

A capacidade de ação da pessoa jurídica

The legal entity's capacity to act

José L. González Cussac^{1 2}

Universidad de Valencia

Sumário: 1. Introdução; 2. Sujeito de direito e sujeito de direito penal; 3. Uma aproximação a partir da concepção significativa da ação; 4. Sujeito ativo e tipo de ação; 5. Sujeito ativo e o termo cometer o delito; 6. Conclusão; 7 Referências.

Resumo: A filosofia da linguagem aplicada ao Direito penal permite uma mais acurada compreensão das categorias jurídicas do delito; dentre elas, também a ação. Neste contexto, a concepção significativa da ação aproxima linguagem e o sistema de imputação, de modo que se institua um tratamento igualitário entre pessoas físicas e jurídicas, reconhecendo-as como sujeitos de Direito penal e capazes de ação.

Palavras-Chave: Responsabilidade penal de pessoas jurídicas; capacidade de ação; filosofia da linguagem; concepção significativa da ação.

Abstract: The philosophy of language applied to criminal law allows for a more accurate understanding of the legal categories of crime, including action. In this context, the meaningful conception of action brings language and the system of imputation closer together, so that equal treatment is established between individuals and legal entities, recognizing them as subjects of criminal law and capable of action.

¹Catedrático de Derecho Penal. Facultad de Derecho. Universidad de Valencia (España).

²Tradução por Guilherme Henrique Gonçalves, Professor de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (Brasil).

Keywords: Criminal liability of legal entities; capacity for action; philosophy of language; Meaningful conception of action.

1. INTRODUÇÃO³

A introdução da responsabilidade penal de pessoas jurídicas nos ordenamentos positivos representa um grande desafio teórico e prático. Para responder a esse desafio e contribuir para a aplicação racional desse novo modelo de atribuição de sanções penais a um sujeito coletivo, diversas abordagens e propostas foram formuladas.

O presente trabalho aborda uma das categorias centrais da teoria jurídica do delito: a capacidade de ação. E o faz a partir da filosofia da linguagem, vale dizer, a partir de uma corrente de pensamento que compreende de forma radicalmente distinta a ideia de ação.

2. SUJEITO DE DIREITO E SUJEITO DE DIREITO PENAL

A principal questão que pretendo desenvolver nestas breves páginas é verificar até que ponto a *concepção significativa de ação* permite considerar que uma pessoa jurídica também atua, ou seja, que é sujeito de uma ação. Este desenvolvimento é feito aqui de forma independente da formulação legal positiva e da referência expressa à pessoa física no termo "cometer" o delito⁴, na regulação espanhola. Trata-se, portanto, de uma especulação teórica que, talvez, possa ser útil para futuras legislações.

O que interessa aqui é verificar se, em qualquer caso, essa doutrina poderia ser aplicada em uma legislação que atribua expressamente a comissão de delitos à pessoa jurídica. Em outros termos, se um tipo concreto (tipo de ação) poderia ser considerado como o significado de uma ação da pessoa jurídica. Isto é, como o tipo de ação concreto. Essa análise permitiria superar não apenas o antigo obstáculo dogmático da capacidade de ação imposto às pessoas jurídicas, como também, o que é mais importante, as exigências de caráter

³Originalmente publicado em "Estudios Jurídicos en Memoria de la Profesora Dra. Elena Górriz Royo" (dir. José L. González Cussac; coord. José León Alapont), Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 429 a 441.

⁴GÓRRIZ ROYO, E. "Criminal compliance ambiental y responsabilidad de las personas jurídicas a la luz de la LO 1/2015, de 30 de marzo", *InDret*, nº. 4, 2019, p. 1 e ss.

constitucional, possibilitando um modelo de autorresponsabilidade pelo delito concretamente cometido⁵. É muito importante sublinhar, como Busato tem insistido, a necessidade de conectar a responsabilidade criminal da pessoa jurídica ao desvalor de ação e ao desvalor de resultado do concreto fato delitivo⁶.

A favor desta compreensão, argumenta-se que as pessoas jurídicas são sujeitos de Direito porque o ordenamento jurídico lhes confere tal *status*. Não há nenhuma dúvida a esse respeito, na medida em que são consideradas sujeitos plenamente independentes das pessoas físicas; e a sua vontade, formada por procedimentos legais ou estatutários, é reconhecida e possui plenos efeitos jurídicos. Esta premissa é indiscutível, pois em outras disciplinas jurídicas se reconhece plena capacidade às entidades dotadas de personalidade jurídica, sendo consideradas sujeitos de direitos e obrigações tanto públicas quanto privadas⁷.

Portanto, pode-se reconhecer que as pessoas jurídicas como sujeitos de Direito; no entanto, ainda assim remanescem dúvidas se o são no âmbito penal. Essa excepcionalidade constituiria uma situação anômala e, como exposto na doutrina, implica uma desigualdade injustificável⁸. A partir daqui surgem várias dúvidas: é justificável, coerente e lógico sustentar que as pessoas jurídicas são sujeitos em todo o Direito, exceto no Direito penal? Então, quais seriam as razões para manter essa assimetria? Razões políticas, constitucionais, legais, dogmáticas?

Em minha avaliação, é difícil justificar um tratamento desigual às pessoas jurídicas no Direito penal. Não vejo nenhum impedimento de caráter

⁵ Já me pronunciei sobre essa questão, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “*El plano constitucional en la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, en “Represión Penal y Estado de Derecho”. Libro Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares (F. Morales Prats; J. M^a. Tamarit Sumalla; R. García Alberó, coordinadores), Pamplona (Aranzadi), 2019, p. 565 a 576.

⁶ BUSATO, P. C. “*Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 97 e ss. Em sentido similar, mas partindo de outras premissas, GALÁN MUÑOZ, A. “*Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*”, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 257 e ss., considera necessária a conexão causal entre a infração do dever preventivo e a realização do concreto delito. Porque a pessoa jurídica não responde apenas pela infração do dever preventivo, mas pela sua conexão com o dano ou perigo produzido.

⁷ Pela sua posterior influência deve se destacar a defesa desta ideia por TIEDEMANN, K. “*Temas de Derecho penal económico y ambiental*”, Lima: Idemsa, 1999. p. 219.

⁸ BUSATO, P. C. “*Tres tesis...*”, *op. cit.*, 2019, p. 19 e ss.

constitucional para que sejam consideradas sujeitos de Direito penal. Naturalmente, outra questão é *como* essa imputação se desenvolverá juridicamente; contudo, é possível generalizar essa advertência para qualquer matéria e para qualquer sujeito. Portanto, ela não afeta diretamente a essência da questão, que é a hipotética existência de razões constitucionais que impeçam considerar as pessoas jurídicas como sujeitos de Direito penal. Na verdade, há muitas décadas e, inclusive, na atualidade, elas têm o *status* de sujeitos de Direito administrativo sancionador.

Por outro lado, pode-se reproduzir a intensa discussão político-criminal sobre essa opção, mas não considero que existam obstáculos intransponíveis, visto que parte do mundo já seguiu este caminho. Além disso, diversos organismos internacionais "recomendam" adotar um modelo de responsabilidade criminal. Logo, a decisão de considerá-las como sujeitos de Direito penal é politicamente defensável. Da mesma forma, a partir de uma visão do ordenamento jurídico enquanto uma unidade, parece mais coerente seguir a tendência comum e também considerá-las sujeitos de Direito na ordem jurídico-penal, em vez de manter a excepcionalidade. Sem dúvida, são mais visíveis as razões em favor da uniformidade, por coerência interna do sistema legal e pela necessidade de harmonização entre suas partes.

Por fim, partindo de uma concepção instrumental da dogmática, diria que, se uma ferramenta não pode ser útil a uma aplicação racional e constitucional da lei, é preciso substituí-la por outra que o seja. Nesse sentido, não compartilho da opção de opor obstáculos dogmáticos meta-constitucionais, meta-legais ou meta-político-criminais.

Entretanto, nessa discussão parece imprescindível introduzir uma importante distinção. De fato, sequer seria juridicamente equivalente ser *sujeito de Direito* e ser *sujeito de Direito penal*. Por brevidade, apresentarei um simples exemplo: o nascituro, ou um menor de idade, são *sujeitos de Direito*, mas não são *sujeitos de Direito penal*. Naturalmente, refiro-me a não serem sujeitos ativos de Direito penal, que é o problema que nos interessa. Isso é assim porque para ser tratado normativamente como *sujeito (ativo) de Direito penal*, é necessário que pelo menos três condições estejam presentes: a) que exista uma infração

(legalidade/tipicidade); b) que exista capacidade de ação; e, c) que exista capacidade de infringir uma norma.

Portanto, essa abordagem à questão deve ser complementada pelo entendimento da seguinte sequência: sujeito de Direito penal; capacidade de ação; capacidade de infringir uma norma; sujeito ativo; e autor. A tese aqui apresentada estabeleceria a conexão nos seguintes termos: o Direito como um todo, incluindo o Direito penal (ainda que parcialmente), considera a pessoa jurídica como sujeito. Por enquanto, embora a legislação a considere juridicamente responsável, não lhe atribui a comissão de fatos delitivos⁹. Todavia, diante de uma futura regulamentação, a *doutrina da ação significativa* poderia oferecer uma razoável explicação a respeito da capacidade de ação e, consequentemente, do seu reconhecimento como sujeitos ativos de delito. Em síntese, é possível afirmar que as pessoas jurídicas *atuam* ou que *cometem* delitos. Uma primeira precisão, à qual voltaremos em seguida: adiro à tese daqueles que não equiparam *cometer* com *executar* a ação. Em outras palavras, *cometer* é um termo amplo que engloba tanto atos de autoria quanto atos de participação, enquanto *executar* a ação se circunscreve exclusivamente aos autores materiais.

Com todas as distinções anteriores, ainda caberia indagar se estaríamos sugerindo que uma pessoa jurídica pode *atuar* ou *cometer* um delito exatamente da mesma maneira que uma pessoa física o faria? Insisto que esta é uma pergunta baseada em uma hipotética legislação futura. Isso porque, diante do modelo legal atualmente vigente, essa pergunta se mostra desnecessária, dado que o art. 31 bis do Código Penal espanhol não o exige de modo algum.

⁹ LEÓN ALAPONT, J. “*La responsabilidad penal de los partidos políticos*”, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 278 e ss.

3. UMA APROXIMAÇÃO A PARTIR DA CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA AÇÃO

Outros autores já percorreram este caminho, especialmente Carbonell Mateu¹⁰, que formulou uma proposta decidida a favor do reconhecimento da capacidade das pessoas jurídicas para serem sujeitos ativos de delitos, por possuírem capacidade de ação. Naturalmente, ele chegou a essa tese também por meio do desenvolvimento da doutrina da "ação significativa" de Vives Antón, o que também foi seguido por Busato¹¹. Para todos esses autores, se não reconhecemos a capacidade de ação da pessoa jurídica, sua condição de sujeito de Direito penal, não conseguiremos abandonar um sistema de imputação baseado na heterorresponsabilidade, ou seja, no delito cometido por uma pessoa física.

No entanto, essa proposta, originada a partir da filosofia da linguagem, recebeu diversas críticas. Aqui, pretendo examinar as duas mais explícitas e importantes.

Em primeiro lugar, Rodriguez Mourullo objeta o desenvolvimento inicial da tese de Carbonell Mateu, que *"por essa via, no final das contas, perde-se toda percepção da realidade empírica e incorre em uma concepção ultranormativizada difícil de compartilhar. Porque a ação não é puro significado, mas um comportamento humano com um determinado significado"*. Ele conclui que essa concepção conduz a um tratamento igualitário - com nuances mínimas - para pessoas físicas e jurídicas, que prescinde das diferenças empíricas que existem entre a pessoa natural e a pessoa jurídica¹². Recentemente, Vives Antón entrou no debate ao recordar que nunca afirmou que as ações seriam puros significados, tampouco o substrato de um sentido, senão que um sentido de um

¹⁰ CARBONELL MATEU, J. C. *"Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas"*, In "Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del prof. Tomás S. Vives Antón" (Dirs: Carbonell Mateu; González Cussac; Orts Berenguer; Cuerda Arnau), Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. p. 301 e ss.; CARBONELL MATEU, J. C. *"CARBONELL MATEU, J. C.: 'La persona jurídica como sujeto activo del delito'"*, In Livro-Homenagem ao Professor Diego Manuel Luzón Peña, Madrid: Reus, 2020, p. 595 e ss. De opinião similar MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *"Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general"*, 5ª edição, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. p. 612 e ss.

¹¹ BUSATO, P. C. *"Tres tesis..."*, Op. cit. 2019.

¹² RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *"La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde las perspectivas político-criminal y dogmática"*, Tribuna nº 6, abril-junho, 2011, p. 7 e ss.

substrato, "e, por este caminho, nem se perde nem se pode perder toda a percepção da realidade empírica, mas apenas aquela percepção da realidade empírica que a erige no núcleo definidor da ação. A ação se define (não poderia ser de outro modo) pelo seu sentido"¹³.

Como se observa, a crítica de Rodriguez Mourullo não aponta especificamente para a aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, mas ao próprio fundamento da *concepção significativa da ação*.

Mais recentemente, Díaz y García Conlledo objetou a aplicação concreta que Busato desenvolveu dessa matéria. Em uma tentativa de redução ao absurdo (*reductio ad absurdum*), utilizando o argumento conhecido de atribuir também sentido a certos acontecimentos naturais, vícios, enfermidades, animais ou grupos, vale dizer, como se também todos eles *atuassem*. Por exemplo, entre outras frases, utiliza as seguintes: "a lua me feriu com sua luz melancólica", "o sol me cegou com seus raios", "o álcool o matou", "um touro o feriu gravemente"; "um raio o matou"; "o jogo o arruinou" etc.¹⁴ O autor adverte que é insuficiente formular essas proposições para poder atribuir responsabilidade às pessoas jurídicas¹⁵.

Não é este o momento para debater se essas frases atribuídas a animais, vícios ou fenômenos naturais têm ou não o sentido na linguagem comum que os tornem comparáveis a uma conduta humana. Não é esse o ponto que nos interessa. O que é determinante no Direito penal é se podemos atribuir consequências a esses "fatos". Já há algum tempo renunciamos a fazê-lo em relação a animais e fenômenos naturais. Por variadas e óbvias razões científicas, culturais e porque pensamos que não são suscetíveis de regulamentação por normas. Por isso, sobretudo desde o Iluminismo, o Direito penal limitou-se a regular condutas apenas de pessoas humanas. Mas quem sabe qual será a

¹³ VIVES ANTÓN, T. S. "Ley, lenguaje y libertad. Sobre el determinismo, libertades constitucionales y Derecho penal", In *Pensar la libertad. Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia* (compiladora M^a. L^a. Cuerda Arnau), Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 250-251.

¹⁴ A crítica concreta pode ser lida em DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M.: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un análisis dogmático", In GÓMEZ COLOMER, J. L. (Dir.): *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. pp. 111 e ss.

¹⁵ Também inclui argumentos, muito breves, sobre culpabilidade, dos quais não posso me ocupar neste trabalho.

decisão que tomaremos no futuro, por exemplo, em relação à robótica e à inteligência artificial.

No entanto, é necessário retornar aos exemplos de Díaz y García Conlledo, pois eles nos permitem avançar na avaliação da tese aqui proposta. De fato, todos concordamos que os acontecimentos naturais estão fora do Direito penal, enquanto as condutas humanas estão sujeitas às suas normas. A crítica, portanto, radica na ideia de que a "concepção significativa" não poderia explicar por que não se castigam também os acontecimentos naturais, se também possuem sentido ou significado.

A primeira resposta a essa crítica reside justamente na diferença entre ações e fatos, ou seja, entre as *leis da cidade* e as *leis da natureza*. Essa diferença não está em nenhuma entidade ou processo físico ou psíquico "*que a justifique, buscando um substrato da imputação de sentido, sem perceber que, ao proceder dessa forma confundimos duas questões: a da capacidade da ação e a da ação mesma*"¹⁶. Assim, em relação à capacidade de ação, inquestionavelmente, é possível identificar um substrato no ser humano, mesmo que seja puramente biológico (e não espiritual), que o distingue dos outros seres vivos. No entanto, a capacidade de ação não se satisfaz com o mero recurso a uma resposta fragmentada sustentada nesse substrato biológico. Por isso, a concepção significativa apela ao *sentido* das ações, à possibilidade de serem reguladas por normas e ao primado da liberdade, tudo isso em um contexto social. É aí que residem os pressupostos da capacidade de ação.

Por outro lado, buscar por um substrato que diferencie a ação humana e os acontecimentos do mundo físico conduz ao absurdo, "*porque o significado não existe, não é nenhuma classe de objeto do mundo que percebemos, mas se limita a significar*"¹⁷.

A *concepção significativa da ação* se distancia de outras concepções dogmáticas, entre outros motivos, justamente pelo critério que emprega para diferenciar ações de acontecimentos naturais. De fato, não se fundamenta em critérios ontológicos, físicos ou mentais. O essencial é, na verdade, a ideia de "liberdade de ação", que constitui o ponto de união entre a ação e a norma.

¹⁶ VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema penal*, 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 222.

¹⁷ VIVES ANTÓN, T. S. "*Fundamentos...*", *Op. cit.*, 2011, p. 223 e 224.

Porque só se concedermos, mesmo que um mínimo, de margem de indeterminação ao comportamento humano, poderemos afirmar que é passível de ser submetido a regras. Em outras palavras, a diferença entre acontecimentos naturais e ações está principalmente no fato de que estas últimas não estão completamente determinadas por leis causais, sendo que essa mínima margem de liberdade permite afirmar que as ações humanas são regidas por normas¹⁸.

Uma vez advertida a diferença que a doutrina da concepção significativa estabelece entre acontecimentos naturais e condutas humanas, é necessário retornar aos exemplos anteriormente formulados e compará-los com outros próprios. Assim, os exemplos propostos por Díaz y García Conlledo - "*a lua me feriu com sua luz melancólica*", "*o sol me cegou com seus raios*", "*o álcool o matou*", "*um touro o feriu gravemente*"; "*um raio o matou*"; "*o jogo o arruinou*" etc. - não representam nenhum problema para discriminar a relevância penal, também pelas razões apontadas, a partir da concepção significativa. Na realidade, ninguém se preocupa com o fato de o Direito penal punir ou não a lua, o sol, os raios, o jogo ou um animal. E não nos preocupamos porque, ainda que quiséssemos, não poderíamos regulamentar esses acontecimentos mediante normas. O que nos preocupa e debatemos é se devemos punir as pessoas jurídicas, pois estas, enquanto constructos normativos, podem sim ser regulamentadas. E então os exemplos devem ser outros: "*a sociedade R quebrou*"; "*a sociedade W contaminou o ar*"; "*a sociedade Z defraudou a seguridade social*"; "*a sociedade Ñ vendeu dados pessoais*"; "*a sociedade H elidiu o pagamento de seus tributos*"; "*a sociedade J lavou capitais*", ...

Da leitura desses exemplos, dentre tantos outros que poderiam ser oferecidos, as perguntas devem ser outras. Primeira: tratam-se de acontecimentos naturais ou de ações humanas? Ou, pelo menos, estão mais próximos de um acontecimento natural ou de uma ação humana? Podem ser objeto de regulamentação conforme as normas ou estão causalmente determinados por leis naturais? O decisivo é se são algo, ou seja, se possuem um substrato biológico, ou, pelo contrário, reside na questão de se possuem um

¹⁸ VIVES ANTÓN, T. S. "*Fundamentos...*", *Op. cit.*, 2011, p. 345.

significado normativo? É possível seguir sustentando que, embora possuam significado e consequências para todas disciplinas jurídicas, não o terão para o Direito penal porque uma determinada concepção dogmática da ação o descarta?

Em minha avaliação, a doutrina da ação significativa permite admitir a capacidade de ação das pessoas jurídicas porque não se concebe a partir de postulados ontológicos, físicos ou mentais. Como resumiu Carbonell Mateu, *"a ação é o seu significado e a sua característica - o que a distingue dos acontecimentos - é a sua submissão a regras"*¹⁹. Segundo esse enfoque, as pessoas jurídicas estão sujeitas a normas; são, então, sujeitos de Direito, de modo que este lhes atribui direitos e obrigações. Definitivamente, podem adequar-se ou infringir as normas dentro de suas competências em um contexto social determinado.

Busato expressa isso de forma muito clara: *"Se o limite é o sentido e, hoje, é possível empregar, com sentido jurídico, a expressão: 'a companhia X defraudou seus balancetes', é porque vivemos em um contexto em que tal uso é compartilhado por práticas afirmadas"*²⁰.

Neste contexto, merece atenção a seguinte consideração da primeira Circular da Procuradoria Geral do Estado sobre a matéria²¹, que por sua clareza eu a transcrevo e subscrevo: *"Em último lugar, e se bem é certo que a questão não deve ser resolvida apelando a um positivismo meramente formal - pois se trata de uma matéria que pode levar implícitas profundas implicações dogmáticas -, a realidade é que, em um Estado Constitucional como é o nosso, o fato de que o delito seja obra do ser humano, da pessoa jurídica ou de ambos, não se deve a razões ontológicas, tampouco à própria natureza das coisas, mas a uma decisão do Direito positivo, como principal ferramenta que é, de impulso e concreção de uma determinada política criminal"*²².

Pois bem. Continuemos avançando, mas considerando, como adverte Vives Antón, o paradoxo de tentar operar com um conceito unitário de ação,

¹⁹ CARBONELL MATEU, J. C. *"La persona jurídica como sujeto activo del delito"*, *Op. cit.*, 2020, p. 598.

²⁰ BUSATO, P. C. *"Concepción significativa de la acción y su rendimiento crítico para el sistema de imputación"* em *Lenguaje y dogmática penal* (J. L. González Cussac coord.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 56.

²¹ Circular 1/2011 da FGE.

²² Circular FGE 1/2011, p. 9.

comum a todas as ações, que, se fosse possível, deveria refletir algo que todas elas possuam em comum: um significado genérico e que deveria ser determinado antes de responder à pergunta sobre qual é a ação específica que se está examinando. A isso se acrescenta que *"não havendo nada que todas as ações tenham em comum, como tampouco nenhuma classe de sentido genérico que todas elas realizem, o paradoxo se desfaz: a resposta à pergunta acerca de se algo é ou não uma ação deve começar determinando qual classe de ação específica se trata"*. Ele também adverte que é logicamente impossível formular um conceito geral de ação *"que atenda às características comuns a todas as ações, porque, se a essência da ação está no sentido ou no significado, não há nada que os diferentes significados possam ter em comum"*²³.

4. SUJEITO ATIVO E TIPO DE AÇÃO

Ao aceitar a argumentação mencionada, superada a sua capacidade de ação, a pergunta agora não deveria ser se as pessoas jurídicas têm capacidade genérica de atuar de forma penalmente relevante. A questão agora deve ser formulada com maior precisão, e de acordo com a própria *concepção significativa*, deve-se questionar mais especificamente se são capazes de realizar a ação típica específica que é analisada [*"que se enjuicia"*] no caso concreto, conforme a um determinado tipo de ação.

De fato, porque cada tipo de ação contém algumas características específicas que são o que nos permitem atribuir o significado normativo. E, portanto, em cada tipo delitivo analisado, a resposta pode ser muito diferente, pois pode estar formulada exigindo qualidades pessoais ou características da conduta típica que resultem absolutamente incompatíveis com um comportamento societário. Por exemplo, se o tipo exige que a ação seja executada por um familiar ou que consista na condução temerária de um veículo automotor. De modo que nos encontraremos diante de condutas que dificilmente poderemos afirmar que são realizadas exatamente da mesma forma por uma

²³ VIVES ANTÓN, T. S. *"Fundamentos..."*, Op. cit., 2011, p. 542.

pessoa física e por uma pessoa jurídica; ou, inclusive, sequer poderemos dizer que foram executadas por estas últimas. Logo, a discussão deve ser colocada tendo em vista cada comportamento conforme a sua descrição típica e não frente a um conceito *pré-jurídico* e geral de ação.

Contudo, esse enfoque se aplica exatamente da mesma maneira às pessoas físicas, às quais ninguém nega capacidade de ação e, no entanto, tampouco se poderia afirmar que possam praticar todos os tipos de ação. De fato, porque considero que a capacidade de ação está relacionada à categoria de sujeito ativo, e não à de autor; a esse respeito retornaremos adiante com o termo *cometer* o delito. Não obstante, em resumo, pode-se afirmar que as pessoas jurídicas são *sujeitos de Direito*. E para serem consideradas *sujeitos (ativos) de Direito penal* requer-se que satisfaçam prévias exigências de legalidade/infração/tipicidade, que tenham capacidade de ação e que possuam capacidade de infringir uma norma.

Pois bem, a partir da filosofia da linguagem não há motivo que nos impeça de considerar que as pessoas jurídicas possuam capacidade de ação ou, mais precisamente, a capacidade de realizar algumas ações típicas. Com efeito, ao não partir de um conceito geral de ação, tampouco seria correto afirmar que possuam alguma forma de capacidade geral de ação. Precisamente o que se sustenta é que a resposta depende da descrição de cada tipo de ação.

5. SUJEITO ATIVO E O TERMO *COMETER* O DELITO

Em relação ao texto legal vigente, em outros trabalhos sobre essa matéria desenvolvi o emprego de uma compreensão ampla do termo *cometer o delito*²⁴. Em todo caso, essa questão nos remete a uma antiga discussão doutrinária sobre o que se deve entender por "realização" dos atos típicos e, com isso, quanto à discussão geral sobre autoria e participação²⁵.

Como já sustentou Vives Antón, "*cometer*" ou "*realizar*" não equivalem a "*executar a ação*". Esta segunda expressão possui um significado muito mais

²⁴ Amplamente em GÓRRIZ ROYO, E. M^a. "*El concepto de autor en Derecho penal*", Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 82 e ss.

²⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

restrito e equivale a materializar a ação, a "*colocá-la em prática*" ["*ponerla en obra*"], vale dizer, circunscreve-se à autoria em sentido estrito ou material e trata-se de uma regra descritiva. Por outro lado, "*realizar*" ou "*cometer*" são termos mais amplos, abstratos e até mesmo difusos, que incluem tanto as modalidades de autoria como também as de participação²⁶. Além disso, pode-se compreendê-las de forma ainda mais ampla, isto é, como uma regra valorativa mediante a qual se atribui não apenas autoria, como também qualquer título de responsabilidade criminal. Contudo, todas essas modalidades podem gerar responsabilidade penal, que não se limita exclusivamente àqueles que materialmente executam a ação típica.

Portanto, as pessoas jurídicas respondem por sua conduta acessória, comissiva ou omissiva, na realização do fato principal praticado pela pessoa física. Em síntese, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas teria uma natureza jurídica próxima a uma regra geral de extensão de punibilidade. Em certa medida, guarda parentesco com uma regra similar à participação, a uma contribuição acessória ao fato delitivo. Convém insistir novamente na necessidade de diferenciar entre ser responsável penalmente; *cometer* o fato delitivo; e ser autor material dele.

Em uma perspectiva de futuro, a *doutrina significativa da ação* permite atribuir a comissão de ações delitivas diretamente às pessoas jurídicas e a fazê-lo a título de autoria em sentido material. Obviamente, e de forma coerente com essa concepção, não se pode afirmar que seja possível realizar essa atribuição em relação a todas as ações típicas, o que seria uma manifesta contradição interna. Pode-se fazê-lo com relação a algumas ações, dependendo de suas descrições, dos atalhos e das armadilhas de sua concreta descrição típica. Por exemplo, de acordo com o uso comum da linguagem, pode-se dizer que uma sociedade defraudou, enganou ou contaminou; mas dificilmente se diria que uma sociedade estuprou ["*violou*"] ou que conduziu de forma temerária.

²⁶ VIVES ANTÓN, T. S. *Libertad de prensa y responsabilidad criminal (la regulación de la autoría en lo delitos cometidos por medio de la imprenta)*, Madrid: Publicações do Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1977. p. 160.

Portanto, como desenvolveram Carbonell Mateu, Martínez-Buján Pérez e Busato, a partir dessa teoria é possível construir razoavelmente um modelo teórico de autêntica autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica. Isso porque permite considerá-las como *sujeitos (ativos) de Direito penal*, na medida que possuem plena capacidade de ação para *cometer*, como autores materiais, algumas ações típicas. Para outras ações não atribuíveis a título de autoria, caberia a opção de serem imputadas a título de participação.

Em resumo, *cometer* como equivalente de realizar, inclui não apenas os atos executivos de produção material e direta do evento, mas também contribuições ideais ou indiretas. Neste sentido, não há nada que impeça afirmar que as pessoas jurídicas *cometem* o fato delitivo.

Também se chega a esta conclusão pelo desenvolvimento da categoria de autoria elaborada pela *concepção significativa da ação*. Vives Antón já havia diferenciado um conceito material e um conceito formal de autor. Ou, caso se prefira, distinguindo entre a autoria como categoria descritiva e autoria como categoria atributiva (valorativa). A primeira descreve quem realiza a ação. A segunda atribui responsabilidade como autor. Pois bem, partindo desta tese, Górriz Royo e Martínez-Buján Pérez elaboraram duas propostas, que me permito aplicar ao tema ora analisado, considerando que podem resultar de grande utilidade.

Em primeiro lugar, defendem o critério de "*acessoriedade mínima objetiva*", em oposição ao critério mais amplo da "*acessoriedade limitada*". Essa opção oferece resultados diferentes para validar a participação de terceiros intervenientes no fato imputado. Por conseguinte, o título da imputação é circunscrito à execução de uma ação [formalmente - N.T.] típica e [materialmente - N.T.] ofensiva, sem transferir ou requerer do partícipe nenhum outro requisito adicional. Além disso, partindo da autoria em sentido lógico-gramatical, diferenciam-se atos executivos de atos consumativos. Assim, uma vez que o autor inicie a execução de uma ação [formalmente - N.T.] típica e [materialmente - N.T.] ofensiva, já se admite a participação de terceiros²⁷.

²⁷ GÓRRIZ ROYO, E. M^a. "Autoría y participación a la luz de la acción significativa: algunas consecuencias derivadas de adoptar el criterio de la accesoriedad mínima", en *Lenguaje y dogmática penal* (J. L. González Cussac, coord.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 97; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C, "La autoría en Derecho penal. Un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción (y del CP español)", Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 107

Acredito que esta perspectiva, fundamentada na filosofia da linguagem, pelo menos contribui para o debate, tanto prático quanto teórico. Também penso que existem razões pelas quais a perspectiva oferecida pela *concepción significativa da ação* contribui para melhorar tanto a aplicação da lei vigente quanto a de uma futura legislação. Assim, por um lado, permite uma aplicação da lei sem ultrapassar o seu teor literal e sempre dentro de parâmetros constitucionais; enquanto, por outro lado, também possibilita uma elaboração teórica coerente e mais satisfatória do que a atual com os pressupostos de um Direito penal constitucionalmente orientado. Ou seja, mantendo um critério unitário justificante da responsabilidade penal, tanto de pessoas físicas quanto jurídicas: a função de tutela de bens jurídicos.

6. CONCLUSÃO

Nas linhas anteriores, creio ter exposto que, se no futuro algum ordenamento jurídico positivo atribuir diretamente responsabilidade penal a uma pessoa jurídica sem a necessidade de requerer um prévio “fato de conexão” com a atuação de uma pessoa física, desde a compreensão da ação significativa formulada a partir da filosofia da ação, seria perfeitamente possível sua interpretação literal e sempre em conformidade com as exigências constitucionais.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BUSATO, P. C. “*Concepción significativa de la acción y su rendimiento crítico para el sistema de imputación*” en *Lenguaje y dogmática penal* (J. L. González Cussac coord.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- BUSATO, P. C. “*Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

e ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. “*Autoría, autoría mediata y coautoría a la luz de la concepción significativa del delito*”, In *Lenguaje y dogmática penal* (J. L. González Cussac, coord.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 127 e 136.

- CARBONELL MATEU, J. C. “*Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, In “Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del prof. Tomás S. Vives Antón” (Dir.: Carbonell Mateu; González Cussac; Orts Berenguer; Cuerda Arnau), Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- CARBONELL MATEU, J. C. “CARBONELL MATEU, J. C.: “*La persona jurídica como sujeto activo del delito*”, In Livro-Homenagem ao Professor Diego Manuel Luzón Peña, Madrid: Reus, 2020.
- DÍAZ & GARCÍA CONLLEDO, M.: “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un análisis dogmático*”, In GÓMEZ COLOMER, J. L. (Dir.): *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- GALÁN MUÑOZ, A. “*Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*”, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- GÓRRIZ ROYO, E. M^a. “Autoría y participación a la luz de la acción significativa: algunas consecuencias derivadas de adoptar el criterio de la accesoriedad mínima”, en *Lenguaje y dogmática penal* (J. L. González Cussac, coord.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- GÓRRIZ ROYO, E. M^a. “*El concepto de autor en Derecho penal*”, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- GÓRRIZ ROYO, E. “*Criminal compliance ambiental y responsabilidad de las personas jurídicas a la luz de la LO 1/2015, de 30 de marzo*”, *InDret*, nº. 4, 2019.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “*El plano constitucional en la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, en “Represión Penal y Estado de Derecho”. Libro Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares (F. Morales Prats; J. M^a. Tamarit Sumalla; R. García Alberó, coordinadores), Pamplona (Aranzadi), 2019.

- LEÓN ALAPONT, J. *“La responsabilidad penal de los partidos políticos”*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C, *“La autoría en Derecho penal. Un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción (y del CP español)”*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *“Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general”*, 5ª edição, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde las perspectivas político-criminal y dogmática”*, Tribuna nº 6, abril-junho, 2011.
- TIEDEMANN, K. *“Temas de Derecho penal económico y ambiental”*, Lima: Idemsa, 1999.
- VIVES ANTÓN, T. S. *Libertad de prensa y responsabilidad criminal (la regulación de la autoría en lo delitos cometidos por medio de la imprenta)*, Madrid: Publicações do Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1977.
- VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema penal*, 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- VIVES ANTÓN, T. S. *“Ley, lenguaje y libertad. Sobre el determinismo, libertades constitucionales y Derecho penal”*, In *Pensar la libertad. Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia* (compiladora M^a. L^a. Cuerda Arnau), Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.