiranga, 1930.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. "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.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. "Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas em el código penal 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.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Hammuravi,1989

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**; tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, supervisão final do texto Léa Porto de Abreu Novaes. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.p.70

FLETCHER, George Patrick. **Conceptos básicos del Derecho Penal**. Tradução de Francisco Muñoz Conde, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

FRIEDMAN, Lawrence. In defense of corporate criminal liability. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Boston, v.23, n.3, Summer 2000.p. 833. *In defense of corporate criminal liability. Harvard Journal of Law & Public Policy*, Boston, v.23, n.3, Summer 2000.

FROMMEL, Monika. Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción. **Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Tomo XLII, Fasc. II, Mayo Agosto, 1989

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. 'La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetera y la autoresponsabilidad'. **Revista General de Derecho Penal**. Barcelona, n.16, 2011.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. **Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015**.Valência: Tirant lo Blanch, 2017.

GARRIGÓS, María Laura; DEGANUT, Carolina Morales; SANSONE, Virgínia. Origen y evolución de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. *In: FELLINI, Zulita. Temas de Derecho Penal Económico y Responsabilidad de las Personas Jurídicas*. Buenos Aires: Grün,2004. p.157-160.

GRECO, Luís. **Por que é ilegítimo e quase de todo inconstitucional punir pessoas jurídicas**. In: Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas: seminário Brasil-Alemanha.Org. Paulo César Busato; coord. Luís Greco. 1ªed.Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Delitos cualificados por el resultado y causalidad**. Madrid: Ecera,1990. p.121

GÓMEZ - JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Madrid: Marcial Pons, 2005. p.140.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. **El plano político criminal en la responsabilidad penal de las personas jurídicas**, en Compliance y prevención de delitos de corrupción (Ángela Matallín Evangelio, Dir.). Tirant lo Blanch: Valencia. 2018. p. 92.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HACKER, P.M.S. BAKER, G.P. Wittgenstein: **Understanding and Meaning. Part I: Essays**. Oxford: Wiley-Blackwell, 2009.



HASSEMER, Wilfred. **História das ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995

HEGEL, Georg. **Grundlinien der Philosophie des Rechts**. Leipzig: Menlner, 1911

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípio da Filosofia do Direito**. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997

HEINE, Günther. La responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias nacionales. Trad. Alda Figueroa Navarro y José Hurtado Pozo. *In*: HURTADO POZO, José; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; SIMONS VALLEJO, Rafael. **La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comaprada**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.

HEINE, Günthher. **Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originária de la empresa**. *In*: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (org). Modelos de autoresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas. Bogotá: Externado, 2008.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**. v. IX. Arts.250 a 361. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1944.

HOEBEL, Adamson; FROST, Everett L. Antropologia cultural e social. Trad. Euclides Carneiro da Silva. São Paulo: Cultrix,2006

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: parte general – Fundamentos y teoría de la imputación**. Madrid: Marcial Pons,1995. p.161

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**, Buenos Aires: Losada,1963, tomo I,

JESCHECK. Hans- Heinrich **Tratado de Derecho penal: Parte general**. Trad. José Luiz Manzanares Samaniego.4ed. Granada: Editorial Comares. 1993 .p.277

KÖSTLIN, Christian Reinhold. **System des deutschen Strafrechts**. AT: Tübingen, 1855

LISZT, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo II, trad. por Luis Jiménez de Asúa. Madrid: instituto editorial Reus, 1927.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal**, tomo 2. 3ª ed. trad de Luis Jiménez de Asúa, Madrid: Instituto Editorial Reus, S.A, 1927,p. 297, 300 e 302. *apud*.

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

LUDEN, Heinrich. **Über den Thatbestand des Verbrechens nach gemelnen deutschen Rechte en Abhandlungen aus dem gemelnen deutschen Strafrechte**, Tomo II, GöttlInnen, 1840

LUZÓN PEÑA. Diego-Manuel **Curso de derecho penal: parte general I**. Imprenta: Madrid, Universitas, 2002.

MAIOLO, Francesco. **Medieval Sovereignty: Marsilius of Padua and Bartolus of Saxoferrato**. Tongeren: Eburon Academic Publishers, 2007.

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

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa**. Parte General. 2.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

MARTÍNEZ, Victor Patón. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la doctrina Societas Delinquere non Potest**. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2019.p.59.

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 Facultad de Derecho da Universidade da Coruña, nº 5. 2001

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte especial**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2022

MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**, v.1, trad. Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson, Ed. Astrea, 1994. p.255

MATUS ACUÑA, Jean Pierre, **Nacionalsocialismo Y Derecho Penal. Apuntes Sobre El Caso De H. Welzel**. Un Homenaje Tardío a Joachim Vogel. (National Socialism and Criminal Law. Notes on the Case of H. Welzel. A Belated Tribute to Joachim Vogel), 2014

MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal: parte general**. Montevideo: BdeF, 2007

MEZGER, Edmund. **Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal**, tradução de Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.p.23

MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**; con Introducción de Francisco Muñoz Conde. 1ªed., Buenos Aires, Hammurabi, 2010

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: parte general**, 6ª ed., Barcelona, Editorial Reppertor, 2002.p.140 e 154.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**, 2ª ed., Montevidéo/Buenos Aires: Editorial IB de F, 2003

MOMMSEN, Theodor. **Römisches Strafrecht**. Tradução espanhola. de MONTERO, Pedro Dorado. **Derecho penal romano**. 1. ed. Madrid: La Espanã Moderna, 1905, tomo I.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las Insolvencias punibles**. CPC, núm 3.1977, p. 227.apud

NÓBREGA, Francisco Pereira. **Compreender Hegel**. Petrópolis: Vozes, 2005.p.43 - 44.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et al. **Direito penal brasileiro**. Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 201

PALMA, Rodrigo Freitas. **Antropologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PERÉZ MACHÍO, Ana Isabel. **Modelos tradicionais de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. In: DE LA CUESTA ARZAMENTI, José Luis (Dir.); DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. (Coord.). Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pamplona: Aranzandi, 2013. p. 36-37.

PRADEL, Jean. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Trad. José Hurtado Pozo. In: HURTADO POZO, José; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; SIMONS VALLEJO, Rafael. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.p.140.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro - Parte Geral**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, V.1. p. 178, 2001.

PRADO, Luiz Regis. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: fundamentos e implicações**. In: Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 3ª ed. rev., atual. e ampla. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**, tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes,2005

REGIS PRADO, Luiz. **Tratado de Direito Penal brasileiro**.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

REIS. Jorge dos. **Direito Penal dos entes coletivos: ensaio sobre a punibilidade de pessoas colectivas e entidades equiparadas**:Coimbra: Coimbra, 2008.

RIBEIRO, Clara Vasconcelos. **As Teorias da Ação no Direito Penal**. Artigo disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35962/as-teorias-da-acao-no-direito-penal>

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **Estudios penales y de política criminal**. Lima: IDEMSA, 2007.

RYLE, Gilbert. **El concepto de lo mental**. Buenos Aires: Paidós, 1967.

ROJAS SALAS, Manuel. **La criminalidad empresarial**. Ciencias Penales: **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, v. 10, n.15, p. 83-90, San José, dez 1998.

ROBLES PLANAS, Ricardo. **Crimes de pessoas jurídicas? A propósito da lei austríaca sobre a responsabilidade dos agrupamentos pela prática de crimes.** Trad. Manuel José Miranda Pedro. Lusíada, Lisboa: Universidade de Lisboa, série II, n. 4-5, 2007.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **A pessoa jurídica criminosa.** Curitiba:Juruá,1997.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general.** tradução da 2ª. Edição alemã e notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Tomo I. Imprenta: Madrid, Civitas, 2008.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal.** Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

ROXIN, Claus. **Política Criminal e sistema jurídico-penal.** Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal.** Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SANTOS, Juarez dos. **Direito Penal: parte geral.** 9.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch,2020

SALDANÑA, Quintiliano García Rubio. **La capacidad criminal de las personas sociales,** Reus, Madrid, 1927.

SCHROEDER, Severin. **Wittgenstein: the way out of the fly-bottle.** Cambridge: Polity Press, 2006

SCHÜNEMANN, Bernd. “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de la empresa”. *In: Anuário de Direito penal y Ciências penales.* Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, n.38, 1988.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SILVA SÁNCHEZ. Jesús- Maria. **¿Qué significa la ‘responsabilidad penal’ de las personas jurídicas?** *In: SILVA SÁNCHEZ. Jesús- Maria. Normas y acciones em Derecho penal.* Buenos Aires: Hammurabi,2003.

SILVA SÁNCHEZ. Jesús- Maria. **La responsabilidad de las personas jurídicas en derecho español.** *In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria: Montaner FERNÁNDEZ. Raquel. Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas.* Barcelona: Atelier, 2013.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: J. M. Bosch, 2002
- STERN, D. G. **Wittgenstein's Philosophical investigations: an introduction**. New York: Cambridge University Press, 2006
- STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal: parte general, I: el hecho punible**, 1ª ed, 4ª Reimpresión, Buenos Aires: Hammurabi, 2005.p.115-117
- TAUFIK, Roberto Domingos. **Nova Lei antitruste brasileira: avaliação crítica, doutrina e estudo comparado**. São Paulo: Almedina, 2017.
- TAVARES, Juarez. **Teorias do delito – Variações e Tendências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p.37
- TIEDEMANN, Klaus. **La reponsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato**. Traduzido por Alessandra Szegö. Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale, Milano, p. 615-633, jul/set. 1995.
- VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. **Concepción Significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles. **La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de los Estados Unidos**. Navarra: Thomson Reuters/Editorial Aranzadi, 2016.
- VIVES ANTÓN, Tomás. Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. 2ª Edición. Valência: Tirant lo Blanch, 2011.
- WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico- Penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução Luiz Regis Prado. São Paulo: Centauro, 2002.
- WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal – Una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Buenos Aires: Editorial B de F.
- WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.
- WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976
- WELZEL, Hans. **Das Deutches Strafrechts**. Berlin:De Gruyter, 1958
- WESSELS, Johannes. **Direito penal: parte geral: aspectos fundamentais**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1976.p.22
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**; tradução de José Carlos Bruni. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Da Certeza**. Lisboa: Edições 70, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**. p.111

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. **La Responsabilidad penal de empresas, funciones y asociaciones: presupuestos sustantivos y procesales**. València: Tirant Lo Blanch, 2008.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. **La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos** (Análisis de los arts.31 bis y 129 del Código Penal). Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

ZUÑIGA RODRIGUES, Laura. **Modelos de imputación penal para sancionar la criminalidad de empresa en el CP español de 1995**, In: Revista Peruana de Ciencias Penales:Lima, 1999