

A CAPACIDADE DE AÇÃO DA PESSOA JURÍDICA A PARTIR DA CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DE AÇÃO

Gabriel Alves Fonseca

A CAPACIDADE DE AÇÃO DA PESSOA JURÍDICA A PARTIR DA CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DE AÇÃO

Gabriel Alves Fonseca



AMPLLA
EDITORA



2022 - Editora Ampla

Copyright da Edição © Editora Ampla

Copyright do Texto © Gabriel Alves Fonseca

Editor Chefe: Leonardo Pereira Tavares

Design da Capa: Editora Ampla

Diagramação: Felipe José Barros Meneses

Revisão: Gabriel Alves Fonseca

A capacidade de ação da pessoa jurídica a partir da concepção significativa de ação está licenciado sob CC BY 4.0.



Esta licença exige que as reutilizações deem crédito aos criadores. Ele permite que os reutilizadores distribuam, remixem, adaptem e construam o material em qualquer meio ou formato, mesmo para fins comerciais.

O conteúdo da obra e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, não representando a posição oficial da Editora Ampla. É permitido o download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores. Todos os direitos para esta edição foram cedidos à Editora Ampla.

ISBN: 978-65-5381-045-7

DOI: 10.51859/ampla.cap457.1122-0

Editora Ampla

Campina Grande - PB - Brasil

contato@amplaeditora.com.br

www.amplaeditora.com.br



2022

CONSELHO EDITORIAL

Andréa Cátia Leal Badaró – Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Andréia Monique Lermen – Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Antoniele Silvana de Melo Souza – Universidade Estadual do Ceará

Aryane de Azevedo Pinheiro – Universidade Federal do Ceará

Bergson Rodrigo Siqueira de Melo – Universidade Estadual do Ceará

Bruna Beatriz da Rocha – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais

Bruno Ferreira – Universidade Federal da Bahia

Caio César Costa Santos – Universidade Federal de Sergipe

Carina Alexandra Rondini – Universidade Estadual Paulista

Carla Caroline Alves Carvalho – Universidade Federal de Campina Grande

Carlos Augusto Trojaner – Prefeitura de Venâncio Aires

Carolina Carbonell Demori – Universidade Federal de Pelotas

Cícero Batista do Nascimento Filho – Universidade Federal do Ceará

Clécio Danilo Dias da Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Dandara Scarlet Sousa Gomes Bacelar – Universidade Federal do Piauí

Daniela de Freitas Lima – Universidade Federal de Campina Grande

Darlei Gutierrez Dantas Bernardo Oliveira – Universidade Estadual da Paraíba

Denise Barguil Nepomuceno – Universidade Federal de Minas Gerais

Dylan Ávila Alves – Instituto Federal Goiano

Edson Lourenço da Silva – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Piauí

Elane da Silva Barbosa – Universidade Estadual do Ceará

Érica Rios de Carvalho – Universidade Católica do Salvador

Fernanda Beatriz Pereira Cavalcanti – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”

Gabriel Gomes de Oliveira – Universidade Estadual de Campinas

Gilberto de Melo Junior – Instituto Federal do Pará

Givanildo de Oliveira Santos – Instituto Brasileiro de Educação e Cultura

Higor Costa de Brito – Universidade Federal de Campina Grande

Isabel Fontgalland – Universidade Federal de Campina Grande

Isane Vera Karsburg – Universidade do Estado de Mato Grosso

Israel Gondres Torné – Universidade do Estado do Amazonas

Italan Carneiro Bezerra – Instituto Federal da Paraíba

Ivo Batista Conde – Universidade Estadual do Ceará

Jaqueline Rocha Borges dos Santos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Jessica Wanderley Souza do Nascimento – Instituto de Especialização do Amazonas

João Henriques de Sousa Júnior – Universidade Federal de Santa Catarina

João Manoel Da Silva – Universidade Federal de Alagoas

João Vitor Andrade – Universidade de São Paulo

Joilson Silva de Sousa – Instituto Federal do Rio Grande do Norte

José Cândido Rodrigues Neto – Universidade Estadual da Paraíba

Jose Henrique de Lacerda Furtado – Instituto Federal do Rio de Janeiro

Josenita Luiz da Silva – Faculdade Frassinetti do Recife

Josiney Farias de Araújo – Universidade Federal do Pará

Karina de Araújo Dias – SME/Prefeitura Municipal de Florianópolis

Katia Fernanda Alves Moreira – Universidade Federal de Rondônia

Laís Portugal Rios da Costa Pereira – Universidade Federal de São Carlos

Laíze Lantyer Luz – Universidade Católica do Salvador

Lindon Johnson Pontes Portela -
Universidade Federal do Oeste do Pará

Lucas Araújo Ferreira - Universidade Federal
do Pará

Lucas Capita Quarto - Universidade Federal
do Oeste do Pará

Lúcia Magnólia Albuquerque Soares de
Camargo - Unifacisa Centro Universitário

Luciana de Jesus Botelho Sodré dos Santos -
Universidade Estadual do Maranhão

Luís Paulo Souza e Souza - Universidade
Federal do Amazonas

Luiza Catarina Sobreira de Souza - Faculdade
de Ciências Humanas do Sertão Central

Manoel Mariano Neto da Silva - Universidade
Federal de Campina Grande

Marcelo Alves Pereira Eufrasio - Centro
Universitário Unifacisa

Marcelo Williams Oliveira de Souza -
Universidade Federal do Pará

Marcos Pereira dos Santos - Faculdade Rachel
de Queiroz

Marcus Vinicius Peralva Santos -
Universidade Federal da Bahia

Marina Magalhães de Moraes - Universidade
Federal do Amazonas

Mário C zar de Oliveira - Universidade
Federal de Uberlândia

Michele Antunes - Universidade Feevale

Milena Roberta Freire da Silva - Universidade
Federal de Pernambuco

Nadja Maria Mourão - Universidade do Estado
de Minas Gerais

Natan Galves Santana - Universidade
Paranaense

Nathalia Bezerra da Silva Ferreira -
Universidade do Estado do Rio Grande do
Norte

Neide Kazue Sakugawa Shinohara -
Universidade Federal Rural de Pernambuco

Neudson Johnson Martinho - Faculdade de
Medicina da Universidade Federal de Mato
Grosso

Patrícia Appelt - Universidade Tecnológica
Federal do Paraná

Paula Milena Melo Casais - Universidade
Federal da Bahia

Paulo Henrique Matos de Jesus - Universidade
Federal do Maranhão

Rafael Rodrigues Gomides - Faculdade de
Quatro Marcos

Re ngela Cíntia Rodrigues de Oliveira Lima -
Universidade Federal do Ceará

Rebeca Freitas Ivanicska - Universidade
Federal de Lavras

Renan Gustavo Pacheco Soares - Autarquia do
Ensino Superior de Garanhuns

Renan Monteiro do Nascimento -
Universidade de Brasília

Ricardo Leoni Gonçalves Bastos -
Universidade Federal do Ceará

Rodrigo da Rosa Pereira - Universidade
Federal do Rio Grande

Sabrynna Brito Oliveira - Universidade
Federal de Minas Gerais

Samuel Miranda Mattos - Universidade
Estadual do Ceará

Shirley Santos Nascimento - Universidade
Estadual Do Sudoeste Da Bahia

Silvana Carloto Andres - Universidade
Federal de Santa Maria

Silvio de Almeida Junior - Universidade de
Franca

Tatiana Paschoalette R. Bachur -
Universidade Estadual do Ceará | Centro
Universitário Christus

Telma Regina Stroparo - Universidade
Estadual do Centro-Oeste

Thayla Amorim Santino - Universidade
Federal do Rio Grande do Norte

Virgínia Maia de Araújo Oliveira - Instituto
Federal da Paraíba

Virginia Tomaz Machado - Faculdade Santa
Maria de Cajazeiras

Walmir Fernandes Pereira - Miami University
of Science and Technology

Wanessa Dunga de Assis - Universidade
Federal de Campina Grande

Wellington Alves Silva - Universidade
Estadual de Roraima

Y scara Maia Araújo de Brito - Universidade
Federal de Campina Grande

Yasmin da Silva Santos - Fundação Oswaldo
Cruz

Yuciara Barbosa Costa Ferreira -
Universidade Federal de Campina Grande



2022 - Editora Ampla

Copyright da Edição © Editora Ampla

Copyright do Texto © Gabriel Alves Fonseca

Editor Chefe: Leonardo Pereira Tavares

Design da Capa: Editora Ampla

Diagramação: Felipe José Barros Meneses

Revisão: Gabriel Alves Fonseca

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Fonseca, Gabriel Alves

A capacidade de ação da pessoa jurídica a partir da concepção significativa de ação [livro eletrônico] / Gabriel Alves Fonseca. -- Campina Grande : Editora Ampla, 2022.

127 p.

Formato: PDF

ISBN: 978-65-5381-045-7

1. Pessoa jurídica. 2. Responsabilidade penal.
I. Título.

CDD-345.04

Sueli Costa - Bibliotecária - CRB-8/5213
(SC Assessoria Editorial, SP, Brasil)

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito penal 345.04

Editora Ampla

Campina Grande - PB - Brasil
contato@ampllaeditora.com.br
www.ampllaeditora.com.br



2022

APRESENTAÇÃO

O presente trabalho – fruto da monografia de graduação em Direito de seu autor – teve como objetivo geral explorar o potencial da concepção significativa de ação a fim de sustentar dogmaticamente o reconhecimento da capacidade de ação da pessoa jurídica, de modo que ela possa ser responsabilizada por delitos realizados por ela própria, em um genuíno modelo de autorresponsabilidade penal.

Corolários desse objetivo geral, quatro objetivos específicos foram igualmente perquiridos: (1) analisar sumariamente o estado da arte doutrinário, normativo e jurisprudencial no Brasil acerca do problema da capacidade de ação da pessoa jurídica; (2) tratar brevemente da pessoa jurídica e das teorias sobre sua natureza; (3) realizar uma distinção entre a empresa como atividade e a pessoa jurídica empresarial que a exerce; e (4) expor um quadro sinótico da evolução das principais concepções de ação na dogmática penal.

No que concerne à metodologia empregada, houve a instrumentalização prioritária de livros, artigos científicos e monografias, sobretudo de autores especializados em áreas como o Direito penal, o Direito civil e o Direito empresarial. Outrossim, os objetivos refletiram a própria estrutura do desenvolvimento do trabalho, sendo os quatro primeiros capítulos referentes aos objetivos específicos e o quinto e último capítulo atinente ao objetivo geral.

Como consequências da investigação realizada, cinco foram os resultados principais: (1) o ordenamento jurídico brasileiro apresenta uma tendência amplamente proclive à responsabilização penal da pessoa jurídica, embora comporte um superável modelo de heterorresponsabilidade penal para delitos ambientais; (2) a teoria da realidade técnica oferece o aporte teórico que melhor explica a natureza da pessoa jurídica, cuja personalidade jurídica que chancela sua existência na realidade jurídica provém de um processo técnico de personificação e não de um substrato ontológico; (3) a empresa é inconfundível com o empresário e com o estabelecimento comercial, já que, juridicamente, é uma atividade econômica (potencialmente lucrativa) e organizativa dos fatores de produção, voltada à produção ou à circulação de bens ou de serviços, aferível pelo objeto empresarial e que, por expressar o sentido do exercício de uma atividade, pode ser concebida como uma ideia abstrata, independentemente de qualquer substrato ontológico; (4)

as concepções mais tradicionais de ação são insuficientes para explicar a ação não apenas da pessoa jurídica, como também da própria pessoa natural, muito por conta de serem ancoradas em bases ontológicas e de comportarem herméticos supraconceitos de ação; e (5) a concepção significativa de ação, ao conceber a ação como um sentido, viabiliza o reconhecimento da capacidade de ação da pessoa jurídica, já que todo sujeito de direito que pode violar uma norma cujo cumprimento é exigível pode, igualmente, sofrer uma atribuição de sentido e, por conseguinte, ter reconhecida sua capacidade de ação.

Ao final, concluiu-se, ainda, que a pessoa jurídica, em especial a pessoa jurídica empresária, tem uma existência na realidade jurídica e é plenamente capaz de realizar delitos por si mesma, desde que compatíveis com suas atividades e sem a necessidade de que as ações perpetradas pelo ente coletivo tenham um substrato ontológico.

Feita essa breve apresentação, espera-se que o presente trabalho possa contribuir proficuamente para o debate na dogmática penal acerca da possibilidade de uma pessoa jurídica figurar no polo ativo da realização de delitos.

O autor

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I - O PROBLEMA DA CAPACIDADE DE AÇÃO DA PESSOA JURÍDICA.....	13
CAPÍTULO II - A PESSOA JURÍDICA E AS TEORIAS SOBRE SUA NATUREZA	24
2.1. A TEORIA DA FICÇÃO.....	28
2.2. A TEORIA DA REALIDADE OBJETIVA OU ORGÂNICA	31
2.3. A TEORIA DA REALIDADE DAS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS	36
2.4. A TEORIA DA REALIDADE TÉCNICA	39
CAPÍTULO III - A EMPRESA COMO UMA ATIVIDADE.....	44
CAPÍTULO IV - A AÇÃO NA DOGMÁTICA PENAL	53
4.1. A AÇÃO CAUSAL-NATURALISTA.....	56
4.2. A AÇÃO NEOKANTIANA	61
4.3. A AÇÃO FINALISTA.....	65
4.4. A AÇÃO SOCIAL	75
4.5. A AÇÃO NEGATIVA	78
4.6. A AÇÃO TOTAL	81
4.7. A AÇÃO PERSONALISTA	87
4.8. A AÇÃO SIGNIFICATIVA	92
CAPÍTULO V - A AÇÃO SIGNIFICATIVA E A CAPACIDADE DE AÇÃO DA PESSOA JURÍDICA	104
CONCLUSÃO.....	112
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	116
SOBRE O AUTOR	127

INTRODUÇÃO

A possibilidade de responsabilização penal de uma pessoa jurídica é, certamente, um dos temas mais candentes do Direito penal contemporâneo, sobretudo porque desafia modelos de teoria do delito cujos pontos de partida e de chegada são a pessoa natural. Com efeito, são travadas intensas discussões nos planos dogmático, criminológico e político-criminal acerca da possibilidade de se atribuir uma responsabilidade penal ao ente coletivo, havendo tanto argumentos contrários quanto argumentos favoráveis, no bojo de uma controvérsia da qual resultam distintas respostas e/ou propostas. Apenas para ficar no plano dogmático, um dos pontos de maior controvérsia do tema em questão reporta ao reconhecimento ou não da capacidade de ação da pessoa jurídica para realizar delitos.

Em linhas gerais, a corrente doutrinária contrária à possibilidade dogmática de reconhecimento da capacidade de ação do ente coletivo fundamenta seu posicionamento em dois argumentos centrais: (1) a natureza da pessoa jurídica é uma ficção, pelo que é tão somente um artifício legislativo imposto por um critério de conveniência, não sendo dotado de personalidade e capacidade jurídicas em sentido genuíno e não logrando, pois, a condição de um legítimo sujeito de direito, a qual só pode ser desfrutada por pessoas naturais com vontades próprias; e (2) a pessoa jurídica não é capaz de realizar uma ação finalista, por ser desprovida da mesma vontade psicológica e racional que é inerente à pessoa natural, sendo que apenas esta, nessa condição, pode direcionar sua ação à consecução de uma finalidade.

Todavia, tais argumentos são, hodiernamente, questionáveis, sobretudo porque: (1) reconhece-se que a pessoa jurídica não é uma mera ficção, mas sim uma realidade e, mais especificamente, uma realidade técnica, dotada pelo Direito de personalidade e capacidade jurídicas próprias e inconfundíveis com os atributos das pessoas naturais envolvidas em sua origem; e (2) a ação e, mais precisamente, a ação penalmente relevante já não é mais necessariamente aferível a partir de um substrato ontológico e remetente a atributos humanos, mas sim a partir de expressões de sentido regidas por regras sociais e que, em verdade, atribuem um significado a um substrato sem serem condicionadas por este, o que viabiliza o

reconhecimento de uma ação tanto em uma pessoa natural quanto em uma pessoa jurídica.

Outrossim, não se olvida que, cada vez mais, discute-se a perpetração de delitos – sobretudo, delitos econômicos e delitos ambientais – pelas próprias pessoas jurídicas e, notadamente, pelas pessoas jurídicas empresárias, o que implica na necessidade de aprofundamento do próprio estudo da atividade empresária e de como esta pode ou não ensejar uma responsabilidade penal ao ente coletivo empresarial. Ainda, não se pode perder de vista que, especificamente no ordenamento jurídico brasileiro, há disposições em sede constitucional que sinalizam para a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais e por delitos aflitivos da ordem econômica e financeira e da economia popular, pelo que o reconhecimento da possibilidade de o ente coletivo realizar delitos não pode ficar estancado.

Com vistas a fazer ao menos uma frente inicial a todas essas questões, sem ter havido, todavia, uma pretensão de esgotamento destas, o presente trabalho propôs-se a perquirir, ainda que em caráter sumário, a possibilidade de reconhecer-se a capacidade de ação de uma pessoa jurídica a partir da concepção significativa de ação.

A justificativa desse esforço investigativo residiu no fato de que, ao se discutir a responsabilidade penal da pessoa jurídica desde o plano da capacidade de ação, mediante o aporte teórico fornecido pela moderna concepção significativa de ação, se pode avançar, desde o nível dogmático, na concretização na própria finalidade do Direito penal enquanto mecanismo de *ultima ratio* para gerir o controle social do intolerável ante a insuficiência de mecanismos menos gravosos, a fim de tutelar bens jurídicos como o meio ambiente, o qual, inclusive, não raramente é afligido pela atividade de entes coletivos empresariais. Assim, a presente pesquisa importa para oxigenar o debate na dogmática penal acerca da possibilidade de uma pessoa jurídica ter capacidade para figurar no polo ativo da realização de delitos.

Quanto aos objetivos que nortearam a presente pesquisa, estes foram precipuamente cinco, sendo um geral e os quatro restantes, específicos.

O objetivo geral foi explorar o potencial da concepção significativa de ação a fim de sustentar dogmaticamente o reconhecimento da capacidade de ação da pessoa jurídica, de modo que ela possa ser responsabilizada por delitos realizados

por ela própria, em um genuíno modelo de autorresponsabilidade penal. Corolários desse objetivo geral, os quatro objetivos específicos foram: (1) analisar sumariamente o estado da arte doutrinário, normativo e jurisprudencial no Brasil acerca do problema da capacidade de ação da pessoa jurídica; (2) tratar brevemente da pessoa jurídica e das teorias sobre sua natureza; (3) realizar uma distinção entre a empresa como atividade e a pessoa jurídica empresarial que a exerce; e (4) expor um quadro sinótico da evolução das principais concepções de ação na dogmática penal.

No que concerne à metodologia empregada, houve a instrumentalização prioritária de livros, artigos científicos e monografias, sem prejuízo do pontual cotejo desse material bibliográfico com os textos normativos conexos aos objetivos investigados (sobretudo, a Constituição Federal de 1988, a Lei nº 9.605/1998 e o Código Civil de 2002) e com as decisões jurisprudenciais reputadas como relevantes para a tratativa trazida à baila (notadamente, decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que promoveram um *overruling* na jurisprudência ao reconhecerem a possibilidade de uma pessoa jurídica figurar isoladamente no polo passivo de uma persecução penal). A bibliografia consultada foi de autores especializados em áreas como o Direito penal, o Direito civil e o Direito empresarial.

Por fim, cumpre dizer, ainda a título introdutório, que a estrutura de desenvolvimento do presente trabalho foi desenvolvida de modo a abrigar, nos quatro primeiros capítulos, a investigação decorrente dos quatro objetivos específicos, ao passo que o objetivo geral foi trabalhado no quinto e último capítulo do desenvolvimento.

Desse modo, este trabalho restou assim estruturado em seu desenvolvimento: (1) no primeiro capítulo, foram feitas considerações preliminares acerca do problema da capacidade de ação da pessoa jurídica; (2) no segundo capítulo, houve a tratativa da pessoa jurídica e das principais teorias sobre sua natureza, quais sejam, (2.1) a teoria da ficção, (2.2) a teoria da realidade objetiva ou orgânica, (2.3) a teoria da realidade das instituições jurídicas e (2.4) a teoria da realidade técnica; (3) no terceiro capítulo, foi explicado como a empresa é uma atividade inconfundível com a pessoa jurídica empresária que a exerce; (4) no quarto capítulo, a ação foi situada na dogmática penal, com a exposição das principais concepções de ação, quais sejam, (4.1) a ação causal-naturalista, (4.2) a

ação neokantiana, (4.3) a ação finalista, (4.4) a ação social, (4.5) a ação negativa, (4.6) a ação total, (4.7) a ação personalista e, por fim, (4.8) a ação significativa; e, (5) no quinto e último capítulo, a concepção significativa de ação foi correlacionada ao problema da capacidade de ação da pessoa jurídica.

Tais capítulos serão, pois, abordados nas linhas subsequentes.

CAPÍTULO I

O PROBLEMA DA CAPACIDADE DE AÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

Além de óbices criminológicos e político-criminais, a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica também comumente esbarra em óbices dogmáticos, entre os quais destaca-se o apontamento de uma suposta incapacidade de ação por parte do ente coletivo.¹ De um modo geral, argumenta-se que uma pessoa jurídica e um ser humano são estruturalmente distintos, não sendo o ato jurídico da pessoa jurídica equivalente à ação humana.² Nessa linha, sustenta-se que o poder de decisão sobre a realização ou a não realização de algo, constituinte do substrato psicológico e racional da ação lícita ou ilícita, é uma qualidade própria da pessoa natural e, assim, apenas a ação humana, entendida como uma atividade direcionada por uma finalidade, pode ser reputada como a base causal do delito.³

Todavia, a vedação dogmática de responsabilização da pessoa jurídica pela realização dos respectivos tipos de ilícito, sobretudo a partir do argumento de incapacidade de ação por parte do ente coletivo, acaba dando azo a inadmissíveis processos de ontologização e autonomização da concepção de ação, sem cuidar que a esta concepção podem estar consignadas, pelo correspondente tipo de ilícito, exigências normativas que a conformem como uma determinada unidade de sentido social.⁴ É preciso, pois, avançar na discussão sobre o problema de capacidade de ação da pessoa jurídica, de modo a atentar aos argumentos ulteriores à dogmática tradicional e indicativos da possibilidade de o ente coletivo figurar no polo ativo do cometimento de delitos.

Um desses argumentos é oferecido por Klaus Tiedemann. De acordo com o autor alemão, se uma pessoa jurídica conclui um contrato, ela assume a titularidade

¹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. v. 1. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 707.

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. v. 1. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 359.

³ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. 6. ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 440.

⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 281.

passiva das obrigações contratuais, podendo autonomamente violá-las. Isso quer dizer que a pessoa jurídica pode atuar de maneira antijurídica. Inclusive, há normas jurídicas que são dirigidas unicamente às pessoas jurídicas empresárias, e não aos indivíduos. Tome-se como exemplo o Direito concorrencial que, no escopo da União Europeia, afeta as pessoas jurídicas empresárias e os grupos por elas formados. Nesse âmbito, as ações das pessoas naturais que atuam para a pessoa jurídica empresária devem ser consideradas como as ações do próprio ente empresarial.⁵

Em sentido contrário, Juarez Cirino dos Santos defende que é equivocado o argumento que sustenta a possibilidade de uma pessoa jurídica empreender uma ação delituosa a partir do reconhecimento de que ela pode realizar uma ação de contratar. Isso porque, segundo o jurista paranaense, o aludido argumento acaba por equiparar os fundamentos jurídicos da responsabilidade civil – que podem ser apenas objetivos – com os fundamentos jurídicos da responsabilidade penal, que são simultaneamente objetivos – sendo o tipo objetivo calcado na realização do risco – e subjetivos – sendo o tipo subjetivo decorrente da realização do plano (em delitos dolosos) ou da lesão do dever de cuidado ou do risco permitido (em delitos imprudentes).⁶

Entretanto, já com Franz von Liszt reconhecia-se que a responsabilidade penal da pessoa jurídica não apenas é possível como também é conveniente, sobretudo em razão de ser o ente coletivo um sujeito que é titular independente de bens jurídicos e que é dotado de uma capacidade de atuar, a qual pode ser vista, por exemplo, na possibilidade de celebração de contratos – inclusive de contratos fraudulentos e delituosos –, podendo a pessoa jurídica realizar ações cujos alcance e força não são proporcionais com o número dos membros individuais que participam de sua composição.⁷ Em verdade, reconhecer que o ente coletivo é um sujeito de direito exige menos critérios “fictícios” do que os empregados pelas

⁵ TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 3, n. 11, p. 21-35, jul./set. 1995.

⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 6. ed., atual. e ampl. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 682-683.

⁷ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. v. 1. Ed. fac-sim. Trad. por José Hygino Duarte Pereira. Prefácio de Edson Carvalho Vidigal. Coleção história do direito brasileiro (v. 9); direito penal. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006. p. 190-191.

concepções clássicas de ação a fim de explicar a omissão nas pessoas naturais, por exemplo.⁸

Ainda assim, segue forte a opinião segundo a qual, por ser inadaptável à teoria do delito, a responsabilidade penal da pessoa jurídica não deve ser tolerada.⁹ Contudo, não se pode olvidar que os óbices dogmáticos ao reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica – neles incluída a suposta ausência de uma capacidade de ação – apenas decorrem de uma opção pela adoção de concepções dogmáticas clássicas, inexistindo, pois, razões impeditivas à sua superação.¹⁰

Inclusive, releva atentar que, apesar de o aforismo *societas delinquere non potest* – do qual extrai-se que somente a pessoa natural, e não a pessoa jurídica, pode realizar delitos – ser apontado pela doutrina como uma ideia óbvia e de raízes antiquíssimas, sua formulação não se estende para além do século XVIII ou da primeira metade do século XIX, tendo sido dominante, nos sete séculos precedentes, a ideia diametralmente oposta, qual seja, a de que o ente coletivo pode realizar delitos e ser responsabilizado penalmente (*universitas delinquere et puniri potest*).¹¹

⁸ CARBONELL MATEU, Juan Carlos; MORALES PRATS, Fermín. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dirs.). **Comentarios a la reforma penal de 2010**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010. p. 55-86. p. 61.

⁹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral: artigos 1º a 120 do Código Penal. v. 1. 18. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2016. p. 281.

¹⁰ BASSO, Stephan Nascimento. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica a partir de uma revisão democrática do sistema de imputação**. 2010. 90 f. Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito, Curitiba (PR). p. 26-27.

¹¹ MARINUCCI, Giorgio. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un bosquejo histórico-dogmático. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos *et al.* (coords.). **Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat**. Tomo I. Madrid: Edisofer S.L. Libros Jurídicos, 2008. p. 1173-1199. Trad. por Fernando Londoño M. p. 1173. Como bem desvela Paulo César Busato, a inadmissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica não decorreu de um dado histórico natural, mas sim de mudanças influenciadas por fatores políticos e econômicos: “Convém lembrar que antes da chamada Revolução Burguesa, quando os capitalistas assumiram definitivamente o controle político do Estado e seus esquemas de controle social, existia responsabilidade penal de pessoas jurídicas no Direito europeu-continental. Ela cessa justamente para favorecer aos burgueses. Tanto é assim que onde a Revolução Industrial deu-se *a posteriori* da Revolução Política, houve a preservação da responsabilidade penal de pessoas jurídicas como algo normal. A referência aqui é ao direito do *common law*. Tendo a abertura política do monopólio do controle social exercido pelo príncipe iniciado em 1215 com as várias concessões políticas feitas antes mesmo e também através da *Magna Charta Libertatum*, não houve qualquer exigência de geração de privilégios para as pessoas jurídicas por parte das classes emergentes. Como a abertura do controle social monárquico se deu no continente apenas séculos mais tarde, foi impossível evitar que as exigências de liberdade não incluíssem privilégios para as corporações, já então fatores dominantes econômicos. É importante perceber que houve uma opção consciente para proteção das pessoas jurídicas em face do mecanismo de controle social mais invasivo de que o Estado dispõe em uma flagrante contradição à ideia de igualdade perante a lei e de igualdade material, já que se distinguiu algumas pessoas como insuscetíveis de figurarem no polo ativo do

Hodiernamente, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é uma tendência mundial que, ainda que varie conforme as peculiaridades locais, é encampada por vários países, seja no texto constitucional, seja na legislação infraconstitucional. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 trouxe disposições de responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos contra o meio ambiente (artigo 225, § 3º) – a qual veio a ser mais bem disciplinada na Lei nº 9.605/1998 –, bem como por delitos contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (artigo 173, § 5º).¹² Assim, uma vez que há uma superior vontade constitucional de responsabilizar penalmente a pessoa jurídica, as teorias do Direito penal é que devem adaptar-se, e não o contrário.¹³

Contudo, há posicionamentos advindos da dogmática tradicional que entendem não ser possível extrair a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, seja da Constituição Federal de 1988, seja da Lei nº 9.605/1998.

Quanto ao artigo 173, § 5º, da Constituição Federal de 1988, argumenta-se que sua interpretação mais adequada permite a obtenção das seguintes conclusões, limitantes da exegese do intérprete e da atuação do legislador ordinário: (1) à pessoa jurídica foi prevista uma responsabilidade sem adjetivos e na forma de uma concepção jurídica geral, não sendo dela extraível uma responsabilidade penal como uma concepção jurídica especial; (2) os atos previstos para a pessoa jurídica não se confundem com delitos; (3) a previsão de atuação da pessoa jurídica contra a ordem

fenômeno criminal, preservando, no entanto, sua condição de vítima potencial, com direito a reclamar a intervenção do Estado em sua proteção. A defesa da não responsabilização criminal da pessoa jurídica é, portanto, a defesa mais importante da imposição capitalista que brotou das teses contratualistas.” (BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral... cit., p. 705-706, grifos no original).

¹² SIRVINSKAS, Luís Paulo. Responsabilidade penal da pessoa jurídica na Lei 9.605/98. **Revista dos Tribunais**, v. 90, n. 784, p. 483-496, fev. 2001. Em relação aos dispositivos mencionados, o artigo 173, § 5º, da Constituição Federal de 1988 prevê que “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”, ao passo que o artigo 225, § 3º, da mesma Carta Magna prescreve que “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. Já o artigo 3º da Lei nº 9.605/1998 possui a seguinte redação: “Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.”

¹³ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. v. 1. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 175.

econômica e financeira e contra a economia popular não pode incluir hipóteses não consignadas expressamente no texto constitucional, sob o argumento de que certos bens jurídicos, como o meio ambiente, são princípios gerais da atividade econômica que devem ser defendidos;¹⁴ (4) a responsabilidade pessoal dos dirigentes da pessoa jurídica não se confunde com a responsabilidade desta última; (5) a responsabilidade da pessoa jurídica é condicionada à aplicação de sanções compatíveis com a sua natureza, entre as quais não se inserem as decorrentes da responsabilização penal.¹⁵

Já a partir da redação constante no artigo 225, § 3º, da Constituição Federal de 1988, sustenta-se que: (1) é incompatível com a técnica legislativa e com a inteligência do legislador constituinte a exegese segundo a qual os vocábulos “condutas” e “atividades” são sinônimos, posto que ambos possuem conteúdos semânticos distintos, cuja correlação lógica atribui as condutas às pessoas físicas e as atividades às pessoas jurídicas;¹⁶ (2) as pessoas físicas e as pessoas jurídicas estão sujeitas, respectivamente, a sanções penais e a sanções administrativas.¹⁷

Nessa esteira, argui-se que a Lei nº 9.605/1998 – alusiva ao artigo 225, § 3º, da Constituição Federal de 1988 – é inconstitucional no ponto em que prevê a responsabilização penal da pessoa jurídica, por instituir uma responsabilidade penal objetiva ao ente coletivo, não dispondo nem de um microssistema restrito e especial de responsabilização e nem de regras processuais próprias.¹⁸ Entretanto, tais críticas também são impugnáveis por argumentos que buscam confirmar a semântica constitucional e legal de responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Primeiramente, ainda que o artigo 173, § 5º, da Constituição Federal de 1988 não traga uma criminalização explícita, seu conteúdo pode ser instrumentalizado pelo legislador ordinário a fim de legitimar a responsabilização penal da pessoa jurídica, extraível de um dever ser, sobretudo a partir da conjugação do referido

¹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal...** cit., p. 673-675.

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. v. 1. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 274-275.

¹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal...** cit., p. 676.

¹⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coords.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica:** em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 353-355. p. 354.

¹⁸ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro.** 13. ed. rev., atual. e ampl. 4. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 400.

dispositivo com o artigo 225, § 3º, da mesma Carta Magna.¹⁹ Assim, desde que haja a edição da lei competente, é plenamente possível existir tipificações nas quais a pessoa jurídica possa ser autora de delitos contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.²⁰

Outrossim, não merece prosperar a interpretação do artigo 225, § 3º, da Constituição Federal de 1988 que afasta a responsabilidade penal da pessoa jurídica por delitos ambientais por atribuir tão somente sanções penais a condutas de pessoas físicas e sanções administrativas a atividades de pessoas jurídicas. Isso porque, ainda que o legislador constituinte possa ter correlacionado as “condutas” às pessoas físicas e as “atividades” às pessoas jurídicas, as pessoas de ambas as categorias são elencadas como potenciais causadoras de delitos ambientais e sujeitas indistintamente a sanções penais e sanções administrativas, que não podem ser respectivamente coligadas às pessoas físicas e às pessoas jurídicas apenas pela mera disposição sintática das expressões na norma constitucional.²¹

Ademais, ainda que a Lei nº 9.605/1998 seja criticável no que se refere à sua técnica legislativa e à sua forma de atribuição de responsabilidade, ela materializa a vontade constitucional de responsabilização penal da pessoa jurídica pela realização de delitos ambientais. Inclusive, o projeto do novo Código Penal brasileiro (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012), apesar de falhas numerosas e deficiências técnicas, também sinaliza para a responsabilidade penal da pessoa jurídica, na mesma direção de países de tradição continental que promoveram reformas em suas legislações penais a fim de albergar a referida possibilidade de imputação.²²

¹⁹ GUARAGNI, Fábio André. Responsabilidade penal do ente coletivo: pilastras político-criminais derivadas das noções de sociedade de risco e alteridade. *In*: CHOUKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVAELE, John (orgs.). **Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. v. 2. Apresentação de Ives Gandra Martins e Abram Szajman. Prefácio de Ivette Senize Ferreira. São Paulo: FECOMÉRCIO-SP, 2014. p. 33-51. p. 34.

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 180.

²¹ GUARAGNI, Fábio André; LOUREIRO, Maria Fernanda. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: rumo à autorresponsabilidade penal. *In*: CHOUKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVAELE, John (orgs.). **Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. v. 2. Apresentação de Ives Gandra Martins e Abram Szajman. Prefácio de Ivette Senize Ferreira. São Paulo: FECOMÉRCIO-SP, 2014. p. 121-146. p. 123-124.

²² BUSATO, Paulo César. Razões político-criminais para a responsabilidade penal de pessoas jurídicas. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). **Responsabilidade penal de pessoas jurídicas**: seminário Brasil-Alemanha. Coord. de Luís Greco e Paulo César Busato. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 11-68. p. 48.

Acrescente-se ainda que, mesmo não sendo um Estado-membro da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, por meio do Decreto nº 3.678/2000, o Brasil promulgou em seu ordenamento interno a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, celebrada em 1997 e da qual se extrai, a partir de seu artigo 2º, a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica envolvida em práticas de corrupção.²³ E, além desse reforço normativo – que se juntou às previsões já contidas na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 9.605/1998 –, autores da dogmática tradicional como Damásio de Jesus²⁴ vêm abdicando da resistência teórica à admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Entretanto, mesmo diante do paulatino avanço no sentido de reconhecer a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica, muitos são os desafios dogmáticos e normativos a serem enfrentados, como, por exemplo, a superação da controvérsia existente na redação do artigo 3º da Lei nº 9.605/1998, cujo *caput* sugere não a responsabilização penal decorrente de uma ação imputável autonomamente ao próprio ente coletivo, mas sim “nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”.

Diante das dificuldades hermenêuticas geradas pelo texto vago e impreciso do artigo 3º da Lei nº 9.605/1998, e em um ambiente de ferrenha oposição doutrinária à possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, a jurisprudência brasileira acabou sendo influenciada pelo Direito francês, que admitiu a incriminação do ente coletivo em sua legislação penal a partir de 1994. Todavia, o sistema francês veio a adotar a chamada dupla imputação ou

²³ SHECAIRA, Sérgio Salomão; SARCEDO, Leandro. A responsabilidade penal da pessoa jurídica no projeto de novo Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012). In: CHOUKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVAELE, John (orgs.). **Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. v. 2. Apresentação de Ives Gandra Martins e Abram Szajman. Prefácio de Ivette Senize Ferreira. São Paulo: FECOMÉRCIO-SP, 2014. p. 9-31. p. 17-18. A saber, o dispositivo em comento – qual seja, o artigo 2º da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, ratificada pelo Decreto nº 3.678/2000 – possui a seguinte redação: “Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos.”

²⁴ “[...] hoje, em vez de criticar, devemos reconhecer que a legislação penal brasileira admite a responsabilidade criminal de pessoa jurídica e procurar melhorar a nova sistemática. Em suma, alterando a posição anterior, hoje reconhecemos invencível a tendência de incriminar-se a pessoa jurídica como mais uma forma de reprimir a criminalidade.” (JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. v. 1. 34. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 210-211).

responsabilidade por ricochete, na qual a pessoa jurídica apenas pode ser responsabilizada penalmente se houver a simultânea identificação e responsabilização da pessoa natural apontada como a diretamente responsável pelo delito apurado.²⁵ Tem-se, com isso, um modelo de heterorresponsabilidade penal do ente coletivo.

Todavia, não se pode perder de vista que a heterorresponsabilidade penal da pessoa jurídica, por exigir uma atuação da pessoa natural através ou em favor do ente coletivo, acaba por legitimar uma violação ao princípio da culpabilidade, eis que dá azo a uma responsabilização criminal por fato alheio. Ainda assim, esse foi o modelo que acabou sendo adotado pelo legislador ordinário brasileiro, sobretudo pela dificuldade de superação dos óbices teóricos tradicionais.²⁶

Alternativamente, tendo em conta que o princípio da culpabilidade exige que a responsabilidade penal seja sempre individual, apenas deve ser admitido um genuíno modelo de autorresponsabilidade, no qual uma pessoa jurídica seja responsabilizada penalmente somente se houver um desvalor de ação e um desvalor de resultado que sejam produzidos por ela própria, independentemente das pessoas naturais que possam, eventualmente, concorrer para a prática delitiva mediante concurso de agentes.²⁷

Um passo nessa direção foi iniciado pela jurisprudência brasileira em 2013, por ocasião do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário nº 548.181, no qual a corte constitucional reviu a teoria da dupla imputação, deixando de exigir um concurso necessário de agentes entre as pessoas naturais e a pessoa jurídica para que esta possa ser submetida a uma ação penal. E, em 2015, no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 39.173, o Superior Tribunal de Justiça seguiu a mudança de posicionamento jurisprudencial

²⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão; SARCEDO, Leandro. A responsabilidade penal da pessoa jurídica no projeto de novo Código Penal... cit., p. 11.

²⁶ BUSATO, Paulo César. Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo Código Penal brasileiro. **Revista Liberdades**, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, edição especial (reforma do Código Penal), p. 98-128, 2012. p. 113-114.

²⁷ PRAZERES, Ângela dos; BUSATO, Paulo César. Heterorresponsabilidade e autorresponsabilidade penal de pessoas jurídicas: especial referência ao fato de conexão. In: BUSATO, Paulo César (org.). **Responsabilidade penal de pessoas jurídicas**: anais do III seminário Brasil-Alemanha. v. 2. Coord. de Luís Greco e Paulo César Busato. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p. 9-34. p. 17.

capitaneada pelo Supremo Tribunal Federal, ao admitir que a pessoa jurídica pode figurar isoladamente no polo passivo da persecução penal.²⁸

Tal linha de entendimento mostra-se escurteira, sobretudo ao considerar-se que certas corporações são internamente estruturadas com uma complexidade tal que há uma descentralização dos poderes de decisão e uma distribuição das responsabilidades, o que intensifica a dificuldade de se imputar uma ação criminosa a pessoas naturais individuais.²⁹ Entretanto, deve-se cuidar para que a persecução penal deflagrada contra a pessoa jurídica não decorra de um argumento pragmático e utilitarista, como o da necessidade de imputação penal ao ente coletivo diante da

²⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Aspectos processuais penais da responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: BUSATO, Paulo César (org.). **Responsabilidade penal de pessoas jurídicas**: seminário Brasil-Alemanha. Coord. de Luís Greco e Paulo César Busato. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 153-165. p. 154. No Recurso Extraordinário nº 548.181, de relatoria da ministra Rosa Weber, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal assentou, por maioria de votos, que “O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 548.181 Paraná. Relatora: Ministra Rosa Weber. Primeira Turma. Julgado em 06 ago. 2013. Acórdão eletrônico. **Diário da Justiça Eletrônico nº 213**, divulgado em 29 out. 2014 e publicado em 30 out. 2014). Como consequência dessa nova orientação jurisprudencial, no Recurso em Mandado de Segurança nº 39.173, de relatoria do ministro Reynaldo Soares da Fonseca, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça consignou, por unanimidade de votos, que “é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 39.173 – BA. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Julgado em 06 ago. 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, 13 ago. 2015). Essa superação da teoria da dupla imputação, característica de um modelo de responsabilidade penal indireta (heterorresponsabilidade), ocorreu não apenas no Direito brasileiro, mas também em sua própria fonte originária, isto é, no Direito francês, como bem elucida Tracy Joseph Reinaldet dos Santos: “[...] o direito francês e o direito brasileiro interpretaram, em um primeiro momento, a responsabilidade penal da pessoa jurídica como uma responsabilidade indireta, a qual estaria inserida em um modelo vicarial. Essa interpretação franco-brasileira possuía algumas consequências práticas. Na França, em razão dela, uma pessoa jurídica poderia ser penalmente condenada apenas nos casos em que a pessoa física que perpetrou materialmente a infração fosse identificada nos autos do processo. No Brasil, por conta dessa leitura, para que um ente moral fosse condenado, era necessário se imputar simultaneamente a infração à pessoa jurídica e à pessoa física que executou o tipo objetivo do delito. [...] Essa primeira interpretação tinha a sua razão de ser, mas, tanto na França, quanto no Brasil ela não se compatibilizava com o princípio da responsabilidade penal pessoal. Por tal razão, em um segundo momento, esses dois ordenamentos jurídicos mudaram a interpretação [...]. Essa mudança de interpretação ocorreu, à partida, na França e, em seguida, no Brasil. De acordo com ela, o fato ilícito realizado materialmente por um órgão ou representante [...] deveria ser apercebido não como um fato de outrem imputado à pessoa jurídica, mas ele deveria ser apercebido como o fato ilícito da própria corporação.” (SANTOS, Tracy Joseph Reinaldet dos. **La responsabilité pénale à l'épreuve des personnes morales**: étude comparée franco-brésilienne. 2017. 585 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba (PR). p. V).

²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. v. 1. 15. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 480.

incapacidade de identificação das pessoas naturais, argumento esse que acabou sendo mencionado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 548.181.³⁰

Em verdade, deve-se buscar uma genuína fórmula de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica, a começar pelo reconhecimento de ações realizadas pelo próprio ente coletivo. E essa capacidade de ação da pessoa jurídica pode ser aferida mediante a concepção significativa de ação, a qual basicamente leciona que a ação é uma expressão de sentido.³¹ Importa registrar que a perquirição a respeito da capacidade de ação de uma pessoa jurídica é prévia ao questionamento acerca do modo de atuação do ente coletivo, já que a capacidade de ação é inconfundível com a ação propriamente dita.³²

Ainda, também é preciso tecer uma investigação sobre a natureza do ente coletivo, já que esta é outro óbice comumente manejado pela doutrina para atestar a incapacidade de a pessoa jurídica realizar uma ação.³³ Há várias teorias cujo propósito é fornecer uma explicação acerca da natureza da pessoa jurídica, sendo

³⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Aspectos processuais penais da responsabilidade penal da pessoa jurídica... cit., p. 162-163. Já no início de seu voto no qual analisou a admissibilidade do referido recurso, a então relatora, ministra Rosa Weber, assinalou que “de certa forma, a responsabilização penal da pessoa jurídica decorre exatamente da percepção da insuficiência e da dificuldade da responsabilização penal da pessoa física para prevenir a prática de crimes, ambientais, ou de outra natureza, por parte de entidades corporativas que [...] dominam a atividade econômica” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 548.181 Paraná... cit.). Contudo, com a devida vênia, tal argumento é criticável, pois a responsabilidade penal da pessoa jurídica deve ser legitimada a partir da realização de um delito, e não simplesmente da dificuldade de responsabilização das pessoas naturais vinculadas ao ente coletivo. Nessa linha, encontra-se a crítica de Ricardo Jacobsen Gloeckner: “[...] se por um lado andou bem a jurisprudência em ultrapassar a teoria da dupla imputação – que deveria ser lida como dupla imputação – a responsabilidade penal da pessoa jurídica figurava como uma consequência subsidiária da falta de identificação e individualização dos crimes cometidos pelas pessoas físicas. Entretanto, a responsabilidade penal da pessoa jurídica não pode ser usada em sentido pragmático, no escopo de atuação de um direito penal simbólico, através de condenações contra a pessoa jurídica, uma vez frustradas as tentativas de imputação pessoal das pessoas físicas.” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Aspectos processuais penais da responsabilidade penal da pessoa jurídica... cit., p. 163).

³¹ DAVID, Décio Franco; BUSATO, Paulo César. A empresa é capaz de ação? Uma proposta de discussão sobre a capacidade de rendimento da concepção significativa da ação no direito penal empresarial. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 9, n. 16, p. 205-232, jan./jun. 2017. p. 227.

³² ATHAYDE, Pedro Franco. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica na ação significativa**: um estudo sobre o tema através da teoria de Tomás Salvador Vives Antón. 2018. 98 f. Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito, Curitiba (PR). p. 27.

³³ Fazendo menção a tal óbice, Reinhart Maurach assim enuncia seu posicionamento contrário à possibilidade de responsabilização penal do ente coletivo: “A incapacidade jurídico-penal de ação da pessoa jurídica deve derivar tanto da natureza da agrupação como da essência da ação.” (MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**. Prólogo de Octavio Perez-Vitoria Moreno. Trad. y notas por Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962. p. 180, tradução livre). No original: “La incapacidad juridicopenal de la acción de la persona jurídica se debe derivar tanto de la naturaleza de la agrupación como de la esencia de la acción.”.

que a adoção de uma ou de outra teoria acaba por impactar na admissão ou na rejeição da possibilidade de responsabilização penal do ente coletivo.³⁴ De um modo geral, as concepções que buscam explicar a natureza da pessoa jurídica advêm de duas grandes teorias: a teoria da ficção e a teoria da realidade.

Sinteticamente, segundo a teoria da ficção, o ente coletivo não pode cometer delitos, por ser destituído dos atributos de consciência e de vontade, sendo os delitos a ele atribuídos de responsabilidade de seus dirigentes, já que apenas os seres humanos são reputados como genuínos sujeitos de direito. Já a teoria da realidade admite a capacidade criminal da pessoa jurídica, uma vez que considera que esta é uma estrutura orgânica com existência real, dotada de uma vontade própria e exteriorizável mediante o conjunto das vontades de seus sócios ou dirigentes, a qual pode manifestar uma ação delituosa.³⁵

Ao analisar essa controvérsia teórica, Juarez Cirino dos Santos conclui que, em qualquer hipótese, a concepção de delito não pode ser aplicada à pessoa jurídica, independentemente se a teoria de definição do ente coletivo é a da ficção ou a da realidade.³⁶ Em sentido diametralmente oposto, Paulo Queiroz defende que, se há o reconhecimento de que o ente coletivo é um sujeito de direito, pouco importa se sua natureza é mais bem explicada pela teoria da ficção ou pela teoria da realidade, posto que um sujeito de direito pode ser um sujeito de direito na esfera penal, já que o Direito penal, antes de ser penal (adjetivo), é uma das modalidades do Direito (substantivo), tendo, assim, uma estrutura comum para com as demais esferas jurídicas.³⁷

Diante dessa intensa querela teórica e das distintas repercussões práticas que dela derivam, o estudo do problema da capacidade de ação da pessoa jurídica exige, antes, uma compreensão acerca da própria natureza da pessoa jurídica, a partir das diversas teorias que buscam explicá-la, as quais serão mais bem exploradas nas linhas subsequentes.

³⁴ DAVID, Décio Franco. Reflexões sobre os fundamentos teóricos da responsabilidade penal da pessoa jurídica a partir da teoria da empresa. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). **Responsabilidade penal de pessoas jurídicas**: seminário Brasil-Alemanha. Coord. de Luís Greco e Paulo César Busato. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 133-152. p. 137.

³⁵ SIRVINSKAS, Luís Paulo. Responsabilidade penal da pessoa jurídica na Lei 9.605/98... cit.

³⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**... cit., p. 692.

³⁷ QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal**: parte geral. v. 1. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. 173.

CAPÍTULO II

A PESSOA JURÍDICA E AS TEORIAS SOBRE SUA NATUREZA

Já na sistematização feita pelos pandectistas, os sujeitos de direito foram classificados em pessoas naturais e pessoas jurídicas, sendo aquelas caracterizadas pelos seres humanos e estas por quaisquer sujeitos de direito distintos do ser humano.³⁸ Hodiernamente, os sujeitos de direito que coincidem com o ser humano continuam a ser reputados como pessoas naturais ou físicas, ao passo que as pessoas jurídicas traduzem, especificamente, entidades ou organizações unitárias que são compostas por pessoas ou bens e que podem, através de uma atribuição feita pelo Direito, ser titulares de relações jurídicas.³⁹ Em suma, a pessoa jurídica pode ser definida como um conjunto de pessoas ou de bens que goza de personalidade jurídica e que, analogamente à pessoa natural, é reconhecido pela ordem jurídica como um sujeito de direito.⁴⁰

A pessoa jurídica tem como razão de ser a necessidade ou a conveniência de as pessoas naturais agregarem recursos pessoais ou materiais para a consecução de objetivos que são comuns entre elas, os quais ultrapassam as possibilidades individuais de cada uma, seja por serem superiores aos próprios limites da existência delas, seja por demandarem a realização de atividades não diretamente executáveis por elas. Assim, para a realização de tais objetivos, será organizado um conjunto unitário de pessoas ou de bens, o qual terá uma personalidade reconhecida pelo Direito a fim de que possa participar da vida jurídica.⁴¹

³⁸ CASTRO Y BRAVO, Federico de. La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica. **Anuario de derecho civil**, v. 2, n. 4, p. 1397-1418, 1949. p. 1398.

³⁹ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 9. ed. rev., modif. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 385. Vale ressaltar que a ideia de uma congregação unitária na composição da pessoa jurídica já estava presente mesmo nas definições mais clássicas do ente coletivo, como aquela manifestada por Augusto Teixeira de Freitas: “As pessoas *moraes* (que também se-denominam *abstractas, ficticias, civis, juridicas*) exprimem sempre a idéia de um certo numero de homens, ou existindo uns com os outros *ao mesmo tempo*, ou existindo uns depois dos outros *em diferentes tempos*, comtanto que sejam concebidos como formando unidade, uma pessoa.” (FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. v. 1. Ed. fac-sim. Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. Coleção história do direito brasileiro (v. 1); direito civil. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. CXXI, grifos no original).

⁴⁰ AMARAL, Francisco. **Direito civil**... cit., p. 385.

⁴¹ AMARAL, Francisco. **Direito civil**... cit., p. 385.

Ao assumir a condição de pessoa, a pessoa jurídica passará a ser capaz de ter direitos e deveres.⁴² Contudo, essa titularidade de direitos e deveres é limitada e reduzida em relação às pessoas naturais, já que, por decorrência do princípio da especialidade, a pessoa jurídica apenas tem direitos e obrigações que guardam vínculo com os fins por ela perseguidos.⁴³

No que tange à precisa identificação da pessoa jurídica, esta pode ser caracterizada: (1) por ter uma capacidade de direito e de fato que é própria e inconfundível com a capacidade de direito e de fato dos membros que a compõem; (2) por ser organizada através de uma estrutura artificial; (3) por dar azo a objetivos que são comuns aos seus membros; (4) por ser titular de um patrimônio próprio e independente em relação ao patrimônio de seus membros; e (5) por ser constituída de forma pública, uma vez que seus atos constitutivos devem ser registrados nas repartições competentes.⁴⁴

As pessoas jurídicas variam conforme o âmbito de atuação e os objetivos perseguidos. No âmbito público, o grande modelo de pessoa jurídica é o Estado, distinto dos cidadãos que o compõem, e cuja razão de ser reporta à necessidade de consecução de objetivos que expressam valores coletivos, tais como a justiça, a segurança e o bem comum. Já no âmbito privado, a constituição das pessoas jurídicas varia de acordo com a diversidade dos objetivos específicos dos membros que as compõem em cada caso, sendo que tais objetivos podem ser, sinteticamente, lucrativos ou ideais.⁴⁵

Se os objetivos buscados são lucrativos, isto é, revestidos por um interesse pecuniário ou propriamente econômico, então a pessoa jurídica pode ser constituída sob a forma de uma empresa individual de responsabilidade limitada – se houver um patrimônio afetado ao fim mirado – ou, mais comumente, de uma sociedade, a qual, de acordo com a atividade desempenhada, pode ser civil ou empresarial. Cabe mencionar o relevante papel ocupado pela sociedade empresarial, já que esta encontra-se diretamente conectada à economia de mercado em razão de sua

⁴² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral: introdução: pessoas físicas e jurídicas. Tomo I. Atual. por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 406.

⁴³ MENDES, João de Castro. **Introdução ao estudo do direito**. Ed. rev. por Miguel Teixeira de Sousa. Lisboa: Pedro Ferreira, 1994. p. 143.

⁴⁴ AMARAL, Francisco. **Direito civil...** cit., p. 386.

⁴⁵ AMARAL, Francisco. **Direito civil...** cit., p. 386.

personalidade jurídica favorecer a constituição do capital necessário à atividade empresarial, sem que os riscos desta atinjam pessoalmente o investidor.⁴⁶

Noutro vértice, quando os objetivos perquiridos através da pessoa jurídica são ideais, isto é, não lucrativos, esta pode constituir-se sob a forma de uma associação ou de uma fundação, sendo esta última destinada a assegurar a permanência e a utilidade de um patrimônio afetado ao fim visado.⁴⁷

Em suma, a depender de quais sejam os interesses humanos envolvidos, estes poderão ser servidos por uma pessoa jurídica, isto é, por um centro unitário de direitos e de deveres que possui uma personalidade jurídica tal como as pessoas naturais, ainda que estas, por serem dotadas de uma dignidade inata, tenham uma personalidade jurídica autônoma e originária, ao passo que as pessoas jurídicas ou coletivas têm uma personalidade jurídica meramente instrumental e derivada, visto que esta lhes é atribuída para propiciar o atingimento de inúmeros e distintos interesses sociais.⁴⁸

No que se refere, por fim, à natureza da pessoa jurídica, diversas são as teorias que buscam explicá-la.⁴⁹ Essa diversidade teórica acaba por demonstrar, ao fim e ao cabo, que a pessoa jurídica, enquanto categoria jurídica, é uma estrutura jurídica hábil a reagir positivamente a uma necessidade social, qual seja, a de dar azo à consecução de objetivos os quais uma pessoa natural não conseguiria realizar individualmente.⁵⁰ Com efeito, a concepção de pessoa jurídica acaba por designar figuras tão díspares entre si que, no fim das contas, o que importa perquirir é a comum eficácia jurídica que há entre todas essas figuras.⁵¹ Destarte, mais importante do que investigar o que seja a pessoa jurídica, é entender para que ela serve.⁵²

Todavia, para os fins do presente trabalho, mostra-se relevante expor, ainda que brevemente, um quadro panorâmico acerca das principais teorias sobre a

⁴⁶ AMARAL, Francisco. **Direito civil...** cit., p. 386.

⁴⁷ AMARAL, Francisco. **Direito civil...** cit., p. 386.

⁴⁸ AMARAL, Francisco. **Direito civil...** cit., p. 386.

⁴⁹ AMARAL, Francisco. **Direito civil...** cit., p. 390.

⁵⁰ AMARAL, Francisco. **Direito civil...** cit., p. 394.

⁵¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A pessoa jurídica no direito privado brasileiro do século XXI. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). **Manual de teoria geral do direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2011. p. 385-426. p. 408.

⁵² CAPILLA RONCERO, Francisco. **La persona jurídica: funciones y disfunciones**. Madrid: Tecnos, 1993. p. 78.

natureza da pessoa jurídica, uma vez que, a depender do referencial teórico adotado, o ente coletivo pode ou não ter reconhecida sua capacidade de ação, conforme já anunciado alhures.

Relativamente às teorias justificadoras da natureza da pessoa jurídica, duas correntes iniciais podem ser destacadas: a teoria negativista e a teoria afirmativista.⁵³

A teoria negativista rejeita a existência concreta da pessoa jurídica, por visualizar nesta apenas um patrimônio desprovido de sujeito.⁵⁴ Nessa linha, a titularidade para o exercício de direitos e obrigações não se estende à pessoa jurídica, mas apenas aos indivíduos que a integram. Vê-se, pois, que tal referencial teórico se encontra hodiernamente ultrapassado, visto que não se pode olvidar, inclusive a partir da própria realidade, que a pessoa jurídica pode ocupar a posição de sujeito de direitos e obrigações na ordem jurídica.⁵⁵ Outro equívoco patente da teoria negativista é a confusão que ela enseja entre a pessoa jurídica – que exerce atividades autônoma e pessoalmente – e os bens que ela possui.⁵⁶

Noutro vértice, a teoria afirmativista reconhece a existência real da pessoa jurídica enquanto um grupo social com interesses próprios, o qual não pode ser ignorado e cuja qualidade de sujeito das relações jurídicas não pode ser negada pelo ordenamento jurídico. Tal teoria é a prevalente nos ordenamentos civis contemporâneos, tendo sido, inclusive, a opção adotada pelo legislador brasileiro no Código Civil de 2002.⁵⁷

E, no seio da teoria afirmativista, a depender da justificação empregada para a constituição da pessoa jurídica, há, ainda, outras teorias que tratam da natureza do ente coletivo: (1) a teoria da ficção, ou, mais especificamente, da ficção legal, a partir da qual os grupamentos humanos ou destinações patrimoniais apenas convertem-se em uma pessoa jurídica mediante uma criação arbitrária da lei; e a (2) teoria da realidade, que enxerga na realidade social o substrato para a constituição da pessoa jurídica e que, conforme a justificativa empregada, pode descambar para outras três subteorias, quais sejam, a (2.1) teoria da realidade objetiva ou orgânica,

⁵³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil...** cit., p. 431.

⁵⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil...** cit., p. 431.

⁵⁵ MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito civil: parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017. p. 335.

⁵⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil...** cit., p. 431.

⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil...** cit., p. 431.

a (2.2) teoria da realidade das instituições jurídicas e a (2.3) teoria da realidade técnica.⁵⁸ Essas quatro teorias serão mais bem exploradas nas linhas subsequentes.

2.1. A TEORIA DA FICÇÃO

A teoria da ficção tem como premissa básica a consideração de que apenas o ser humano pode ocupar a posição de sujeito de direito, ao passo que a pessoa jurídica é um artifício legislativo que, apesar de contrariar a realidade, acaba sendo imposto pelas circunstâncias.⁵⁹ Nessa linha, a teoria da ficção pode ser reputada como uma teoria individualista, em razão de reservar tão somente ao ser humano a personalidade e a capacidade jurídicas em sentido genuíno. É, pois, uma teoria que projeta a pretensão de preservação de um individualismo universalista que é significativamente imbuído por um voluntarismo jurídico, vez que a aptidão para lograr verdadeiros direitos tem como fundamento uma vontade própria.⁶⁰

Pela teoria da ficção, o Estado concede uma personalidade jurídica a uma reunião de pessoas (*universitas personarum*) ou a um conjunto de bens (*universitas rerum*) para que haja o atendimento do interesse geral e da permanência dos objetivos das pessoas naturais envolvidas, exurgindo dessa operação uma pessoa jurídica como um sujeito de direito que é, contudo, fictício. Desse modo, a pessoa jurídica que é concebida acaba sendo reduzida a uma concepção, aceita para legitimar a atribuição de certos direitos a um agrupamento idealizado por pessoas naturais. Tem-se, assim, uma ficção jurídica, na medida em que a pessoa jurídica, apesar de divergir da realidade, é admitida pelo ordenamento jurídico, mediante um artifício do qual o Estado é consciente e que é empregado e justificado por razões de política jurídica.⁶¹

Em sua formulação clássica, a teoria da ficção é atribuída a Friedrich Carl von Savigny, para quem as pessoas jurídicas não existem por si mesmas, mas apenas para a consecução de fins jurídicos, aparecendo, para tal, ao lado das pessoas

⁵⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil...** cit., p. 431-432. Essa proposta quadripartite também é adotada por Francisco Amaral, que enuncia as teorias acerca da natureza da pessoa jurídica em (1) teoria da ficção, (2) teoria orgânica ou da realidade objetiva, (3) teoria institucional e (4) teoria da realidade técnica (AMARAL, Francisco. **Direito civil...** cit., p. 390-393).

⁵⁹ AMARAL, Francisco. **Direito civil...** cit., p. 390.

⁶⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A pessoa jurídica no direito privado brasileiro do século XXI... cit., p. 388-389.

⁶¹ AMARAL, Francisco. **Direito civil...** cit., p. 390-391.

naturais como sujeitos das relações de direito.⁶² De acordo com o autor alemão, pelo fato de as pessoas jurídicas serem organizações cuja existência é artificial e conjuntural, elas não são dotadas de uma vontade própria, sendo, pois, dependentes da vontade das pessoas naturais que as compõem. E, para que sejam reputadas como pessoas, isto é, como sujeitos de direito titulares da capacidade de direito, há a necessidade de que a essas organizações seja estendida a capacidade de direito natural do ser humano, mediante uma ficção legal, já que essa operação somente pode ser feita pela lei.⁶³

A teoria da ficção representou, do ponto de vista dogmático da ciência jurídica, uma resposta às reivindicações de generalidade, universalidade e unidade, fulcradas em um voluntarismo jurídico como fundamento axiológico para a elaboração de uma teoria geral do Direito com pretensão de renovação.⁶⁴

Outrossim, a teoria da ficção também se relacionou com interesses políticos e econômicos que revelam seu substrato ideológico, o qual tem como matriz uma mentalidade individualista segundo a qual apenas a pessoa natural poderia ter a verdadeira titularidade dos direitos subjetivos, sendo a pessoa jurídica uma entidade abstrata e fictícia, reconhecida pelo Direito de acordo com a conveniência do Estado. Ora, ao admitir-se que cabe ao Estado decidir se confere ou não titularidade jurídica a agrupamentos de pessoas ou a organizações de bens, há, por consequência, o reconhecimento de que o ente estatal pode intervir no âmbito das relações privadas conforme seu próprio arbítrio.⁶⁵

Por essa razão, a teoria da ficção acabou sendo instrumentalizada tanto pelos apoiadores do Antigo Regime francês, que visavam impedir a implantação do Estado

⁶² SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema del derecho romano actual**. Tomo segundo. 2. ed. Trad. por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Prólogo de Manuel Durán y Bas. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1875. p. 57-58.

⁶³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A pessoa jurídica no direito privado brasileiro do século XXI... cit., p. 389-390. Para Rodrigo Xavier Leonardo, essa operação de extensão é que expressa a ficção aduzida por Savigny, não podendo esta ser confundida com a mera criação de uma pessoa jurídica pela lei: “Mostra-se importante esclarecer [...] que Savigny nunca ignorou a existência de um substrato que seria personificado. Os lindes da ficção proposta por Savigny sempre foram limitados à atribuição de algo que seria natural ao homem e apenas extensível para outras entidades (que, talvez, até pudessem, sob o viés social, ter uma existência real). O sentido que Savigny utiliza para a expressão ficção não poderia ser interpretado como o de uma criação de uma pessoa pela Lei. A ficção a que Savigny se refere diz respeito à atribuição de uma qualidade para entidades que, naturalmente, não a teriam, necessitando de uma ficção para este fim.” (LEONARDO, Rodrigo Xavier. A pessoa jurídica no direito privado brasileiro do século XXI... cit., p. 391).

⁶⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A pessoa jurídica no direito privado brasileiro do século XXI... cit., p. 390.

⁶⁵ AMARAL, Francisco. **Direito civil**... cit., p. 391.

liberal, quanto pelos agentes dos próprios Estados liberais nascentes, que necessitavam impor sua autoridade através do controle exercido sobre as organizações de pessoas jurídicas, mediante critérios de conveniência e oportunidade.⁶⁶ Nesse segundo caso, a teoria da ficção serviu como um dos meios para os nascentes Estados obstarem o ressurgimento dos tradicionais “corpos intermediários”, a exemplo das corporações de ofício do Antigo Regime.⁶⁷

Assim, a teoria da ficção teve uma boa recepção no século XIX por ser alinhada ao contexto político da época, no qual o desenvolvimento de grupos sociais era reputado como uma ameaça ao governo – mesmo aquele controlado por uma realza –, pelo que uma corporação ou sociedade apenas podia ser constituída se houvesse uma autorização do poder soberano.⁶⁸ Noutra vértice, a teoria da ficção serviu, ainda, para imunizar as corporações dominantes do mecanismo de controle social do sistema punitivo, já que a corporação, enquanto uma entidade fictícia, não poderia causar qualquer mal à sociedade.⁶⁹

A teoria da ficção legal desenvolvida a partir de Savigny ainda ganhou uma variação: a teoria da ficção doutrinária, de acordo com a qual a pessoa jurídica não possui uma existência real, mas apenas intelectual, definida pela inteligência dos juristas, sendo, pois, uma simples ficção elaborada pela doutrina. Entretanto, ambas as variantes da teoria da ficção não são aceitas hodiernamente.⁷⁰

Com efeito, a teoria da ficção recebeu importantes críticas, tais como: (1) é rudimentar o expediente técnico empregado pela teoria da ficção para justificar a atribuição de personalidade jurídica à pessoa jurídica, na medida em que falar que o ente coletivo é uma ficção jurídica é pouco explicativo e altamente impreciso, tendo em vista que esse mesmo expediente serve para explicar situações e pressupostos completamente diferentes; (2) inexistência de coerência interna na teoria da ficção, dada a heterogeneidade dos pressupostos que consideram, por um lado, o ser humano como uma pessoa de maneira natural, e, por outro lado, os conjuntos de pessoas ou de bens como pessoas de maneira artificial e fictícia; (3) a teoria da ficção

⁶⁶ AMARAL, Francisco. **Direito civil...** cit., p. 391.

⁶⁷ LÔBO, Paulo. **Direito civil:** parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 167.

⁶⁸ AMARAL, Francisco. **Direito civil...** cit., p. 391.

⁶⁹ BUSATO, Paulo César. Razões político-criminais para a responsabilidade penal de pessoas jurídicas... cit., p. 38.

⁷⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado:** parte geral: obrigações: contratos. v. 1. Coleção esquematizado (coord. de Pedro Lenza). São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 180-181.

não dá conta de explicar como dois substratos substancialmente díspares entre si são objetos de personificação, isto é, como, por um lado, se personifica um grupo de indivíduos e, por outro lado, se personifica um conjunto de elementos patrimoniais;⁷¹ (4) por ser intrinsecamente abstrata, a teoria da ficção não corresponde à realidade; (5) pela teoria da ficção, seja a vertente legal ou doutrinária, o Estado, enquanto pessoa jurídica, também passa a ser uma ficção e, por consequência, o próprio Direito acaba sendo fictício;⁷² (6) para a atribuição de uma personalidade jurídica à pessoa jurídica, não há a necessidade de se fingir que o ente coletivo é uma pessoa natural, visto que a personalidade jurídica é uma concepção jurídica tanto para as pessoas naturais quanto para as pessoas jurídicas;⁷³ (7) a pessoa jurídica é tão real e possui tanto substrato fático em sua origem quanto a pessoa natural,⁷⁴ contrariamente ao que se extrai da teoria da ficção.

Vale destacar que houve a superação do individualismo que obstava o reconhecimento genuíno da pessoa jurídica e via nesta uma mera ficção.⁷⁵ E, em uma disputa com a teoria da ficção, houve a formulação, em termos totalmente contrapostos, de uma teoria realista de cunho organicista e antropomórfico para explicar a pessoa jurídica.⁷⁶ Trata-se, pois, da teoria da realidade objetiva ou orgânica, que será mais bem explorada nas linhas subsequentes.

2.2. A TEORIA DA REALIDADE OBJETIVA OU ORGÂNICA

A teoria da realidade objetiva ou orgânica foi formulada a partir das reflexões propostas por Otto Friedrich von Gierke, que reconhece “no corpo social uma unidade de vida de um todo que consta de partes unidas, que unicamente são observadas assim nos seres vivos naturais”.⁷⁷ A partir desse viés organicista, o autor

⁷¹ CAPILLA RONCERO, Francisco. **La persona jurídica...** cit., p. 46.

⁷² DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito:** introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica: norma jurídica e aplicação do direito. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 526.

⁷³ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil.** 4. ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 140.

⁷⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado...** cit., p. 400-401.

⁷⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado...** cit., p. 401.

⁷⁶ CAPILLA RONCERO, Francisco. **La persona jurídica...** cit., p. 47.

⁷⁷ GIERKE, Otto Friedrich von. **La función social del derecho privado:** discurso leído en 5 de abril de 1899 ante la Asociación de Jurisconsultos de Viena: la naturaleza de las asociaciones humanas: discurso pronunciado en el acto de la toma de posesión del rectorado de la Universidad de Berlín, el día 15 de octubre de 1902. Trad. por José María Navarro de Palencia. Madrid: Sociedad Editorial

alemão entende que é verificável, em certos grupos humanos de caráter associativo, a origem de uma realidade autônoma, não fictícia e inconfundível com a simples adição dos membros individuais da associação. Para Gierke, a associação é uma genuína entidade viva que é dotada de uma vontade própria e distinta da vontade das pessoas naturais que a integram.⁷⁸

Nesse sentido, para a teoria da realidade objetiva ou orgânica, a pessoa jurídica é um organismo social que é real e que tem uma vida própria, sendo capaz de executar suas finalidades através dos competentes órgãos, tal como ocorre com a pessoa natural. Para os simpatizantes dessa teoria, podem ser titulares de direitos apenas os seres que possuem uma vontade própria, quais sejam: (1) os seres humanos, naturalmente sociáveis; e (2) os grupos formados por seres humanos, portadores de interesses próprios e distintos em relação aos interesses dos indivíduos que os compõem, e que também possuem uma vontade própria e distinta das vontades individuais das pessoas naturais envolvidas, a qual é manifestada através dos órgãos dessas entidades coletivas.⁷⁹

Vê-se, pois, que, além do organicismo próprio do final do século XIX, a teoria da realidade objetiva ou orgânica também partilha o mesmo voluntarismo jurídico que é presente na teoria da ficção, ainda que de maneira diferenciada, pois reconhece que certos grupos sociais possuem elementos organizados de tal forma que são capazes de expressar uma vontade juridicamente relevante, analogamente ao ser humano.⁸⁰

Outrossim, o substrato ideológico da teoria da realidade objetiva ou orgânica acabou, em certa medida e ainda que diversamente, convergindo com uma das possibilidades de manejo da teoria da ficção, posto que seu referencial organicista foi instrumentalizado em um esforço de resistência à consolidação do Estado liberal moderno, na medida em que mitiga o poder estatal ao atribuí-lo a competência de tão somente reconhecer realidades previamente existentes, sem conferir-lhe uma

Española, 1904. p. 76, tradução livre. No original: “[...] reconocemos en el cuerpo social una unidad de vida de un todo que consta de partes unidas que únicamente observamos así en los seres vivos naturales”.

⁷⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A pessoa jurídica no direito privado brasileiro do século XXI... cit., p. 394-395.

⁷⁹ AMARAL, Francisco. **Direito civil...** cit., p. 391-392.

⁸⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A pessoa jurídica no direito privado brasileiro do século XXI... cit., p. 394.

capacidade criativa propriamente dita.⁸¹ Sob esse viés, a importância do Estado de Direito para as pessoas jurídicas é significativamente reduzida, posto que a lei não é dotada de qualquer poder criativo sobre tais organizações.⁸²

Ademais, a teoria da realidade objetiva ou orgânica também possui o potencial de estimular o associacionismo e o corporativismo – o que, em última medida, pode desembocar na formação de centros de poder independentes do Estado –, bem como de solidificar os ditos “corpos intermédios” da sociedade, o que implica, pois, no estabelecimento de óbices à força absorvente do Estado.⁸³ Não se pode olvidar que essa teoria foi formulada na época em que a Alemanha estava sendo unificada e erigida como um novo Estado nacional.⁸⁴

No âmbito teórico, talvez o mérito mais destacável da teoria da realidade objetiva ou orgânica esteja no fato de que, diferentemente da teoria da ficção, ela oferece homogeneidade e coerência à categoria de pessoa, posto que tanto as pessoas naturais quanto as pessoas jurídicas são consideradas como existentes na realidade, tendo o Direito a mera função de declarar o reconhecimento dessas realidades preexistentes, pelo que o Estado passa a ter um papel simplesmente declarativo e não constitutivo acerca dos entes coletivos.⁸⁵ Assim, por esse referencial teórico, tanto as pessoas naturais quanto as pessoas jurídicas são alçadas pelo Estado à condição de protagonistas do mundo jurídico, independentemente de uma referência específica a uma ou outra espécie de pessoa.⁸⁶

Outros avanços teóricos notáveis que foram obtidos com a teoria da realidade objetiva ou orgânica são: (1) o fortalecimento do fator sociológico, vez que há fatos que se apresentam ao Direito e que não podem ser desconhecidos; e (2) a consagração da ideia de uma representação orgânica, tendo a expressão “órgão” logrado profusão para a explicação das estruturas do Estado e de instituições privadas (tais como as paradigmáticas sociedades anônimas).⁸⁷

Sobre este último ponto relativo à representação orgânica, importa atentar que, embora usualmente se possa dizer que os órgãos de uma pessoa jurídica são

⁸¹ AMARAL, Francisco. **Direito civil...** cit., p. 392.

⁸² LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A pessoa jurídica no direito privado brasileiro do século XXI...* cit., p. 394.

⁸³ AMARAL, Francisco. **Direito civil...** cit., p. 392.

⁸⁴ CAPILLA RONCERO, Francisco. **La persona jurídica...** cit., p. 50.

⁸⁵ CAPILLA RONCERO, Francisco. **La persona jurídica...** cit., p. 48-49.

⁸⁶ AMARAL, Francisco. **Direito civil...** cit., p. 392.

⁸⁷ CAPILLA RONCERO, Francisco. **La persona jurídica...** cit., p. 50.

representativos dela, não há uma autêntica representação como ocorre na tradicional representação voluntária, na medida em que: (1) o órgão que exterioriza a vontade da pessoa jurídica perante terceiros não a substitui e tampouco realiza uma gestão em benefício dela, mas sim atua de modo a realizar uma atividade diretamente imputável a ela; (2) o órgão da pessoa jurídica está tão imbuído nela que não é possível estabelecer uma diferença ou independência entre órgão representativo e ente representado; (3) a presença do órgão na pessoa jurídica não decorre de uma opção voluntária, mas sim de uma necessidade imprescindível para a atuação jurídica do ente coletivo.⁸⁸

Inclusive, é exatamente porque o órgão não representa a pessoa jurídica é que ela se torna capaz de atuar por si mesma.⁸⁹ O que ocorre, em verdade, não é uma representação, mas sim uma “presentação” da pessoa jurídica por seus órgãos sociais, o que é extraível do artigo 47 do Código Civil de 2002, o qual dispõe que “obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo”.⁹⁰

Nessa linha, Paulo Lôbo, ao apontar que a apresentação pelos órgãos é admitida pela teoria da realidade objetiva ou orgânica, indica que esta teoria parece ter sido encampada pelo Código Civil de 2002, tendo em vista que a pessoa jurídica atua por meio dos órgãos expressados por seus administradores.⁹¹ Indo mais além, inclusive, parte da doutrina penalista entende que a teoria da realidade objetiva ou orgânica é extraível da própria Constituição Federal de 1988, quando esta sinaliza para a responsabilização penal da pessoa jurídica.⁹² Entretanto, os posicionamentos doutrinários mais hodiernos se afastam da teoria da realidade objetiva ou orgânica

⁸⁸ KROETZ, Maria Cândida do Amaral. **A representação voluntária no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 40-41.

⁸⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**... cit., p. 405.

⁹⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 311.

⁹¹ LÔBO, Paulo. **Direito civil**... cit., p. 167-168.

⁹² CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**... cit., p. 171. Inclusive, mesmo sendo contrários à possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli admitem que a Constituição Federal de 1988 se afastou da teoria da ficção e sinalizou para a teoria da realidade objetiva ou orgânica: “Repudiando a teoria da ficção, que não admite a responsabilidade penal das pessoas jurídicas por faltar-lhe a capacidade de conduta ou de ação - *societas delinquere non potest* -, e aceitando a teoria organicista ou da realidade, a Constituição admitiu a responsabilidade desses entes no que respeita à ordem econômica e financeira (art. 173, § 5.º) e ao meio ambiente (art. 225, § 3.º).” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**... cit., p. 360, grifos no original).

e reconhecem a realidade da pessoa jurídica a partir da teoria da realidade técnica⁹³ – a qual será oportunamente abordada no presente trabalho.

Apesar de seus méritos, a teoria da realidade objetiva ou orgânica não escapa a críticas, tais como: (1) a teoria da realidade objetiva ou orgânica é parcial ao focar nas associações, sem tecer explicações suficientes a respeito das fundações, formadas não por uma agregação de pessoas, mas de bens; (2) há a adoção de um antropomorfismo extremo pela teoria da realidade objetiva ou orgânica, na medida em que são levados às últimas consequências os paralelos entre a essência humana e a realidade da pessoa jurídica, mediante um raciocínio dogmático que não pondera que o ente coletivo não deixa de ser uma agregação promovida pelas pessoas naturais envolvidas; (3) a teoria da realidade objetiva ou orgânica acaba por atribuir um excessivo determinismo do fator sociológico sobre o Direito;⁹⁴ (4) em que pese a pessoa jurídica seja uma realidade sociológica, a personalidade jurídica a ela declarada não é inata a essa realidade, como pretende a teoria da realidade objetiva ou orgânica;⁹⁵ (5) o antropomorfismo oferecido pela teoria da realidade objetiva ou orgânica, em que pese seja didático, carece de qualquer cientificidade;⁹⁶ (6) a ideia de que a pessoa jurídica é dotada de uma vontade própria nos mesmos moldes da vontade da pessoa natural é uma nova ficção que acaba sendo promovida pela teoria da realidade objetiva ou orgânica;⁹⁷ (7) pela teoria da realidade objetiva ou orgânica, ao Estado é atribuída uma mera capacidade de chancelar realidades preexistentes, desprezando-se, assim, seu poder criativo.⁹⁸

A partir de um paralelo com a teoria da realidade objetiva ou orgânica e mediante um reforço da valorização do fator sociológico no âmbito jurídico, sobreveio uma teoria de cunho institucional para explicar a pessoa jurídica.⁹⁹ Trata-se, pois, da teoria da realidade das instituições jurídicas, que será mais bem explorada nas linhas subsequentes.

⁹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil. v. 1. 23. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. p. 264.

⁹⁴ CAPILLA RONCERO, Francisco. **La persona jurídica...** cit., p. 49-50.

⁹⁵ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil...** cit., p. 141-142.

⁹⁶ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). **Revista dos Tribunais**, v. 58, n. 410, p. 12-24, dez. 1969. p. 15.

⁹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito...** cit., p. 526.

⁹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado...** cit., p. 181.

⁹⁹ CAPILLA RONCERO, Francisco. **La persona jurídica...** cit., p. 57.

2.3. A TEORIA DA REALIDADE DAS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS

De acordo com a teoria da realidade das instituições jurídicas, em linhas gerais, a pessoa jurídica é uma organização social que visa a consecução de certos fins.¹⁰⁰ Essa organização social logra uma personificação para que seja realizado um serviço ou um ofício.¹⁰¹ Mais precisamente, por essa teoria, a pessoa jurídica é uma instituição, a qual possui uma finalidade objetiva, uma organização própria e uma duração inconfundível com a vida individual das pessoas naturais que a erigem.¹⁰²

Por remeter à concepção de instituição, a teoria da realidade das instituições jurídicas é tributária da chamada escola institucionalista francesa e, em especial, das contribuições de Maurice Hauriou, que elaborou suas reflexões no período histórico correspondente à transição do século XIX ao século XX, tendo se proposto a buscar, com sua teoria da instituição, uma alternativa tanto ao individualismo subjetivista – próprio do liberalismo individual preconizado pelo *Code Napoléon* – quanto ao individualismo objetivista – o qual circunscreve o fenômeno jurídico ao Direito objetivo.¹⁰³ O referido autor francês assim define o instituto cerne da sua teoria, qual seja, a instituição:

[...] uma instituição é uma idéia de obra ou de empresa que se realiza e dura juridicamente num meio social; para a realização dessa idéia, organiza-se um poder que lhe confere órgãos; por outro lado, entre os membros do grupo social interessado na realização da idéia, produzem-se manifestações de comunhão dirigidas pelos órgãos do poder e reguladas por procedimentos.¹⁰⁴

Sob esse viés, a pessoa jurídica é reputada como uma realidade institucional que é visualizável na sociedade, ainda que de maneira diversa da realidade ínsita ao ser humano.¹⁰⁵ Mais especificamente, com sua teoria, Hauriou caracteriza a pessoa jurídica a partir da concepção de instituição, mediante a qual o ente coletivo é compreendido como uma organização social que é personificada por mirar a

¹⁰⁰ AMARAL, Francisco. **Direito civil...** cit., p. 393.

¹⁰¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado...** cit., p. 182.

¹⁰² DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito...** cit., p. 527.

¹⁰³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A pessoa jurídica no direito privado brasileiro do século XXI...* cit., p. 395-396.

¹⁰⁴ HAURIOU, Maurice. **A teoria da instituição e da fundação:** ensaio de vitalismo social. Trad. por José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 19.

¹⁰⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A pessoa jurídica no direito privado brasileiro do século XXI...* cit., p. 396.

concreção de fins socialmente úteis.¹⁰⁶ A partir desse aporte teórico, houve a evolução da construção jurídica da pessoa jurídica empresária e a instituição veio a integrar o vocabulário jurídico com a semântica de um organismo social concreto e vivo, cujo reconhecimento é imperativo pelo Direito.¹⁰⁷

Além da teoria da instituição de Hauriou, a teoria da realidade das instituições jurídicas também se vale das contribuições teóricas de Santi Romano, para quem o Direito, em sua acepção de ordenamento completo e unitário, é uma instituição, ao passo que a recíproca também procede, isto é, a própria instituição é um ordenamento jurídico, havendo, pois, entre essas duas concepções, uma equação necessária e absoluta.¹⁰⁸ A partir desse referencial teórico, concebe-se a instituição como sendo dotada de um ordenamento normativo interno e próprio, necessário para a consecução dos fins por ela perquiridos.¹⁰⁹

Inclusive, o próprio Estado é uma instituição, sendo a instituição predominante – ao menos no atual momento histórico – e cujo ordenamento, por essa condição, desfruta da qualidade de ser o ordenamento jurídico geral da sociedade, ainda que haja instituições com ordenamentos independentes entre si e em relação ao ordenamento estatal. Todavia, apesar dessa independência entre os ordenamentos institucionais, é possível que o Estado repute certas instituições como sendo dignas de um tratamento especial, dotando-as de uma personalidade jurídica, a qual, sob esse viés, é compreendida como o elo entre o ordenamento estatal e os ordenamentos institucionais autônomos, concedida para que o Estado subordine as normas da instituição às normas estatais e possa, assim, estabelecer um controle sobre o interior desta.¹¹⁰

Esse aporte teórico exerceu uma influência notável, por exemplo, no *Codice Civile* italiano de 1942, o qual, ao regular as associações, reconheceu algumas como pessoas jurídicas e outras não, conferindo ao Estado o poder de interferir no interior das associações reconhecidas como pessoas jurídicas, sendo que, para as associações não tratadas como pessoas jurídicas, coube ao ente estatal apenas ditar-

¹⁰⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil...** cit., p. 263.

¹⁰⁷ LÔBO, Paulo. **Direito civil...** cit., p. 168.

¹⁰⁸ ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico.** Trad. por Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 78.

¹⁰⁹ CAPILLA RONCERO, Francisco. **La persona jurídica...** cit., p. 58.

¹¹⁰ CAPILLA RONCERO, Francisco. **La persona jurídica...** cit., p. 58-59.

lhes normas externas, sobretudo para resguardar os interesses de terceiros potencialmente prejudicados pelas atividades destas últimas associações.¹¹¹

Entretanto, a teoria da realidade das instituições jurídicas não é imune a críticas, tais como: (1) a teoria da realidade das instituições jurídicas não apresenta com suficiência um critério que justifique a atribuição de uma personalidade jurídica a certas organizações sociais, o qual traduz justamente o cerne da controvérsia atinente à explicação sobre a pessoa jurídica;¹¹² (2) não há, pela teoria da realidade das instituições jurídicas, uma maior elucidação de como algumas organizações sociais não são erigidas necessariamente para a realização de um serviço ou de um ofício;¹¹³ (3) há, na teoria da realidade das instituições jurídicas, uma valorização excessiva do fator sociológico, o qual não necessariamente coaduna com a vontade do legislador, já que há grupos enquadráveis na concepção de instituição nos quais há um interesse do Estado em intervir, sem haver, todavia, o reconhecimento de uma personalidade jurídica, como ocorre, por exemplo, com a família; (4) a teoria da realidade das instituições jurídicas não escapa de ser unilateral, pois, ao considerar o ordenamento normativo interno de cada instituição, acaba por negligenciar as pessoas jurídicas que são completamente submetidas a normas ulteriores às suas próprias normativas, como se vê, exemplificativamente, em fundações (previamente submetidas à vontade do fundador) e em pessoas jurídicas que atuam no Direito público (hierarquicamente dependentes e subordinadas a determinações superiores).¹¹⁴

Ao comentarem sobre a controvérsia atinente à natureza da pessoa jurídica, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald defendem que a teoria da realidade das instituições jurídicas e a teoria da realidade técnica “são as teses de maior prestígio e aceitação na doutrina contemporânea, explicando com mais solidez esse fenômeno jurídico”.¹¹⁵ A seu turno, Maria Helena Diniz sustenta que a teoria da realidade das instituições jurídicas “é a que melhor atende à essência da pessoa jurídica, por estabelecer, com propriedade, que ela é uma realidade jurídica”.¹¹⁶ Todavia, conforme sugere Flávio Tartuce, a aludida autora paulista parece fazer uma

¹¹¹ CAPILLA RONCERO, Francisco. **La persona jurídica...** cit., p. 59.

¹¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil...** cit., p. 263.

¹¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado...** cit., p. 182.

¹¹⁴ CAPILLA RONCERO, Francisco. **La persona jurídica...** cit., p. 59-60.

¹¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil...** cit., p. 432.

¹¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito...** cit., p. 527.

equivalência semântica entre a teoria da realidade das instituições jurídicas e a teoria da realidade técnica,¹¹⁷ a qual será mais bem explorada nas linhas subsequentes.

2.4. A TEORIA DA REALIDADE TÉCNICA

De acordo com a teoria da realidade técnica, a pessoa jurídica decorre de um processo técnico de personificação, por meio do qual o Direito atribui uma personalidade jurídica a determinados grupos que são legalmente reputados como tendo vontade e finalidades próprias.¹¹⁸ Sob esse viés, a pessoa jurídica resulta de uma criação técnica que reconhece e disciplina o fato de que os seres humanos agregam esforços e bens em uma entidade unitária, que atua em nome próprio e cuja personalidade jurídica é inconfundível com a das pessoas naturais envolvidas em sua origem (*universitas distat a singulis*).¹¹⁹ A atribuição de uma personalidade jurídica às pessoas jurídicas trata-se, pois, de uma solução técnica que visa responder as demandas impostas pelo tráfego social.¹²⁰

Com efeito, a fim de que as situações jurídicas sejam sólidas e seguras, é imprescindível que os poderes e as faculdades presentes nas relações jurídicas sejam atribuídos a um titular, visto que qualquer relação jurídica é firmada entre ao menos dois termos, quais sejam, os sujeitos de direito, entre os quais insere-se a pessoa jurídica como um centro próprio de ação jurídica que resulta de uma produção da técnica jurídica – tal como ocorre com a própria concepção de relação jurídica –, necessária em razão de as situações jurídicas não se esgotarem apenas nas pessoas naturais.¹²¹

Entretanto, importa registrar que, embora a pessoa jurídica seja um produto do Direito, ela não é uma mera ficção, mas sim uma realidade. E, sendo a personalidade da pessoa jurídica um produto da técnica jurídica, sua essência não está em um ser ontológico, mas sim em uma forma jurídica – pelo que a teoria da

¹¹⁷ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. v. único. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora Método, 2016. p. 154.

¹¹⁸ AMARAL, Francisco. **Direito civil**... cit., p. 392.

¹¹⁹ DUARTE, Nestor. Arts. 1º a 232: parte geral. In: PELUSO, Cezar (coord.). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916. 4. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2010. p. 15-182. p. 52.

¹²⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**: 1ª parte. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 176.

¹²¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A pessoa jurídica no direito privado brasileiro do século XXI... cit., p. 401.

realidade técnica é, por vezes, reputada como sendo formalista –, a qual, contudo, não é um processo puramente tecnicista, mas sim a transladação jurídica de um fenómeno verificável na experiência concreta, cabendo, pois, ao Direito tão somente reconhecer tal fenómeno, extraível da própria sociedade.¹²²

Em que pese a teoria da realidade técnica seja bastante prestigiada no Direito contemporâneo, sobretudo pela segurança que presta ao permitir o conhecimento acerca dos efeitos atribuídos pelo ordenamento jurídico à personalidade jurídica, ela é criticada principalmente de ser positivista e, nesse sentido, de ser desconectada com pressupostos materiais ou condições prévias para o reconhecimento da pessoa jurídica pelo Estado.¹²³ Contudo, o melhor entendimento é o de que tal crítica não merece prosperar.

Isso porque, em que pese a pessoa jurídica seja uma criação do Direito – assim como é a própria pessoa natural, a qual, inclusive, nem sempre foi sujeito de direito – e, nesse sentido, seja uma concepção do mundo jurídico, ela não é concebida *ex nihilo*, isto é, a partir do nada, mas sim com base em um substrato verificável no mundo fático.¹²⁴ Assim, o reconhecimento da pessoa jurídica pelo Direito não prescinde de pressupostos materiais, contrariamente ao teor positivista que é comumente atribuído à teoria da realidade técnica.

Ora, tanto as pessoas naturais quanto as pessoas jurídicas possuem um substrato na realidade fática – o qual é de natureza biológico-psicológica para as pessoas naturais e de natureza político-social ou económico-social para as pessoas jurídicas – e existem, respectivamente, como indivíduos ou como conglomerados de agrupamentos humanos ou de bens destinados a um fim, sendo que ambas as classes de pessoas são alçadas à condição de sujeitos de direito tão somente por uma obra do Direito, o qual reconhece, a ambas, uma personalidade jurídica. Esse reconhecimento de uma personalidade jurídica, a seu turno, não possui um carácter meramente recognitivo e declarativo, mas também e sempre um carácter atributivo e constitutivo.¹²⁵

¹²² AMARAL, Francisco. **Direito civil...** cit., p. 392.

¹²³ AMARAL, Francisco. **Direito civil...** cit., p. 393.

¹²⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado...** cit., p. 399.

¹²⁵ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito.** Trad. por Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 103.

É bem verdade que a personalidade jurídica da pessoa natural decorre de uma exigência imperativa que é advinda da dignidade da pessoa humana e do direito ao respeito que é inato a todo e qualquer ser humano – concepções ético-jurídicas que são consequências do humanismo hodiernamente vigente –, ao passo que a personalidade jurídica da pessoa jurídica é um mecanismo técnico-jurídico que atua como um polarizador das relações jurídicas vinculadas à consecução de uma determinada finalidade coletiva. Ainda assim, apesar dessa diferença de fundamentos, em ambos os casos, a personalidade jurídica é uma realidade jurídica, que decorre de uma legitimidade técnica originária do Direito para regular os efeitos jurídicos e que é, no mundo desses efeitos, existente.¹²⁶

Destarte, não se pode arguir que a personalidade jurídica atribuída à pessoa jurídica é uma mera ficção legal, posto que a personalidade jurídica da própria pessoa natural é uma obra do Direito, que decorre, nesse sentido, não de uma natureza ontológica, mas sim de uma concessão do ordenamento jurídico. Prova disso é que, por muito tempo, embora fossem portadores da condição de seres humanos, os escravos tiveram sua personalidade jurídica negada pelo Direito.¹²⁷ Logo, em última instância, a personalidade jurídica é, efetivamente, um produto da técnica jurídica, tanto para a pessoa natural quanto para a pessoa jurídica.

E, no caso da pessoa jurídica, por esta ser, como a pessoa natural, dotada de uma personalidade jurídica que é real, sua capacidade e sua existência são independentes em relação às pessoas naturais envolvidas em sua origem, tendo o ente coletivo uma vontade própria, uma atuação autônoma e uma aptidão para ser sujeito ativo ou passivo de relações jurídicas. A pessoa jurídica é, portanto, uma realidade jurídica, sem, contudo, ter uma identidade de cunho antropomórfico, sustentada pela teoria da realidade objetiva ou orgânica. Assim, com fulcro na teoria da realidade técnica, é possível visualizar a personalidade jurídica da pessoa jurídica sem qualquer artifício forçoso.¹²⁸ Acerca do potencial dessa teoria para a constatação da existência real e própria da pessoa jurídica, Caio Mário da Silva Pereira arremata:

¹²⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil...** cit., p. 141.

¹²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil...** cit., p. 265.

¹²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil...** cit., p. 265.

O jurista moderno é levado, naturalmente, à aceitação da teoria da *realidade técnica*, reconhecendo a existência dos entes criados pela vontade do homem, os quais operam no mundo jurídico adquirindo direitos, exercendo-os, contraindo obrigações, seja pela declaração de vontade, seja por imposição da lei. Sua vontade é distinta da vontade individual dos membros componentes; seu patrimônio, constituído pela afetação de bens, ou pelos esforços dos criadores ou associados, é diverso do patrimônio de uns e de outros; sua capacidade, limitada à consecução de seus fins pelo fenômeno da especialização, é admitida pelo direito positivo. E, diante de todos os fatores de sua autonomização, o jurista e o ordenamento legal não podem fugir da verdade inafastável: as pessoas jurídicas existem no mundo do direito e existem como seres dotados de vida própria, de uma vida real.¹²⁹

Ao comentar sobre a teoria da realidade técnica, Flávio Tartuce sugere que esta resulta de uma soma da teoria da ficção com a teoria da realidade objetiva ou orgânica, na medida em que reputa a pessoa jurídica como sendo um produto da lei que, contudo, se destina a preservar uma identidade organizacional própria.¹³⁰ Já Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes apontam que a teoria da realidade técnica não é uma adição, mas um entreposto entre a teoria da ficção e a teoria da realidade objetiva ou orgânica.¹³¹

Querelas teóricas à parte, o que efetivamente importa é delinear que, na pessoa jurídica, convivem simultaneamente dois elementos: (1) o natural ou real, não concebido pelo Direito e que representa os interesses que provocam a constituição do ente coletivo; e (2) o jurídico ou arbitrário, que traduz o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, da pessoa jurídica como tal, se preenchidas as exigências legais.¹³² Tais elementos estão, pois, em consonância com a teoria da realidade técnica.

Com efeito, a teoria da realidade técnica é a que melhor explica a natureza da pessoa jurídica, tendo sido, inclusive a adotada pelo Código Civil de 2002.¹³³

O grande mérito da teoria da realidade técnica é verificável na superação de um paradigma ontológico para a pessoa jurídica, vez que tal referencial teórico propõe que toda e qualquer expressão de personalidade jurídica, incluindo a

¹²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil...** cit., p. 266, grifos no original.

¹³⁰ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil...** cit., p. 154.

¹³¹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República:** parte geral e obrigações: arts. 1º a 420. v. 1. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 110.

¹³² AMARAL, Francisco. **Direito civil...** cit., p. 394.

¹³³ Nesse sentido: AMARAL, Francisco. **Direito civil...** cit., p. 393; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado...** cit., p. 182; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil...** cit., p. 154.

atribuída ao ente coletivo, reivindica a adoção de um paradigma normativo, ainda que a realidade jurídica das pessoas jurídicas seja distinta da realidade jurídica das pessoas naturais. Outrossim, mesmo que o reconhecimento da pessoa jurídica parta de um substrato fático, a atribuição de uma personalidade jurídica ao ente coletivo é de ordem programática e valorativa, pelo que a teoria da realidade técnica é igualmente útil à possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas.¹³⁴

Vale dizer: se a pessoa jurídica é uma realidade técnica, a personalidade jurídica que chancela sua existência na realidade jurídica provém de normas e não de um substrato ontológico. Isso porque, apesar de a atribuição de sua personalidade jurídica partir de um substrato fático – identificado, basicamente, por um conjunto unitário de pessoas ou de bens agregados –, se sobre esse substrato fático não incidir um processo técnico de personificação, não haverá a constituição de um ente coletivo com uma vontade própria. Assim, a constatação de que a pessoa jurídica é uma realidade técnica contribui para o reconhecimento da sua capacidade de ação, já que a existência do ente coletivo depende tão somente de um processo de personificação e não de um substrato ontológico.

Feitas essas considerações, considerando a evolução progressiva, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, da criminalidade desenvolvida no seio de pessoas jurídicas, em especial das empresárias,¹³⁵ cumpre precisar melhor a concepção de empresa, a qual será mais bem explorada nas linhas subsequentes.

¹³⁴ DAVID, Décio Franco. Reflexões sobre os fundamentos teóricos da responsabilidade penal da pessoa jurídica a partir da teoria da empresa... cit., p. 137-140.

¹³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**... cit., p. 280.

CAPÍTULO III

A EMPRESA COMO UMA ATIVIDADE

A contemporânea teoria da empresa – inaugurada na quarta década do século XX com o advento do *Codice Civile* italiano de 1942, e expandida mundialmente, inclusive com sua adoção pelo Código Civil brasileiro de 2002 – permitiu uma ampliação do Direito comercial, pois passou a centrar esforços voltados à caracterização de uma atividade, em substituição ao propósito anterior de contemplação taxativa de cada um dos atos praticados pelos comerciantes (o que era feito pela teoria dos atos de comércio). A partir da teoria da empresa, a prática mercantil passou a ser caracterizada por uma atividade (isto é, por um conjunto de atos indefinidos, não mais elencados em *numerus clausus*).¹³⁶ Tal atividade consiste, precisamente, na empresa.

Em um sentido preliminar, a empresa pode ser definida como a atividade cuja nota distintiva é a obtenção de lucros com o oferecimento de bens ou serviços ao mercado, criados mediante a organização dos fatores de produção, quais sejam, a força de trabalho, a matéria-prima, o capital e a tecnologia. Anteriormente à consolidação da definição da empresa como uma atividade peculiar, muito se debateu acerca da unidade da noção jurídica de empresa, a qual era visualizada como um resultado de distintos fatores, tanto objetivos quanto subjetivos. Nessa esteira, do ponto de vista jurídico, a empresa era comumente considerada como uma concepção plurivalente.¹³⁷

Isso porque, segundo Alberto Asquini, pelo fato de a empresa ser um “fenômeno econômico poliédrico”, sua concepção jurídica é dotada de diversos perfis que correspondem aos diversos elementos que a integram, e, sob esse prisma, a depender do perfil sob o qual é encarada, a empresa pode ter distintas definições

¹³⁶ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Empresa não empresária: um paradoxo a ser enfrentado. In: KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante (coord.). **Direito empresarial: os novos enunciados da justiça federal**. Prefácio de Alfredo de Assis Gonçalves Neto. Apresentação de Ruy Rosado de Aguiar Júnior. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 160-180. p. 172-173.

¹³⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 39-40.

jurídicas.¹³⁸ Quanto aos perfis jurídicos que podem ser assumidos pela empresa, o jurista italiano elencava quatro: (1) o perfil subjetivo, no qual a empresa confunde-se com o empresário; (2) o perfil funcional, no qual a empresa é contemplada como a atividade empresarial; (3) o perfil patrimonial (ou objetivo), no qual a empresa é encarada como o estabelecimento (ou patrimônio aziendale); e (4) o perfil corporativo, no qual a empresa é concebida como uma instituição.¹³⁹

Pelo perfil subjetivo, a empresa é vista como o empresário que exerce, com assunção de risco, uma atividade autônoma e de caráter organizativo. Isto é, por esse perfil, a empresa é a pessoa natural ou jurídica que organiza a produção ou a circulação de bens ou serviços. Correspondem a esse perfil subjetivo, portanto, expressões coloquiais como “a empresa faliu” e “a empresa está contratando pessoal”.¹⁴⁰ Ao delimitar a noção de empresário de maneira mais percuciente, Asquini evoca o artigo 2.082 do *Codice Civile* italiano de 1942, o qual preconiza que “é empresário quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada, tendo por fim a produção ou a troca de bens ou serviços”.¹⁴¹ Essa definição de empresário veio a ser reproduzida no artigo 966, *caput*, do Código Civil brasileiro de 2002.¹⁴²

Sob a égide do perfil funcional, para Asquini, “a empresa aparece como aquela força em movimento que é a atividade empresarial dirigida para um determinado escopo produtivo”.¹⁴³ Esse é o perfil que veio a ser prestigiado pela evolução doutrinária, ainda que, na teoria asquiniana, ele enseje apenas uma das definições jurídicas do fenômeno econômico que é a empresa. Por esse viés, a empresa é compreendida como um empreendimento agregador de atos racionais e seriais que são organizados pelo empresário para a produção ou a circulação de bens ou serviços, o que denota uma abstração.¹⁴⁴ Essa abstração, contudo, não implica dizer que a empresa enquanto atividade inexistente na realidade fática, mas sim que o

¹³⁸ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. *Revista de Direito Mercantil*, v. 35, n. 104, p. 109- 126, out./dez. 1996. Trad. e notas por Fábio Konder Comparato. p. 109-110.

¹³⁹ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa... cit., p. 114-122.

¹⁴⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas...** cit., p. 40-41.

¹⁴¹ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa... cit., p. 114.

¹⁴² Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

¹⁴³ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa... cit., p. 116.

¹⁴⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas...** cit., p. 41.

exercício da atividade empresarial, juridicamente, é uma ideia abstrata, como bem explica Rubens Requião:

A figuração que o leigo faz de empresa é no sentido objetivo de sua *materialização*. Daí a confusão entre empresa e estabelecimento comercial (art. 1.142 do Cód. Civ.) e, no mesmo sentido, entre empresa e sociedade. [...] Os conceitos, no entanto, são inconfundíveis. É preciso compreender que a empresa, como entidade jurídica, é uma *abstração*. A muitos tal afirmativa parecerá absurda e incompreensível, dado aquele condicionamento de que a empresa é uma entidade material e visível. [...] Vimos que uma constante da doutrina a respeito da conceituação da empresa é situá-la como o *exercício de uma atividade* (art. 966 do Cód. Civ.). É da ação intencional (*elemento abstrato*) do empresário em exercitar a atividade econômica que surge a empresa. [...] a empresa é caracterizada *pelo exercício* da organização. Se todos os seus elementos estiverem organizados, mas não se efetivar o *exercício dessa organização*, não se pode falar em empresa. O empresário, assim, *organiza* a sua atividade, coordenando os seus bens (capital) com o *trabalho* aliciado de outrem. Eis a *organização*. [...] A empresa somente nasce quando se inicia a *atividade* sob a orientação do empresário. Dessa explicação surge nítida a ideia de que a empresa é essa *organização* dos fatores de produção *exercida*, posta a funcionar, pelo empresário. Desaparecendo o exercício da atividade organizada do empresário, desaparece, *ipso facto*, a empresa. Daí porque o conceito de empresa se firma na ideia de que é ela o *exercício de atividade produtiva*. E do *exercício* de uma atividade não se tem senão uma ideia abstrata.¹⁴⁵

Noutro vértice da teoria asquiniana, pelo perfil patrimonial (ou objetivo), a empresa é concebida como o patrimônio azidental (ou estabelecimento). Esse perfil corresponde a um uso coloquial do vocábulo empresa, quando esta é identificada com o local de exploração da atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços.¹⁴⁶ Nas palavras de Asquini, “o fenômeno [...] da empresa, projetado sobre o terreno patrimonial, dá lugar a um patrimônio especial distinto, por seu escopo, do restante patrimônio do empresário (exceto se o empresário é uma pessoa jurídica, [...] caso em que o patrimônio integral [...] serve àquele escopo)”.¹⁴⁷

Por fim, o perfil corporativo da teoria asquiniana prega que a empresa é uma instituição, posto que reúne o empresário e os colaboradores a um eixo de propósitos comuns.¹⁴⁸ Para Asquini, o empresário e os colaboradores “formam um

¹⁴⁵ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. v. 1. 29. ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 83-84, grifos no original.

¹⁴⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas...** cit., p. 41.

¹⁴⁷ ASQUINI, Alberto. **Perfis da empresa...** cit., p. 118.

¹⁴⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas...** cit., p. 42.

núcleo social organizado, em função de um fim econômico comum, no qual se fundem os fins individuais do empresário e dos singulares colaboradores: a obtenção do melhor resultado econômico, na produção”.¹⁴⁹

É certo que a definição jurídica multifacetária da empresa proposta pela teoria asquiniana foi bem acolhida, sobretudo em países de tradição românica. Contudo, com a evolução da teoria da empresa, os perfis subjetivo, patrimonial e corporativo foram paulatinamente desconsiderados. Isso porque, em verdade, os perfis subjetivo e patrimonial da empresa correspondem, respectivamente, ao sujeito de direito (empresário) e ao estabelecimento, ao passo que o perfil corporativo não possui qualquer substrato real, vez que a propalada identidade de propósitos entre os colaboradores e o empresário apenas é presente em ideologias populistas de direita ou totalitárias (como a fascista).¹⁵⁰

Assim, dos quatro perfis jurídicos delineados pela teoria asquiniana, apenas o perfil funcional é que restou consagrado como a concepção jurídica mais apropriada para a empresa. Inclusive, no Direito brasileiro, a empresa necessariamente deve ser definida como uma atividade, já que o Código Civil de 2002 traz concepções próprias para o empresário (no artigo 966) e para o estabelecimento (no artigo 1.142).¹⁵¹

Com efeito, há uma definição legal para o empresário, mas não para a empresa. De acordo com o artigo 966, *caput*, do Código Civil de 2002, é empresário “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção

¹⁴⁹ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa... cit., p. 122.

¹⁵⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas...** cit., p. 42-43.

¹⁵¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas...** cit., p. 43-44. Quanto à concepção legal de empresário que é insculpida no artigo 966 do Código Civil de 2002, importa ressaltar que sua menção já foi feita alhures. A seu turno, a concepção legal de estabelecimento, na dicção do artigo 1.142 do diploma civilista, é a seguinte: “Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.”. Por fim, cabe destacar que a distinção entre as concepções de empresa, empresário e estabelecimento já era preconizada por Tullio Ascarelli: “Empresa é, antes de tudo, o exercício profissional de uma atividade organizada e empresário, o que exerce, profissionalmente, a atividade econômica organizada. É justamente enquanto atividade (e não enquanto organização objetiva, embora resultante da atividade na grande e média empresa) que a empresa pode ser mais utilmente considerada no seu perfil geral, e contraposta ao estabelecimento, como o complexo de bens que instrumentam uma atividade, e ao complexo das relações patrimoniais das quais, dado o exercício da empresa, é titular o empresário.” (ASCARELLI, Tullio. O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado. **Revista de Direito Mercantil**, v. 37, n. 114, p. 237-252, abr./jun. 1999. Trad. por Fábio Konder Comparato. p. 250).

ou a circulação de bens ou de serviços”. Todavia, dessa concepção legal de empresário, extrai-se a concepção jurídica de empresa. Isso porque, se o empresário é concebido como o profissional exercente de uma “atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”, a empresa só pode, por óbvio, ser essa atividade. Entretanto, como na linguagem cotidiana, nos meios jurídicos e na lei o vocábulo empresa é empregado com semânticas distintas da de uma atividade, convém, primeiramente, esclarecer o que a empresa não é.¹⁵²

Inicialmente, pelo fato de a empresa ser uma atividade, ela é inconfundível com quem a exerce (o empresário, que pode ser uma pessoa natural ou uma pessoa jurídica) e com o local no qual é explorada (o estabelecimento empresarial). Igualmente, a empresa não deve ser confundida com uma sociedade.¹⁵³ A um, porque a empresa, enquanto uma atividade exercida pelo empresário, não exige necessariamente a existência de uma sociedade (uma pessoa jurídica composta por uma reunião de pessoas naturais), já que seu exercício também pode ocorrer tão somente por um empresário individual (uma única pessoa natural). A dois, porque, enquanto a sociedade é um sujeito de direito com personalidade jurídica, a empresa é tão somente um objeto de direito, despersonalizado.¹⁵⁴

Com efeito, a concepção jurídica de empresa apenas será empregada corretamente do ponto de vista técnico se a sua semântica reportar a um empreendimento, vez que este remete a uma atividade. Inclusive, à luz do princípio da preservação da empresa, se prestigia não o empresário (seja o empresário

¹⁵² COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas...** cit., p. 48.

¹⁵³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas...** cit., p. 48.

¹⁵⁴ BERTOLDI, Marcelo Marco; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 57. No mesmo sentido de que a empresa – enquanto atividade e objeto de direito – não pode ser confundida com o sujeito de direito que a exerce, vale transcrever a explicação elucidativa de Sérgio Campinho: “A empresa [...] não é detentora de personalidade jurídica. Não concebe o Direito brasileiro a personificação da empresa, sendo, pois, objeto de direito. O empresário, titular da empresa, é quem ostenta a condição de sujeito de direito. Não se confunde, assim, como muitos no cotidiano costumam confundir, empresa com sociedade, procedimento esse que presenciamos, inclusive, em alguns textos legais. Poderá existir sociedade sem empresa, ainda que seu objeto compreenda atividade própria de empresário, bastando, para isso, que seus atos constitutivos sejam inscritos na Junta Comercial sem, de fato, entrar em atividade, deixando de exercer a exploração do objeto. Teremos, desse modo, uma sociedade, mas não a empresa, que só surgirá com o fim da inatividade. A partir desse momento, inclusive, é que passa a ostentar a condição de sociedade empresária [...]” (CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do Código Civil**. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 11-12).

individual ou a sociedade empresária) ou o estabelecimento, mas sim a conservação da atividade empresarial, em razão do plexo de interesses que gravitam em torno da continuidade dessa atividade, e os quais transcendem os próprios interesses dos empresários.¹⁵⁵

Feitas essas considerações, ao se voltar para a concepção jurídica de empresa que é extraível da concepção legal de empresário, infere-se que a empresa é uma atividade com duas notas distintivas: (1) uma atividade econômica e (2) uma atividade organizada.¹⁵⁶

Quanto ao fato de a empresa ser uma atividade econômica, não há grandes dificuldades hermenêuticas, vez que, sendo econômica, a atividade empresarial tem o condão de gerar lucro a quem a explora.¹⁵⁷ Como se vê, o aspecto econômico da empresa influencia diretamente em sua definição jurídica.¹⁵⁸ Inclusive, já em seu tempo – e em que pese o viés marcadamente mercantil, não encampado pelo Código Civil de 2002¹⁵⁹ –, José Xavier Carvalho de Mendonça apontava a indissociabilidade entre as concepções econômica e jurídica de empresa:

Empreza é a organização técnico-econômica que se propõe a produzir, mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige êsses elementos sob a sua responsabilidade. Êste conceito econômico é o mesmo jurídico, em que pese alguns escritores, que os distingue sem fundamento.¹⁶⁰

¹⁵⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 23. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 31.

¹⁵⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas...** cit., p. 49.

¹⁵⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas...** cit., p. 49.

¹⁵⁸ BERTOLDI, Marcelo Marco; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial...** cit., p. 56.

¹⁵⁹ Isso não significa dizer, todavia, que a atividade empresarial prescinde do mercado, mas tão somente que o Código Civil de 2002 passou a ter como norte a finalidade lucrativa para o fim de identificação do atributo econômico da atividade empresarial. Com efeito, o desenvolvimento da empresa está inserido no seio do mercado, como assinala Judith Martins-Costa: “A atividade empresarial se desenvolve no mercado. [...] Relembre-se [...] que, consistindo em atividade econômica profissionalmente organizada para a produção ou a circulação de bens e serviços, compreende-se estar inserto nessa atividade um ‘complexo de ações singulares’ unificado finalisticamente (‘para a produção ou a circulação’) ao mercado” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 303-304).

¹⁶⁰ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. v. 1. 6. ed. por Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S.A., 1957. p. 482.

Além de ser uma atividade econômica, a empresa também é uma atividade organizada, no sentido de que nela há uma articulação, pelo empresário que a organiza, dos fatores de produção, quais sejam, o capital, a mão de obra, os insumos e a tecnologia.¹⁶¹ Esses quatro fatores de produção podem ser assim compreendidos: (1) o capital é o montante pecuniário que é necessário ao desenvolvimento da atividade empresarial; (2) a mão de obra representa a força de trabalho, isto é, o auxílio de prepostos contratados pelo empresário a fim de que a atividade empresarial seja executada; (3) os insumos são a matéria-prima, isto é, os bens articulados para a consecução da atividade empresarial; e (4) a tecnologia reporta ao acervo de informações que o empresário possui para explorar a atividade por ele pretendida.¹⁶²

A organização desses fatores de produção, inerente à concepção jurídica de empresa, é complexa e confere um certo grau de sofisticação à produção ou à circulação de bens ou serviços. Isso porque não será empresarial a atividade que, em que pese seja econômica e enseje a produção ou a circulação de bens ou serviços, não for desenvolvida empresarialmente, isto é, por intermédio da organização dos fatores de produção.¹⁶³

Constatando-se, portanto, que a empresa é uma atividade econômica e organizada, cumpre arrematar a concepção jurídica de empresa que é extraível da concepção legal de empresário, notadamente no que tange aos elementos presentes na expressão “produção ou a circulação de bens ou de serviços”: (1) a produção de bens é a fabricação em massa de produtos ou mercadorias, como ocorre na atividade industrial; (2) a produção de serviços é a prestação de serviços; (3) a circulação de bens é a atividade de intermediação própria do comércio em sua manifestação originária, consistindo na busca do bem pelo comerciante junto ao produtor para dispô-lo ao consumidor; e (4) a circulação de serviços é a intermediação da prestação de serviços.¹⁶⁴

¹⁶¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas...** cit., p. 49.

¹⁶² GONÇALVES, Maria Gabriela Venturoti Perrotta Rios; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito comercial: direito de empresa e sociedades empresárias**. 4. ed. Coleção sinopses jurídicas (v. 21). São Paulo: Saraiva, 2011. p. 18-19.

¹⁶³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas...** cit., p. 50-51.

¹⁶⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas...** cit., p. 51.

Ainda, releva destacar que a empresa, enquanto atividade exercida pelo empresário, pode ser traduzida pelo objeto empresarial, o qual deverá ser indicado pelo empresário quando do seu requerimento de inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, conforme se extrai do artigo 968, inciso IV, do Código Civil de 2002.¹⁶⁵

Feitas essas considerações de cunho mais semântico, importa tecer breves comentários acerca dos impactos sociais causados pela empresa, a fim de viabilizar a retomada da discussão sobre a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, notadamente, da pessoa jurídica exercente de uma atividade empresarial.

Por um lado, a atividade empresarial possui uma relevante função social, seja porque enseja a produção e a disposição de produtos e serviços essenciais às pessoas, seja porque estimula, por parte do empresário que a exerce, a promoção de interações econômicas com outros agentes do mercado, o que resulta na criação de riqueza e no auxílio ao desenvolvimento nacional. São, pois, externalidades positivas, pois ocorrem mesmo que não sejam pretendidas pelo empresário (cujo intento precípua é a obtenção de lucro).¹⁶⁶

Noutro vértice, a atividade empresarial também possui um custo social, vez que causa externalidades negativas de menor ou maior amplitude, que podem ser danosas para a sociedade como um todo ou para certos grupos de cidadãos.¹⁶⁷ E, a depender do caso, se a atividade empresarial expressar o sentido de uma ação penalmente relevante, é possível que haja a responsabilização penal da pessoa jurídica exercente dessa atividade.

Primeiramente, deve-se rememorar que a empresa é uma atividade, sendo que a estruturação do exercício da capacidade da pessoa jurídica empresária deve estar vinculada ao objeto definido no ato constitutivo que viabiliza o exercício da atividade empresarial, tendo em vista que o ente coletivo goza de capacidade jurídica tão somente para executar os atos necessários à consecução de sua atividade fim. E, a partir dos atos discriminados no objeto empresarial, é possível

¹⁶⁵ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 74. O mencionado dispositivo possui a seguinte redação: “Art. 968. A inscrição do empresário far-se-á mediante requerimento que contenha: [...] IV - o objeto e a sede da empresa.”.

¹⁶⁶ SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo; SPINELLI, Luis Felipe. **Introdução ao direito empresarial**. Porto Alegre: Editora Buqui, 2020. p. 174-175.

¹⁶⁷ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc; ANDRADE, Maria Cecília. **Direito comercial**: teoria geral. v. 1. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 181.

aferir a licitude ou a ilicitude penal da atividade exercida pela pessoa jurídica empresária. Todavia, não se pode descuidar dessa aferição que pode haver ilicitude penal não apenas na atividade fim que consta no objeto empresarial, como também nas atividades direcionadas à consecução da referida atividade fim.¹⁶⁸

Destarte, o objeto empresarial pode ser um critério seguro para a aferição da eventual realização de um ilícito penal por parte da pessoa jurídica empresária, desde que haja a consideração não apenas de sua atividade fim, mas também das demais atividades empreendidas.¹⁶⁹ Tal consideração prescinde, inclusive, de qualquer substrato ontológico, vez que, como já se viu alhures, a empresa pode ser sintetizada como uma atividade denotativa de uma ideia abstrata. É dizer: por expressar o sentido do exercício de uma atividade, a empresa pode ser concebida como uma ideia abstrata e, nessa condição, é independente de qualquer substrato ontológico, já que os meros fatores de produção, se não forem organizados mediante o exercício de uma atividade empresarial, serão juridicamente irrelevantes.

Sob tais pressupostos, tem-se uma saída dogmática para a responsabilização penal da pessoa jurídica empresária, a partir do aporte teórico fornecido pela teoria da empresa. Contudo, como essa responsabilização parte do exercício de uma atividade que expressa o sentido de uma ação penalmente relevante, é necessário, ainda, visualizar como a ação se desenvolveu na dogmática penal, partindo-se das concepções mais clássicas até serem alcançadas as mais modernas, o que será feito nas linhas subsequentes.

¹⁶⁸ DAVID, Décio Franco. Reflexões sobre os fundamentos teóricos da responsabilidade penal da pessoa jurídica a partir da teoria da empresa... cit., p. 144-146.

¹⁶⁹ DAVID, Décio Franco. Reflexões sobre os fundamentos teóricos da responsabilidade penal da pessoa jurídica a partir da teoria da empresa... cit., p. 148.

CAPÍTULO IV

A AÇÃO NA DOGMÁTICA PENAL

Tradicionalmente, concebe-se que o primeiro elemento da teoria do delito é a ação (ou, em um sentido mais amplo, a conduta, a fim de que sejam abarcadas tanto a ação propriamente dita quanto a omissão).¹⁷⁰

É possível atribuir os primórdios de uma concepção de ação a Georg Wilhelm Friedrich Hegel.¹⁷¹ Na obra do filósofo germânico, a ação foi inicialmente identificada como uma expressão de vontade que corresponde à culpabilidade.¹⁷² Nas palavras de Hegel: “Tem [...] a vontade o direito de só reconhecer como ação sua aquilo que ela se representou e de, portanto, só se considerar responsável por aquilo que sabe pertencer às condições em que atuou, por aquilo que estava nos seus propósitos”.¹⁷³ A partir desse aporte, iniciou-se a elaboração sistemática do delito, sendo que os discípulos de Hegel vieram a separar a ação da ação culpável, por meio de uma concepção geral de ação como o substrato ao qual são acrescentados predicados com o fim de precisar o delito.¹⁷⁴

Então, o delito passou a ser considerado como a mera causação de um resultado típico por meio de uma ação, sendo que havia uma sinonímia entre delito e ação delitiva. E, uma vez que o delito era reputado como a causação de um resultado típico, tentou-se inicialmente estabelecer o conteúdo do tipo a partir de uma concepção de causalidade. Todavia, esse esforço mostrou-se ineficaz em decorrência do insucesso tanto das teorias ontológicas (como a da *conditio sine qua non*) quanto das teorias normativas (como a da causalidade adequada) acerca da causalidade. Isso porque, enquanto as teorias ontológicas da causalidade

¹⁷⁰ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Trad. y notas por Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Prólogo de Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1984. p. 256.

¹⁷¹ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general: fundamentos: la estructura de la teoría del delito**. Tomo I. Trad. de la 2. ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 235.

¹⁷² 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**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 3.

¹⁷³ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. por Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 104.

¹⁷⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 3.

fracassaram em delimitar o conteúdo do tipo em razão da própria amplitude que carregavam, as teorias normativas acabavam não reconhecendo a causalidade mesmo quanto esta era inegável.¹⁷⁵

Por conta da insuficiência das concepções de causalidade, para a definição do conteúdo do tipo e, por consequência, do próprio delito, passou-se a explorar outro dos elementos típicos: a ação – em que pese tal esforço não tenha conseguido superar problemas praticamente idênticos aos causados pelas concepções de causalidade –, concebida em um viés ontológico. Vê-se, pois, que a colocação de uma concepção ontológica de ação na base da construção analítica do delito ocorreu muito mais em razão da insuficiência teórica das concepções de causalidade e muito menos pela segurança advinda dessa concepção de ação.¹⁷⁶

No contexto histórico abrigador do esforço dogmático de construção analítica do delito, particularmente no final do século XIX, houve a ascensão do positivismo científico (ou naturalista) e o incremento da importância das ciências naturais, as quais se expandiram a ponto de determinar os padrões científicos da época, inclusive os esforços de desenvolvimento de uma ciência jurídica e, por extensão, de uma ciência penal.¹⁷⁷ Em verdade, esse modelo de racionalidade que é calcado pelo domínio das ciências naturais desenvolveu-se desde a revolução científica do século XVI, tendo, contudo, atingido seu apogeu no século XIX ao estender-se às demais ciências da época (incluindo as emergentes), passando a assumir, pois, a condição de um modelo global de racionalidade científica.¹⁷⁸

Nesse contexto histórico do século XIX, consolidou-se, na comunidade científica, o interesse por um método empírico, indutivo, experimental e causal-explicativo para a elaboração do conhecimento. Nesse diapasão, o positivismo científico reputava como ciência apenas o conhecimento apreendido pelos sentidos e, sobretudo, explicado por meio de repetições laboratoriais.¹⁷⁹

Especialmente no escopo do Direito penal, o advento do positivismo científico ensejou uma insatisfação para com as concepções de delito até então

¹⁷⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 3-4.

¹⁷⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 4.

¹⁷⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 4-5.

¹⁷⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 5. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2008. p. 20-21.

¹⁷⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 24.

dominantes, tanto as de cunho formal (que concebiam o delito como uma ação ou omissão proibida pela lei sob a ameaça de uma pena) quanto as de cunho material (que definiam o delito como uma ação ou omissão que, a juízo do legislador, é contrastante com os valores ou interesses do grupo social, a ponto de merecer a reação de uma pena). Por conta dessa insatisfação com as concepções formais e materiais de delito, este passou a ser definitivamente definido mediante uma concepção analítica, decorrente do método das ciências naturais, cujos contornos foram apropriados pelo Direito a fim de que este tivesse sua cientificidade legitimada.¹⁸⁰

No esforço de elaboração de uma concepção analítica de delito, houve o traslado da concepção até então reinante de ilícito civil, no qual o injusto tinha como base uma antijuridicidade objetiva, isto é, prescindível de qualquer culpabilidade. Nesse traslado, contudo, fez-se uma cisão entre as categorias do injusto e da culpabilidade, na medida em que o delito passou a ser concebido como sendo constituído por dois componentes: (1) um processo causal externo (componente objetivo), correspondente ao injusto; e (2) o conteúdo da vontade interna do agente (componente subjetivo), equivalente à culpabilidade.¹⁸¹

Essa cisão decorreu do próprio método preconizado pelo pensamento científico da época, qual seja, o método analítico, a partir do qual o objeto de estudo é dividido em partes distintas a fim de propiciar uma melhor compreensão de sua totalidade mediante a compreensão de seus componentes individuais. Esse método analítico foi manejado para o estudo do delito, vez que se compreendia que este não podia restringir-se a uma compreensão unitária e que o estudo dos seus componentes individuais seria, inclusive, mais didático. Sob esses vieses, a teoria geral do delito passou a ser estruturada em diversos elementos.¹⁸²

Mais precisamente, a concepção de delito foi decomposta em uma dupla valoração: (1) uma sobre o fato humano cometido, na qual há uma análise objetiva desse fato e das circunstâncias que o envolvem (procede-se a uma análise da ação, da tipicidade e da antijuridicidade); e (2) outra sobre o autor do fato, na qual há uma

¹⁸⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 5.

¹⁸¹ JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación.** 2. ed. corrig. Trad. por Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 160-161.

¹⁸² BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 5.

análise das condições pessoais do sujeito (procede-se a uma análise da culpabilidade). Outrossim, a ação foi alçada à condição de elemento primordial do delito, e, considerando a influência exercida pelas ciências naturais sobre a concepção analítica de delito, a primeira concepção de ação proposta a partir desse contexto teórico teve um cunho ontológico. Tratou-se de uma concepção causal-naturalista de ação, assim cunhada por partir de uma relação mecanicista de causa e efeito.¹⁸³

Todavia, a concepção de ação evoluiu na dogmática penal, tendo assumido diversas denotações.

Afinal, a controvérsia acerca da concepção de ação no Direito penal é intensa. E, considerando a pluralidade e a manutenção de distintos modelos teóricos de ação na literatura e na jurisprudência contemporâneas, convém explorar cada uma das definições de ação que são oferecidas por esses modelos.¹⁸⁴ Assim, serão mais bem exploradas nas linhas subsequentes do presente trabalho as principais denotações que a ação assumiu ao longo da dogmática penal, desde as mais clássicas até as mais hodiernas.

4.1. A AÇÃO CAUSAL-NATURALISTA

A concepção causal-naturalista de ação teve como precursor Franz von Liszt, para o qual a ação é um processo mecânico regido pelas leis da causalidade. Essa concepção de ação foi influenciada pelo positivismo científico dominante no final do século XIX, época na qual se buscava transplantar o método e as leis das ciências naturais para as demais áreas do conhecimento (incluindo o Direito).¹⁸⁵ Tratou-se, pois, de uma concepção de ação decorrente da irradiação do pensamento naturalista do final do século XIX sobre a ciência penal.¹⁸⁶

Esse trabalho teórico iniciado por Liszt foi desenvolvido por Ernst von Beling e mais bem fundamentado e posteriormente criticado por Gustav Radbruch (para quem, em um primeiro momento, foi positiva a atribuição de uma maior concreção

¹⁸³ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 6.

¹⁸⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal...** cit., p. 82-83.

¹⁸⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994. p. 93.

¹⁸⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal...** cit., p. 259.

à concepção de ação, a qual, todavia, depois foi rechaçada pelo próprio autor como elemento básico da estrutura da teoria do delito).¹⁸⁷

Ao definir a ação, Liszt a concebia como uma modificação do mundo exterior que pode ser percebida pelos sentidos e que é produzida por uma manifestação de vontade, a qual se expressa por meio de um movimento corporal voluntário que é cometido ou omitido.¹⁸⁸ Nas palavras do referido autor:

Acção é pois o facto que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível á vontade do homem. Sem *acto de vontade* não ha acção, não ha injusto, não ha crime: *cogitationis poenam nemo patitur*. Mas tambem não ha acção, não ha injusto, não ha crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um *resultado*. Dest'arte são dados os dois elementos, de que se compõe a idéa de acção e portanto a de crime: acto de vontade e resultado. A estes dois elementos deve accrescer a relação necessaria, para que elles formem um todo, a *referencia do resultado ao acto*. Em dois casos referimos a mudança do mundo exterior á vontade humana: 1.º quando a mudança foi *causada* voluntariamente; 2.º quando voluntariamente não foi *impedida*. A *commissão* e a *omissão* são as duas formas fundamentaes da acção e consequentemente do crime.¹⁸⁹

Sob essa ótica, a ação é identificada, portanto, como um processo causal, na medida em que a vontade humana é determinante do movimento corporal.¹⁹⁰ Esse movimento corporal, a seu turno, foi definido por Liszt como uma tensão (contração) dos músculos, determinada não por uma coação mecânica ou psicofísica, mas por ideias e representações, e efetuada pela inervação dos nervos motores. Para o aludido autor, esse movimento corporal voluntário (posto que decorrente de um ato de vontade) constitui, junto com a causação de um resultado, a ideia de ação como comissão.¹⁹¹ No que tange à omissão, Liszt ressaltava que esta não resulta da inervação dos músculos ocorrente no movimento corporal voluntário que é própria da comissão, mas sim de um ato de vontade cuja expressão tem um sentido puramente negativo.¹⁹²

Destarte, segundo esse aporte teórico, a ação é configurada apenas pela constatação de que seu autor atuou positivamente ou permaneceu inativo, sem adentrar-se em sua intenção – vez que, na categoria da ação, a vontade representa

¹⁸⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 6-7.

¹⁸⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 7.

¹⁸⁹ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão...** cit., p. 193-194, grifos no original.

¹⁹⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 7.

¹⁹¹ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão...** cit., p. 198.

¹⁹² LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão...** cit., p. 207-208.

tão somente um querer objetivamente aferível, sendo seu conteúdo irrelevante –, cuja verificação é delegada à categoria da culpabilidade.¹⁹³ Essa atribuição de uma vontade objetiva à categoria da ação é igualmente extraível da concepção de ação inicialmente proposta por Beling:

Deve entender-se por “ação” um *comportamiento corporal* (*fase externa, “objetiva” da ação*) produzido pelo domínio sobre o corpo (liberdade de inervação muscular, “*voluntariedad*”), (*fase interna, “subjativa” da ação*); isto é, um “*comportamiento corporal voluntario*”, consistente ou em um “fazer” (ação positiva), isto é, um movimento corporal, [...] ou em um “não fazer” (omissão), isto é, distensão dos músculos.¹⁹⁴

Tal concepção reforça que, para o reconhecimento da categoria da ação, basta saber que o autor atuou ou não atuou voluntariamente, sendo o conteúdo da vontade irrelevante e importante apenas para a categoria da culpabilidade. Sob esse viés, a categoria da ação possui um caráter objetivo, posto que a voluntariedade que leva a uma comissão ou a uma omissão não comporta qualquer relação com a subjetividade anímica do autor.¹⁹⁵

Entretanto, importa dizer que a concepção causal-naturalista de ação foi sensivelmente alterada desde suas proposições clássicas, vindo a desembocar, posteriormente, em uma concepção neoclássica. Isso porque, de início, a ação causal-naturalista era tão somente uma concepção descritiva e ontológica, influenciada pelo mecanicismo do final do século XIX, e cuja semântica reportava a um impulso voluntário como causa de um movimento corporal capaz de produzir um resultado, qual seja, uma mudança perceptível no meio externo. Todavia, essa formulação da concepção causal-naturalista de ação veio a ser reputada como inadequada por seus próprios adeptos, a exemplo de Beling, que passou a admitir que a vontade orienta a ação, ainda que genericamente e sem ser constituída, na categoria da ação, por dolo ou culpa.¹⁹⁶

¹⁹³ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 7-8.

¹⁹⁴ BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**: la doctrina del delito-tipo. Análisis de Carlos M. de Elía. Trad. por Sebastián Soler. Colección clásicos del derecho. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 2002. p. 42, grifos no original, tradução livre. No original: “Debe entenderse por ‘acción’ un *comportamiento corporal* (*fase externa, ‘objetiva’ de la acción*) producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de inervación muscular, ‘*voluntariedad*’), (*fase interna, ‘subjativa’ de la acción*); ello es, un ‘*comportamiento corporal voluntario*’, consistente ya en un ‘hacer’ (acción positiva), ello es, un movimiento corporal, [...] ya en un ‘no hacer’ (omisión), ello es, distensión de los músculos.”.

¹⁹⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 8.

¹⁹⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 8-9.

Além da dificuldade de explicar uma vontade causadora da ação cujo conteúdo – bem como a relação deste com o resultado – é irrelevante para a ação, outra limitação encontrada na concepção causal-naturalista é que esta servia precipuamente apenas para explicar a comissão. Tanto é assim que as definições empregadas para explicar a omissão a concebiam de um modo distinto, geralmente como a irrealização voluntária de um movimento corporal ou simplesmente como a negação de uma comissão. Então, autores como Liszt e Beling buscaram reformular suas concepções iniciais e aderiram a um supraconceito de ação, capaz de englobar tanto a comissão quanto a omissão.¹⁹⁷ Essa mudança teórica inseriu-se no bojo de uma formulação neoclássica para a concepção causal-naturalista de ação.¹⁹⁸

Ao se analisar a teoria do delito construída a partir da concepção causal-naturalista de ação, nota-se que esta exerceu um papel de base, pois representou o ponto de partida de análise das demais categorias do delito, quais sejam: (1) uma tipicidade objetiva e meramente descritiva; (2) uma antijuridicidade também objetiva, mas valorativa (normativa); e (3) uma culpabilidade subjetiva e descritiva, constituída pelo elo psíquico entre o fato e seu autor.¹⁹⁹ Na doutrina brasileira, a concepção causal-naturalista de ação foi encampada por autores como Nélon Hungria.²⁰⁰

É preciso dizer, ainda, que a concepção causal-naturalista de ação não é imune a críticas, mesmo se visualizada a partir de uma proposição neoclássica.

Uma dessas críticas se encontra presente na obra de Radbruch, para quem não é possível aglutinar, em uma mesma concepção de ação, a comissão e a omissão, vez que “*a omissão não só não tem em comum com a ação os caracteres da vontade, do fato e da causalidade entre ambos; pelo contrário, ela se esgota precisamente em*

¹⁹⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 9-10.

¹⁹⁸ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal...** cit., p. 250-251.

¹⁹⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 10.

²⁰⁰ A adoção de uma concepção causal-naturalista de ação por Hungria é extraível da definição que o referido autor conferia ao crime: “O crime é, antes de tudo, um *fato*, entendendo-se por tal não só a expressão da vontade mediante *ação* (voluntário movimento corpóreo) ou *omissão* (voluntária abstenção de movimento corpóreo), como também o *resultado* (*effectus sceleris*), isto é, a conseqüente lesão ou periclitacão de um bem ou interesse jurídico penalmente tutelado. Não há crime sem uma vontade *objetivada*, sem a voluntária conduta de um homem, produtiva ou não impeditiva de uma alteração no mundo externo.” (HUNGRIA, Nélon; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal (Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940)**: arts. 11 a 27. v. 1. Tomo II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 10-11, grifos no original).

negá-los".²⁰¹ Outra crítica que pode ser feita à concepção causal-naturalista de ação decorre da própria epistemologia que lhe serve de base, qual seja, o positivismo científico (ou naturalista), o qual não pode ser simplesmente adaptado ao Direito penal, como bem aponta Andrei Zenkner Schmidt:

Epistemologicamente, o *positivismo-naturalista* é evidentemente falho ao ser adaptado ao Direito Penal. Em primeiro lugar, porque a realidade não possui um sentido *em si*, completamente alheio à valoração jurídica. Em segundo lugar, porque é evidentemente temerário pretender-se adaptar a uma ciência social e normativa, como é o Direito, o método de uma ciência exata. Em terceiro lugar, porque o fenômeno criminal não pode ser explicado por meio de relações de causa e efeito, na medida em que o crime o crime não é uma criação da natureza, mas sim um fato social que, em termos jurídico-dogmáticos, não passa do produto de uma atividade legislativa.²⁰²

Diante dos problemas causados pelo traslado indevido do positivismo científico, sobreveio a necessidade de legitimar a cientificidade do Direito penal a partir de uma base não empírica, o que implicava em romper com a unicidade da própria base naturalista da ciência. Por conta dessa demanda teórica, houve um esforço de afirmação de um positivismo não vinculado a bases naturais, mas sim a bases normativas, capaz de buscar a realidade no seio do próprio Direito. Tratou-se, pois, do positivismo jurídico, cujo objeto é a própria norma positivada. E, com a evolução do positivismo jurídico em oposição ao positivismo científico, possibilitou-se o desenvolvimento de uma teoria de base com o potencial de reformular o conteúdo das categorias do delito, mediante um novo modelo de filosofia dos valores.²⁰³

Nesse contexto é que foi concebida uma ação neokantiana na dogmática penal, cuja concepção será mais bem explorada nas linhas subseqüentes.

²⁰¹ RADBRUCH, Gustav. **El concepto de acción y su importancia para el sistema del derecho penal**. Trad. y notas por José Luis Guzmán Dalbora. Estudio introductorio de Gonzalo D. Fernández y José Luis Guzmán Dalbora. Colección maestros del derecho penal, n. 36 (dir. de Gonzalo D. Fernández y coord. de Gustavo E. Aboso). Buenos Aires: Editorial B de F, 2011. p. 168, grifos no original, tradução livre. No original: "*la omisión no sólo no tiene en común con la acción los caracteres de la voluntad, el hecho y la causalidad entre ambos; antes bien, ella se agota precisamente en negarlos*".

²⁰² SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar...** cit., p. 28, grifos no original.

²⁰³ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral... cit., p. 206-208.

4.2. A AÇÃO NEOKANTIANA

Do ponto de vista filosófico, a primeira tentativa de superação do paradigma epistemológico erigido pelo positivismo científico se deu com a filosofia dos valores, originada na escola neokantiana do sudoeste alemão, a partir da obra de autores como Emil Lask.²⁰⁴ Segundo esse filósofo, o Direito “pode ser visto como um fator cultural real, como um processo da vida social”.²⁰⁵ Sob esse viés, a ordem jurídica é concebida como um fato cultural, isto é, como uma realidade correspondente a um valor.²⁰⁶

Como se vê, os neokantianos não apartaram o conteúdo axiológico das ciências culturais (incluindo o Direito) – por vezes referidas como “ciências do espírito” –, para as quais foi tecido um método científico próprio, que reporta a finalidades e a valores e não meramente a uma relação de causalidade mecanicista (própria das ciências naturais), e que é mais compreensivo e valorativo do que explicativo e descritivo.²⁰⁷

A partir desse esforço teórico, os neokantianos (incluindo os penalistas) teceram um dualismo metodológico que permitiu uma cisão entre o mundo dos valores e o mundo da natureza, com vista a superar os problemas decorrentes das concepções ontológicas apresentadas pelo causalismo naturalista. E, mesmo com o estabelecimento de um método valorativo próprio para as ciências culturais, os neokantianos reconheceram que os valores são relativos e que uma opção valorativa

²⁰⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 11.

²⁰⁵ LASK, Emil. Filosofia do direito. **Revista Direito e Práxis**, v. 4, n. 2, p. 391-429, 2013. Trad. por José de Resende Júnior. p. 414.

²⁰⁶ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito...** cit., p. 133.

²⁰⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 11. Sobre a inviabilidade de extensão do método das ciências naturais para as “ciências do espírito” e a necessidade de que estas tenham um método próprio, reforça Karl Larenz: “Com exceção da lógica e da matemática, o conceito positivista de ciência só admite como científicas as disciplinas que se servem dos métodos das ciências da natureza, ou seja, de uma pesquisa causal que assente na observação, na experimentação e na recolha de factos. Ora não só a ciência do Direito, mas também as chamadas ciências do espírito [...] são manifestamente incompatíveis com semelhantes métodos. Se estas ciências não devem ser todas excluídas do círculo das ciências reconhecidas, então carece de crítica o próprio conceito positivista de ciência. Mesmo que se limite a missão da ciência ao conhecimento da realidade que à experiência de algum modo se ofereça [...], fica ainda de pé a pergunta se com os métodos das ciências “exactas” da natureza se logra verdadeiramente compreender o *conjunto da realidade que é susceptível de experiência*. Havendo que responder negativamente a esta questão, estará demonstrada a legitimidade e necessidade de uma outra espécie de ciências, justamente as ciências do espírito, e, com ela, de outros métodos científicos além dos métodos das ciências da natureza.” (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Trad. por José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 125-126, grifos no original).

absoluta é cientificamente impossível. O que o esforço neokantiano pretendeu, em verdade, foi atenuar as concepções absolutas que decorreram do positivismo científico, o que foi feito, inicialmente, por meio do positivismo jurídico.²⁰⁸

Com efeito, a partir dos problemas gerados pela adaptação equivocada do positivismo científico ao Direito, resgatou-se, em meados do século XX, o positivismo jurídico como uma vertente do positivismo filosófico que é orientada não ao conhecimento da natureza, mas sim da norma jurídica, reputada como o único fator capaz de expressar o objeto científico do Direito. Ao perquirir por uma cientificidade, o positivismo jurídico secundariza as influências naturais sobre a ciência jurídica, a fim de focar na realidade própria do Direito.²⁰⁹

Outrossim, tanto o positivismo jurídico quanto o neokantismo partiram da premissa kantiana de cisão irrestrita entre conhecimentos puros e conhecimentos empíricos. Todavia, enquanto o positivismo jurídico aplicou tal premissa à ciência jurídica para tecer uma separação absoluta entre o dever ser o ser do Direito, com especial primazia a este último aspecto, o neokantismo partiu da aludida premissa kantiana para, posteriormente, supervalorizar o aspecto deontológico, isto é, o dever ser do Direito.²¹⁰

Tanto é assim que Edmund Mezger – um dos neokantianos de destaque na dogmática penal –, apesar de ter visualizado como um progresso o reconhecimento da importância da vontade da lei, entendia que esta deve comportar um valor de justiça para adentrar no Direito. O autor alemão propôs, junto com outros neokantianos, uma teoria geral do delito permeada por valores. E, ainda que nessa teoria do delito neokantiana remanescesse uma concepção causal para a ação, a dimensão naturalista desta perdeu força.²¹¹ Inclusive, Gustav Radbruch já apontava que a concepção causal-naturalista de ação é inapropriada para servir de pedra angular ao sistema do Direito penal, pelo que, conseqüentemente, não serve como suporte dos elementos restantes do delito, quais sejam, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade.²¹²

²⁰⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 12.

²⁰⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar...** cit., p. 28.

²¹⁰ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar...** cit., p. 39.

²¹¹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 12-13.

²¹² RADBRUCH, Gustav. **El concepto de acción y su importancia para el sistema del derecho penal...** cit., p. 181.

Em verdade, os neokantianos não propuseram uma mudança na sistemática do delito, mas tão apenas no conteúdo de suas categorias. No que tange à ação, esta foi concebida como a expressão externa do injusto penal, em que pese Radbruch apontasse – ainda que isoladamente – uma perda da importância da concepção de ação, vez que o referido autor reputava a realização do tipo como a concepção fundamental da sistemática do delito. Com efeito, no neokantismo, restou reduzida a importância condicionante da concepção de ação para a teoria do delito.²¹³

Todavia, a maior parte da doutrina neokantiana manteve a ação como a categoria fundamental do delito, capaz de garantir a unidade do sistema e suscetível de suportar juízos de desvalor expressos na antijuridicidade e na culpabilidade.²¹⁴ Nessa esteira, Mezger entendia que a ação é sempre uma conduta humana.²¹⁵ Ao sintetizar sua concepção de ação, o referido autor aduzia que esta é composta pelos seguintes elementos: (1) um querer interno do agente; e (2) um resultado representante da total realização típica no meio exterior, sendo que tal resultado compreende tanto (2.1) a ação corporal do agente quanto (2.2) o resultado externo propriamente dito, decorrente da ação.²¹⁶

Vale destacar que, para Mezger, o querer interno do agente – ou, mais especificamente, o querer agir – integra a categoria da ação sem que seu conteúdo – isto é, a vontade em geral – seja relevante. Sob essa ótica, na categoria da ação, o que importa é perquirir o que foi causado pelo querer agir do sujeito – buscando-se tão somente por uma relação de causalidade entre esse querer e o resultado –, independentemente do grau de consciência desse sujeito com relação ao seu próprio querer interno.²¹⁷ Vê-se, pois, em linhas gerais, que a concepção neokantiana de ação não possui grandes diferenças em relação à concepção causal-naturalista de ação.

Importa dizer que, ainda que o neokantismo tenha mérito por sua contribuição para a consolidação de um método próprio para o Direito e, por extensão, para o Direito penal, e mesmo que essa corrente tenha feito o importante

²¹³ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 13-14.

²¹⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 15.

²¹⁵ MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal.** Tomo I. Serie C. 2. ed., rev. por Jose Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1946. p. 171-172.

²¹⁶ MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal...** cit., p. 175-176.

²¹⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 15.

reconhecimento de que o mundo jurídico é permeado por valores, algumas críticas lhe foram feitas.

Primeiramente, aponta-se que o neokantismo não superou a grande controvérsia presente desde o positivismo jurídico, qual seja, a indagação sobre se os valores do sistema jurídico interferem na própria validade deste, em que pese o reconhecimento de que o Direito possui uma dimensão axiológica.²¹⁸ Outra crítica veemente à corrente neokantiana foi formulada por Hans Welzel, para quem o neokantismo foi, em verdade, um mero desdobramento complementar do positivismo jurídico:

A filosofia do Direito neokantiana não só faz seu o conceito positivista do Direito, mas inclusive o agudiza, eliminando restos terminológicos procedentes de uma época pré-positivista, e completando a realidade positivista com componentes de outra esfera, a esfera da irrealidade, do “mero” ideal ou do “mero” critério, de tal sorte que o Direito da prática jurídica e da ciência jurídica fica abandonado plenamente ao “estrito conceito do Direito” do positivismo. A razão mais profunda do fracasso da filosofia do Direito neokantiana não se encontra no formalismo, no relativismo ou no historicismo de sua “medida” ideal, mas na manutenção e consolidação do conceito positivista do Direito.²¹⁹

A crítica de Welzel insere-se, inclusive, no bojo do finalismo, o qual adveio como uma corrente de incisiva crítica tanto à influência do causalismo no sistema causal-naturalista do delito quanto ao neokantismo, cujas concepções, inclusive, foram equiparadas às concepções do causalismo. A crítica finalista, sobretudo a capitaneada por Welzel, em contraposição à proposta neokantiana, buscou superar a separação entre o plano do ser e o plano do dever ser, tendo proposto que o desenvolvimento das concepções jurídicas se subordine a duas etapas distintas, mas coerentes entre si: (1) a primeira etapa, marcada por um estudo da lógica dos

²¹⁸ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar...** cit., p. 42.

²¹⁹ WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material**. 2. ed. Trad. por Felipe González Vicén. Madrid: Aguilar, 1971. p. 199, tradução livre. No original: “La filosofía del Derecho neokantiana no solo hace suyo el concepto positivista del Derecho, sino que lo agudiza incluso, eliminando restos terminológicos procedentes de una época prepositivista, y completando la realidad positivista con componentes de otra esfera, de la esfera de la irrealidad, del ‘mero’ ideal o del ‘mero’ criterio, de tal suerte que el Derecho de la práctica jurídica y de la ciencia jurídica queda abandonado plenamente al ‘estRICTO concepto del Derecho’ del positivismo. La razón más profunda del fracaso de la filosofía del Derecho neokantiana no se encuentra en el formalismo, en el relativismo o en el historicismo de su ‘medida’ ideal, sino en el mantenimiento y consolidación del concepto positivista del Derecho.”.

fenômenos naturais; e (2) a segunda etapa, marcada por uma valoração jurídica conforme aos fenômenos naturais identificados na primeira etapa.²²⁰

Ainda, no que tange à categoria da ação, a crítica finalista apontou que as concepções causais de ação são limitadas por restringirem a ação a um mero impulso voluntário, desprovido de uma vontade dolosa ou culposa²²¹ – tal crítica abrange as concepções causais de ação de perfil tanto naturalista quanto neokantiano, em face da ausência de diferenças substanciais entre elas, o que é reconhecido pelo próprio finalismo. Como alternativa, sobreveio, então, a ação finalista, a qual será mais bem explorada nas linhas subsequentes.

4.3. A AÇÃO FINALISTA

A teoria finalista da ação desenvolveu-se a partir da década de 30 do século XX e sua promoção foi feita por autores como Hans Welzel, Reinhart Maurach, Armin Kaufmann e Günter Stratenwerth, tendo a formulação welzeliana logrado mais destaque teórico, a qual preconizou, primariamente, uma concepção de ação hábil a superar as concepções causais de ação até então reinantes na teoria do delito.²²² A título introdutório, é possível dizer que a concepção welzeliana de ação assemelha-se com a concepção hegeliana de ação, com a diferença de que, na estrutura do delito finalista proposta por Welzel, o injusto e a culpabilidade – integrados à ação hegeliana – são categorias apartadas da categoria da ação, o que se mostrou útil para um sistema moderno de teoria do delito.²²³

Em que pese o intento de Welzel de propor uma teoria finalista afastada da influência do positivismo científico – base epistemológica do causal-naturalismo –, sua concepção de ação acabou sendo estritamente vinculada a essa corrente, notadamente por conta da pretensão welzeliana de assimilação de componentes

²²⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 16.

²²¹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal:** parte geral... cit., p. 214.

²²² BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 15-16. Para uma visualização mais apurada de como os autores em comento posicionam-se a favor de uma ação finalista, veja-se, especialmente e a título exemplificativo: WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal:** una introducción a la doctrina de la acción finalista. 2. reimpr. Trad. y notas por José Cerezo Mir. Colección maestros del derecho penal, n. 4 (dir. de Gonzalo D. Fernández y coord. de Gustavo E. Aboso). Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 41; MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal...** cit., p. 210; KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión.** Trad. de la 2. ed. alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 60; STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal:** parte general: el hecho punible. v. 1. Trad. por Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2005. p. 101.

²²³ ROXIN, Claus. **Derecho penal...** cit., p. 239.

ontológicos pelo Direito, ainda que sua metodologia de base tenha se ancorado na aplicação do método fenomenológico e ontológico.²²⁴ A partir do método fenomenológico de investigação, Welzel propôs uma concepção pré-jurídica de ação, dotada de um substrato material existente antes da valoração humana e, conseqüentemente, preliminar a qualquer valoração jurídica.²²⁵

Com efeito, o finalismo preconiza a existência de uma ordem ontológica objetiva, natural e prévia às valorações humanas. Por essa razão, a ação finalista é uma concepção não genuinamente jurídica, mas extraível da natureza, pelo que só pode comportar uma análise e não uma valoração, a qual é destinada para as demais categorias do delito.²²⁶

Outrossim, a concepção finalista de ação tem como nota distintiva não a causalidade própria das concepções causais de ação, mas sim a finalidade, na medida em que o finalismo sustenta que a ação não é conduzida por uma mera vontade, mas, mais precisamente, por uma vontade específica e dirigida a um objetivo previamente considerado pelo ser humano. Como consequência dessa proposta teórica, houve a inclusão do dolo já na categoria da ação, o que simbolizou a subjetivação do que era até então a parte objetiva do ilícito penal e marcou a definitiva superação da cisão rígida do delito em um lado objetivo e outro lado subjetivo.²²⁷

Importa dizer que, em que pese as concepções causais de ação tenham sido criticadas com o advento da concepção finalista de ação, esta não excluiu da categoria da ação nem o movimento corporal como sua expressão natural e tampouco a relação de causalidade mecanicista. O que a concepção finalista de ação fez foi dotar de conteúdo a vontade presente na ação, que, nesse sentido, deixou de ser uma mera voluntariedade para se converter em uma consciência voltada a um objetivo.²²⁸

Essa inovação foi importante, inclusive, para reforçar a ideia de que nem todos os cursos causais são juridicamente relevantes, na medida em que somente são abrigadas pela concepção finalista de ação as situações que traduzem uma

²²⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 17.

²²⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar...** cit., p. 60.

²²⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 18.

²²⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 18-19.

²²⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 19-20.

expressão do sujeito de busca por um objetivo, isto é, uma expressão de finalidade por parte do agente. Esse recorte permite a distinção entre o fato meramente natural, determinado pela tradicional relação de causalidade, e a ação humana propriamente dita, determinada pela vontade finalista do sujeito. Sob esse viés, concebe-se que o ser humano, ao atuar, orienta sua ação a um propósito predeterminado, e não simplesmente produz um reflexo mecânico.²²⁹ Essa delimitação resta bem evidente na definição que Welzel atribuiu para sua concepção de ação:

A ação humana é exercício de atividade final. A ação é, portanto, um acontecer “final” e não somente “causal”. A “finalidade”, ou o caráter final da ação, se baseia em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua conduta, atribuindo, portanto, fins diversos e dirigindo sua atividade, conforme a um plano, à consecução destes fins. Graças a seu saber causal prévio pode dirigir seus diversos atos de modo que oriente o suceder causal externo a um fim e o domine finalmente. Atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em função do fim, enquanto que o acontecer causal não está dirigido em função do fim, mas que é a resultante causal da constelação de causas existente em cada momento. A finalidade é, por isso – dito em forma gráfica – “vidente”, a causalidade, “cega”.²³⁰

Com efeito, a concepção finalista de ação despreza o movimento natural que não seja orientado por uma vontade expressa como intenção. Essa vontade finalista, ademais, é deslocada da culpabilidade para a própria ação típica. Essa foi a grande inovação trazida pelo finalismo e que é, até hoje, dominante em termos de distribuição das categorias do delito. Contudo, em que pese o sucesso da proposta teórica finalista, esta veio a exigir algumas correções de rota para subsistir.²³¹ Uma dessas correções deu-se em razão da insuficiência da concepção finalista de ação original para explicar os delitos culposos.

²²⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 20.

²³⁰ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal...** cit., p. 41, tradução livre. No 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 externo a un fin y lo domine finalmente. Actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función del fin, sino que es la resultante causal de la constelación de causas existente en cada momento. La finalidad es, por ello – dicho en forma gráfica – ‘vidente’, la causalidad, ‘ciega’”.

²³¹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 20-21.

Uma vez que a concepção finalista de ação originalmente proposta por Welzel provocou um traslado do dolo para a própria categoria da ação, o referido autor viu a necessidade de explicar a estrutura da ação culposa de uma maneira diferenciada: enquanto a ação dolosa (atividade final efetiva) possui uma finalidade atual como elemento configurador, a ação culposa (atividade final possível) possui uma finalidade potencial como representante de um momento da relação de causalidade.²³²

Como consequência, tanto a ação dolosa quanto a ação culposa foram integradas a um supraconceito de ação por meio da finalidade como denominador comum. Entretanto, mostrou-se incoerente aglutinar as ações culposas e as ações dolosas em um mesmo supraconceito genérico de ação, vez que as finalidades de ambas as classes de ações são distintas, não sendo os objetivos presentes em uma ação culposa reprováveis do ponto de vista jurídico. Outrossim, notou-se a irrazoabilidade de se tecer a desvalorização de uma finalidade potencial, vez que esta sequer é intencionada diretamente pelo sujeito e, por vezes, nem mesmo é pensada

²³² BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 21. Quanto à finalidade potencial, Stratenwerth oferece uma explicação didática: “Há que se ter em conta [...] que podem ser penalmente relevantes não só aqueles resultados aos quais estava dirigida ou conduzida finalmente a conduta do autor, como mostra o exemplo simples de um acidente de trânsito causado por excesso de velocidade. [...] Se diz, no entanto, por outra parte, que a conduta descuidada ou negligente não pode satisfazer o modelo da condução final consciente. Por outro lado, *não* se diz que este parâmetro seja supérfluo nesse caso: evidentemente uma responsabilidade penal pelo acidente só entra em consideração se o condutor, de todos os modos, havia tido a *possibilidade* de ter sob controle o curso do acontecer que *de fato* não dominou, ou seja, evitar o resultado. Segundo isto, ela pode vincular-se à mera *capacidade* do homem de conduzir e dominar os cursos do acontecer dentro de certos limites. Finalmente, isso rege também quando, do que se trata é de uma *renúncia* a intervir ativamente, como, p. ex., a realizar manobras de salvamento em um acidente. Em tais casos, é a finalidade ‘potencial’, não a real, a que configura o fundamento e o limite externo da imputação penal.” (STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal...** cit., p. 100-101, grifos no original, tradução livre). No original: “Hay que tener en cuenta [...] que pueden ser penalmente relevantes no sólo aquellos resultados a los que estaba dirigida o conducida finalmente la conducta del autor, como lo muestra el ejemplo simple de un accidente de tránsito causado por exceso de velocidad. [...] Se dice, sin embargo, por otra parte, que la conducta descuidada o negligente no puede satisfacer el modelo de la conducción final consciente. En cambio, *no* se dice que este parámetro sea superfluo en ese caso: evidentemente una responsabilidad penal por el accidente sólo entra en consideración si el conductor, de todos modos, habría tenido la *posibilidad* de tener bajo control el curso del acontecer que *de facto* no ha dominado, o sea, evitar el resultado. Según esto, ella puede vincularse a la mera *capacidad* del hombre de conducir y dominar los cursos del acontecer dentro de ciertos límites. Finalmente, ello rige también cuando, de lo que se trata es de una *renuncia* a intervenir activamente, como, p. ej., a realizar maniobras de salvamento en un accidente. En tales casos, es la finalidad ‘potencial’, no la real, la que configura el fundamento y el límite externo de la imputación penal.”.

por este.²³³ Vê-se, pois, que a formulação original da concepção finalista de ação proposta por Welzel não dava conta de explicar o problema da ação culposa.²³⁴

Com vista a fazer frente a tal insuficiência, Welzel reformulou sua concepção finalista de ação para sustentar que as ações culposas são juridicamente puníveis não por conta dos fins perseguidos pelo agente, mas sim por conta da forma de escolha e da aplicação dos meios instrumentalizados para a consecução dos referidos fins.²³⁵ Nas palavras do autor alemão:

Os delitos culposos se baseiam também em que a ação humana é uma obra: a vontade que partindo do fim, seleciona os meios da ação, necessários para a execução dele, tem que atender também na seleção e utilização dos meios às consequências que estes podem produzir, junto ao fim ou em seu lugar. Neste ponto intervém o ordenamento jurídico e *ordena* que na realização de toda ação que possa ter como consequência (não querida) a lesão de um bem jurídico, se observe “o cuidado necessário no tráfico” para evitar ditas consequências.²³⁶

²³³ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 21.

²³⁴ Além da lacuna explicativa referente à ação culposa, aponta-se que a concepção finalista de ação não logrou êxito em explicar convincentemente a estrutura da omissão, vez que nesta, conforme aduz Paulo Queiroz, “o omitente não detém o controle causal da ação, sendo-lhe reprovado, ao contrário, precisamente a não realização de uma conduta no sentido de evitá-lo” (QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal...** cit., p. 168). Noutro vértice doutrinário, Juarez Cirino dos Santos, que encampa a concepção finalista de ação, reputa como inadequadas as críticas que apontam que tal concepção não dá conta de explicar a ação culposa (ou imprudente) e a omissão: “[...] a crítica de que o modelo final – cuja capacidade explicativa da ação dolosa é reconhecida – teria dificuldades para explicar a ação imprudente e a omissão de ação, parece inconsistente. A *ação imprudente* é definível como *execução defeituosa* de ação permitida: o *defeito* da ação reside no *modo concreto* de sua realização, lesivo do *dever de cuidado* ou do *risco permitido* em ações socialmente perigosas, porque o autor confia na evitação de consequências sociais indesejáveis, ou simplesmente não pensa nelas. A *omissão de ação*, ao contrário da ação dolosa (que não deveria ter sido realizada) ou da ação imprudente (que deveria ser realizada de outro modo), deve ser pensada como *ação mandada*, um acontecimento social construído pela *finalidade* de proteger bens jurídicos em situação de perigo: a inexecução da ação mandada por um sujeito capaz de agir para impedir o resultado e proteger o bem jurídico caracteriza a omissão de ação. Como se vê, a teoria final da ação permite compreender as ações dolosas como execução de *ações proibidas*, as ações imprudentes como execução *defeituosa de ação permitida* e a omissão de ação como inexecução de *ação mandada*, dolosa ou imprudente.” (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal...** cit., p. 89-90, grifos no original).

²³⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 22.

²³⁶ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal...** cit., p. 111, grifo no original, tradução livre. No original: “Los delitos culposos se basan también en que la acción humana es una obra: la voluntad que partiendo del fin, selecciona los medios de la acción, necesarios para la consecución de él, tiene que atender también en la selección y utilización de los medios a las consecuencias que éstos puedan producir, junto al fin o en su lugar. En este punto interviene el ordenamiento jurídico y *ordena* que en la realización de toda acción que pueda tener como consecuencia (no querida) la lesión de un bien jurídico, se observe ‘el cuidado necesario en el tráfico’ para evitar dichas consecuencias.”

Por esse viés, concebe-se que, mesmo nas ações culposas, há uma finalidade. Com esse esforço teórico, o que se procurou obter foi uma concepção unitária de ação, capaz de abranger tanto a ação dolosa quanto a ação culposa.²³⁷

O intento de agrupar as ações dolosa e culposa sob um mesmo eixo prosseguiu até a última formulação teórica welzeliana, a qual substituiu a concepção finalista de ação pela concepção cibernética de ação. A ação cibernética prescinde totalmente do resultado objetivado pelo sujeito – o que implica na renúncia da importância da própria finalidade na categoria da ação – e valoriza tão somente a vontade como controladora e dirigente do evento externo, pelo que fornece, assim, uma explicação tanto para a ação dolosa quanto para a ação culposa, já que em ambas há um controle e uma direção pela vontade em relação ao fato externo. Essa formulação estimulou o trabalho teórico de Stratenwerth, que concebeu uma ideia de finalidade inconsciente, dissociada da consciência do resultado externo.²³⁸

Nas palavras de Stratenwerth, “ainda a ação conduzida *inconscientemente* é, assim e toda, *conduzida*, e, por certo, no sentido de que *poderia* ocorrer assim mesmo conscientemente”.²³⁹ O que se extrai dessa e de outras reformulações teóricas, em verdade, é um esforço teórico progressivo de encaixar o delito culposos em uma concepção finalista de ação.²⁴⁰

Ao se fazer uma suma da concepção finalista de ação, especialmente das versões preconizadas por Welzel, seu grande difusor, nota-se que, apesar das críticas às concepções causais de ação, a ação finalista mantém um denominador comum especialmente com a concepção causal-naturalista de ação, qual seja, o de uma realidade ontológica como condicionante da realidade jurídica. Por essa razão, são convergentes as críticas mais incisivas ao causalismo e ao finalismo,

²³⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 22. Cumpre dizer que a pretensão de estabelecer uma concepção unitária de ação, ou, em outras palavras, um supraconceito de ação, não foi unânime entre os autores finalistas. Stratenwerth, por exemplo, opôs-se à possibilidade de que a ação finalista possa ser manejada como uma concepção genérica, hábil a servir de substrato comum a todas as formas de ação humana (STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal...** cit., p. 101). Com efeito, mesmo sendo um autor finalista, Stratenwerth não encampou todas as concepções elaboradas por seu mentor Welzel (BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 22).

²³⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 22.

²³⁹ STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal...** cit., p. 100, grifos no original, tradução livre. No original: “aun la acción conducida *inconscientemente* es, así y todo, *conducida*, y, por cierto, en el sentido de que *podría* ocurrir asimismo conscientemente”.

²⁴⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 23.

notadamente quanto ao caráter ontológico da concepção de ação.²⁴¹ Entretanto, apesar dessa convergência de base, não podem ser negadas, por outro lado, as diferenças entre a concepção finalista de ação e as que lhe precederam, como as concepções causal-naturalista e neokantiana de ação.

Inclusive, o neokantiano Edmund Mezger opôs-se incisivamente à concepção finalista de ação difundida por Welzel, o qual foi acusado de confundir finalidade e voluntariedade. Iniciou-se, assim, uma intensa querela na dogmática penal sobre qual concepção de ação seria a mais adequada para representar a realidade ontológica condicionante da estrutura da teoria do delito. Contudo, tal querela, que buscou tecer uma discussão puramente dogmática e preconizadora de um divórcio entre o Direito penal e a política criminal, não teve razões técnico-jurídicas, vez que o intento real de seu propagador, Mezger, era criar uma verdadeira cortina de fumaça para ocultar sua colaboração com o programa político de eliminação de pessoas que foi levado a cabo na Alemanha nacional-socialista dos anos 30 do século XX.²⁴²

Dessa querela abstracionista, o finalismo acabou saindo-se vencedor sobre os sistemas causal-naturalista e neokantiano de teoria do delito, tendo logrado grande receptividade tanto legislativa quanto teórica.²⁴³ Todavia, não se pode olvidar que o finalismo incorre em dois equívocos fundamentais: (1) concebe uma realidade unívoca; e (2) preconiza que basta conhecer a realidade una para que os

²⁴¹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 24.

²⁴² BUSATO, Paulo César. **Direito penal:** parte geral... cit., p. 216-217. A contribuição de Mezger com o nacional-socialismo alemão foi apurada por Francisco Muñoz Conde e uma síntese dessa apuração pode ser verificada em: MUÑOZ CONDE, Francisco. As duas faces de Edmund Mezger. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 5, n. 8, p. 9-24, jan./jun. 2013. Trad. por Paulo César Busato.

²⁴³ BUSATO, Paulo César. **Direito penal:** parte geral... cit., p. 217. Inclusive, boa parte da doutrina latino-americana (nela incluída a brasileira) adota à concepção finalista de ação, em maior ou menor medida. Veja-se, nesse sentido e a título exemplificativo: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal...** cit., p. 258; CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal...** cit., p. 161; CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal:** parte geral: arts. 1º ao 120. v. único. 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 254; DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal...** cit., p. 448; HUNGRIA, Nélon; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal...** cit., p. 506 (concepção adotada por Fragoso); JESUS, Damásio de. **Direito penal...** cit., p. 267; NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal...** cit., p. 204; PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro...** cit., p. 239; REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 34; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal...** cit., p. 101; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro...** cit., p. 363.

problemas jurídicos sejam resolvidos (tem-se, aqui, uma falácia naturalista).²⁴⁴ Em sentido contrário a tais pressupostos, passou-se a reconhecer a plurivocidade da realidade e, conseqüentemente, a coexistência de distintas formas para a sua interpretação, em substituição ao postulado de uma verdade absoluta decorrente de uma ideia de realidade unívoca, própria de teorias de base ontológica,²⁴⁵ como é o caso do finalismo.

Com efeito, o raciocínio sistemático embasado em teorias do delito de cunho ontológico contradiz com a própria concepção de Direito, já que este, enquanto um sistema de valores construído para regular a vida social, tem fundamentos absolutamente incompatíveis com a pretensão de neutralidade advinda de um sistema jurídico fechado, cujas bases metodológicas sejam vinculadas tão somente a imutáveis princípios ontológicos.²⁴⁶ A partir dessa reflexão, surgiram críticas aos sistemas ontológicos e fechados de teoria do delito – entre os quais o finalismo se encontra –, as quais assumiram, em suma, duas frentes: (1) uma crítica a uma concepção ontológica de ação; e (2) uma crítica à ideia de uma teoria do delito fechada e alheia às missões perquiridas pelo sistema penal.

No que tange à crítica a uma concepção ontológica de ação, há de se destacar a problematização feita por Claus Roxin, sobretudo frente à concepção finalista de ação, por esta comportar uma pretensão artificial de basear-se em uma ótica ontológica para a estruturação da teoria do delito, à revelia do evidente caráter normativo do Direito.²⁴⁷ Nas palavras do prestigiado autor alemão:

Creio, com efeito, que nenhuma teoria da acção e, ainda mais nenhum outro conceito fundamentado ontologicamente [...], podem constituir a base de um sistema de que possam derivar resultados práticos. Tais intenções são em princípio inúteis, pois não se pode solucionar nenhum problema jurídico com conceitos que são prévios aos conteúdos de sentido jurídico, precisamente devido ao facto de o serem. [...] Se realmente se podem obter por vezes resultados práticos de um conceito supostamente ontológico, a causa reside na projecção inadvertida de conteúdos jurídicos sobre esse conceito e que posteriormente dele se voltam a deduzir. É o que acontece com o discutido conceito de acção que acolhe dentro de si os elementos normativos das circunstâncias de facto e depois toma como base, como se fosse construído de acordo com as leis

²⁴⁴ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídico-penal”, de Roxin. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, n. 20, p. 211-283, 2003. p. 235.

²⁴⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral... cit., p. 222.

²⁴⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral... cit., p. 218.

²⁴⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral... cit., p. 220.

do ser, aquilo que resulta do restrito conteúdo de sentido daqueles elementos.²⁴⁸

Dessas considerações, conclui-se, especialmente no tocante à concepção finalista de ação, que qualquer resultado prático decorrente da ideia de finalidade apenas é obtido mediante um juízo normativo de apreensão de sentido, o que implica justamente na negação do caráter ontológico dessa concepção de ação.²⁴⁹ Com efeito, o dever ser não pode ser deduzido do ser, mas deve, ao contrário, ser embasado em premissas normativas.²⁵⁰

Noutro vértice da crítica aos sistemas ontológicos de teoria do delito, percebeu-se que o sistema de imputação não deve vincular-se a pressupostos metodológicos retirados de um substrato ontológico, mas sim ser consentâneo às missões que lhe são atribuídas,²⁵¹ isto é, às consequências desejadas ou buscadas oficialmente pelo sistema (também referidas como fins ou metas) – e que são, a princípio, inconfundíveis com as funções enquanto consequências reais do sistema –,²⁵² o que implica na necessária superação das concepções de um sistema penal fechado, presentes tanto no causalismo quanto no finalismo. Nesse sentido, vale destacar a observação de Francisco Muñoz Conde:

O fracasso, tanto de causalistas como de finalistas, radica, segundo creio, em terem sido demasiado consequentes com princípios aceitados aprioristicamente, em terem feito do sistema a aspiração máxima da ciência do direito penal, em terem tentado fazer uma apologia do direito pelo direito, olvidando que este não tem um valor absoluto mas relativo. O direito penal, igual ao direito em geral, não é mais que um instrumento posto ao serviço dos fins da comunidade. Se se quer compreender sua essência, é necessário ter em conta esses fins e construir um sistema aberto aos problemas e fins sociais. Deste modo pode ser que o edifício sistemático perca em beleza, mas ganhe em funcionalidade e eficácia, e

²⁴⁸ ROXIN, Claus. Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação: primeira parte: sobre a capacidade de rendimento do conceito jurídico-penal de acção. *In*: ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Trad. por Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel de Figueiredo. Lisboa: Vega, 1998. p. 91-109. p. 108.

²⁴⁹ BUSATO, Paulo César. Autoria e participação nos delitos de pessoas jurídicas: uma análise crítica da responsabilidade por ricochete adotada pelo Superior Tribunal de Justiça. *In*: CHOUKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVAELE, John (orgs.). **Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. v. 2. Apresentação de Ives Gandra Martins e Abram Szajman. Prefácio de Ivette Senize Ferreira. São Paulo: FECOMÉRCIO-SP, 2014. p. 89-119. p. 103.

²⁵⁰ ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Trad. por Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Introducción de Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000. p. 40.

²⁵¹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral... cit., p. 224.

²⁵² HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989. p. 99.

isto é o que deve mostrar um instrumento: ser apto para o cumprimento dos fins para os quais foi criado.²⁵³

Outrossim, as tendências hodiernas acerca das missões do Direito penal acabaram sendo agrupadas em dois grupos essenciais que se diferem justamente no tocante às funções atribuídas ao sistema de imputação e à própria consequência jurídica do delito: (1) uma proposta voltada à proteção de bens jurídicos; (2) e outra proposta destinada a assegurar a estabilidade da norma.²⁵⁴ A primeira proposta, capitaneada por Roxin,²⁵⁵ veio a ser cunhada como funcionalismo teleológico ou dualista, ao passo de que a segunda proposta, liderada por Günther Jakobs,²⁵⁶ veio a ser referida como funcionalismo sistêmico ou monista. Sem adentrar nas minúcias dessas propostas, o importante é verificar que elas auxiliam a atestar a insuficiência de um sistema fechado e calcado em bases puramente ontológicas, como é o caso do finalismo.

Contudo, o finalismo também foi remodelado por um esforço dogmático que veio a culminar na teoria social da ação.²⁵⁷ Tendo isso em vista, será explorada, a seguir, a ação social.

²⁵³ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. 2. ed. Colección maestros del derecho penal, n. 3 (dir. de Gonzalo D. Fernández y coord. de Gustavo E. Aboso). Buenos Aires: Editorial B de F, 2001. p. 277, tradução livre. No original: “El fallo, tanto de causalistas como de finalistas, radica, según creo, en haber sido demasiado consecuentes con unos principios aceptados apriorísticamente, en haber hecho del sistema la aspiración máxima de la ciencia del derecho penal, en haber intentado hacer una apología del derecho por el derecho, olvidando que éste no tiene un valor absoluto sino relativo. El derecho penal, igual que el derecho en general, no es más que un instrumento puesto al servicio de los fines de la comunidad. Si se quiere comprender su esencia, es necesario tener en cuenta esos fines y construir un sistema abierto a los problemas y fines sociales. De este modo puede que el edificio sistemático pierda en belleza, pero ganará en funcionalidad y eficacia, y esto último es lo que debe mostrar un instrumento: si debe ser apto para el cumplimiento de los fines para los que ha sido creado.”.

²⁵⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral... cit., p. 225.

²⁵⁵ Com seu trabalho teórico, Roxin propôs: “A unidade sistemática entre política criminal e direito penal, que [...] também deve ser realizada na construção da teoria do delito” (ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. por Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 22). E, para o referido autor, “a proteção de bens jurídicos não só governa a tarefa político-criminal do Direito penal, mas também a sistemática da teoria do injusto” (ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. org. e trad. por André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 61).

²⁵⁶ Para Jakobs: “A contribuição que o Direito penal presta à manutenção da configuração social e estatal reside em garantir as normas.” (JAKOBS, Günther. **Derecho penal**... cit., p. 45, tradução livre). No original: “La contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas.”.

²⁵⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**... cit., p. 25.

4.4. A AÇÃO SOCIAL

A teoria social da ação buscou, em sua gênese, adicionar um significado social à categoria da ação, no bojo de um esforço teórico de superação das incompatibilidades entre o causalismo e o finalismo – sendo a concepção social de ação, inclusive, coincidente em boa medida com a concepção finalista de ação –, mediante, sobretudo, a operacionalização da ideia de relevância social da ação.²⁵⁸ Entre os autores partidários da concepção social de ação, incluem-se Johannes Wessels, Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend.

Na visão de Wessels, o Direito penal deve ter como ponto de referência a ação humana que é ligada a consequências socialmente danosas.²⁵⁹ Para esse autor, somente a concepção finalista de ação não dá conta de explicar a ação humana, na medida em que dificilmente o ser humano antepõe a si próprio o objetivo de sua ação para apenas depois conduzi-la em um plano mediante uma mobilização refletida dos fatores causais. Outrossim, há formas de ação posteriores à ação finalista consciente, como aquelas provenientes do subconsciente e as omissões, nas quais não se pode apontar, necessariamente, uma direção finalística dos acontecimentos causais. Alternativamente, propõe-se não a finalidade, mas a relevância social como o norte comum a todas as formas de ação ou omissão humanas.²⁶⁰

A partir da relevância social como pressuposto, Wessels concebeu a ação como a conduta socialmente relevante que é dominada ou dominável pela vontade humana. Tal concepção, para o referido autor, é capaz de promover tanto uma conciliação entre considerações ontológicas e considerações normativas quanto uma inclusão das concepções causal e finalista de ação, na medida em que: (1) associa-se à estrutura pessoal da ação na vontade e na manifestação, pelo que, conseqüentemente, conecta-se aos dados ontológicos da ação; e (2) possibilita a compreensão do conteúdo de sentido social do acontecimento, em seu total

²⁵⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 26-27. Para uma visualização mais apurada de como os autores em comento posicionam-se a favor de uma ação social, veja-se, especialmente e a título exemplificativo: WESSELS, Johannes. **Direito penal**: parte geral: aspectos fundamentais. Trad. e notas por Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976. p. 22; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. 5. ed. renov. y ampl. Trad. por Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 239.

²⁵⁹ WESSELS, Johannes. **Direito penal...** cit., p. 17.

²⁶⁰ WESSELS, Johannes. **Direito penal...** cit., p. 20-21.

significado objetivo, mediante a consideração tanto do fim subjetivo do autor quanto da expectativa normativa de ação da comunidade jurídica.²⁶¹

Outrossim, para que uma ação seja precisamente identificada, Wessels propôs uma perquirição constituída por três questões: (1) se há, no caso analisado, uma determinada ação humana, e não um mero acontecimento natural ou uma ação provinda de um animal; (2) constatada uma ação humana, se esta foi dominada ou era dominável pela vontade do autor; e (3) verificada uma ação humana volitiva, se esta conteve uma relevância social.²⁶²

Já Jescheck e Weigend, partindo de um critério valorativo e não ontológico, propuseram uma concepção social de ação cujas notas distintivas são a transcendência social (a qual, ao fim e ao cabo, é um sinônimo para a relevância social) e a possibilidade de direção (também referida como dirigibilidade), e que é capaz de abarcar os delitos comissivos, omissivos, dolosos e culposos:

[...] o fazer positivo e a omissão podem integrar-se em um conceito de ação unitário quando se chega a encontrar um ponto de vista superior de caráter *valorativo* que reúne no âmbito normativo os elementos que, por sua essência material, resultam incompatíveis. Esta síntese deve ser buscada na *relação do comportamento humano com seu entorno*. Este é o sentido do conceito de ação *social*. **De acordo com ele a ação é um comportamento humano com transcendência social** [...]. Aqui o "*comportamento*" significa toda resposta da pessoa à exigência de uma situação reconhecida ou pelo menos reconhecível, através da realização de uma possibilidade de reação que se apresenta nesta situação. O comportamento pode consistir no exercício da atividade final (finalidade). Mas também pode limitar-se à causação de consequências não intencionadas na medida em que o acontecimento pode ser dirigido com a intervenção da finalidade (imprudência). Por último, pode expressar-se através da inatividade frente a uma determinada [...] expectativa de ação, com a qual também aqui se pressupõe a ocorrência com caráter geral da possibilidade de direção (omissão). O requisito do comportamento "*humano*" indica que para atuar em sentido jurídico-penal só se têm em conta modos de comportamento de pessoas *individuais*, mas não atos de agrupações de pessoas. Uma conduta tem "*transcendência social*" exclusivamente quando se refere à relação do indivíduo com seu entorno e afeta o mesmo através de seus efeitos.²⁶³

²⁶¹ WESSELS, Johannes. **Direito penal...** cit., p. 22.

²⁶² WESSELS, Johannes. **Direito penal...** cit., p. 24.

²⁶³ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal...** cit., p. 239-240, grifos no original, tradução livre. No original: "[...] el hacer positivo y la omisión pueden integrarse en un concepto de acción unitario cuando se alcanza a encontrar un punto de vista superior de carácter *valorativo* que reúne en el ámbito normativo los elementos que, por su esencia material, resultan incompatibles. Esta síntesis debe ser buscada en la *relación del comportamiento humano con su entorno*. Éste es el sentido del concepto de acción *social*. **De acuerdo con ello la acción es un comportamiento humano con transcendencia social** [...]. Aquí el '*comportamiento*' significa toda respuesta de la persona a la exigencia de una situación reconocida o por lo menos reconocible, a

De acordo com os supracitados autores, a concepção social de ação por eles proposta é a mais adequada para servir de norte à teoria do delito, vez que: (1) engloba todas as modalidades de ação penalmente relevantes; (2) encerra os contornos de uma definição que não é apenas abstrata, mas que também calca-se na essência material e na concretude da ação, o que permite uma melhor determinação das demais categorias do delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), sem a necessidade de antecipá-las já na categoria da ação; e (3) exclui os comportamentos insuscetíveis de qualquer significado penalmente relevante.²⁶⁴

Ao analisar-se as distintas propostas da concepção social de ação, vê-se que há uma convergência delas no que tange ao pressuposto da relevância social como essencial para a ação, o que permite a visualização de ao menos duas vantagens teóricas: (1) a concepção social de ação pode servir de base para a teoria do delito, já que, sob seu viés, todas as manifestações de uma ação delitiva podem ser pacificamente caracterizadas como fenômenos sociais; e (2) as valorações preconizadas pela concepção social de ação podem conectar-se mais convincentemente aos fatos sociais existentes em cada caso do que os movimentos musculares da concepção causal de ação ou do que a finalidade própria da concepção finalista de ação (sendo essa finalidade inexistente nas omissões e irrelevante nos delitos culposos).²⁶⁵

Entretanto, a concepção social de ação também é alvo de críticas, tais como: (1) há o abrigo de grandes problemas de definição conceitual e de uniformização de linguagem,²⁶⁶ o que se verifica, por exemplo, na evocação comum do pressuposto de relevância social, sem, contudo, precisar-se a semântica desta;²⁶⁷ (2) a relevância social não é uma qualidade obrigatória da ação, na medida em que, se houver sua

través de la realización de una posibilidad de reacción que se le presenta en dicha situación. El comportamiento puede consistir en el ejercicio de la actividad final (finalidad). Pero también puede limitarse a la causación de consecuencias inintencionadas en la medida en que el acontecimiento puede ser dirigido con la intervención de la finalidad (imprudencia). Por último, puede expresarse a través de la inactividad frente a una determinada [...] expectativa de acción, con lo cual también aquí se presupone la concurrencia con carácter general de la posibilidad de dirección (omisión). El requisito del comportamiento 'humano' indica que para actuar en sentido jurídico-penal sólo se tienen en cuenta modos de comportamiento de personas *individuales*, pero no actos de agrupaciones de personas. Una conducta tiene '*transcendencia social*' exclusivamente cuando se refiere a la relación del individuo con su entorno y afecta al mismo a través de sus efectos."

²⁶⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal...** cit., p. 240.

²⁶⁵ ROXIN, Claus. **Derecho penal...** cit., p. 245.

²⁶⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal...** cit., p. 91.

²⁶⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 30.

ausência, a ação apenas perderá sua importância social, sem desaparecer;²⁶⁸ (3) há o condicionamento da ação a um juízo de relevância social, o qual, em verdade, não é um elemento pertencente à categoria da ação, mas sim um juízo epistemológico;²⁶⁹ (4) a análise da relevância social da ação não deve ser feita na categoria da ação, mas sim na categoria da tipicidade, já que é nesta que procede-se ao exame da lesividade do bem jurídico e, por consequência, à constatação de que a ação é penalmente relevante;²⁷⁰ (5) há a reunião de elementos próprios das concepções causal e finalista de ação, o que obsta a possibilidade de a concepção social de ação ensejar um sistema próprio para a teoria do delito,²⁷¹ além de propiciar a realização das mesmas críticas que são feitas àquelas concepções.²⁷²

Importa destacar que a concepção social de ação não logrou uma grande receptividade doutrinária, o que contribuiu para que a discussão acerca da ação ficasse circunscrita às concepções causal e finalista.²⁷³ Posteriormente, surgiram concepções de ação superantes ou atenuantes da concepção finalista.²⁷⁴ Nas linhas subsequentes, serão mais bem exploradas três dessas concepções, quais sejam, a ação negativa, a ação total e a ação personalista.

4.5. A AÇÃO NEGATIVA

A concepção negativa de ação decorreu de um intento doutrinário de busca por um supraconceito de ação hábil a agregar a comissão, a omissão, a ação dolosa e a ação culposa. Tal concepção inverte o papel tradicionalmente atribuído à comissão como manifestação da ação por excelência, na medida em que preconiza que a responsabilidade penal de um sujeito se origina a partir de uma inação física, isto é, de uma omissão (ação negativa), em uma situação na qual uma ação física, isto é, uma comissão (ação positiva) é possível para evitar a produção de um resultado

²⁶⁸ ROXIN, Claus. **Derecho penal...** cit., p. 247.

²⁶⁹ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito.** Prefácio de Eugenio Raúl Zaffaroni. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 122.

²⁷⁰ GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal:** um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. 2. ed. rev. e atual. Coleção direito e ciências afins, v. 2 (coord. de Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes e William Terra de Oliveira). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 356.

²⁷¹ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro...** cit., p. 233.

²⁷² BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 31.

²⁷³ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 34.

²⁷⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 107.

evitável (isto é, cujo impedimento é possível). Alça-se, pois, o sujeito a uma posição de garantidor.²⁷⁵

Outrossim, com a concepção negativa de ação, nota-se uma proposta de inversão do tradicional ponto de partida para a análise do delito. Isso porque, se tradicionalmente busca-se o denominador comum entre a omissão e a comissão a partir desta última, pelo viés da concepção negativa de ação, o intento é diametralmente oposto, qual seja, perquire-se a comissão a partir da omissão, uma vez que se considera que a responsabilidade penal do sujeito omitente decorre tanto de sua posição de garantidor da não produção de um resultado evitável quanto da sua possibilidade de atuar na situação na qual se omite.²⁷⁶

Mediante tal perspectiva, reputa-se que o autor que inicia uma comissão coloca-se em uma posição de garantidor em relação ao resultado evitável. Isso porque considera-se que, ao iniciar a comissão, o autor tem o controle do fato, pois a ocorrência ou não de um resultado evitável decorre justamente da decisão desse autor em continuar com a comissão ou em desistir da prossecução desta. Logo, vê-se que na comissão, tal como na omissão, o sujeito encontra-se em posição de garantidor, sendo sua responsabilidade penal deflagrada pela ocorrência de um resultado que poderia ser evitado. Importa dizer que essa posição de garantidor não tem relação com a tutela de bens jurídicos, mas sim com o dever de zelo em face de certas fontes de perigo, o que constitui justamente o fundamento hodierno da responsabilidade penal por omissão.²⁷⁷

Sinteticamente, pela concepção exposta, a ação é identificada a partir da escolha do sujeito por não evitar um resultado evitável. E, sob esse viés, para que a possibilidade de ocorrência de uma ação não fique ilimitada, acresce-se ao sujeito uma necessária posição de garantidor, isto é, uma responsabilidade especial de evitação do resultado diante da possibilidade de atuação para tal evitação. Essa posição de garantidor, além de aplicável aos delitos omissivos, estende-se também aos delitos comissivos, nos quais ela justifica-se em razão do perigo gerado pela ação positiva, o que legitima o estabelecimento de uma responsabilidade especial de evitação do resultado.²⁷⁸

²⁷⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 107-108.

²⁷⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 108.

²⁷⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 108.

²⁷⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 109.

Em verdade, a concepção negativa de ação implica na substituição de uma teoria geral da ação por uma teoria geral da omissão, o que revela o evidente intento de elidir os problemas das concepções tradicionais de ação para explicar a omissão. Contudo, essa substituição não é capaz de eliminar ou mesmo minimizar as diferenças essenciais entre a ação em sentido estrito (comissão) e a omissão. Justamente por isso, a concepção negativa de ação enseja muitas críticas, o que demonstra sua fragilidade.²⁷⁹

Dentre as críticas à concepção negativa de ação, podem ser citadas as seguintes: (1) a ideia da posição de garantidor é ínsita à omissão imprópria, isto é, à comissão por omissão, pelo que não pode ser estendida indiscriminadamente a todas as modalidades de omissão, notadamente, à omissão própria, vez que nesta a responsabilidade alcança a todos os destinatários da norma penal, indistintamente; (2) é paradoxal a exigência de evitação do resultado por parte do sujeito que age dolosamente, restando estranha a ideia segundo a qual o fundamento da punição do agente não é o fato realizado, mas a omissão em impedir o resultado que é justamente desejado;²⁸⁰ (3) a concepção negativa de ação serve, no máximo, para explicar os delitos de resultado, sendo inócua para justificar outros delitos, como os de mera atividade;²⁸¹ (4) há a antecipação dos elementos do tipo para a categoria da ação;²⁸² (5) o critério da evitabilidade do resultado, em verdade, tem o potencial de ser estendido a todas as categorias do delito, sendo, pois, inadequada sua adstrição à categoria da ação.²⁸³

Por fim, vale mencionar que parte da doutrina penal estende a concepção negativa de ação para abrigar a concepção de ação proposta por Günther Jakobs,²⁸⁴ mormente por conta do critério da evitabilidade do resultado.

²⁷⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 109-110.

²⁸⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 110.

²⁸¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal...** cit., p. 242.

²⁸² GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal...** cit., p. 360.

²⁸³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal...** cit., p. 95.

²⁸⁴ Nesse sentido, a título exemplificativo, ao explicarem a concepção negativa de ação: ROXIN, Claus. **Derecho penal...** cit., p. 247-251; STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal...** cit., p. 103; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales**. 2. ed. Estudio preliminar de M. Jiménez Redondo. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011. p. 148-153.

Todavia, outra parte mais atenta da doutrina penal não inclui a proposta de Jakobs no bojo da concepção negativa de ação.²⁸⁵ Essa última delimitação mostra-se mais correta, vez que a concepção de ação proposta por Jakobs, qual seja, a de uma ação total, em que pese se valha do critério da evitabilidade do resultado, possui particularidades próprias, conforme se verá nas linhas subsequentes.

4.6. A AÇÃO TOTAL

Günther Jakobs oferece uma concepção de ação que pode ser denominada como total ou global, sobretudo por remontar à concepção hegeliana de ação.²⁸⁶ Na esteira do aporte teórico hegeliano, Jakobs sustenta a inexistência de qualquer impedimento lógico para reputar como ação tão somente o fato inteiramente imputável, ou, em outras palavras, culpável, pelo que um comportamento antijurídico sem ser culpável não é uma ação completa, mas imperfeita. Com tal concepção, Jakobs não quer dizer que apenas os fatos puníveis podem ser ações e que, por consequência, o comportamento conforme ao Direito não é uma ação, mas sim que a existência de uma ação de relevância jurídica depende de pressupostos jurídicos de imputação, em que pese esta não apenas uma categoria jurídica, mas também ético-social.²⁸⁷

Embasado na concepção hegeliana de ação, Jakobs assevera que a ação não é determinada por aspectos externos – como o movimento corporal ou o resultado –, mas sim por sua relação de sentido com a norma, o que permite sua adequação a uma teoria da pena que não serve a um estado externo, mas que se presta à existência do ordenamento jurídico. Contudo, para Jakobs, a concepção hegeliana de ação, em que pese sua coerência com o propósito de conservação do ordenamento jurídico pelo Direito penal, acabou fracassando por comportar um amálgama inarticulado dos pressupostos da imputação – dificultando, assim, uma averiguação e uma elaboração didáticas de uma concepção de delito – e por, sobretudo, adaptar-se apenas a delitos dolosos e não igualmente a delitos imprudentes.²⁸⁸

²⁸⁵ Nesse sentido mais apurado, a título exemplificativo, ao explicarem a concepção negativa de ação: BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 107-112; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal...** cit., p. 242; GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal...** cit., p. 322-326; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal...** cit., p. 93-95.

²⁸⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 127.

²⁸⁷ JAKOBS, Günther. **Derecho penal...** cit., p. 157.

²⁸⁸ JAKOBS, Günther. **Derecho penal...** cit., p. 158.

Com efeito, Jakobs reconhece que as concepções causais de ação posteriores à concepção hegeliana promoveram um útil escalonamento dos pressupostos da imputação, basicamente divididos em: (1) imputação como injusto, verificável quando um sujeito infringe uma norma com seu comportamento, isto é, quando tem um comportamento antijurídico; e (2) imputação como culpabilidade, aferível se a infração do sujeito seria evitável mediante uma ação racional, qual seja, uma intelecção do injusto hábil a ensejar um comportamento a esta uniforme. Ainda assim, Jakobs defende que, mesmo com tal escalonamento, a ação pode ser definida, ao fim e ao cabo, como um injusto realizado por um autor com capacidade de intelecção, pelo que resta intacta a concepção hegeliana de ação.²⁸⁹

Ao aprofundar-se mais detidamente em sua concepção de ação, Jakobs preconiza, primariamente, que a determinação desta não se cinge à imputação de uma ação a um sujeito, mas exige, simultaneamente, que se precise o que é um sujeito e o que é a ação a este imputável.²⁹⁰ Com isso, Jakobs busca, através de sua concepção de ação, identificar as situações nas quais uma estrutura não é funcional para o sistema, o que, a princípio, enseja uma aproximação de sua doutrina com a teoria dos sistemas elaborada por Niklas Luhmann,²⁹¹ embora tal aproximação seja questionável.²⁹²

²⁸⁹ JAKOBS, Günther. **Derecho penal...** cit., p. 159.

²⁹⁰ JAKOBS, Günther. **Derecho penal...** cit., p. 168.

²⁹¹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 128.

²⁹² Primeiramente, como elucida Paulo César Busato, a teoria dos sistemas foi inicialmente impulsionada não por Luhmann, mas sim por Humberto Maturana e Francisco Varela no âmbito das ciências naturais: “Em realidade, a teoria dos sistemas tem origem no âmbito das ciências naturais, mais precisamente nos trabalhos de Humberto Maturana e Francisco Varela. Esses autores, estudando a organização do vivo, o identificam como *sistema autopoiético*. Um sistema autopoiético produz continuamente a si mesmo, através de interações (*inputs* e *outputs*) com o seu meio, procurando a preservação de sua congruência interna, em permanente busca de estabilidade.” (BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral...** cit., p. 228, grifos no original). Nesse sentido, conforme as próprias palavras de Maturana e Varela, “os seres vivos se caracterizam por, literalmente, produzirem-se continuamente a si mesmos – o que indicamos ao chamarmos a organização que os define de *organização autopoiética*” (MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas do entendimento humano**. Trad. por Jonas Pereira dos Santos. Campinas: Editorial Psy, 1995. p. 84-85, grifos no original). De todo modo, e sem adentrar nas minúcias da teoria dos sistemas de Luhmann e de como esta, em verdade, não pode corresponder integralmente à teoria dos sistemas original de Maturana e Varela (veja, nesse sentido: BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral...** cit., p. 229), inicialmente, Jakobs fez uma singela remissão ao aporte teórico de Luhmann para justificar uma reação em face de um conflito entre o sujeito com um comportamento desviante e a expectativa social (JAKOBS, Günther. **Derecho penal...** cit., p. 9-10). Ocorre que o próprio Luhmann já indicava que existem possibilidades de assimilação em relação às expectativas, mormente às expectativas normativas (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. v. 1. Trad. por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 63), não havendo, pois, uma necessária reação (notadamente, uma reação punitiva). Em verdade, como esclarece Paulo César Busato, “Jakobs tão somente busca argumentos de autoridade em teorias coPnsagradas para

De todo modo, Jakobs concebe o sujeito da imputação como um sistema definido por “*uma estrutura psicofísica da qual no âmbito do injusto só interessa o output em forma de atos voluntários (conceito causal de ação) ou de atos dirigidos (conceito final)*”.²⁹³ E, se tais atos forem disfuncionais em relação ao mundo exterior, isto é, ao sistema normativo, configurarão uma ação punível.²⁹⁴ Em verdade, para Jakobs, mais importante do que analisar uma concepção de ação, é identificar uma possibilidade de imputação de uma ação a um sujeito: “*se trata do que é um sujeito, do que é mundo exterior para o sujeito e de quando se pode vincular a conformação do mundo exterior com o sujeito (imputá-la a ele)*”.²⁹⁵

Para que um sujeito possa expressar o sentido de uma ação, Jakobs entende que o controle dos impulsos – próprio das concepções causais – deve ser excluído da concepção de ação, visto que a direção da ação deve ser sempre determinada em função das capacidades individuais do sujeito atuante, o que implica em uma aproximação com a concepção finalista de ação, embora esta deva ser ajustada.²⁹⁶

No bojo dessa proposta de ajuste, Jakobs sintetiza a ação como uma expressão de sentido consistente na causação dolosa ou culposa de um resultado individualmente evitável, o qual não seria produzido se houvesse, por parte do sujeito, uma motivação dominante dirigida a evitar tal resultado.²⁹⁷ Com base nesse critério de evitabilidade, Jakobs procura resolver os principais problemas da concepção finalista de ação, como, por exemplo, a dificuldade para explicar os delitos culposos.²⁹⁸

Para explicar os delitos culposos, Jakobs pontua inicialmente que as consequências perseguidas pela finalidade do sujeito não interessam, sendo relevante, tão somente, a execução final da ação, que aponta, por meio de

justificar uma perspectiva de Direito penal nitidamente hegeliana, no sentido de aplicação da pena como negação da negação do direito” (BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral... cit., p. 228).

²⁹³ JAKOBS, Günther. **Derecho penal**... cit., p. 169, grifos no original, tradução livre. No original: “*En la determinación del sujeto de la imputación se declara sistema una estructura psicofísica de la cual en el ámbito del injusto sólo interesa el output en forma de actos voluntarios (concepto causal de acción) o de actos dirigidos (concepto final)*”.

²⁹⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**... cit., p. 128.

²⁹⁵ JAKOBS, Günther. **Derecho penal**... cit., p. 169, grifos no original, tradução livre. No original: “*se trata de lo que es un sujeto, de lo que es mundo exterior para el sujeto y de cuándo se puede vincular la conformación del mundo exterior con el sujeto (imputársela)*”.

²⁹⁶ JAKOBS, Günther. **Derecho penal**... cit., p. 172-173.

²⁹⁷ JAKOBS, Günther. El concepto jurídico-penal de acción. In: JAKOBS, Günther. **Estudios de derecho penal**. Trad. y estudio preliminar por Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá. Madrid: Editorial Civitas, 1997. p. 101-125. p. 111.

²⁹⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**... cit., p. 129.

movimentos corporais voluntariamente executados, o comportamento proibido em seu aspecto concreto. Nesse diapasão, na execução final da ação, são trazidas à baila as consequências previsíveis de um tipo culposo, pelo que, nessa situação, o injusto decorre não da finalidade, mas da evitabilidade final, sendo a finalidade uma mera manifestação da evitabilidade.²⁹⁹ Noutras palavras, sob esse viés, quem atua culposamente realiza um fato cujo propósito (finalidade objetivamente considerada) é evitável.³⁰⁰

Ao debruçar-se mais detidamente sobre o critério da evitabilidade, Jakobs pontua que esta é indiferente à capacidade de o sujeito conhecer ou não a proibição da execução da ação em si (nos delitos de mera atividade e nos delitos tentados) ou as suas consequências (nos delitos de resultado). Nessa esteira, Jakobs conclui que a evitabilidade é e deve ser independente da cognoscibilidade da regulação jurídica, já que essa cognoscibilidade em nada interfere no poder do sujeito de realizar ou não realizar algo, mas apenas fornece-lhe um bom motivo para permanecer leal ao Direito e, assim, utilizar seu poder a fim de evitar o proibido e realizar o prescrito.³⁰¹

Nesse sentido, Jakobs indica que a cognoscibilidade da regulação jurídica pertence ao controle dos impulsos e não à direção da ação, pelo que, no âmbito do injusto, é tão somente um assunto interno do sujeito da imputação. É que, para Jakobs, a evitabilidade é verificável ao analisar-se tão somente a situação na qual o sujeito, se tivesse tido a motivação dominante de evitar uma determinada ação, a teria evitado. Nesse diapasão, o motivo é tido como um mero pressuposto interno do sujeito e atinente ao controle de seus impulsos, não importando para a verificação do injusto propriamente dito.³⁰²

Com efeito, para Jakobs, a expressão de sentido relevante de uma ação injusta não está na manifestação do sujeito acerca de como ele imagina a configuração da realidade, mas sim na sua tomada de postura em relação à validade da norma, notadamente, quando ele não reconhece a existência de uma norma impeditiva de sua atuação. É essa falta de reconhecimento da vigência da norma que, verificada a culpabilidade do sujeito, é sancionada pelo Direito penal, na medida em que

²⁹⁹ JAKOBS, Günther. **Derecho penal...** cit., p. 166.

³⁰⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 129-130.

³⁰¹ JAKOBS, Günther. **Derecho penal...** cit., p. 173.

³⁰² JAKOBS, Günther. **Derecho penal...** cit., p. 173-174.

constitui o resultado propriamente dito.³⁰³ Assim, Jakobs explica tanto os delitos consumados quanto os delitos tentados, visto que em ambos há a ausência de reconhecimento da norma no comportamento do sujeito, sendo, ainda, o resultado externo uma mera objetivação ulterior desse comportamento contrário à norma.³⁰⁴

Ainda, é preciso dizer que a concepção de ação proposta por Jakobs não pode ser inadvertidamente confundida com a concepção negativa de ação, como o faz parte da doutrina penal.

Primeiramente, à revelia da concepção negativa de ação, Jakobs propõe uma dupla configuração para a comissão e a omissão, ainda que no seio de um supraconceito de ação.³⁰⁵ Nesse sentido, Jakobs sustenta que tanto a ação propriamente dita (comissão) quanto a omissão são formas de comportamento humano, com a diferença de que, na comissão, uma concorrência de impulsos conscientes ou inconscientes conduz à formação de um motivo para um movimento corporal que causa um resultado, ao passo que, na omissão, é produzido um resultado que não teria sido produzido se o sujeito tivesse motivado a impedi-lo e tivesse realizado os movimentos corporais necessários para tal. Em ambas, comissão e omissão, há a inevitabilidade, vinculada à própria ação, ainda que sob aspectos distintos.³⁰⁶

Segundamente, Jakobs preconiza uma concepção total de ação ao sintetizá-la como a causação de um resultado individualmente evitável que é inteiramente imputável ao sujeito, pelo que os fatores normativos restam imprescindíveis, contrariamente ao que ocorre na concepção negativa de ação.³⁰⁷ Para Jakobs, à revelia das concepções causal-naturalista e finalista, a concepção de ação não deve ser buscada antes da sociedade, mas no interior desta, tendo como escopo a interpretação da realidade social e o esclarecimento desta perante o Direito penal. Propõe, pois, que uma concepção de ação deve combinar sociedade e Direito penal.³⁰⁸ Para Jakobs, o que ocorre exclusivamente no âmbito da natureza, sem um fator normativo, carece de relevância jurídica.³⁰⁹

³⁰³ JAKOBS, Günther. El concepto jurídico-penal de acción... cit., p. 116-117.

³⁰⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 130.

³⁰⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 131.

³⁰⁶ JAKOBS, Günther. **Derecho penal...** cit., p. 175.

³⁰⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 131.

³⁰⁸ JAKOBS, Günther. El concepto jurídico-penal de acción... cit., p. 102.

³⁰⁹ JAKOBS, Günther. El concepto jurídico-penal de acción... cit., p. 113.

Em sentido contrário, os adeptos da concepção negativa de ação buscam, a partir da omissão, tecer uma concepção de ação puramente ontológica, ao passo que Jakobs sustenta seu critério de evitabilidade justamente com fulcro na disfuncionalidade da ação e do sujeito da imputação em relação ao sistema normativo, inserindo, pois, sua concepção de ação no interior do próprio sistema e dotando-a, assim, de completa normatividade. E, com base na ideia de que o fundamento da responsabilidade penal advém de uma expressão de sentido traduzível na desobediência de uma norma, Jakobs acaba por retornar à concepção global do injusto hegeliano,³¹⁰ o que reforça, em definitivo, seu afastamento da concepção negativa de ação.³¹¹

Entretanto, ainda que a concepção de ação proposta por Jakobs não possa ser catalogada como uma concepção negativa de ação, ela não deixa de ser altamente criticável, sobretudo por duas críticas: (1) se a ação é, em suma, a causação de um resultado individualmente evitável e se, para a identificação do que é evitável, o referencial não é o âmbito interno do sujeito de imputação, mas sim o próprio sistema normativo, tem-se uma concepção de ação perigosamente amoldável a um sistema compatível com quaisquer orientações político-criminais, inclusive aquelas avessas a um Estado social e democrático de Direito; (2) a concepção total de ação proposta por Jakobs, ao remontar à concepção hegeliana de ação inteiramente culpável, enseja um retrocesso na teoria do delito por implicar, em última instância, a inadmissível negativa de ações que não sejam aquelas penalmente relevantes.³¹²

³¹⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 131-133.

³¹¹ Vale destacar que o próprio Jakobs qualifica a concepção negativa de ação como própria de uma mentalidade naturalista ultrapassada: “Este intento de desligar o delito de comissão, passando pela omissão, das ataduras da consideração naturalística, é um contragolpe tardio aos intentos já concluídos, mas usuais no período em que a consideração naturalística se achava em seu apogeu, de atribuir à omissão causalidade do resultado, dando-lhe assim o sentido de uma comissão” (JAKOBS, Günther. **Derecho penal...** cit., p. 177-178, tradução livre). No original: “Este intento de desligar al delito de comisión, pasando por la omisión, de las ataduras de la consideración naturalística, es un contragolpe tardío a los intentos ya concluidos, pero usuales en el período en que la consideración naturalística se hallaba en su apogeo, de atribuir a la omisión causalidade del resultado, dándole así el sentido de una comisión”. Ademais, mesmo Claus Roxin, que é um dos promotores da agregação da concepção de ação de Jakobs à concepção negativa de ação, reconhece que Jakobs parte da teoria da motivação (ROXIN, Claus. **Derecho penal...** cit., p. 248), a qual, conforme aponta Paulo César Busato, “está ausente nas formulações negativas” (BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 133). Assim, não há como reputar a concepção de ação de Jakobs como uma concepção negativa de ação.

³¹² BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 132-135.

Feitas as considerações acerca da ação total, cumpre, nas linhas subsequentes, explorar outra importante concepção pós-finalista de ação: a ação personalista.

4.7. A AÇÃO PERSONALISTA

A concepção personalista de ação proposta por Claus Roxin conta com um exitoso respaldo doutrinário. Antes de tratar dessa concepção propriamente dita, importa destacar, preliminarmente, que, ao longo de toda a sua obra, Roxin tece críticas veementes às concepções finalista, social e negativa de ação, o que, inclusive, impulsionou parte da doutrina penal a concluir pela impossibilidade do estabelecimento de uma concepção pré-jurídica de ação. Inclusive, o aporte teórico fornecido por Roxin influenciou, em certa medida, autores como Jorge de Figueiredo Dias e Tomás Salvador Vives Antón a proporem, cada um a seu modo, uma teoria do delito tendo o tipo como ponto de partida, em detrimento da ação como a primeira categoria a ser analisada.³¹³

Inclusive, o próprio Roxin entende que as distintas e tradicionais concepções de ação não possuem uma significação prática para a evolução do Direito penal, sobretudo porque são resultantes de um processo de abstração cujo produto, ao fim e ao cabo, acaba reafirmando o próprio substrato do qual parte a conceituação. Nessa toada, para Roxin, uma concepção superior de ação, construída para o fim de

³¹³ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 135. Para Jorge de Figueiredo Dias, faz-se necessário que a teoria da ação ceda sua primazia à teoria da realização típica do ilícito: “[...] é preferível que a doutrina do crime renuncie a encontrar a sua *ultima Thule* nos resultados de uma **excessiva abstracção generalizadora e classificatória** que vai implicada na aceitação de um qualquer conceito pré-jurídico geral de acção. É um preconceito – de raiz idealista – pensar que os fenómenos deste mundo devem por força reconduzir-se a conceitos de maior abstracção e, em definitivo, formar uma ‘ordem’ preestabelecida que só importaria ‘conhecer’. O que não significa que tenha de renunciar-se ao pensamento categorial-classificatório na construção do conceito de facto punível; mas significa, em todo caso, que **deve renunciar-se a colocar como elemento básico do sistema um conceito geral de acção**, com as suas específicas funções de classificação e de definição e ligação; e que aquela construção se deve antes ocupar da compreensão das concretas acções e omissões, das acções e omissões dolosas e negligentes que se apresentem como jurídico-penalmente relevantes e, por conseguinte, tal como são dadas nos tipos de ilícito. Isto vale por dizer, de forma conclusiva, que a doutrina da acção deve, na construção do conceito de facto punível, **ceder a primazia à doutrina da acção típica** ou da **realização do tipo de ilícito**, passando a caber ao conceito de acção [...] uma certa (e restrita) *função de delimitação*.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal...** cit., p. 244-245, grifos no original). A seu turno, Tomás Salvador Vives Antón, como bem assinala Paulo César Busato, “propõe a inversão das categorias dogmáticas, não falando em ação típica mas em tipo de ação, mas consegue manter um conceito de ação situado mais além da mera dicotomia ontológico-normativa” (BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 135). Essa última concepção de ação, a saber, é a ação significativa, a qual será mais bem explorada adiante.

elaboração de um sistema para a teoria do delito, apenas é dotada de um valor estético-arquitetônico, sem capacidade de influir na solução dos problemas materiais do Direito penal, pelo que é desnecessário empregar um esforço com o fito de encontrar, entre as numerosas definições de ação, qual a mais adequada e rendível como concepção superior do sistema da teoria do delito.³¹⁴

Todavia, a inutilidade – bem como a impossibilidade – das tradicionais concepções pré-jurídicas de ação não significa dizer que Roxin é avesso à possibilidade de uma concepção pré-típica de ação. Tanto é assim que Roxin segue tratando a ação como uma categoria prévia à categoria da tipicidade, ainda que não imune a considerações valorativas. Em verdade, a dogmática proposta por Roxin – de cunho funcionalista e ligada a valores de uma política criminal – acaba ensejando a normatização de todas as categorias da teoria do delito.³¹⁵ Essa normatização ampla, somada à constatação de que uma tradicional concepção pré-jurídica de ação apenas poderia atender as funções a ela exigidas fora do âmbito normativo, levou Roxin a secundarizar a utilidade prática dessa concepção.³¹⁶

Ainda assim, Roxin reconhece que o estudo da ação não pode ser abandonado, mesmo porque, ainda que o delito seja estudado tendo como ponto de partida a tipicidade ou o injusto, necessariamente, não haverá uma menção exclusivamente ao tipo, mas também à ação típica ou à conduta típica – em um sentido mais amplo –, o que, por óbvio, exige uma concepção de ação ou de conduta.³¹⁷ O próprio Roxin aponta que, hodiernamente, é usual a distinção, no plano do injusto – bem como no plano do próprio tipo, enquanto tipo de injusto –, entre desvalor de ação e desvalor de resultado.³¹⁸ Por esse viés, a ação acaba sendo imprescindível à própria valoração jurídica.³¹⁹ Ao debruçar-se sobre uma concepção de ação, Roxin a define como uma manifestação da personalidade humana, nos seguintes termos:

³¹⁴ ROXIN, Claus. Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação... cit., p. 93-94.

³¹⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**... cit., p. 136. Cabe ressaltar que Roxin entende como imprescindível a conexão entre dogmática penal e valores político-criminais, inviável em uma teoria do delito construída sob um sistema fechado, vez que este “isola a dogmática, por um lado, das decisões valorativas político-criminais, e por outro, da realidade social, ao invés de abrir-lhe os caminhos até elas” (ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**... cit., p. 23).

³¹⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**... cit., p. 136.

³¹⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**... cit., p. 136-137.

³¹⁸ ROXIN, Claus. **Derecho penal**... cit., p. 319.

³¹⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**... cit., p. 137.

Um conceito de ação ajustado à sua função se produz se se entende a ação como “manifestação da personalidade”, o que significa o seguinte: Em primeiro lugar é ação tudo o que se pode atribuir a um ser humano como centro anímico-espiritual de ação, e isso falta em caso de efeitos que partem unicamente da esfera corporal (“somática”) do homem, ou “do âmbito material, vital e animal do ser”, sem estar submetidos ao controle do “ego”, da instância condutora anímico-espiritual do ser humano. Se um sujeito é empurrado com força irresistível contra o vidro de uma janela, ou se durante um sonho, ou em um delírio ou em um ataque convulsivo, o mesmo golpeia a si próprio, ou se reage de modo puramente reflexo, todas estas são manifestações que não são dominadas ou domináveis pela vontade e pela consciência e portanto não podem ser qualificadas como manifestações **da personalidade**, nem imputadas à camada anímico-espiritual da “pessoa”. Por outra parte, é evidente que os pensamentos e os impulsos da vontade pertencem à esfera espiritual-anímica da pessoa, mas no entanto permanecem encerrados no interior e não se põem em relação com os eventos do mundo exterior, não são **manifestações** da personalidade e portanto não são ações.³²⁰

Tal concepção de ação é pré-jurídica, ainda que não seja imune a um conteúdo normativo. E, para Roxin, ela é a mais adequada para atender a todas as funções costumeiramente exigidas da categoria da ação.³²¹ Com efeito, na visão de Roxin, sua concepção personalista de ação cumpre: (1) a função de elemento básico; (2) a função de elemento de enlace ou de união; e (3) a função de elemento limite.³²²

Primeiramente, a concepção personalista de ação cumpre a função de elemento básico, por abarcar todas as formas de manifestação de ação delitiva e de tudo que pode ser qualificado como uma ação no campo pré-jurídico. Isso porque tanto as comissões dolosas ou culposas quanto as omissões são manifestações da personalidade. Outrossim, a concepção personalista de ação compreende, em sua

³²⁰ ROXIN, Claus. **Derecho penal...** cit., p. 252, grifos no original, tradução livre. No original: “Un concepto de acción ajustado a su función se produce si se entiende la acción como ‘manifestación de la personalidad’, lo que significa lo siguiente: En primer lugar es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción, y eso falta en caso de efectos que parten únicamente de la esfera corporal (‘somática’) del hombre, o ‘del ámbito material, vital y animal del ser’, sin estar sometidos al control del ‘yo’, de la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano. Si un sujeto es empujado con fuerza irresistible contra la luna de una ventana, o si durante el sueño, o en un delirio o en un ataque convulsivo, el mismo golpea en tomo suyo, o si reacciona de modo puramente reflejo, todas éstas son manifestaciones que no son dominadas o dominables por la voluntad y la conciencia y por tanto no pueden ser calificadas como manifestaciones **de la personalidad**, ni imputadas a la capa anímico-espiritual de la ‘persona’. Por otra parte, es evidente que los pensamientos y los impulsos de la voluntad pertenecen a la esfera espiritual-anímica de la persona, pero en tanto permanecen encerrados en lo interno y no se ponen en relación con los sucesos del mundo exterior, no son **manifestaciones** de la personalidad y por tanto no son acciones.”.

³²¹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 137.

³²² ROXIN, Claus. **Derecho penal...** cit., p. 255-265.

semântica, não apenas um elemento parcial do evento relacionado ao delito, mas sim esse mesmo evento em sua totalidade.³²³

Em segundo lugar, a concepção personalista de ação cumpre uma função de elemento de enlace ou de união, na medida em que tal concepção enlaça-se com a forma pré-jurídica de compreensão da ação, sem distanciar-se da concepção ordinária da vida de um modo naturalista (ação como movimento muscular) ou normativista (ação como não evitação evitável), e que simultaneamente abarca graficamente o fragmento da realidade que é relevante para uma primeira e prévia valoração jurídica. A partir daí, torna-se possível a designação do substantivo ao qual podem ser adjetivadas todas as demais valorações, o que viabiliza a concepção do delito como uma ação típica, antijurídica e culpável.³²⁴

³²³ ROXIN, Claus. **Derecho penal...** cit., p. 255.

³²⁴ ROXIN, Claus. **Derecho penal...** cit., p. 256. Cumpre atentar que, ainda que Roxin proponha uma concepção pré-jurídica de ação, esta não é absolutamente neutra em todos os casos e, portanto, isenta de um suporte valorativo – o que se vê, sobretudo, em certas omissões –, o que, todavia, não implica no esvaziamento da função de elemento de enlace ou de união, sendo a intersecção entre ação e tipo inevitável em certas situações: “[...] é certo que o conceito de ‘manifestação da personalidade’ não é completamente neutro em todos os casos frente ao elemento valorativo que supõe o tipo, pois no âmbito da omissão dito conceito tampouco pode prescindir sem exceções da valoração jurídica. Com efeito, uma omissão só chega a ser uma manifestação da personalidade através de uma expectativa de ação [...]. Por regra geral as expectativas, que são as que fazem um ‘nada’ meramente existente como possibilidade conceitual se converta em uma manifestação da personalidade, estão socialmente fundadas e portanto são separáveis da esfera da valoração jurídica (ou seja, do tipo). [...] Mas há casos, sobretudo no Direito penal acessório, nos quais uma expectativa de ação só e unicamente se fundamenta mediante um preceito jurídico. [...] Em tais supostos não há ação antes do tipo, mas o tipo é o pressuposto daquela. Por conseguinte, para o conceito de ação aqui defendido também resulta que em parte das omissões não são separáveis ação e tipo, de tal modo que para a comprovação da ação há de adentrar-se no tipo. Mas isso não priva de valor o critério da ‘manifestação da personalidade’ em sua função de elemento de enlace, pois um conceito de ação materialmente adequado não deve ocultar, e sim pôr de manifesto os dados e circunstâncias reais, e o que se ajusta à realidade da existência humana é que não só elementos corporais e psíquicos, mas também múltiplas categorias valorativas, privadas, sociais, éticas, mas também jurídicas, que codeterminam em seu sentido as manifestações da personalidade e às vezes as constituem pela primeira vez.” (ROXIN, Claus. **Derecho penal...** cit., p. 256-258, tradução livre). No original: “[...] es cierto que el concepto de ‘manifestación de la personalidad’ no es completamente neutral en todos los casos frente al elemento valorativo que supone el tipo, pues en el ámbito de la omisión dicho concepto tampoco puede prescindir sin excepciones de la valoración jurídica. En efecto, una omisión sólo llega a ser una manifestación de la personalidad a través de una expectativa de acción [...]. Por regla general las expectativas, que son las que hacen que una ‘nada’ meramente existente como posibilidad conceptual se convierta en una manifestación de la personalidad, están socialmente fundadas y por tanto son separables de la esfera de la valoración jurídica (o sea, del tipo). [...] Pero hay casos, sobre todo en el Derecho penal accesorio, en los que una expectativa de acción sólo y únicamente se fundamenta mediante un precepto jurídico. [...] En tales supuestos no hay acción antes del tipo, sino que el tipo es el presupuesto de aquélla. Por consiguiente, para el concepto de acción aquí defendido también resulta que en parte de las omisiones no son separables acción y tipo, de tal modo que la comprobación de la acción ha de adentrarse en el tipo. Pero ello no priva de valor al criterio de la ‘manifestación de la personalidad’ en su función de elemento de enlace, pues un concepto de acción materialmente adecuado no debe ocultar, sino poner de manifesto los datos y circunstancias reales, y lo que se ajusta a la realidad de la existencia humana es que no son sólo

Por fim, a concepção personalista de ação cumpre uma função de elemento limite, isto é, de delimitação entre a ação e a ausência de ação.³²⁵

Nota-se, pois, que a concepção personalista de ação proposta por Roxin é dotada de uma generalidade capaz de abrigar um elevado número de situações e, assim, ilidir certas contradições aflitivas de outras concepções de ação. Entretanto, ao mesmo tempo em que é meritória, tal generalidade também é problemática, sobretudo em razão das dificuldades de delimitação das manifestações da personalidade e de identificação dos caracteres dos fatos dignos de serem reputados como ações sob o viés jurídico.³²⁶

Outrossim, a concepção personalista de ação não é imune a outras críticas, tais como: (1) nem todas as manifestações da personalidade – cujos limites são incertos ou difusos – estão sob o controle do ego, visto que este pode ser impactado por pulsões instintuais advindas do id, as quais não deixam de ser, igualmente, manifestações da personalidade do sujeito, independentes do controle exercido pelo ego e indiferentes às conveniências do superego;³²⁷ (2) considerando que a personalidade de uma pessoa não é, em verdade, mais do que o conjunto de suas ações, é tautológico dizer que é por meio destas que há uma manifestação da personalidade; (3) pode haver uma incongruência entre a expressão do estado anímico do sujeito e o sentido externo de uma ação penalmente relevante; (4) a referência ao dominado ou ao dominável pela consciência e pela vontade não apresenta qualquer vantagem teórica em relação tanto à voluntariedade própria das concepções causais de ação quanto à finalidade da concepção welzeliana de ação, vez que a concepção personalista de ação também precisa, respectivamente, de uma nota normativa para explicar a omissão e de uma fundamentação normativa para definir o delito culposos;³²⁸ (5) o esforço de Roxin em buscar uma concepção de ação mais adequada revela uma contradição com a falta de interesse que o próprio autor alemão atribui a essa busca.³²⁹

elementos corporales y psíquicos, sino también múltiples categorías valorativas, privadas, sociales, éticas, pero también jurídicas, quienes codeterminan en su sentido las manifestaciones de la personalidad y a veces las constituyen por vez primera.”

³²⁵ ROXIN, Claus. **Derecho penal...** cit., p. 258.

³²⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 138-139.

³²⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal...** cit., p. 96-97.

³²⁸ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal...** cit., p. 138-139.

³²⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 141.

Em verdade, da análise das diversas concepções de ação, o que se mostra é a necessidade de estabelecimento de uma concepção de ação que não seja exclusivamente ontológica e tampouco unicamente vinculada a bases normativas.³³⁰ Uma concepção que atende a essa proposta intermediária é a ação significativa, a qual será mais bem explorada nas linhas subsequentes.

4.8. A AÇÃO SIGNIFICATIVA

Ainda que não a tenha denominado assim, a partir de aportes teóricos fornecidos pela filosofia da linguagem, Tomás Salvador Vives Antón propôs, em meados da década de 90 do século XX, uma formulação para a teoria do delito que pode ser denominada como teoria significativa do delito. A razão de ser dessa denominação repousa no fato de que a estruturação metodológica da aludida proposta inovadora de teoria do delito tem como ponto de partida uma concepção de ação denominada por Vives Antón como significativa, por ser, em suma, traduzível de uma expressão de sentido.³³¹

A teoria significativa do delito proposta por Vives Antón é baseada, sobretudo, na obra de Ludwig Wittgenstein, um dos autores mais importantes da filosofia da linguagem que marcou o século XX com suas contribuições. Mais precisamente, Vives Antón parte do chamado “segundo Wittgenstein” (identificado na obra “Investigações filosóficas”), em certa medida contrário ao chamado “primeiro Wittgenstein” (identificado na obra “Tractatus Logico-Philosophicus”).³³² Convém, pois, fazer breves digressões acerca desses marcos da filosofia de Wittgenstein.

O “primeiro Wittgenstein”, em sua obra “Tractatus Logico-Philosophicus”, desenvolveu a chamada teoria pictórica do significado, por meio da qual buscou explicar o significado das proposições retratadoras de fatos por meio de um isomorfismo, isto é, de uma forma comum, entre a estrutura lógica da proposição e a estrutura ontológica do real, visto que concebia-se a proposição como um complexo estruturado de uma forma correspondente à estrutura de um fato no real, sendo este igualmente um complexo estruturado. Todavia, esse aporte teórico

³³⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 142.

³³¹ BUSATO, Paulo César. O giro linguístico e o direito penal. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, v. 7, n. 12, p. 125-171, mai./ago. 2015. p. 126-127.

³³² BUSATO, Paulo César. O giro linguístico e o direito penal... cit., p. 130.

mostrou-se problemático, já que, se o que torna as proposições significativas é a relação destas com fatos possíveis e a possibilidade destas de serem imagens de fatos, então há a inviabilidade de qualquer metalinguagem, o que foi percebido pelo próprio Wittgenstein.³³³

Posteriormente, o “segundo Wittgenstein”, nas “Investigações filosóficas”, renunciou à concepção de linguagem como dotada de uma estrutura básica e uma forma lógica, passando a adotar a concepção plural de jogo de linguagem, pelo qual o significado não advém da forma da proposição, do sentido de seus componentes ou da sua relação com os fatos, mas sim do uso das expressões linguísticas que é feito pelos sujeitos em diferentes contextos ou situações nas quais tais expressões são empregadas. Por esse viés, o mesmo tipo de expressão linguística pode comportar distintos significados conforme os contextos de seu uso sejam diferenciados. Logo, o significado de uma expressão linguística é indeterminado e não pode ser dado aprioristicamente, visto que só pode ser aferido conforme o jogo de linguagem a ele atinente.³³⁴

Para Wittgenstein, o jogo de linguagem “deve salientar [...] que falar uma língua é parte de uma atividade ou de uma forma de vida”.³³⁵ Disso extrai-se que há uma pluralidade de jogos de linguagem, que surgem e desaparecem conforme a dinamicidade da própria linguagem, cujo uso exprime uma prática social concreta. Por conseguinte, exige-se a análise não de um pretenso isomorfismo entre a linguagem e a realidade, mas sim dos contextos de uso das expressões linguísticas e da explicitação das regras do jogo. Isso porque os jogos de linguagem se constituem por de regras de uso – convencionais e pragmáticas – que determinam, em dados contextos, os significados extraíveis das expressões linguísticas. Com efeito, o

³³³ MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 6 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. p. 269-270. Cumpre dizer que a corrente filosófica que foi inicialmente encampada por Wittgenstein, qual seja, a de uma semântica formal operante de uma concepção una de linguagem, foi criticada por Jürgen Habermas, para o qual essa semântica de cunho formalista “[...] não focaliza os demais aspectos da utilização da linguagem, deixando-os entregues à análise empírica; por isso, ela não consegue explicar o sentido da verdade no horizonte da comunicação linguística. Ao invés disso, ela recorre à relação ontológica entre linguagem e mundo, entre proposição e fato, ou entre pensamento e força de pensamento (como a capacidade subjetiva de produzir pensamentos e de avaliá-los).” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. 1. Trad. por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 31).

³³⁴ MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia...** cit., p. 270.

³³⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. 2. ed. Trad. por Marcos G. Montagnoli. Rev. da trad. e coord. por Emmanuel Carneiro Leão. Coleção pensamento humano. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 27.

significado de uma expressão linguística é definido por uma forma de vida, e não pelo sujeito particular.

Isso não significa, todavia, levar a análise da linguagem à incerteza dos conceitos vagas, já que, para Wittgenstein, a consistência e o sentido dos conceitos são relativos aos usos que são feitos deles, de modo que a exatidão conceitual é um atributo do uso, mesmo que o conceito comunicado seja vago.³³⁶ Transladando-se tal raciocínio para o Direito, tem-se que o significado de uma concepção jurídica é dependente da relação jurídica na qual ela é usada.³³⁷

Além da filosofia da linguagem oferecida pelo “segundo Wittgenstein”, a teoria significativa do delito proposta por Vives Antón também se vale, no tocante à metodologia de apresentação de seu sistema, das teorias habermasianas da ação comunicativa e do discurso.³³⁸ Convém, então, tecer breves comentários acerca das contribuições teóricas habermasianas.

Inicialmente, Habermas propõe um novo paradigma filosófico, qual seja, o paradigma da comunicação, o qual não privilegia o sujeito na relação deste com os objetos para conhecê-los e dominá-los, como é próprio de uma razão instrumental e subjetiva que decorre do paradigma da consciência. Ao contrário, o paradigma da comunicação propõe a interpretação do sujeito como alguém historicamente obrigado a entender-se com outros sujeitos e a compreender o significado possível do conhecimento e da dominação dos objetos. Como se vê, o paradigma da comunicação promove uma mudança de eixo, o qual não é a autocompreensão do sujeito como fundamento ou atividade, mas sim a intersubjetividade constituída por sujeitos capazes de linguagem e ação.³³⁹

³³⁶ ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando**: introdução à filosofia. 4. ed. rev. São Paulo: Moderna, 2009. p. 206.

³³⁷ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Prefácio e trad. por António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 145.

³³⁸ BUSATO, Paulo César. O giro linguístico e o direito penal... cit., p. 130.

³³⁹ LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 104. Nota-se que, com o advento do paradigma da comunicação, perde a importância o paradigma da consciência moldurado desde René Descartes, para o qual, inclusive, o sujeito, em sua razão monológica, seria capaz de encontrar a verdade a partir do próprio pensamento: “tendo notado que em *penso, logo existo* nada há que me garanta que digo a verdade, exceto que vejo muito claramente que para pensar é preciso existir, julguei que podia tomar por regra geral que as coisas que concebemos muito clara e distintamente são todas verdadeiras” (DESCARTES, René. **Discurso do método**. 2. ed. 3. tir. Trad. por Maria Ermantina Galvão. Rev. da trad. por Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 39, grifos no original).

E, considerando que o tema central da filosofia é pensar a razão, Habermas preconiza, no bojo do paradigma comunicativo, uma reflexão da mesma a partir da linguagem. Ao debruçar-se sobre a razão, Habermas propõe uma concepção ampla de razão, capaz de abrigar uma pretensão de validade geral. Contudo, tal concepção de razão não remete à tradicional razão pura kantiana, mas é situada na história e na sociedade, instaurando-se por meio da linguagem. Como consequência, a comunicação linguística passa a ter como objetivos o entendimento e o consenso, que conferem o sentido da aludida razão comunicativa ou do agir comunicativo.³⁴⁰ Acerca do agir comunicativo, Habermas assim discorre:

Uma vez que o agir comunicativo depende do uso da linguagem dirigida ao entendimento, ele deve preencher condições mais rigorosas. Os atores participantes tentam definir *cooperativamente* os seus planos de ação, levando em conta uns aos outros, no horizonte de um mundo da vida compartilhado e na base de interpretações comuns da situação. Além disso, eles estão dispostos a atingir esses objetivos mediatos da definição da situação e da escolha dos fins assumindo o papel de falantes e ouvintes, que falam e ouvem *através de processos de entendimento*. O entendimento através da linguagem funciona da seguinte maneira: os participantes da interação unem-se através da validade pretendida de suas ações de fala ou tomam em consideração os dissensos constatados. Através das ações de fala são levantadas pretensões de validade criticáveis, as quais apontam para um reconhecimento intersubjetivo. A oferta contida num ato de fala adquire força obrigatória quando o falante garante, através de sua pretensão de validade, que está em condições de resgatar essa pretensão, caso seja exigido, empregando o tipo correto de argumentos.³⁴¹

Em suma, pode-se conceber a ação comunicativa como uma interação de ao menos dois sujeitos capazes de linguagem e de ação que constituem uma relação intersubjetiva.³⁴² Com tal compreensão, Habermas desenvolve a teoria da ação comunicativa, da qual a teoria da ética do discurso é um corolário, sobretudo pela recorrência à razão comunicativa, apoiada na interação entre os indivíduos do grupo através da linguagem, cujo consenso legitima a validade das normas.³⁴³

E todo esse aporte teórico, tributário tanto do “segundo Wittgenstein” quanto das teorias habermasianas da ação comunicativa e do discurso, é aproveitado por

³⁴⁰ LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação...** cit., p. 105-106.

³⁴¹ HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico:** estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 72, grifos no original.

³⁴² HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa:** racionalidad de la acción y racionalización social. v. 1. Trad. por Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Humanidades, 1999. p. 124.

³⁴³ ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando...** cit., p. 260-261.

Vives Antón para a construção da sua teoria significativa do delito. Em verdade, o que Vives Antón faz é agrupar a racionalidade penal com base nos jogos de linguagem expressos na ação e nas formas de vida que conferem racionalidade prática às regras. E, para a metodologia de apresentação dos temas da parte geral do Direito penal, Vives Antón afirma as realidades tendo como ponto de partida a compreensão da linguagem como um acordo comunicativo que legitima as normas de acordo com pretensões de validade.³⁴⁴ Feitas essas considerações prefaciais, cumpre, nas próximas linhas, tratar propriamente da concepção significativa de ação.

Inicialmente, Vives Antón afirma que a ação não é um fato específico e tampouco pode ser definida como o substrato da imputação, pois a imensa maioria das ações são definidas à margem dessa circunstância. Após fazer essas exclusões, isto é, após apontar o que a ação não é, Vives Antón sustenta que, para uma definição adequada da ação, resta apenas partir do sentido que considera a ação como um processo simbólico regido por normas ou, mais precisamente, como o significado social de uma ação, expressado linguisticamente.³⁴⁵ Sob esse viés, Vives Antón sintetiza a ação como uma expressão de sentido – da qual decorre uma interpretação – de certos comportamentos humanos a partir de determinadas regras sociais, isto é, a partir de determinadas normas:

Me proponho [...] conceber as ações como interpretações que, segundo os distintos tipos de regras sociais, podem ser dadas ao comportamento humano. Definirei, pois, a ação, não *como substrato* da conduta suscetível de receber um sentido, mas *como sentido* que, conforme um sistema de normas, pode ser atribuído a determinados comportamentos humanos. Se opera, assim, um *giro copernicano* na teoria da ação: já não é o *substrato de um sentido*; mas, inversamente, o *sentido de um substrato*.³⁴⁶

Desde logo, importa destacar, conforme elucida Pedro Franco Athayde, que “o substrato do qual se atribui o sentido é composto pelo substrato material (a

³⁴⁴ BUSATO, Paulo César. O giro linguístico e o direito penal... cit., p. 130.

³⁴⁵ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal...** cit., p. 221.

³⁴⁶ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal...** cit., p. 221, grifos no original, tradução livre. No original: “Me propongo [...] concebir las acciones como interpretaciones que, según los distintos tipos de reglas sociales, pueden darse al comportamiento humano. Definiré, pues, la acción, no *como sustrato* conductual susceptible de recibir un sentido, sino *como sentido* que, conforme a un sistema de normas, puede atribuirse a determinados comportamientos humanos. Se opera, así, un *giro copernicano* en la teoría de la acción: ya no es el *sustrato de un sentido*; sino, a la inversa, el *sentido de un sustrato*.”.

manifestação física) e o substrato contextual (o contexto da ação)”, pelo que “a manifestação física não é a ação própria, mas sim uma fração do substrato sobre o qual se atribui o sentido”.³⁴⁷

Ademais, a partir da concepção de ação de Vives Antón, é possível tratar das diferenças entre ações e fatos: (1) as ações são o que fazemos, enquanto os fatos são o que nos ocorre; (2) as ações têm sentido, isto é, significam, enquanto os fatos acontecem; (3) as ações devem ser entendidas, enquanto os fatos podem ser descritos; e (4) as ações são interpretadas mediante regras gramaticais, enquanto os fatos são explicados através de leis naturais.³⁴⁸

No que tange ao sentido das ações, Vives Antón aponta que este é regido pelas mesmas regras que regem o uso da linguagem, quais sejam, os jogos de linguagem por meio dos quais uma forma de vida se manifesta, pelo que servem para instruir um determinado modo de atuação e para explicar, avaliar, justificar, definir e interpretar a ação.³⁴⁹ Tais regras são, pois, reconhecidas como tais por terem seu uso estabelecido e por poderem, nessa condição, determinar o sentido de uma ação. Logo, as regras regentes do sentido da ação não podem ser reduzidas exclusivamente ao padrão de regras positivas ou legais, como se vê, por exemplo, no aporte teórico de Günther Jakobs, o qual acaba por distorcer com veemência a compreensão comunicativa original, embasada na teoria habermasiana da ação comunicativa.³⁵⁰

Para Jakobs, a norma é unicamente o que importa para a aferição do sentido ou do significado pertencente à ação, sobretudo porque, para o aludido penalista, a aplicação da pena é justificada tão somente em face da contrariedade da norma.³⁵¹

³⁴⁷ ATHAYDE, Pedro Franco. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica na ação significativa...** cit., p. 89.

³⁴⁸ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal...** cit., p. 221.

³⁴⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal...** cit., p. 229.

³⁵⁰ BUSATO, Paulo César. Delitos de posse e ação significativa – crítica aos *besitzdelikte* a partir da concepção significativa da ação. **Sequência**, Florianópolis, n. 73, p. 75-112, ago. 2016. p. 93.

³⁵¹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 171. Em relação ao critério de centralidade da norma proposto por Jakobs, “há várias consequências básicas que saltam aos olhos: em primeiro lugar, a norma, e não mais o homem, passa a ser o sujeito em torno do qual se organiza o sistema jurídico-penal; além disso, partir da norma como estrutura de referência implica reconhecer sua validade a partir de uma mera obediência formal no que tange à sua edição, impedindo a crítica do sistema quando a aplicação da norma conduz a distorções em face do resultado justo pretendido; finalmente, há ainda a consequência de tornar o sistema jurídico-penal absolutamente subserviente de qualquer mecanismo político criminal implantado, ou seja, a partir do direito deixa de ser possível a crítica à política estatal” (BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral...** cit., p. 230). Por tais razões é que Paulo César Busato atenta que o sentido da ação não deve ser vinculado exclusivamente à norma, posto que é refletido no próprio mecanismo de controle social

Noutro vértice, no bojo da ação significativa, o reconhecimento desta decorre de uma expressão de sentido que a ação manifesta em sua práxis, isto é, em seu uso. Todavia, essa expressão de sentido não é proveniente das intenções que os sujeitos atuantes pretendam expressar.³⁵²

Isso porque, embora Vives Antón reconheça que a ação pressupõe sujeitos que tenham a capacidade de formar e expressar intenções, o autor espanhol pontua que as ações que são realizadas não dependem das intenções que seus autores pretendam expressar, mas sim do significado que seja socialmente atribuído ao que tais autores façam.³⁵³ Por esse viés, a ação é determinada por seu significado e não pela finalidade do sujeito, pelo que não pode ser definida por uma concepção ontológica – como a tradicional concepção finalista de ação –, mas sim por uma concepção normativa.³⁵⁴ Afinal, conforme assinala Vives Antón, “as regras, que se materializam em atribuições de intenção, operam, frequentemente, prescindindo do propósito de quem as segue ou infringe”.³⁵⁵

Com efeito, a ação é determinada a partir do sentido dado pelas regras que regem sua interpretação.³⁵⁶ Por essa razão é que Vives Antón reitera que, em que pese a ação pressuponha uma capacidade natural do sujeito para formar e expressar intenções, a determinação da ação que é realizada independe da intenção concreta que o autor queira levar a cabo, estando, em verdade, condicionada ao código social conforme ao que se interpreta o que é feito.³⁵⁷ Em verdade, por esse viés, a intenção acaba sendo expressada pela própria ação, não sendo, ao contrário, determinante desta.³⁵⁸

Nesse diapasão, Vives Antón indica que os movimentos corporais não são interpretados como ações por causa da presença prévia ou contemporânea de

que é eleito para reagir às ofensas intoleráveis aos bens jurídicos essenciais, o que também revela o sentido da pena: “Uma vez que o sentido da pena na realidade se traduz na proteção dos bens jurídicos fundamentais, entre eles inclusive as liberdades individuais, contra os ataques mais intoleráveis, é evidente que o ‘sentido’ da ação é [...] refletido no mecanismo de controle social escolhido para reagir à ofensa ao bem jurídico.” (BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa...** cit., p. 172).

³⁵² BUSATO, Paulo César. Delitos de posse e ação significativa... cit., p. 93.

³⁵³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal...** cit., p. 230.

³⁵⁴ BUSATO, Paulo César. Delitos de posse e ação significativa... cit., p. 93.

³⁵⁵ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal...** cit., p. 231, tradução livre. No original: “las reglas, que se materializan en atribuciones de intención, operan, a menudo, prescindiendo del propósito de quien las sigue o infringe”.

³⁵⁶ BUSATO, Paulo César. Delitos de posse e ação significativa... cit., p. 93.

³⁵⁷ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal...** cit., p. 232.

³⁵⁸ BUSATO, Paulo César. Delitos de posse e ação significativa... cit., p. 94.

intenções, mas que, porque fala-se de ação, torna-se igualmente possível perquirir pela intenção; noutras palavras, porque há um seguimento de regras, pode-se falar da expressão de um sentido e visualizar, na ação, a realização de uma intenção, a qual, quando é verificada, encontra-se inscrita na própria ação – isto é, na ação interpretada –, não tendo a capacidade de determinar o sentido de um comportamento. Conclui Vives Antón que as intenções do sujeito apenas são identificáveis como tais por apoiarem-se em uma intencionalidade externa e objetiva, aferível por uma prática social constituinte de um significado.³⁵⁹

Outrossim, Vives Antón ressalva que, apesar de haver uma relação interna entre ação e intenção, nem toda ação é necessariamente intencional, o que evidencia o fracasso da concepção welzeliana de ação para explicar os delitos imprudentes:

Ação e intenção formam [...] uma unidade. A intenção se expressa na ação [...]. Mas não constitui uma nota definitiva porque, dada a exterioridade das regras, [...] nem toda ação é intencional. [...] Em Welzel, que situa o núcleo do conceito de ação na *finalidade*, só há ação onde há intenção, com o corolário inevitável do fracasso na explicação das ações imprudentes; em Wittgenstein, cujo pensamento gira em torno do significado, das regras e do seguimento de regras, tudo o que se afirma é que a relação entre intenção e ação é *interna*, do que de modo algum se infere que o que entendemos como ação haja de consistir, em todo caso, uma expressão de intenção.³⁶⁰

Dessa constatação de que nem toda ação é intencional, confirma-se a existência de delitos tanto culposos quanto dolosos, sendo que estes diferenciam-se daqueles tão somente por comportarem uma expressão de sentido traduzível no compromisso com a produção de um resultado típico, aferível por termos normativos e não ontológicos.³⁶¹

Ainda, faz-se necessário tecer breves explicações acerca do elemento fundamental que serve de norte para a teoria significativa do delito proposta por

³⁵⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal...** cit., p. 232-234.

³⁶⁰ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal...** cit., p. 237-238, grifos no original, tradução livre. No original: “Acción e intención forman [...] una unidad. La intención se expresa en la acción [...]. Pero no constituye una nota definitiva porque, dada la exterioridad de las reglas, [...] no toda acción es intencional. [...] En Welzel, que sitúa el núcleo del concepto de acción en la *finalidad*, sólo hay acción donde hay intención, con el corolario inevitable del fracaso en la explicación de las acciones imprudentes; en Wittgenstein, cuyo pensamiento gira en torno al significado, a las reglas y al seguimiento de reglas, todo lo que se afirma es que la relación entre intención y acción es *interna*, de lo que en modo alguno se infiere que lo que entendemos como acción haya de consistir, en todo caso, en una expresión de intención.”.

³⁶¹ BUSATO, Paulo César. Delitos de posse e ação significativa... cit., p. 94.

Vives Antón, e que lhe insere a dimensão de preservação do componente humano – ainda que estruturado em termos normativos –, qual seja: a liberdade de ação, reputada como a intersecção entre as teorias da ação e da norma formuladas pelo autor espanhol, cujo sistema de imputação tem justamente como pilares fundamentais a ação e a norma. Tradicionalmente, a liberdade de ação é situada na categoria da culpabilidade, o que, para Vives Antón, estimula um intenso e insolúvel debate entre determinismo e livre arbítrio, pelo que o autor espanhol propõe, alternativamente, que a liberdade de ação fundamente não a culpabilidade, mas a própria ação.³⁶²

Na esteira da alternativa proposta por Vives Antón, a liberdade de ação é um pressuposto da imagem de mundo desde a perspectiva da própria ação, não podendo ser afirmada ou negada a partir de dados empíricos. Em verdade, o que a liberdade de ação atende é a possibilidade de ver o mundo de um modo ou de outro.³⁶³ E, ao conceber-se o mundo desde a liberdade de ação na própria ação, tem-se como legitimado o juízo de aplicabilidade de alguma norma.³⁶⁴ Nas palavras de Vives Antón: “A análise das normas como algo distinto da investigação das leis da natureza só tem sentido desde a pressuposição da liberdade de ação, que se converte, assim, no pressuposto sobre o qual [...] há de girar a sistemática.”³⁶⁵

Importa dizer que a pressuposição da liberdade de ação, nos termos assim postos, não tem o intento de demonstrar a existência da liberdade contra o determinismo, mas sim de explicar que, para que haja sentido conceber a existência de ações regidas por normas – o que está no escopo do Direito penal –, é fundamental supor que o ser humano é livre, isto é, capaz de autodeterminar-se por razões.³⁶⁶ E, tendo em vista que, como já disse-se alhures, a liberdade de ação é a

³⁶² BUSATO, Paulo César. Delitos de posse e ação significativa... cit., p. 94-95.

³⁶³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La “concepción significativa de la acción” de T. S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito. **Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, n. 5, p. 1075-1104, 2001. p. 1083.

³⁶⁴ BUSATO, Paulo César. Delitos de posse e ação significativa... cit., p. 95.

³⁶⁵ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal...** cit., p. 345, tradução livre. No original: “El análisis de las normas como algo distinto de la investigación de las leyes de la naturaleza sólo tiene sentido desde la presuposición de la libertad de acción, que se convierte, así, en el presupuesto sobre el que [...] ha de girar la sistemática.”

³⁶⁶ BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo. Tipicidade penal finalista e tipo de ação significativo. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 9, n. 16, p. 147-180, jan./jun. 2017. p. 169. Cabe atentar que mesmo Immanuel Kant já entendia que a liberdade tem que ser pressuposta como atributo da vontade de todos os seres racionais (KANT, Immanuel. **Fundamentación para una metafísica de las costumbres**. Trad. y estudio preliminar por Roberto R. Aramayo. Madrid: Alianza Editorial, 2012.

intersecção entre as teorias da ação e da norma elaboradas por Vives Antón, cumpre fazer um breve comentário sobre a concepção de norma para o autor espanhol.

Para Vives Antón, as normas jurídicas não são meras diretivas de ação, isto é, mandamentos, mas também, em virtude de sua própria gramática, possuem uma pretensão de validade que acompanha a dimensão diretiva que lhes é inerente e que integra o marco de um processo de argumentação racional. Essa pretensão de validade, todavia, não é uma pretensão de verdade, mas sim uma pretensão global de justiça, a qual se articula em pretensões parciais e mais concretas, quais sejam: (1) uma pretensão de relevância; (2) uma pretensão de ilicitude; (3) uma pretensão de reprovabilidade; e (4) uma pretensão de punibilidade (isto é, de necessidade de pena).³⁶⁷ Dessas pretensões, é a pretensão de relevância que debruça-se sobre as ações que são relevantes ao Direito penal, por meio da verificação de um tipo de ação.³⁶⁸

Quanto a esse último ponto, Vives Antón sintetiza que “o tipo de ação é uma regulação do sentido da ação mesma, que a identifica como pertencente à classe de ações delimitada pelo tipo”.³⁶⁹ Para cumprir seu propósito, qual seja, o de identificar quais ações são penalmente relevantes, o tipo de ação deve ter um conteúdo, o qual é preenchido por uma pretensão conceitual de relevância e por uma pretensão de ofensividade, cuja síntese didática é oferecida por Paulo César Busato:

p. 168-170), ainda que o filósofo buscasse, com tal pressuposição, justificar a possibilidade de um imperativo categórico.

³⁶⁷ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal...** cit., p. 489-495. Tais pretensões correspondem, para Vives Antón, à exigência de responsabilidades que devem ser averiguadas para constatar-se se há ou não uma imputação a ser direcionada a um sujeito. Nesse sentido, precisa é a síntese feita por Paulo César Busato: “[...] a pretensão de justiça se expressa segundo distintas exigências, [...] segundo pretensões de legitimidade e validade que só se pode concretizar através de uma justificação procedimental, em sentido *habermasiano*. Tal justificação se procede com o fim de atribuir responsabilidade penal mediante a comprovação procedimental, primeiramente da execução de uma ação lesiva ameaçada de pena, uma pretensão de relevância expressa pela realização de um tipo de ação, logo a verificação de se a intenção que regia a ação estava ou não de acordo com as exigências do ordenamento jurídico, correspondendo a uma pretensão de ilicitude, em seguida, se aquele que atuou sabia que não poderia fazê-lo e poderia atuar de outro modo o que permite identificar uma pretensão de reprovabilidade e, finalmente, comprovando se o castigo efetivamente era necessário, revelando uma pretensão de punibilidade.” (BUSATO, Paulo César. O giro linguístico e o direito penal... cit., p. 148-149, grifo no original). Cumpre destacar que tais pretensões não elidem, mas apenas remodelam as tradicionais categorias do delito, quais sejam, ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Para uma explicação percuente de cada uma dessas pretensões, veja-se: BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral...** cit., p. 247-590.

³⁶⁸ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal...** cit., p. 491.

³⁶⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal...** cit., p. 287, tradução livre. No original: “el tipo de acción es una regulación del sentido de la acción misma, que la identifica como perteneciente a la clase de acciones delimitada por el tipo”.

O conteúdo da pretensão *geral* de relevância ou *tipo de ação* é formado por duas subpretensões, quais sejam, uma pretensão *conceitual* de relevância e uma pretensão de ofensividade. A pretensão *conceitual de relevância* refere-se à comprovação de que uma determinada conduta corresponde a um tipo, ou seja, é relevante para o Direito penal. Isso acontece quando se identifica na conduta um sentido correspondente àquele que é descrito por uma norma incriminadora [...]. Assim, o que se estuda aqui é a conjugação da previsão legal (tipicidade formal) e as modalidades de conduta (ação e omissão), além da relação da ação com o resultado e os elementos de união entre um e outro, sejam ontológicos (nexo causal) ou axiológicos (critérios de imputação objetiva). Tudo isso é a expressão sistemática do princípio da legalidade. Evidentemente, trata-se de uma correspondência, ou seja, de que a situação concretamente analisada seja uma ação ou omissão que transmite o sentido correspondente à descrição de um tipo. A pretensão de *ofensividade*, por sua vez, diz respeito à comprovação de que um bem jurídico digno de proteção penal foi atacado de modo grave o suficiente para determinar a intervenção do direito penal.³⁷⁰

Com efeito, como a ação relevante ao Direito penal – aqui referida tanto como a ação propriamente dita (comissão) quanto como a omissão – vincula-se, tanto quanto o próprio tipo, ao interesse de controle social decorrente da necessidade de proteção de bens jurídicos, mostra-se mais adequado analisar ambas as categorias conjuntamente, pelo que, em caráter prefacial, justifica-se a concepção de um tipo de ação.³⁷¹

Cumprido destacar, ainda, que a concepção significativa de ação não se afasta totalmente de uma concepção pré-jurídica de ação – já que, sem ação, não pode haver a subsunção de uma ação penalmente relevante a um tipo –, mas tão somente preconiza que a ação não pode ser reduzida a uma concepção puramente ontológica e desprovida de qualquer atributo axiológico.³⁷² Em verdade, o que a concepção significativa de ação promove é uma mudança na estrutura intrínseca da ação – que deixa de ser um substrato para converter-se no próprio sentido atribuído a esse substrato – e no número de funções que esta pode cumprir, incumbindo-a tão somente de exercer uma função negativa de estabelecer limites entre a ocorrência e a ausência de uma ação penalmente relevante.³⁷³

³⁷⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral... cit., p. 250-251, grifos no original.

³⁷¹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral... cit., p. 248-249.

³⁷² MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**. 4. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007. p. 29.

³⁷³ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral... cit., p. 249. Releva dizer que essa função negativa é irrenunciável, posto que, ao delimitar as situações de ocorrência de uma ação penalmente relevante, permite a concreção do princípio da responsabilidade pelo fato, através do qual, na

É bem verdade que, por um lado, a legislação penal brasileira adota uma série de heranças advindas do finalismo welzeliano; mas, por outro lado, não evidencia qual concepção de ação deve ser manejada em cada caso concreto, e tampouco condiciona tal concepção a um necessário substrato ontológico.³⁷⁴ Assim, não há, desde o Direito positivo, óbices para a adoção da concepção significativa da ação, a qual vem sendo encampada, em maior ou menor grau, por uma parcela da doutrina penal brasileira que não está alheia às insuficiências das tradicionais concepções de ação e às contribuições trazidas pela filosofia da linguagem, como se vê no trabalho teórico desenvolvido por autores como Paulo César Busato³⁷⁵ e Juarez Tavares³⁷⁶, a título exemplificativo.

Ademais, não se pode olvidar que a concepção significativa de ação tem potencial para viabilizar a identificação da autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica,³⁷⁷ pelo que não se pode rechaçar, aprioristicamente, a capacidade de ação do ente coletivo.³⁷⁸ Tal questão será, pois, mais bem explorada nas linhas subsequentes.

sintética, mas importante lição de Alessandro Baratta, “se rechaça toda forma de direito penal do autor e se mantém somente o direito penal do fato” (BARATTA, Alessandro. *Principios del derecho penal mínimo: para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal*. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**. *Compilación in memoriam*. Colección memoria criminológica, n. 1 (dir. de Carlos Alberto Elbert y coord. de Laura Belloqui). Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 299-333. Trad. por Beatriz Lenzi. p. 318, tradução livre). No original: “se rechaza toda forma de derecho penal de autor y se mantiene solamente el derecho penal de acto”.

³⁷⁴ GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal...** cit., p. 360-361.

³⁷⁵ Paulo César Busato, seguindo a teoria significativa do delito proposta por Tomás Salvador Vives Antón, adota expressamente a concepção significativa de ação: “Conceber uma concepção significativa de ação não é nada mais que expressar uma forma de percepção da ação no contexto social das circunstâncias em que se produz. Com a admissão do significado como reitor do conceito de ação, se está baseando a ideia de ação fora do sujeito e fora do objeto, para transferi-la à relação que se estabelece entre eles. Isto é, um conceito de ação baseado no significado não se estrutura a partir da perspectiva subjetiva de uma impressão que se tem da realidade, nem mesmo de um ponto de vista objetivo, do objeto observado, mas mantém como substrato a comunicação que provém da relação sujeito-objeto, quer dizer, da mensagem que comunica a atuação do sujeito ao relacionar-se com as circunstâncias do meio.” (BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral... cit., p. 256).

³⁷⁶ Juarez Tavares não encampa expressamente a concepção significativa da ação, mas inclina-se a uma concepção jurídica de ação com um viés comunicativo: “O conceito jurídico de conduta pressupõe um sujeito capaz de atuar de acordo com o contexto e ajustado a uma norma proibitiva ou mandamental, bem como a um processo democrático de comunicação.” (TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito...** cit., p. 133).

³⁷⁷ BUSATO, Paulo César. Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo Código Penal brasileiro... cit., p. 114.

³⁷⁸ BASSO, Stephan Nascimento. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica a partir de uma revisão democrática do sistema de imputação...** cit., p. 36.

CAPÍTULO V

A AÇÃO SIGNIFICATIVA E A CAPACIDADE DE AÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

Entre os esforços teóricos que buscam constatar a capacidade de ação por parte da pessoa jurídica a partir da concepção significativa de ação, talvez o argumento mais elucidativo seja o oferecido por Juan Carlos Carbonell Mateu,³⁷⁹ pelo que suas reflexões serão brevemente desdobradas nas linhas abaixo, sem prejuízo das correlações pertinentes com os apontamentos feitos por outros autores que também tecem contribuições relevantes sobre o ponto.

Geralmente, o reconhecimento da capacidade de ação da pessoa jurídica para o fim de atribuir-lhe responsabilidade penal é obstado por concepções clássicas de ação – sobretudo, pela concepção finalista de ação –, as quais, cada qual a seu modo, acabam por atribuir uma ação tão somente a uma pessoa natural, por serem dotadas precipuamente de um conteúdo ontológico. Contudo, essas concepções clássicas de ação – desde as causais (de perfil naturalista ou neokantiano) até a finalista – são permeadas por várias insuficiências teóricas e não logram êxito em elucidar suficientemente o significado da ação, pelo que não apenas são estéreis para explicar a capacidade de ação da pessoa jurídica, como também sequer explicam o sentido da ação realizada pela pessoa natural.³⁸⁰

Especificamente no que se refere à pessoa jurídica, a crítica à sua capacidade de ação desemboca, em última instância, na conclusão absurda de que o ente coletivo não pode celebrar contratos válidos que obrigam a si próprio, por não dispor de membros físicos para assinar o instrumento contratual e, assim, vincular-se aos direitos e às obrigações neste contidas. Essa suposta incapacidade de ação por parte da pessoa jurídica é ancorada em concepções clássicas de ação que, por serem de cunho eminentemente ontológico, não logram êxito em explicar o sentido social das expressões e das ações como fenômenos comunicativos, o que, em última

³⁷⁹ O aludido argumento pode ser encontrado em: CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su “dogmática” y al sistema de la reforma de 2010. **Cuadernos de política criminal**, n. 101, p. 5-33, 2010. p. 13-16.

³⁸⁰ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidad penal de las personas jurídicas... cit., p. 13.

instância, obsta uma justificação convincente à razão pela qual o Direito reage às ações e suporta os fatos, diante da dificuldade de diferenciação daquelas em relação a estes.³⁸¹

Para a superação desses problemas, faz-se necessário compreender a ação como um sentido, de modo que sua significação social seja focada, já que é esta que converte as comissões feitas mediante movimentos e as omissões em comportamentos relevantes, isto é, em ações. É bem verdade que, em um primeiro raciocínio, pode-se pensar que as comissões ou as omissões não deixam de ser o substrato do próprio sentido, pelo que ainda seria questionável a capacidade de agir ou de omitir-se com sentido de quem não é uma pessoa natural, já que, a princípio, apenas o ser humano age ou omite-se com um sentido advindo de um significado social e comunicativo, a partir do qual constata-se uma ação se o sujeito manifesta um comportamento submetido a regras, isto é, interpretável de acordo com códigos de comportamentos.³⁸²

Entretanto, é preciso pontuar que o relevante para a verificação de uma ação não é um movimento (comissão) ou a ausência deste (omissão), mas sim o significado que é atribuído em um caso ou em outro pelos códigos de comportamentos. Vale dizer, o mero fato de que uma comissão ou uma omissão tenha um significado não converte, automaticamente, nem uma e nem outra por si mesma em uma ação, vez que esta manifesta-se por meio de um significado que é atribuído e não ínsito. Noutras palavras, em que pese a ação enquanto significado manifestar-se através de um movimento ou da ausência deste, em um caso ou em outro, se não houver a atribuição de um significado social, a comissão ou a omissão será um mero substrato, e não uma ação. Tal conclusão advém, pois, da concepção significativa de ação.³⁸³

Vale rememorar que a concepção significativa de ação foi originalmente proposta por Tomás Salvador Vives Antón, para quem a ação não é o substrato suscetível de receber um sentido, mas é o próprio sentido atribuído ao substrato, mediante a observância de determinadas regras sociais.³⁸⁴ Sob tal viés, a nota distintiva da ação passa a ser o próprio sentido atribuído a um substrato, e não o

³⁸¹ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidad penal de las personas jurídicas... cit., p. 13-14.

³⁸² CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidad penal de las personas jurídicas... cit., p. 14.

³⁸³ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidad penal de las personas jurídicas... cit., p. 14.

³⁸⁴ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal...** cit., p. 221.

próprio substrato, o qual, por si mesmo, é irrelevante para a averiguação de uma ação, pelo que é, igualmente, prescindível.³⁸⁵ Juan Carlos Carbonell Mateu arremata que a ação é um sentido ao valer-se de uma explicação acerca da omissão:

E sejamos sérios: o único que converte uma ausência de movimentos em ação é seu sentido; a omissão não requer suporte material algum, e só um pensamento cartesiano e uns vestígios naturalistas irreduzíveis nos faziam considerá-la uma “forma de ação”. Agora já sabemos que isso era incorreto: a ação não era o não fazer, mas seu sentido comunicativo. Por mais que se afirme, com razão, que só pode omitir quem pode atuar e que nos empenhemos em buscar no movimento ou em sua ausência a chave que nos permita imputar um sentido. E, no entanto, resulta que é justamente esse sentido o que importa, ao que vamos considerar ação. Pois a conclusão há de parecer óbvia para quem não se empenhe em manter-se na física mecânica como única fonte explicativa das relações sociais.³⁸⁶

Em verdade, o que realmente importa para a constatação de uma ação, tanto na ação positiva consistente em movimentos corporais – comissão – quanto na evasão de qualquer movimento corporal – omissão –, é o sentido social e comunicativo presente em cada caso.³⁸⁷

Verificado, pois, que a ação é um sentido, cabe dizer que este será atribuído a tudo aquilo que, de acordo com a linguagem social e comunicativa, possa ser fonte de significado; é dizer, a tudo aquilo a que, do ponto de vista jurídico, a comunidade decida outorgar uma capacidade de comportamento, de decisão e de submissão às normas. Sob esse viés, todo sujeito de direito que pode violar uma norma cujo cumprimento é exigível pode, igualmente, sofrer uma atribuição de sentido e, por conseguinte, ter uma capacidade de ação. Com efeito, quem pode descumprir um dever exigível é um sujeito de direito. E, sob esse ponto de vista, não se duvida da capacidade de uma pessoa jurídica para descumprir obrigações e adquirir,

³⁸⁵ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidad penal de las personas jurídicas... cit., p. 14-15.

³⁸⁶ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidad penal de las personas jurídicas... cit., p. 15, tradução livre. No original: “Y seamos serios: lo único que convierte una ausencia de movimientos en acción es su sentido; la omisión no requiere de soporte material alguno, y sólo un pensamiento cartesiano y unos vestigios naturalistas irreductibles nos hacían considerarla una ‘forma de acción’. Ahora ya sabemos que eso era incorrecto: la acción no era el no hacer, sino su sentido comunicativo. Por más que se afirme, con razón, que sólo puede omitir quien puede actuar y que nos empeñemos en buscar en el movimiento o en su ausencia la clave que nos permita imputar un sentido. Y, sin embargo, resulta que es justamente ese sentido lo que importa, a lo que vamos a considerar acción. Pues la conclusión ha de parecer obvia para quien no se empeñe en mantenerse en la física mecánica como única fuente explicativa de las relaciones sociales.”

³⁸⁷ CARBONELL MATEU, Juan Carlos; MORALES PRATS, Fermín. Responsabilidad penal de las personas jurídicas... cit., p. 61.

consequentemente, responsabilidades patrimoniais ou de qualquer outra natureza.³⁸⁸

Nesse diapasão, resta indubitável a possibilidade de se atribuir um significado a uma decisão advinda do órgão de uma pessoa jurídica, sendo irrelevantes, para a aferição do sentido da decisão, os movimentos corporais feitos pelas pessoas naturais que integram o órgão decisório do ente coletivo. Nesse contexto, o importante é constatar que, da pessoa jurídica, é emanada uma decisão com o potencial de afetar terceiros, proveniente de uma vontade que, pelo Direito, é reputada como independente das vontades individuais das pessoas naturais envolvidas em sua manifestação.³⁸⁹

Em sentido contrário, poder-se-ia dizer que, mesmo para a manifestação de uma vontade e de uma decisão próprias da pessoa jurídica, o substrato resta imprescindível, já que é por meio dos movimentos corporais das pessoas naturais integrantes do órgão decisório que a vontade do ente coletivo se exterioriza e dá azo a uma decisão. Contudo, mesmo tal objeção não pode ignorar que os movimentos corporais empreendidos pelas pessoas naturais envolvidas seriam absolutamente ininteligíveis se eles não expressassem justamente um significado decorrente do pertencimento dessas pessoas ao órgão decisório de uma pessoa jurídica, isto é, se não estivessem, pois, expressando o sentido de uma vontade e uma decisão juridicamente relevantes e atribuíveis autonomamente ao ente coletivo.³⁹⁰

Com efeito, se, hodiernamente, já não se reputa o movimento corporal como um objeto relevante para a imputação penal, deve-se empregar esse mesmo raciocínio para a ideia de movimento corporal como condição *sine qua non* da ação, já que esta, como expressão de um sentido, não necessita do condicionamento de qualquer substrato para existir por si própria.³⁹¹

É que, sendo a ação significativa a expressão de um sentido atribuído a um substrato, resta falsa a proposição de que é capaz de ação apenas uma pessoa natural dotada de um corpo com propriedades físicas. Isso porque o substrato ao qual atribui-se o sentido de uma ação não é apenas material – uma manifestação física –, mas também contextual – o próprio contexto da ação –, pelo que a manifestação

³⁸⁸ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidad penal de las personas jurídicas... cit., p. 15.

³⁸⁹ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidad penal de las personas jurídicas... cit., p. 15.

³⁹⁰ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidad penal de las personas jurídicas... cit., p. 15-16.

³⁹¹ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidad penal de las personas jurídicas... cit., p. 16.

física, isto é, o substrato material, não é a ação em si mesma, mas tão somente uma parcela do substrato ao qual o sentido da ação é atribuído. É por essa razão que, ainda que possa não haver um substrato material e ontológico em uma pessoa jurídica – no sentido de esta não possuir, como uma pessoa natural, um corpo com propriedades físicas –, isso em nada impede reconhecer sua atuação a partir de um substrato contextual.³⁹²

Conseqüentemente, com o fenecimento do obstáculo traduzido pelo substrato ontológico, não restam maiores óbices para considerar que qualquer sujeito de direito pode e deve ser centro de imputação, ou, noutras palavras, de atribuição de deveres e de responsabilidades pelo descumprimento destes, inclusive de natureza penal. É dizer, em suma, que, se a ação é um significado, a pessoa jurídica tem capacidade de ação e, conseqüentemente, pode ser autora de delitos.³⁹³

Não se pode olvidar que, pela concepção significativa de ação, a ação ou a omissão penalmente relevante é, precipuamente, reputada como a expressão de sentido de um tipo, prescindível de qualquer expressão física. Logo, tanto a atuação de uma pessoa natural quanto a atuação de uma pessoa jurídica são hábeis a ensejar a configuração de uma expressão de sentido de um tipo, isto é, de uma ação ou de uma omissão penalmente relevante.³⁹⁴

³⁹² ATHAYDE, Pedro Franco. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica na ação significativa...** cit., p. 89-90. Como bem discorre Pedro Franco Athayde, o substrato contextual permite não apenas reconhecer que a pessoa jurídica possui uma capacidade de ação – inconfundível com a ação propriamente dita –, como também delimita os tipos de ação que podem ser realizados pelo ente coletivo conforme cada contexto: “Primeiramente, não podemos confundir a capacidade de ação com a ação mesma, pois a afirmação de que uma pessoa jurídica é capaz de atuar não é o mesmo que uma afirmação geral de que uma pessoa jurídica atua, porque na segunda afirmação, fazem falta dados contextuais que imprimam o sentido de qual ação específica estaria sendo executada pela pessoa jurídica. Como já referido, existem algumas expressões que em seu sentido ordinário demonstram que é linguisticamente aceitável que uma pessoa jurídica atue, [...] mas isso não significa que todas as ações possam ser atribuídas a pessoas jurídicas, pois cada ação possui sua própria maneira de *fazer sentido* gramaticalmente. [...] Assim, ainda que as pessoas jurídicas sejam capazes de atuar, isto não significa que serão capazes de atuar de tal maneira que corresponda a todos os tipos de ação penalmente relevantes, mas sim apenas aqueles em que o contexto permite que isto seja possível. A capacidade de ação é um critério potencial, que pode ser afirmado de maneira *a priori* à ação própria, e por isso, se pode concluir que as pessoas jurídicas têm capacidade de ação pois são capazes de expressar sentido através de um substrato delas próprias. A ação é uma designação demasiadamente ampla para ser atribuída totalmente, sem ressalvas a uma pessoa jurídica, e se torna exigível que as ações sejam analisadas tipo a tipo, e também, caso a caso.” (ATHAYDE, Pedro Franco. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica na ação significativa...** cit., p. 62-63, grifos no original).

³⁹³ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidad penal de las personas jurídicas... cit., p. 16.

³⁹⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito penal:** parte geral... cit., p. 707.

Assim, não há maiores óbices para a aplicação, à pessoa jurídica, do respectivo tipo de ação, mediante a constatação de um desvalor de ação – uma vez que se atribui sentido à formação da vontade do ente coletivo, cuja validade é reconhecida no tráfego jurídico – e de um desvalor de resultado.³⁹⁵

Com efeito, a pessoa jurídica é perfeitamente capaz de dar azo a resultados próprios pelos quais tão somente ela será responsável, em decorrência da delimitação exigida pelo princípio da culpabilidade. Tais resultados, se desvaliosos do ponto de vista jurídico, poderão ser atribuídos autonomamente à pessoa jurídica, sempre e quando essa atribuição for possível. A seu turno, essa atribuição será possível em todos os contextos nos quais os resultados desvaliosos produzidos pela pessoa jurídica derivarem de uma ação que lhe for própria, ou, dizendo de outro modo, quando decorrerem de uma decisão advinda de uma manifestação de vontade feita pelo próprio ente coletivo, em respeito ao princípio da culpabilidade.³⁹⁶

Impende destacar que, sendo a ação uma expressão de sentido linguístico, não restam maiores dificuldades para a identificação de mensagens linguísticas que traduzam, no ambiente coloquial, o significado de realizações de resultados decorrentes de ações atribuíveis à própria pessoa jurídica. A título exemplificativo, é perfeitamente compreensível e dotada de pleno sentido linguístico uma expressão como “a companhia petrolífera causou poluição na baía de Guanabara”.³⁹⁷

A partir de um exemplo como esse, nota-se, pois, a realização de um resultado através de uma ação que é percebida comunicativamente como uma expressão de sentido atribuída à própria pessoa jurídica, e não a uma pessoa natural envolvida em sua atividade. Essa constatação não representa uma mera aleatoriedade e tampouco uma simplificação linguística feita por um jogo de palavras, mas esclarece, em verdade, a expressão por excelência da própria práxis. Afinal, a realização de um delito ambiental de poluição pela pessoa jurídica, por exemplo, não corresponde à submissão ou à instrumentalização do ente coletivo para atender a vontade da pessoa natural, ocorrendo, em verdade, justamente o contrário.³⁹⁸

³⁹⁵ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. La persona jurídica como sujeto activo del delito. *In*: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da; BUSATO, Paulo César (orgs.). **Direito penal, neurociência e linguagem**: anais do III Congresso Ibero-Americano de Direito Penal e Filosofia da Linguagem. Porto Alegre: Editora Fi, 2020. p. 257-286. p. 275.

³⁹⁶ PRAZERES, Ângela dos; BUSATO, Paulo César. Heterorresponsabilidade e autorresponsabilidade penal de pessoas jurídicas... *cit.*, p. 25.

³⁹⁷ DAVID, Décio Franco; BUSATO, Paulo César. A empresa é capaz de ação... *cit.*, p. 225.

³⁹⁸ BUSATO, Paulo César. Autoria e participação nos delitos de pessoas jurídicas... *cit.*, p. 107-108.

Com efeito, é possível afirmar que, independentemente da responsabilidade penal das pessoas físicas que a compõem, a dirigem ou a gerenciam, a pessoa jurídica pode ser individualmente responsabilizada pela consecução de delitos compatíveis com sua natureza e com sua capacidade de realização.³⁹⁹ Identificada a possibilidade

³⁹⁹ BUSATO, Paulo César. Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo Código Penal brasileiro... cit., p. 108-109. Essa afirmação também importa para afastar o pressuposto limitante segundo o qual a pessoa jurídica apenas pode dar azo a delitos que sejam expressamente atribuídos por uma norma taxativa como passíveis de realização por um ente coletivo, já que a realidade criminológica é diversificada, o que exige, por óbvio, uma análise tópica de cada caso concreto. Tanto é assim que, conforme aponta Tracy Joseph Reinaldet dos Santos, passou a crescer, no campo da responsabilidade penal dos ordenamentos jurídicos da França e do Brasil, uma tendência de renúncia ao princípio da especialidade, a partir do qual a pessoa jurídica apenas pode ser penalmente responsabilizada por um rol específico de delitos: “Com relação ao grupo de infrações pelas quais uma pessoa jurídica pode ser penalmente condenada, percebeu-se igualmente algumas semelhanças entre o direito penal francês e o direito penal brasileiro. De fato, nesses dois ordenamentos jurídicos o legislador [...] instituiu um princípio de especialidade, o qual limitava o grupo de infrações pelas quais uma pessoa jurídica poderia ser penalmente responsabilizada na França e no Brasil. Dessa forma, um ente moral não poderia ser condenado por todo e qualquer tipo de crime existente no ordenamento jurídico franco-brasileiro, mas tão somente por um rol específico de ilícitos, o qual seria determinado pelo legislador nesses dois países. De toda sorte, constatou-se igualmente que tanto na França quanto no Brasil existe uma tendência a se expandir o grupo de infrações pelas quais uma pessoa jurídica pode ser penalmente responsabilizada. De um lado, essa tendência levou ao abandono do princípio de especialidade no ordenamento jurídico francês, o qual ocorreu no ano de 2005. De outro lado, ela está presente no projeto do novo Código penal brasileiro [...]”. (SANTOS, Tracy Joseph Reinaldet dos. **La responsabilité pénale à l'épreuve des personnes morales...** cit., p. XVIII-XIX). Nessa linha, vale dizer que o projeto do novo Código Penal brasileiro (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012) amplia a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos realizados contra a Administração pública, o que, em um primeiro momento, parece corroborar a tese de que é meramente exemplificativo o rol constitucional de delitos praticáveis por um ente coletivo contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, bem como contra o meio ambiente. Todavia, como bem esclarece Paulo César Busato ao comentar o referido projeto, tal ampliação, em verdade, promove uma indevida redução no escopo de responsabilização penal da pessoa jurídica, sob o desnecessário pretexto de que o rol constitucional destinado ao ente coletivo é exemplificativo: “O segundo recorte do âmbito de imputação foi uma limitação *ratione materiae*, admitindo somente a incriminação das pessoas jurídicas por delitos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente. Sustentou-se, inclusive, na exposição de motivos, que em decisão majoritária, a comissão optou por reconhecer como meramente exemplificativa e não exauriente a indicação constitucional (art. 225, § 3.º e, mais indiretamente, art. 173, § 5.º) de responsabilidade penal das pessoas jurídicas por crimes contra o ambiente, a economia popular e a ordem econômica e financeira e, como consequência, viu-se autorizada a ampliar o âmbito de incriminação para os delitos contra a administração pública. No entanto, a pretensão de soar avançado e ampliativo no que tange ao âmbito de imputação não logra disfarçar o engodo que constitui tal opção. O que se faz, na verdade, a despeito de mencionar uma hipotética ampliação, é um indevido decote do âmbito de imputação. O tema constitucional, na verdade, sequer merecia ser invocado neste aspecto, já que as normas em questão são claramente programáticas e sequer insinuam um rol taxativo. Não cabia nem mesmo a discussão sobre o assunto. O fato é que a Constituição da República em momento algum obsta a responsabilidade penal de pessoas jurídicas, chegando, em tópicos específicos, como é o caso dos artigos mencionados, a estimulá-la. Assim, se a Constituição da República não veda, a referência ao tema constitucional acompanhada de uma pretensa justificativa de ampliação, na verdade, disfarça o imenso recorte que se faz na atribuição de responsabilidade penal a pessoas jurídicas. É evidente que estas áreas são próprias da atividade empresarial e, portanto, os focos mais suscetíveis de responsabilização, mas esta limitação abre passo a perigosas consequências de ordem político criminal e mesmo dogmáticas, senão vejamos. Em primeiro lugar, livres para a prática delitiva de quaisquer ordens exceto aquelas abrangidas pelos bens jurídicos definidos na disposição legal, as pessoas jurídicas tratariam sempre

de realização de uma ação penalmente relevante por pessoas jurídicas, tem-se a abertura de um caminho viabilizador da elaboração de uma genuína fórmula de autorresponsabilidade penal do ente coletivo, a qual não precise recorrer a construções artificiais, como, por exemplo, a da responsabilidade penal da pessoa jurídica por defeito em sua organização.⁴⁰⁰

E o reconhecimento, desde o plano dogmático e com fulcro na concepção significativa de ação, de que a pessoa jurídica tem capacidade de ação para o fim de responsabilização penal, longe de ser uma linha de chegada, representa apenas uma linha de partida sobre a qual devem ser feitas investigações ulteriores, com o fito de aferir um genuíno modelo de autorresponsabilidade penal do ente coletivo.

de direcionar suas condutas criminais a produção de resultados diversos daqueles, quando não, à vista de que o tema do bem jurídico é sempre discutível doutrinariamente, de aduzir em sua defesa que a realização de determinado delito não implica especificamente a violação de um dos bens jurídicos indicados como objetos legalmente passíveis de aflição criminal coletiva. Ou seja, a linha hermenêutica de defesa passaria sempre por uma reinterpretação de determinada classe de norma incriminadora, visando desconstituir sua relação com um dos bens jurídicos que compõe o acervo de incriminação que se permite atingir as pessoas jurídicas. Ademais, ao impedir que se imponha a responsabilização penal das pessoas jurídicas em casos que escapem das searas determinadas, decreta-se um claro incentivo à produção de resultados, por vezes mais danosos, que possam levar, pela via da consunção, ao completo afastamento da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.” (BUSATO, Paulo César. Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo Código Penal brasileiro... cit., p. 106-107, grifos no original).

⁴⁰⁰ DAVID, Décio Franco; BUSATO, Paulo César. A empresa é capaz de ação... cit., p. 225. Acerca da construção da responsabilidade penal da pessoa jurídica por defeito em sua organização, sem tecer maiores minúcias sobre o ponto – posto que não integra diretamente os objetivos do presente trabalho –, mas apenas anunciando alguns de seus problemas, importa dizer que: “[...] a postura é amplamente criticável, e não apenas do ponto de vista político criminal, mas também desde sua inviabilidade dogmática, já que, por muito que se aponte para o chamado *defeito na organização* como fonte do injusto da pessoa jurídica, isto não pode caracterizar, por si só o ilícito, ou seja, não é lógico falar de um *crime de defeito na organização*, e menos sentido ainda faz, converter tal defeito em uma posição de garante da pessoa jurídica que omissivamente possa ocupar a posição de autora – com domínio da organização – frente a realizações comissivas. Além disso, [...] um defeito em sua organização é uma afirmação acerca do modo de *ser* [...], mas jamais uma *realização* [...]. A proposta não resiste sequer à mais comezinha das perguntas sobre o momento do crime, por exemplo. Se o crime [...] é um defeito na organização, quando ele foi praticado? O tema é essencial para saber vários aspectos como a relevância da participação, o surgimento do dever e até mesmo a contagem da prescrição!” (DAVID, Décio Franco; BUSATO, Paulo César. A empresa é capaz de ação... cit., p. 221, grifos no original).

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto no presente trabalho, cabe tecer algumas considerações que se mostram mais relevantes e que são extraíveis da investigação feita nos capítulos precedentes.

Primeiramente, é de se destacar que o ordenamento jurídico brasileiro apresenta uma tendência amplamente proclive à responsabilização penal da pessoa jurídica. Com efeito, e apesar da resistência de uma parcela oposicionista da doutrina penal, resta claro que a Constituição Federal de 1988 prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica por delitos contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, bem como por delitos ambientais. Inclusive, a Lei nº 9.605/1998 endossa a Carta Magna ao prever a responsabilização penal da pessoa jurídica pela realização de delitos ambientais.

Contudo, o modelo trazido pela referida lei, de inspiração francesa, é o da chamada dupla imputação ou responsabilidade por ricochete, que, em suma, condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica à responsabilização penal da pessoa natural apontada como a responsável pelo delito apurado. Trata-se, pois, de um modelo de heterorresponsabilidade penal da pessoa jurídica, que não pode, todavia, ser admitido por conta do princípio da culpabilidade, o qual exige, pois, um modelo de autorresponsabilidade penal para o ente coletivo, de modo que este seja responsabilizado por um desvalor de ação e um desvalor de resultado autonomamente atribuíveis a si.

Ainda que não imune a críticas, um passo nessa direção foi dado pelo *overruling* jurisprudencial capitaneado pelo Supremo Tribunal Federal e posteriormente encampado pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo a jurisprudência das cortes superiores passado a admitir que a pessoa jurídica pode figurar isoladamente no polo passivo de uma persecução penal. Entretanto, tal passo representa tão somente a sinalização de um avanço sobre as dificuldades advindas do modelo da dupla imputação, o que não elide a imprescindibilidade de se continuar a busca, desde o plano dogmático e a partir da própria capacidade de ação, por uma fórmula de genuína autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica.

Tendo tal fim como norte, ao perquirir-se pela viabilidade do reconhecimento da capacidade de ação da pessoa jurídica, torna-se igualmente

importante investigar a natureza do ente coletivo, já que esta é um óbice comumente apontado pela ala da doutrina penal que entende ser inadmissível a possibilidade de uma pessoa jurídica realizar uma ação, ante a ausência, no ente coletivo, de atributos próprios da pessoa natural e necessários para a manifestação de uma ação, como, por exemplo, uma vontade própria.

Ao investigar-se as principais teorias que procuram explicar a natureza da pessoa jurídica, viu-se, no presente trabalho, que a teoria da realidade técnica, encampada pelo Código Civil de 2002, oferece o aporte teórico que melhor explica a natureza da pessoa jurídica, a qual, sob esse viés, é concebida como uma criação do ordenamento jurídico que resulta de um processo atributivo e constitutivo de personificação técnica, incidente sobre conglomerados de agrupamentos humanos ou de bens destinados a um fim, e que confere, a tais conglomerados, uma personalidade e uma capacidade jurídicas próprias, das quais resulta uma vontade independente das vontades das pessoas naturais envolvidas na origem do ente coletivo.

Ora, se a pessoa jurídica é uma realidade técnica, isso significa dizer que a personalidade jurídica que chancela sua existência na realidade jurídica provém de normas e não de um substrato ontológico. Isso porque, em que pese a atribuição de sua personalidade jurídica parta de um substrato fático – identificado, basicamente, por um conjunto unitário de pessoas ou de bens agregados –, se sobre esse substrato fático não incidir um processo técnico de personificação, não haverá a constituição de um ente coletivo com uma vontade própria. Vê-se, pois, que a constatação de que a pessoa jurídica é uma realidade técnica contribui para o reconhecimento da sua capacidade de ação, já que a existência do ente coletivo depende tão somente de um processo de personificação e não de um substrato ontológico.

Superado o óbice relativo à suposta incompatibilidade entre a capacidade de ação da pessoa jurídica e a sua própria natureza, torna-se relevante debruçar-se sobre a atividade desenvolvida pela pessoa jurídica empresária, já que esta é que geralmente capitanea a discussão sobre a possibilidade de responsabilização penal do ente coletivo, sobretudo por conta de delitos econômicos e ambientais que são identificados no contexto de uma atividade empresária.

Nesse tocante, constatou-se, no presente trabalho, que a empresa é inconfundível com o empresário e com o estabelecimento comercial, já que,

juridicamente, é uma atividade econômica (potencialmente lucrativa) e organizativa dos fatores de produção, voltada à produção ou à circulação de bens ou de serviços, sendo, pois, um objeto de direito distinto do sujeito empresário que o desenvolve, aferível pelo objeto empresarial inscrito no Registro Público de Empresas Mercantis. Ademais, por expressar o sentido do exercício de uma atividade, a empresa pode ser concebida como uma ideia abstrata e, por esse viés, independe de qualquer substrato ontológico, já que os meros fatores de produção, se não forem organizados mediante o exercício de uma atividade empresarial, serão juridicamente irrelevantes.

Essas constatações também auxiliam no reconhecimento da capacidade de ação da pessoa jurídica e, especialmente, da pessoa jurídica empresária, pois torna-se possível aferir, com base na atividade empresária constante no objeto empresarial – que é a atividade fim, cuja análise, todavia, não dispensa a observação de outras atividades eventualmente correlatas –, se o empreendimento exercido pelo ente coletivo empresarial é lícito ou não, sendo tal verificação prescindível de qualquer substrato ontológico, vez que a empresa é, ao fim e ao cabo, uma atividade denotativa de uma ideia abstrata. Importa dizer que essa breve digressão acerca da teoria da empresa tem o propósito precípuo de pôr em evidência que a ação de uma pessoa jurídica empresária não depende de condicionantes ontológicos.

Ademais, ao se discutir a capacidade de ação da pessoa jurídica, faz-se igualmente necessário perquirir a semântica da própria concepção de ação e, nesse sentido, quais as propostas oferecidas pela dogmática penal. No tocante a esse ponto, pôde-se extrair, da investigação realizada no presente trabalho, que, em linhas gerais, as concepções mais tradicionais de ação são insuficientes para explicar a ação não apenas da pessoa jurídica, como também da própria pessoa natural, muito por conta de serem ancoradas em bases ontológicas e de comportarem herméticos supraconceitos de ação.

Tais problemas podem ser contornados com a adoção da concepção significativa de ação, vez que esta não parte de um substrato, mas é, em verdade, o próprio sentido atribuído a um substrato, a partir de determinadas regras sociais que regem os distintos usos da linguagem e que são reconhecidas como tais porque elas próprias possuem seu uso estabelecido. É dizer, de outra maneira, que a ação significativa é uma expressão de sentido que identifica a ação em sua práxis, na

medida em que a identificação da ação passa a depender do significado socialmente atribuído ao que se faz, e não de atributos ontológicos como, por exemplo, a finalidade do sujeito que atua.

Se a ação é um sentido, este será atribuído a tudo aquilo que, conforme uma linguagem social e comunicativa, possa ser fonte de significado; é dizer, a tudo aquilo a que, juridicamente, a comunidade decida outorgar uma capacidade de comportamento, de decisão e de submissão às normas. Nesse sentido, todo sujeito de direito que pode violar uma norma cujo cumprimento é exigível pode, igualmente, sofrer uma atribuição de sentido e, por conseguinte, ter reconhecida sua capacidade de ação. Noutras palavras, quem pode descumprir um dever exigível é um sujeito de direito. E, sob esse ponto de vista, não se duvida da capacidade de uma pessoa jurídica para descumprir obrigações e adquirir, conseqüentemente, responsabilidades patrimoniais ou de qualquer outra natureza, inclusive penal.

Inclusive, sendo a ação uma expressão de sentido linguístico, não restam maiores dificuldades para a identificação de mensagens linguísticas que traduzam, no ambiente coloquial, o significado de realizações de resultados decorrentes de ações atribuíveis à própria pessoa jurídica, como se diz, por exemplo, que uma determinada pessoa jurídica empresária foi responsável por um delito ambiental de poluição.

Assim, ante todo o exposto no presente trabalho, conclui-se derradeiramente, pela concepção significativa da ação – e mediante um cotejo com a teoria da realidade técnica e com o pressuposto da empresa como atividade –, que a pessoa jurídica, em especial a pessoa jurídica empresária, tem uma existência na realidade jurídica e é plenamente capaz de realizar delitos por si mesma, desde que compatíveis com suas atividades e sem a necessidade de que as ações perpetradas pelo ente coletivo tenham um substrato ontológico.⁴⁰¹

⁴⁰¹ Em sentido análogo, conclui Décio Franco David: “Destarte, adotando-se a teoria da realidade técnica quanto à natureza jurídica da pessoa jurídica e compreendendo que o atuar da pessoa jurídica empresária é identificado por atos e negócios jurídicos sem a necessidade de se adotar um referencial diretamente ôntico, torna-se possível unir os pressupostos teóricos da Teoria da Empresa com o Sistema Significativo de Delito, apresentando, assim, um recorte teórico compatível e adequado a um Direito penal respeitador da intervenção mínima e de um sistema harmonicamente organizado.” (DAVID, Décio Franco. Reflexões sobre os fundamentos teóricos da responsabilidade penal da pessoa jurídica a partir da teoria da empresa... cit., p. 149-150).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 9. ed. rev., modif. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando**: introdução à filosofia. 4. ed. rev. São Paulo: Moderna, 2009.
- ASCARELLI, Tullio. O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado. **Revista de Direito Mercantil**, v. 37, n. 114, p. 237-252, abr./jun. 1999. Trad. por Fábio Konder Comparato.
- ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. **Revista de Direito Mercantil**, v. 35, n. 104, p. 109-126, out./dez. 1996. Trad. e notas por Fábio Konder Comparato.
- ATHAYDE, Pedro Franco. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica na ação significativa**: um estudo sobre o tema através da teoria de Tomás Salvador Vives Antón. 2018. 98 f. Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito, Curitiba (PR).
- BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo: para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. *In*: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**. Compilación *in memoriam*. Colección memoria criminológica, n. 1 (dir. de Carlos Alberto Elbert y coord. de Laura Belloqui). Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 299-333. Trad. por Beatriz Lenzi.
- BASSO, Stephan Nascimento. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica a partir de uma revisão democrática do sistema de imputação**. 2010. 90 f. Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito, Curitiba (PR).
- BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**: la doctrina del delito-tipo. Análisis de Carlos M. de Elía. Trad. por Sebastián Soler. Colección clásicos del derecho. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 2002.
- BERTOLDI, Marcelo Marco; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- BRASIL. Constituição de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, seção 1, 05 out. 1988, p. 1 (publicação original).

- BRASIL. Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. **Diário Oficial da União**, seção 1, eletrônico, 01 dez. 2000, p. 3 (publicação original).
- BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, seção 1, 13 fev. 1998, p. 1 (publicação original).
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, seção 1, 11 jan. 2002, p. 1 (publicação original).
- BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Anteprojeto de Código Penal. Autoria: Senador José Sarney. **Diário do Senado Federal**, 10 jul. 2012, p. 33260-33447 (publicação original).
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 39.173 – BA. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Julgado em 06 ago. 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, 13 ago. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 548.181 Paraná. Relatora: Ministra Rosa Weber. Primeira Turma. Julgado em 06 ago. 2013. Acórdão eletrônico. **Diário da Justiça Eletrônico nº 213**, divulgado em 29 out. 2014 e publicado em 30 out. 2014.
- BUSATO, Paulo César. Autoria e participação nos delitos de pessoas jurídicas: uma análise crítica da responsabilidade por ricochete adotada pelo Superior Tribunal de Justiça. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVAELE, John (orgs.). **Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. v. 2. Apresentação de Ives Gandra Martins e Abram Szajman. Prefácio de Ivette Senize Ferreira. São Paulo: FECOMÉRCIO-SP, 2014. p. 89-119.
- BUSATO, Paulo César. Delitos de posse e ação significativa – crítica aos *besitzdelikte* a partir da concepção significativa da ação. **Sequência**, Florianópolis, n. 73, p. 75-112, ago. 2016.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. v. 1. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.
- 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**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BUSATO, Paulo César. O giro linguístico e o direito penal. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, v. 7, n. 12, p. 125-171, mai./ago. 2015.

- BUSATO, Paulo César. Razões político-criminais para a responsabilidade penal de pessoas jurídicas. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). **Responsabilidade penal de pessoas jurídicas**: seminário Brasil-Alemanha. Coord. de Luís Greco e Paulo César Busato. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 11-68.
- BUSATO, Paulo César. Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo Código Penal brasileiro. **Revista Liberdades**, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, edição especial (reforma do Código Penal), p. 98-128, 2012.
- BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo. Tipicidade penal finalista e tipo de ação significativo. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 9, n. 16, p. 147-180, jan./jun. 2017.
- CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do Código Civil**. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. v. 1. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- CAPILLA RONCERO, Francisco. **La persona jurídica**: funciones y disfunciones. Madrid: Tecnos, 1993.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos. La persona jurídica como sujeto activo del delito. *In*: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da; BUSATO, Paulo César (orgs.). **Direito penal, neurociência e linguagem**: anais do III Congresso Ibero-Americano de Direito Penal e Filosofia da Linguagem. Porto Alegre: Editora Fi, 2020. p. 257-286.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su “dogmática” y al sistema de la reforma de 2010. **Cuadernos de política criminal**, n. 101, p. 5-33, 2010.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos; MORALES PRATS, Fermín. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. *In*: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dirs.). **Comentarios a la reforma penal de 2010**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010. p. 55-86.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de. La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica. **Anuario de derecho civil**, v. 2, n. 4, p. 1397-1418, 1949.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**: direito de empresa. 23. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral: arts. 1º ao 120. v. único. 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

- DAVID, Décio Franco. Reflexões sobre os fundamentos teóricos da responsabilidade penal da pessoa jurídica a partir da teoria da empresa. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). **Responsabilidade penal de pessoas jurídicas**: seminário Brasil-Alemanha. Coord. de Luís Greco e Paulo César Busato. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 133-152.
- DAVID, Décio Franco; BUSATO, Paulo César. A empresa é capaz de ação? Uma proposta de discussão sobre a capacidade de rendimento da concepção significativa da ação no direito penal empresarial. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 9, n. 16, p. 205-232, jan./jun. 2017.
- DESCARTES, René. **Discurso do método**. 2. ed. 3. tir. Trad. por Maria Ermantina Galvão. Rev. da trad. por Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica: norma jurídica e aplicação do direito. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. 6. ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- DUARTE, Nestor. Arts. 1º a 232: parte geral. *In*: PELUSO, Cezar (coord.). **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916. 4. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2010. p. 15-182.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. v. 1. 15. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. v. 1. Ed. fac-sim. Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. Coleção história do direito brasileiro (v. 1); direito civil. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.
- GIERKE, Otto Friedrich von. **La función social del derecho privado**: discurso leído en 5 de abril de 1899 ante la Asociación de Jurisconsultos de Viena: la naturaleza de las asociaciones humanas: discurso pronunciado en el acto de la toma de posesión del rectorado de la Universidad de Berlín, el día 15 de octubre de 1902. Trad. por José María Navarro de Palencia. Madrid: Sociedad Editorial Española, 1904.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Aspectos processuais penais da responsabilidade penal da pessoa jurídica. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). **Responsabilidade penal de pessoas jurídicas**: seminário Brasil-Alemanha. Coord. de Luís

- Greco e Paulo César Busato. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 153-165.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado**: parte geral: obrigações: contratos. v. 1. Coleção esquematizado (coord. de Pedro Lenza). São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- GONÇALVES, Maria Gabriela Venturoti Perrotta Rios; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito comercial**: direito de empresa e sociedades empresárias. 4. ed. Coleção sinopses jurídicas (v. 21). São Paulo: Saraiva, 2011.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídico-penal”, de Roxin. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, n. 20, p. 211-283, 2003.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral: artigos 1º a 120 do Código Penal. v. 1. 18. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2016.
- GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. 2. ed. rev. e atual. Coleção direito e ciências afins, v. 2 (coord. de Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes e William Terra de Oliveira). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- GUARAGNI, Fábio André. Responsabilidade penal do ente coletivo: pilastras político-criminais derivadas das noções de sociedade de risco e alteridade. *In*: CHOUKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVAELE, John (orgs.). **Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. v. 2. Apresentação de Ives Gandra Martins e Abram Szajman. Prefácio de Ivette Senize Ferreira. São Paulo: FECOMÉRCIO-SP, 2014. p. 33-51.
- GUARAGNI, Fábio André; LOUREIRO, Maria Fernanda. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: rumo à autorresponsabilidade penal. *In*: CHOUKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVAELE, John (orgs.). **Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. v. 2. Apresentação de Ives Gandra Martins e Abram Szajman. Prefácio de Ivette Senize Ferreira. São Paulo: FECOMÉRCIO-SP, 2014. p. 121-146.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. 1. Trad. por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

- HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**: racionalidad de la acción y racionalización social. v. 1. Trad. por Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Humanidades, 1999.
- HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Trad. y notas por Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Prólogo de Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1984.
- HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989.
- HAURIUO, Maurice. **A teoria da instituição e da fundação**: ensaio de vitalismo social. Trad. por José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. por Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HUNGRIA, Nélon; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal (Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940)**: arts. 11 a 27. v. 1. Tomo II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general: fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. corrig. Trad. por Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- JAKOBS, Günther. El concepto jurídico-penal de acción. *In*: JAKOBS, Günther. **Estudios de derecho penal**. Trad. y estudio preliminar por Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá. Madrid: Editorial Civitas, 1997. p. 101-125.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. 5. ed. renov. y ampl. Trad. por Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.
- JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. v. 1. 34. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- KANT, Immanuel. **Fundamentación para una metafísica de las costumbres**. Trad. y estudio preliminar por Roberto R. Aramayo. Madrid: Alianza Editorial, 2012.
- KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Trad. de la 2. ed. alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Prefácio e trad. por António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

- KROETZ, Maria Cândida do Amaral. **A representação voluntária no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Trad. por José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LASK, Emil. Filosofia do direito. **Revista Direito e Práxis**, v. 4, n. 2, p. 391-429, 2013. Trad. por José de Resende Júnior.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. A pessoa jurídica no direito privado brasileiro do século XXI. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). **Manual de teoria geral do direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2011. p. 385-426.
- LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. v. 1. Ed. fac-sim. Trad. por José Hygino Duarte Pereira. Prefácio de Edson Carvalho Vidigal. Coleção história do direito brasileiro (v. 9); direito penal. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.
- LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. v. 1. Trad. por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. Trad. por Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 6 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- MARINUCCI, Giorgio. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un bosquejo histórico-dogmático. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos *et al.* (coords.). **Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat**. Tomo I. Madrid: Edisofer S.L. Libros Jurídicos, 2008. p. 1173-1199. Trad. por Fernando Londoño M.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La “concepción significativa de la acción” de T. S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito. **Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, n. 5, p. 1075-1104, 2001.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

- MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas do entendimento humano. Trad. por Jonas Pereira dos Santos. Campinas: Editorial Psy, 1995.
- MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**. Prólogo de Octavio Perez-Vitoria Moreno. Trad. y notas por Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962.
- MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito civil**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia: 1ª parte. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MENDES, João de Castro. **Introdução ao estudo do direito**. Ed. rev. por Miguel Teixeira de Sousa. Lisboa: Pedro Ferreira, 1994.
- MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. v. 1. 6. ed. por Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S.A., 1957.
- MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Tomo I. Serie C. 2. ed., rev. por Jose Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1946.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral: introdução: pessoas físicas e jurídicas. Tomo I. Atual. por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. As duas faces de Edmund Mezger. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 5, n. 8, p. 9-24, jan./jun. 2013. Trad. por Paulo César Busato.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. 2. ed. Colección maestros del derecho penal, n. 3 (dir. de Gonzalo D. Fernández y coord. de Gustavo E. Aboso). Buenos Aires: Editorial B de F, 2001.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**. 4. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil. v. 1. 23. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

- PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. rev., atual. e ampl. 4. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- PRAZERES, Ângela dos; BUSATO, Paulo César. Heterorresponsabilidade e autorresponsabilidade penal de pessoas jurídicas: especial referência ao fato de conexão. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). **Responsabilidade penal de pessoas jurídicas**: anais do III seminário Brasil-Alemanha. v. 2. Coord. de Luís Greco e Paulo César Busato. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p. 9-34.
- QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal**: parte geral. v. 1. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.
- RADBRUCH, Gustav. **El concepto de acción y su importancia para el sistema del derecho penal**. Trad. y notas por José Luis Guzmán Dalbora. Estudio introductorio de Gonzalo D. Fernández y José Luis Guzmán Dalbora. Colección maestros del derecho penal, n. 36 (dir. de Gonzalo D. Fernández y coord. de Gustavo E. Aboso). Buenos Aires: Editorial B de F, 2011.
- REALE JÚNIOR, Miguel. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. *In*: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coords.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 353-355.
- REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). **Revista dos Tribunais**, v. 58, n. 410, p. 12-24, dez. 1969.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. v. 1. 29. ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Empresa não empresária: um paradoxo a ser enfrentado. *In*: KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante (coord.). **Direito empresarial**: os novos enunciados da justiça federal. Prefácio de Alfredo de Assis Gonçalves Neto. Apresentação de Ruy Rosado de Aguiar Júnior. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 160-180.
- ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Trad. por Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.
- ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. org. e trad. por André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

- ROXIN, Claus. Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação: primeira parte: sobre a capacidade de rendimento do conceito jurídico-penal de ação. *In*: ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Trad. por Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel de Figueiredo. Lisboa: Vega, 1998. p. 91-109.
- ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general: fundamentos: la estructura de la teoria del delito. Tomo I. Trad. de la 2. ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Trad. por Carmen Gómez Rivero y María del Carmen Garcia Cantizano. Introducción de Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.
- ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. por Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 5. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2008.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 6. ed., atual. e ampl. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.
- SANTOS, Tracy Joseph Reinaldet dos. **La responsabilité pénale à l'épreuve des personnes morales**: étude comparée franco-brésilienne. 2017. 585 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba (PR).
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema del derecho romano actual**. Tomo segundo. 2. ed. Trad. por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Prólogo de Manuel Durán y Bas. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1875.
- SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo; SPINELLI, Luis Felipe. **Introdução ao direito empresarial**. Porto Alegre: Editora Buqui, 2020.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão; SARCEDO, Leandro. A responsabilidade penal da pessoa jurídica no projeto de novo Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012). *In*: CHOUKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVAELE, John (orgs.). **Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. v. 2. Apresentação de Ives Gandra Martins e Abram Szajman. Prefácio de Ivette Senize Ferreira. São Paulo: FECOMÉRCIO-SP, 2014. p. 9-31.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. Responsabilidade penal da pessoa jurídica na Lei 9.605/98. **Revista dos Tribunais**, v. 90, n. 784, p. 483-496, fev. 2001.

- STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**: parte general: el hecho punible. v. 1. Trad. por Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2005.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. v. único. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora Método, 2016.
- TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Prefácio de Eugenio Raúl Zaffaroni. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**: parte geral e obrigações: arts. 1º a 420. v. 1. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 3, n. 11, p. 21-35, jul./set. 1995.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc; ANDRADE, Maria Cecília. **Direito comercial**: teoria geral. v. 1. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Estudio preliminar de M. Jiménez Redondo. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.
- WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. 2. reimpr. Trad. y notas por José Cerezo Mir. Colección maestros del derecho penal, n. 4 (dir. de Gonzalo D. Fernández y coord. de Gustavo E. Aboso). Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.
- WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho**: derecho natural y justicia material. 2. ed. Trad. por Felipe González Vicén. Madrid: Aguilar, 1971.
- WESSELS, Johannes. **Direito penal**: parte geral: aspectos fundamentais. Trad. e notas por Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. 2. ed. Trad. por Marcos G. Montagnoli. Rev. da trad. e coord. por Emmanuel Carneiro Leão. Coleção pensamento humano. Petrópolis: Vozes, 1996.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. v. 1. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SOBRE O AUTOR



Gabriel Alves Fonseca é graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná, onde atuou como monitor nas disciplinas de Metodologia do Trabalho Científico em Direito e de Direito Civil B, como voluntário acadêmico nas disciplinas de Direito e Sociedade, de Filosofia do Direito, de Direito Civil B e de Direito Constitucional B, e como pesquisador no Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica. Tem experiência profissional como estagiário no Poder Judiciário e na advocacia privada, além de

experiência acadêmica como pesquisador de grupos de estudo e como autor de artigos científicos, de resumos e de trabalhos apresentados em eventos. Atualmente, é pós-graduando em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional.

