

CADERNOS de Direito Atual

Número XXIII | 2024
Volumen Extraordinario

ISSN 2340-860X
ISSN-e 2386-5229



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

Nº 23– 2024

Volumen Extraordinario - Marzo

ISSN 2340-860X

ISSN-e 2386-5229

Cadernos de Direito Actual
Nº 23. Extraordinario - Marzo - 2024

EQUIPO EDITORIAL DEL VOLUMEN EXTRAORDINARIO

Director de la revista: Rubén Miranda Gonçalves, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

Coordinador del volumen extraordinario: Paulo César Busato. *Universidade Federal do Paraná*

Organizadora del volumen extraordinario: Sarah Gonçalves Ribeiro. *Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.*

COMITÉ CIENTÍFICO y COMITÉ EVALUADOR DE LA REVISTA

Rubén Miranda Gonçalves, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Consuelo Ferreira Regueiro**, *Universidade de Santiago de Compostela*, **Juan Fernando López Aguilar** *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Rogelio Pérez-Bustamante González** *Universidad Rey Juan Carlos*, **Rufina Hernández Rodríguez**, *Tribunal Superior Popular de la Habana (Cuba)*, **Irene Maria Portela**, *Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (Portugal)*, **Marcos Augusto Pérez**, *Universidade de São Paulo, (Brasil)*, **Alessandro Rosanó** *University of Padova (Italia)*, **José Julio Fernández Rodríguez** *Universidad de Santiago de Compostela*, **Antonio Tirso Ester Sánchez**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Dávid Barczy**, *Pavol Jozef Šafárik University in Košice (Eslovaquia)*, **Francielle Vieira Oliveira**, *Universidade do Minho (Portugal)*, **Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño**, *Universidad de los Andes (Chile)*, **Fernando Hernández Fradejas**, *Universidad de Bolonia (Italia)*, **Érica Guerra da Silva**, *Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (Brasil)*, **Antônio Pereira Gaio-Júnior**, *Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (Brasil)*, **Thiago Oliveira Moreira**, *Universidade Federal do Rio Grande do Norte (Brasil)*, **Alessandra Silveira**, *Universidade do Minho (Portugal)*, **Douglas Predo Mateus**, *Universidade Católica de Santos (Brasil)*, **Arlen José Silva de Souza**, *Universidade Federal de Rondônia - Escola da Magistratura de Rondônia, (Brasil)*, **Guilherme Augusto Souza Godoy**, *Universidade do Porto (Portugal)*, **Domenico d'Orsogna**, *Universidad de Sassari (Italia)*, **Rosa Rodríguez Bahamonde**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Daniel Sansó-Rubert Pascual**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Teresa Fajardo del Castillo**, *Universidad de Granada*, **Rafael García Pérez**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Marco Aurélio Gumieri**, *Universidade de São Paulo*, **Gabriel Martín Rodríguez**, *Universidad Rey Juan Carlos*, **Gemma Minero Alejandre**, *Universidad Autónoma de Madrid*, **Rui Miguel Zeferino Ferreira**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Heron Gordilho**, *Universidade Federal da Bahia, (Brasil)*, **Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva**, *Universidade Federal*

de Sergipe, (Brasil), **Márcio Luís de Oliveira**, Universidade Federal de Minas Gerais, (Brasil), **Lucas Gonçalves da Silva**, Universidade Federal de Sergipe, (Brasil), **Johannes San Miguel**, Universidad de Guayaquil, (Ecuador), **Lucio Pegoraro**, Università di Bologna, (Italia), **Anabela Susana de Sousa Gonçalves**, Escola de Direito da Universidade do Minho, (Portugal), **Natalia Pérez Rivas**, Universidad de Santiago de Compostela, **Cristiane Elias Campos Pinto**, Universidade Católica de Santos, (Brasil). **Sebastián Kiwonghi Bizawu**, Escola Superior Dom Helder Câmara, (Brasil), **Wilson Engelmann**, Universidade do Vale do Rio Sinos, (Brasil), **Ilton Garcia da Costa**, Universidade Estadual do Norte do Paraná (Brasil), **Gilberto Atencio Valladares**, Universidad de Salamanca, (España), **J. Eduardo Amorim**, Universidade do Porto, (Portugal), **Celso Hiroshi Iocohama**, (Universidade Paranaense, Brasil), **Salvador Tomás Tomás**, (Universidad de Murcia), **Viviane de Sêlos Knoerr**, (UniCuritiba), **Juan Emilio Oviedo Cabañas**, (Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur) **Armando Rovai**, (Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil), **Felipe Chiarello**, (Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil), **João Relvão Caetano**, (Universidade Aberta, Portugal), **Irene Patricia Nohara**, (Universidade de São Paulo e U. Presbiteriana Mackenzie), **Ignacio Covarrubias Cuevas**, (Universidad del Desarrollo, Chile), **Enoque Feitosa**, (Universidade da Paraíba, Brasil), **Lorena Freitas**, (UNIPÊ, Brasil), **Sidney Guerra**, (Universidade do Rio de Janeiro, Brasil), **Maria Teresa Alonso** (Universidad de Zaragoza, España), **Gonzalo Martínez Etxeberria**, (Universidad de Deusto), **Vânia Aieta**, (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil), **Flávio Martins**, (Damásio Educacional, Brasil). **Jose Eduardo Cardozo** (Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Brasil). **José Barroso Filho** (Superior Tribunal Militar do Brasil), **Angelo Viglianisi Ferraro** (Università Mediterranea, Italia), **Márcio Aleandro Correia Teixeira** (Universidade Federal do Maranhão, Brasil), **Daniela Serra Castilhos** (Universidade Portucalense, Portugal), **Carlos García Soto** (Universidad Monteávila, Venezuela), **Claudia Gurgel** (Universidade Estadual do Rio de Janeiro Brasil), **Cláudia Ribeiro Pereira Nunes** (Universidade Veiga de Almeida, Brasil), **Jorge Miranda** (Universidade de Lisboa, Portugal), **Nuno Garoupa** (Texas A&M University School of Law, EEUU), **Marco Olivetti** (Università LUMSA, Italia), **Deilton Ribeiro Brasil** (Universidade de Itaúna-MG, Brasil), **Beata Stepień Zalucka** (University of Rzeszów, Polonia), **María Camacho Zegarra** (Universidad ESAN, Perú), **Antonio-Carlos Pereira Menaut** (Universidad de Santiago de Compostela, España), **José Ignacio Martínez Estay** (Universidad de los Andes, Chile), **Valter Moura do Carmo** (Universidade de Marília, Brasil), **Hadassah Santana** (Universidade Católica de Brasília, Brasil), **Letícia Mirelli Faleiro e Silva** (Universidade de Itaúna, Brasil), **Eduardo Leite** (Instituto Latino Americano das Nações Unidas, Brasil), **Ana Maria Davila Lopes** (Universidade de Fortaleza, Brasil), **Oscar Coronado Rincón** (Universidad de Sonora, México), **Erick Urbina Lovón** (Universidad de Lima, Perú), **Enrique Varsi Rospigliosi** (Universidad de San Marcos, Perú), **Eduardo Vera-Cruz Pinto** (Universidade de Lisboa, Portugal), **Marco Antonio Marques da Silva** (Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Brasil), **Diana María Molina Portillo** Universidad de Nariño, Colombia), **Karlos Navarro Medal** (Universidad

Centroamericana y Americana de Nicaragua, Nicaragua), Livia Gaigher Campello (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Brasil), Enrique Díaz Bravo (Universidad Santo Tomás, Chile), Alejandro González-Varas Ibáñez (Universidad de Zaragoza, España), Juan Manuel Rodríguez Calero (Universidad de La Laguna), Joel Hernández García (Comisión Interamericana de Derechos Humanos), Geison López Barrantes (Corte Suprema de Justicia de Costa Rica), Paulo de Brito (Universidade Lusófona do Porto), Priscila Luciene Santos de Lima (Universidade Presbiteriana Mackenzie), Trinidad Bergamasco (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina), Waldemar Gontarski (European University of Law and Administration, Poland),

© Asociación Xuristas en Acción.

Edita: Asociación Xuristas en Acción.

Depósito Legal: C 2118-2013 **ISSN:** 2340-860X - **ISSNe:** 2386-5229

SUMARIO

Artículos de investigación

- Conflicto aparente de normas penales: Atribución de significado como punto fundamental
Alexis Couto de Brito & Jenifer Moraes 08
- Sentencing in the age of artificial intelligence: possibilities, ethical issues, and the intrinsic human nature of the adjudication process
Américo Bedê Jr. & Gabriel Silveira de Queirós Campos 25
- Dolo sem vontade e a filosofia da linguagem
Paulo César Busato & Bruno Cortez Torres Castelo Branco 45
- Entre pretensões de validade e boas razões: sobre a norma penal na concepção significativa da ação
Eduardo Emanuel Dall’Agnol de Souza 68
- Modelo brasileiro de imputação de responsabilidade penal para pessoas jurídicas
Fernando A. N. Galvão da Rocha 83
- A expressão de sentido no direito penal: divergências e similaridades entre os conceitos sociais e a concepção significativa da ação
Guilherme Henrique Gonçalves 113
- A decisão por íntima convicção e a incomunicabilidade dos jurados como problema do tribunal do júri no Estado Democrático de Direito: democracia deliberativa como proposta viável de solução
Gustavo Senna & Adriano Sant’Ana Pedra 136
- Reflexões acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica a partir do caso Pinheiro
Juliana Bertholdi & Danielle Anne Pamplona 158
- Concurso de pessoas na atividade empresarial: análise crítica baseada na ação significativa
Mariana Cesto 191
- La responsabilidad penal de la empresa absorbente en Brasil: consideraciones a partir del caso “Seara”
Mariana de Aguiar Buerger 230
- Algunos retos teóricos de la justicia penal negociada. Una crítica al modelo de acuerdo de no persecución en el proceso penal brasileño
Paulo César Busato 245

Los tres usos de la palabra omisión en el derecho penal: Reflexiones iniciales sobre la disolución entre acción y omisión a la luz de la filosofía del lenguaje

Rodrigo Leite Ferreira Cabral

269

Para além dos crimes ambientais no Brasil: a ação e a personalidade da pessoa jurídica

Samuel Ebel Braga Ramos

285

A cegueira deliberada conforme a concepção significativa de ação

Sérgio Valladão Ferraz

301



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

Cadernos de Direito Actual Nº 23. Núm. Extraordinario (2024), pp. 08-24
ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Conflicto aparente de normas penales: Atribución de significado como punto fundamental

Apparent conflict of penal norms: Attribution of meaning as fundamental point

Alexis Couto de Brito¹

Jenifer Moraes²

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Sumario: 1. Introducción; 2. Consideraciones generales; 3. Especialidad (lex specialis derogat legi generali); 4. Subsidiariedad (lex primaria derogat legi subsidiariae); 5. Consunción (lex consumens derogat legi consumtae); 6. ¿Alternatividad?; 7. Toma de posición; 8. Conclusión; 9. Referencias

Resumen: El presente trabajo pretende brindar un nuevo enfoque al conflicto aparente de normas penales, apuntando especialmente a sustituir el proceso de resolución del problema basado en principios resolutivos como especialidad, consunción, subsidiariedad y alternatividad; para un proceso evaluativo comunicacional basado en el propio injusto penal y su significado a partir de las particularidades del caso específico.

Palabras clave: Ante factum. Post factum. Impunidad. Especialidad. Subsidiariedad. Consunción. Alternatividad. Acción. Atribución de significado.

Abstract: The present work aims to provide a new approach to the apparent conflict of criminal norms, especially aiming to replace the problem resolution process based on resolving principles such as specialty, consummation, subsidiarity and alternativeness; for a communicational evaluative process based on the criminal phenomena itself and its meaning, based on the particularities of the specific case.

Keywords: Ante factum. Post factum. Unpunishability. Specialty. Subsidiarity. Consumption. Alternativity. Action. Assigning meaning.

¹Profesor de Derecho Penal, Proceso Penal y Ejecución Penal en la Facultad de Derecho de la Universidade Presbiteriana Mackenzie. Profesor permanente del Programa de Posgrado en Derecho Político y Económico (Maestría y Doctorado) en la misma Universidad. Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo. Postdoctorado en las Universidades de Coimbra y Salamanca. Líder del grupo de investigación Modernas Tendencias de la Teoría del Delito (Cnpq).

²Profesora de Derecho Penal en la Universidad Presbiteriana Mackenzie y de Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad Nueve de Julio. Estudiante de Doctorado en Derecho por la Universidad de Salamanca. Máster en Derecho Penal por la PUC/SP. Miembro del grupo de investigación Modernas Tendencias de la Teoría del Delito (Cnpq).

1. INTRODUCCIÓN

Un tema poco abordado –y a veces olvidado– por la doctrina y la jurisprudencia es el llamado concurso de normas. Son pocos los códigos penales modernos que resuelven expresamente el problema, lo que traslada al estudio doctrinal la obligación de establecer una solución adecuada y lúcida.

A pesar del bajo protagonismo del tema en los debates brasileños, se trata de una cuestión que estructura la dogmática contemporánea, ya que la interacción entre los diferentes instrumentos normativos que componen un sistema jurídico es lo que da racionalidad al ejercicio mismo del poder punitivo y, para ello, sirve de base para respetar las directrices constitucionales fundacionales, como la idea de *non bis is idem*. Eso porque las conductas practicadas por los seres humanos pueden descomponerse, desde una perspectiva puramente biológica, en un número importante de inervaciones y contracciones musculares. Si el análisis se produjera desde una perspectiva naturalista, podrían existir una serie de movimientos o actitudes que efectivamente produzcan una pluralidad de actos. Sin embargo, el criterio para determinar si existe unidad o pluralidad de delitos debe ser estrictamente jurídico (evaluativo). De esta manera, una secuencia de actividad humana puede configurar una unidad, lo cual es fundamental a la hora de definir el número de delitos cometidos y, en definitiva, el *quantum* de la pena a imponer³.

Como acertadamente destacó Puppe, el objetivo final del tema es determinar la pena, en los casos en que el autor comete varios tipos de delitos mediante diferentes acciones y en los casos en que los comete mediante una sola acción, y, en este sentido, aplicar una única pena global (o unitaria) al fenómeno, dirigida al autor por su culpabilidad, y no al delito⁴.

En resumen, la expresión “concurso de normas” puede referirse a dos situaciones distintas:

1. El primero se fundamenta en la situación concreta en la que (a) o una sola conducta termina provocando dos hechos injustamente valorados, cada uno con sus elementos típicos y ambos necesarios como parámetros de culpabilidad y aplicación de la pena –este es el caso del concurso formal nominado –, o (b) dos o más conductas afecten esta misma relación – el concurso material.

2. La segunda se refiere a la situación falsa en la que una o varias conductas pueden ser presupuestos de diversos tipos, pero que en verdad deberían constituir solo uno, que es suficiente para desaprobador el complejo injusto cometido.

En este trabajo, la preocupación sólo será con la segunda hipótesis –el llamado falso concurso o aparente conflicto de normas– y cómo se trabajan las especies enunciadas por la doctrina como principios dogmáticos que resuelven la cuestión –especialidad, subsidiariedad, consunción– para el desarrollo de una perspectiva propia, comunicacional y basada en la política criminal.

En un vuelo alto, las dificultades parecen pequeñas^{5 6 7 8 9}. Pero con una observación más precisa nos damos cuenta de que varios de los problemas planteados por lo llamado concurso de normas se resuelven por otros medios, distintos de la política criminal o la dogmática, cuando éstas deberían ser las formas

³FERRÉ OLIVÉ, J.C.; NUÑEZ PAZ, M.Á.; OLIVERIA, W.T. & BRITO, A.C., *Direito Penal Brasileiro*, 3. ed., São Paulo, Tirant lo Blanch, pp. 502/503.

⁴PUPPE, I. “Die Erfolgseinheit, eine verkappte Form der Idealkonkurrenz. Das Problem der Erfolgsidentität bei Tatumehrheit i.S. der h.L.”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 6/2007, p. 254.

⁵Algunos autores tratan el tema con extrema sencillez o deficiencia. Conferir: CUELLO CALÓN, E. *Derecho Penal*, 10ª Ed., Barcelona, Bosch, 1951, p. 686.

⁶FONTÁN BALESTRA, C. *Tratado de Derecho Penal*, 2. Ed, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, t. 2, p. 246;

⁷MARSICO, A. *Diritto Penale*, parte generale, Dott, Napoli, 1969, p. 280.

⁸BUSTOS RAMÍREZ, J.J. & HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal*, Madrid, Trotta, 1997, p. 99.

⁹SABATINI, G. *Istituzioni di Diritto Penale*, 4ª ed., Casa del Libro, Catania, 1946, p. 444.

ideales de resolver los casos. Cuanto más estudiamos y desarrollamos la dogmática, más seguridad jurídica y garantía otorgamos a los ciudadanos. De ahí la sencilla contribución que se pretende en este estudio.

2. CONSIDERACIONES GENERALES

Buscando abarcar el mayor número de situaciones potencialmente ofensivas, desarrollamos estándares normativos de diferentes densidades, plasmados en normas tanto en la parte general como en la especial, tanto en la legislación penal codificada como en leyes especiales. Muchos incluso tienen la misma referencia como objeto de protección, alternando únicamente el alcance del imperativo: si cubre el daño o solo el peligro de daño, en el caso de tipos penales. En este contexto, todos los imperativos que constituyen el ordenamiento jurídico se traducen en la unidad del sistema, de modo que mientras unos son independientes entre sí, otros, por el contrario, se coordinan, integrándose o excluyéndose recíprocamente¹⁰.

Frente a esta heterogeneidad normativa y a la continua promulgación de mandados prohibitivos - proporcionados por un legislador que se apropia de las demandas sociales relativas al uso del derecho penal como *prima ratio* para reducir la inseguridad característica de nuestra sociedad informacional - se hace imprescindible que la dogmática dote de racionalidad a la interacción entre estas normas, de modo que, en los casos en los que existe una competencia aparente, es decir, en los que más de una norma se adapta ilusoriamente al *factum*, haya certeza en identificar lo que realmente representa el mandato referencial de lo injusto.

Esta búsqueda de coherencia lógica es consecuencia de un proceso que necesariamente se subdivide en dos partes: en primer lugar, se debe definir cualitativamente qué norma representa el fenómeno observado, para que, en un segundo momento, se pueda identificar cuantas veces el contenido de la norma fuera ofendido, y si así fuera estaríamos ante un concurso real (formal o ideal, material y continuado)^{11 12}, en el sentido de que tenemos más de una norma violada en el caso específico.

Históricamente, la búsqueda de una solución a este asunto siempre ha dado lugar a variadas interpretaciones. Como destaca Honig, desde un punto de vista legislativo y doctrinal, nuestro problema puede compararse con la regulación de la pena en el contexto de los delitos: así como en este caso el principio de acumulación fue sustituido por el principio de exasperación, y este último viene paulatinamente siendo reemplazado por el principio de absorción, de la misma manera, en el conflicto de leyes, la verdadera concurrencia de delitos se va separando de la falsa o aparente, es decir, también se consolida la percepción de que, en lugar de aplicar acumulativamente los principios legales, considerase uno absorbido por lo otro¹³. Honig reconoce que la doctrina alemana ha avanzado significativamente desde Adolf Merkel en materia de concurso de leyes, ya que ni siquiera existía una noción distintiva entre un concurso aparente de normas y un concurso real. Merkel llamó a esto último un "concurso de leyes", lo que fue criticado por Von Liszt, quien afirmó

¹⁰GRISPIGNI, F. *Derecho Penal Italiano*, (Trad. DE BENEDETTI, I.), Depalma, Buenos Aires, 1948, pp. 477/478.

¹¹PAGLIARO, A. *Principi di Diritto Penale - Parte Generale*, 7ª ed., Milão, Giuffrè, 2000, p. 186.

¹²Esta crítica fue compartida posteriormente por Pagliaro, quien afirmó que sólo es posible que una ley compita con otra, no una ley consigo misma. En: PAGLIARO, A. *Principi di Diritto Penale - Parte Generale*, 7ª ed., Giuffrè, Milano, 2000, pp. 186/187.

¹³El autor continúa su afirmación con ejemplos: "Hoy ya nadie piensa en la pena acumulativa por la acción preparatoria, la tentativa y la consumación de un mismo delito, y mucho menos en la pena acumulativa por lesiones individuales o por lesiones corporales y homicidio. Sin embargo, en otras cuestiones específicas todavía estamos rezagados, porque todavía no se reconoce suficientemente la interconexión de las disposiciones del derecho penal y sus objetivos complementarios". In: HONIG, R. *Straflose Vor- und Nachtat*, Leipzig, Scientia, 1927, p. VI.

que no se puede reconocer una concurrencia de varias leyes cuando sólo una de ellas es aplicable al caso concreto¹⁴.

Actualmente, dada la evolución conceptual de la teoría del crimen, que se reconoce como de naturaleza teleológica y mixta, es decir, que utiliza elementos ontológicos y valorativos, muchas concepciones resultan insatisfactorias. La propia nomenclatura que los autores dividen entre "conflicto de leyes", "conflicto de normas", "aparente conflicto de normas" ya demuestra que se pueden tomar diferentes soluciones, dependiendo de la base utilizada para resolver el caso.

Por supuesto, aunque el concurso real comparta ciertas similitudes con el concurso o el conflicto aparente, no puede confundirse con este último. En el concurso real, una o más acciones cumplen varios estándares que no son mutuamente excluyentes. En un aparente concurso o conflicto, una o más acciones se ajustan ilusoriamente a normas diferentes que, al final, se excluyen entre sí¹⁵. El punto de partida es el mismo: en una misma acción unitaria coinciden varias normas penales (diversos tipos jurídico-penales); la diferencia radica en que en el concurso real las diferentes normas son compatibles entre sí, no se excluyen entre sí, mientras que en el concurso o conflicto aparecen en tal relación que una de las normas penales desplaza y excluye a la otra. Desde el punto de vista fáctico, en el contexto de los delitos, hay varios actos cometidos y varias normas violadas. En el concurso aparente, el hecho es único y, por lo tanto, la regla violada debe ser única.

A pesar del acuerdo doctrinario actual con la diferenciación entre concurso o conflicto aparente y real, tradicionalmente se han formado dos corrientes en torno a la competencia normativa: la primera consideraba que el concurso presupone que todos los preceptos en juego efectivamente compitan entre sí, de modo que el *factum* efectivamente se encajaría en todos los preceptos, incluso si sólo uno de ellos fuera aplicable en la práctica. El segundo entendía que el concurso entre los distintos preceptos sólo sería aparente, ya que una interpretación correcta mostraría que, desde el principio, sólo uno de ellos sería aplicable. Muchos defensores dijeron que sería preferible la primera concepción, ya que permitiría tener en cuenta el precepto o los preceptos ignorados para ciertos fines –siempre que esté en combinación con el precepto preferido y, sobre todo, de modo que su aplicación sea posible en los casos en que el precepto preferido no sea posible¹⁶.

En otras palabras, muchos entendieron que el problema era sólo una cuestión de interpretación^{17 18 19 20 21 22}, que se trataba de una cuestión de aplicabilidad de la norma penal²³, porque si es cierto que antes de interpretar la norma no es posible determinar los límites respectivos, también lo sería que la

¹⁴BARBOSA, M.F. *Concurso de Normas Penais*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976, p. 67.

¹⁵MEZGER, E. *Tratado de Derecho Penal*, (Trad. RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A.), Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 363.

¹⁶MIR PUIG, S. *Derecho Penal – parte general*, 5ª ed., Corregrafic, Barcelona, 1998, p. 676.

¹⁷Neste sentido, FONTÁN BALESTRA, C. *Tratado de Derecho Penal*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995. t. 2., p. 246;

¹⁸JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal*, 5ª ed., Losada, Buenos Aires, 1992, t. 2., p. 532.

¹⁹BETTIOL, G. *Direito Penal*, (Trad. DA COSTA JÚNIOR, P.J. & SILVA FRANCO, A.), Saraiva, São Paulo, 1976, p. 322.

²⁰GRISPIGNI, F. *Derecho Penal Italiano*, (Trad. DE BENEDETTI, I.), Depalma, Buenos Aires, 1948, p. 477.

²¹BUSTOS RAMÍREZ, J. J. & HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal*, Trotta, Madrid, p. 101.

²²LANDECHO VELASCO, C.M. & MOLINA BLÁSQUEZ, C. *Derecho Penal Español – Parte General*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, p. 135.

²³RANIERI, S. *Manuale di Diritto Penale*, 4ª ed., Padova, Antonio Milani, 1966, v. 1., p. 92.

interpretación de normas singulares *per se* no dice nada respecto del problema mismo^{24 25}.

Desde otra perspectiva, algunos autores entendieron que el aparente conflicto de normas pertenecería al problema de la unidad o pluralidad de acciones. Los autores que partieron de esta perspectiva basaron sus conclusiones en un concepto de acción que ya no encuentra espacio en la dogmática moderna, dado que, ante la ausencia de una valoración característica, la conducta se confundía, como concepto jurídicamente concebido, con los actos naturalistas perpetrados por el ejecutor del crimen²⁶. De esta manera, los distintos actos que en conjunto se interpretan actualmente como una unidad de acción, recibieron su propio desvalor, pues cada uno representaba una conducta individualmente considerada.

La impertinencia de la perspectiva ya fue denunciada por Pagliaro, quien criticó acertadamente el exceso teórico de quienes estudiaron e identificaron como competencia leyes penales mixtas alternativas, entendiendo que sería un formalismo exasperante considerar la existencia de una competencia basada en el uso de expresiones variadas por parte del legislador, ya que el concurso no se da entre varias expresiones lingüísticas, sino en la incertidumbre provocada entre la aplicación de las diversas leyes al momento de su interpretación²⁷.

Asimismo, en línea con el pensamiento de Honig, también se sugiere utilizar el bien jurídico como vector para identificar la norma aplicable. Para algunos, comprobar el alcance objetivo de protección de la norma sería suficiente para determinar qué ley debería aplicarse. Resulta que tal criterio no podría resolver muchos problemas debido a su generalidad y falta de precisión en un caso específico, especialmente cuando más de un bien jurídico está protegido por las normas involucradas²⁸. Quizás podría constituir una solución segura en los casos en que los distintos tipos a examinar protejan el mismo bien jurídico, especialmente considerando la gravedad del delito para identificar el estándar aplicable. Aun así, como se demostrará más adelante, se trata de una valoración que va más allá de los límites del intérprete en el caso concreto. En resumen, aunque el criterio del bien jurídico a veces sirve, rápidamente se perciben sus límites.

El intento de utilizar el grado de ofensa al bien jurídico como criterio para elegir el estándar aplicable se basa en un supuesto ampliamente utilizado hoy en día para responder al problema de la competencia aparente: la colocación de la norma en sí misma como objeto de valoración²⁹, de modo que se le da al intérprete la discrecionalidad de deducir qué norma sería más importante -o qué bien jurídico- y, con base en ello, legitimar la elección de ese mandato para representar la situación observada.

²⁴MANTOVANI, F. *Diritto Penale*, Cedam, Padova, 1988, p. 512.

²⁵En lo mismo sentido, PAGLIARO, A. *Principi di Diritto Penale - Parte Generale*, 7ª ed., Giuffrè, Milano, 2000, p. 185.

²⁶No mesmo sentido: GRECO, L. & LEITE, A. "Concurso de delitos: uma primeira tentativa de reorientação", *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 7, n. 1, 2022, p. 137.

²⁷PAGLIARO, A. *Principi di Diritto Penale - Parte Generale*, 7ª ed., Giuffrè, Milano, 2000, pp. 186/187.

²⁸Señalan la dificultad, en el derecho penal alemán, de utilizar exclusivamente el criterio del bien jurídico protegido para resolver el conflicto y separar la competencia aparente de la competencia real (material) o ideal (formal) de leyes. In: MAURACH, R. & ZIPF, H. *Derecho Penal - parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 552.

²⁹Como ejemplo, la posición de Patrícia Pereira: "La relación de aparente antinomia de la ley especial sobre la ley general se produce en el nivel del deber ser, a través de la comparación del modelo abstracto de los tipos jurídicos en concurso, lo que implica la necesaria prevalencia de la univocidad del principio de especialidad. En una expresión utilizada por Andrei Zenkner Schmidt (2001), en el análisis del proceso argumentativo del principio de especialidad, las premisas que se deben utilizar son verdaderas o falsas y no justas o injustas". In: PEREIRA, P.G.M. "Concurso aparente de normas e a consequente Unicidade de reação punitiva do estado no crime de Sonegação fiscal mediante fraude documental", *Revista digital: Constituição e garantia de direitos*, vol. 11, nº 1, p. 108.

Así, ante la imposibilidad de establecer un criterio uniforme para determinar la norma imperante, dada la multiplicidad de situaciones que pueden implicar un aparente conflicto normativo, la doctrina mayoritaria busca establecer principios rectores que, en teoría, deben ser utilizados por el intérprete en función de la situación que enfrenta. La competencia de leyes se entiende generalmente como "el caso en que varias leyes penales parecen ser aplicables a una conducta punible, pero al final sólo se aplica una ley penal, porque sólo esta ley cubre completamente la conducta en sus aspectos esenciales". Por lo tanto, si el concepto del concurso de leyes sólo debe caracterizar un "concurso aparente", para la cual se han acuñado las designaciones detalladas de "concurso de leyes aparente" y "concurso de leyes no genuino", por otra parte, la existencia de una conducta es la condición real de este estado de aparente coincidencia de varias leyes penales. El problema de tal coincidencia se plantea, desde que la doctrina alemana se centró en esta cuestión, precisamente en cómo y con qué medios resolver la "aparente concurrencia" de diferentes leyes penales sobre una conducta³⁰. La solución inicial se encontró en diferentes relaciones entre las disposiciones jurídicas penales. Los proverbios jurídicos *lex specialis derogat legi generali*, *lex primaria derogat legi subsidiariae* y *lex consumens derogat legi consumptae* caracterizan la prevalencia de determinadas disposiciones jurídicas sobre otras. Generalmente tratamos estos proverbios como "principios" de especialidad, subsidiariedad y consunción.

3. ESPECIALIDAD (LEX SPECIALIS DEROGAT LEGI GENERALI)

La idea de especialidad, como sugiere la nomenclatura, hace referencia a la aplicación de la norma que engloba el mayor número de características. Se trata de una valoración realizada a priori por el legislador, que optó por crear un imperativo específico para una situación que, si bien se ajusta a una norma existente, exige una clara desaprobación. En estas condiciones, correspondería al aplicador respetar la determinación legislativa y aplicar la norma lo más concentrada posible. La gran pregunta es cómo identificar la norma más especial y, por tanto, aplicable al caso.

Si bien el concepto es fácil de entender, los autores difieren en puntos cruciales para la operacionalización del principio, siendo el principal la perspectiva a través de la cual se realizará la valoración. Algunos sostienen que la especialidad de la norma es una característica deducible de la comparación entre los propios imperativos, prescindiendo de cualquier referencia al hecho observable. Sauer, por ejemplo, afirma que la exclusión de la aplicación de una ley frente a otra se produce mediante la contemplación general y abstracta de la situación jurídica, sin consideración alguna al caso concreto³¹. Mezger adopta una postura similar, entendiendo que la precedencia de una ley sobre otra descansa en fundamentos lógicos, de modo que todos los elementos del tipo general están también en el tipo especial. Para el autor, la configuración concreta del caso no sería decisiva y bastaría con una comparación del tipo abstracto, ya que todas las características del tipo general estarían también contenidas en el tipo especial, como en el caso de las agravantes o atenuantes en relación con el precepto secundario³².

Maurach y Zipf, por su parte, sostienen que esta consideración tiene una referencia concreta, basada en las particularidades del caso observable, de modo que la norma que se aplicará será la que mejor se adapte a los contornos de la acción respectiva, expresando de una manera más plástica su carácter criminal. Los autores defienden este mismo enfoque tanto para categorías típicas que protegen el mismo bien jurídico, como para casos en los que la ley más estricta se extiende más en

³⁰HONIG, R. *Straflose Vor- und Nachtat*, Scientia, Leipzig, 1927, p. 2.

³¹SAUER, W. *Derecho Penal – parte general*, (Trad. DEL ROSAL, J. & CEREZO, J.), Bosch, Barcelona, 1956, pp. 340/341.

³²MEZGER, E. "Tratado de Derecho Penal" (Trad. RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A.), *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1955, V. 2, pp. 364/365.

protección, alcanzando bienes jurídicos que la ley general no cubre (por ejemplo, lesiones corporales cometidas por ciudadanos comunes o por servidores públicos).³³

Incluso la extensión del concepto a modalidades que tienen como referencia diferentes bienes jurídicos es un punto de desacuerdo en la doctrina, descartando algunos autores esta posibilidad e incluso la hipótesis de que las normas no sean contemporáneas. En Brasil, por ejemplo, Carvalho Filho identifica el principio de especialidad por: "a) la coexistencia de dos normas penales –generales y especiales– en aparente conflicto; b) la contemporaneidad de ambos; c) se prefiere la norma especial por la contingencia de la cláusula especializada (menos o más); d) la identidad de los elementos típicos más especializados; e) la infracción al mismo bien jurídico protegido"³⁴.

También en Brasil hay quienes defienden lo contrario de la postura mayoritaria, en el sentido de que la única base compatible con la aparente concurrencia de normas sería la de consunción, designándose el concepto de especialidad para los casos de "consunción total unilateral", en el que la "norma consuntiva es construida por el legislador como el Unterbegriff de la norma consumida". Para Barbosa:

La relación de especialidad se restringiría a la relación entre las normas del Derecho Penal especial con relación a las del Derecho Penal común, como ocurre en el caso de los delitos concursales también previstos en el Código Penal, o los casos de evasión fiscal que están sujetos a las normas de Derecho Penal común, además de otras de Derecho Penal Especial³⁵.

4. SUBSIDIARIEDAD (LEX PRIMARIA DEROGAT LEGI SUBSIDIARIAE)

Pese a ser cercanos, los conceptos de subsidiariedad y especialidad no se confunden³⁶. Mientras que la relación de especialidad se caracterizaría por una selección de normas hecha a priori por el legislador –en base a diferentes devaluaciones– correspondiendo únicamente al aplicador elegir la norma más específica, la subsidiariedad se referiría a la elección, por parte del intérprete, de la norma que sería más "relevante"³⁷, con la consiguiente aplicación de esta en sustitución del precepto de menor severidad³⁸:

Hay subsidiariedad de un tipo cuando ésta, desde el principio, sólo reclama validez como tipo residual, es decir, cuando no hay otro tipo que tenga mejor derecho a ser aplicado. La subsidiariedad está en parte expresamente ordenada por la ley (formal), pero también puede deducirse del contexto y alcance de las dos combinaciones delictivas aparentemente contrapuestas (tácita). La regla es la subsidiariedad de la ley dotada de un efecto punitivo más benigno,

³³MAURACH, R. & ZIPF, H. *Derecho Penal – parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 555.

³⁴CARVALHO FILHO, J.C. *Concurso Aparente de Normas Penais*, Revan, Rio de Janeiro, 2009, p. 56.

³⁵BARBOSA, M.F. *Concurso de Normas Penais*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976, p. 86.

³⁶Neste sentido: GRISPIGNI, F. *Derecho Penal Italiano*, (Trad. DE BENEDETTI, I.), Depalma, Buenos Aires, 1948, p. 480 (nota de rodapé).

³⁷Bettiol afirma que: "El problema de la concurrencia de normas no existe sobre la base de una solución expresa que le dé el legislador, sino que depende del vínculo lógico o valorativo que subsista entre dos o más normas". In: BETTIOL, G. *Direito Penal*, (Trad. DA COSTA JÚNIOR, J. P. & SILVA FRANCO, A.), Saraiva, São Paulo, 1976, v. 2., p. 326.

³⁸Para Landecho Velasco e Molina Blásquez, "En la relación de subsidiariedad, a diferencia de la especialidad, no hay un núcleo básico en todas las leyes al que las otras atribuyen notas diferenciales, sino que cada una de ellas tiene notas distintas e independientes de las demás. Se da un precepto primario y otros preceptos subsidiarios. Se trata de comportamientos distintos que tienen una cierta conexión entre sí". In: LANDECHO VELASCO, C.M. & MOLINA BLÁSQUEZ, C. *Derecho Penal Español – Parte General*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, p. 136.

pero también hay casos en los que el tipo residual quiere retirarse a cualquier otra ley penal igualmente aplicable, sin entrar en un examen comparativo de las sanciones penales³⁹.

El mayor problema de la relación de subsidiariedad se refiere a su modalidad tácita, es decir, en los casos en que esta relación de importancia se deduce en función de la intensidad de la infracción al bien jurídico⁴⁰. Según Maurach e Zipf:

Los casos de subsidiariedad tácita ofrecen mayores dificultades porque sólo es posible obtenerlos mediante una interpretación teleológica de la ley. Especial importancia exige aquí la relación entre los tipos de peligro y los correspondientes delitos de lesiones. Los denominados delitos de peligro concreto son habitualmente subsidiarios de los delitos de lesiones, como por ejemplo el de peligro en relación con el homicidio. Y también los delitos de peligro abstracto frente a los de peligro concreto. La relación entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de lesiones es diferente, máxime cuando sus tipos son fundamentalmente policiales preventivos. Por ello, no se deducirá una consumación de la punibilidad de la tenencia prohibida de armas según la ley de armas; Regularmente, en todos estos casos será necesario asumir una pluralidad de hechos y, excepcionalmente, también una competencia formal. La forma comisiva menos grave es generalmente también subsidiaria respecto de la más grave, de modo que la complicidad es subsidiaria respecto de la inducción y ésta respecto de la presentación del concurso de preparación, tentativa y consumación⁴¹.

Al igual que la especialidad, mencionada anteriormente, los autores también debaten sobre los criterios referenciales valorativos, especialmente en relación con la consideración de las particularidades del caso específico para la elección del estándar a descartar. Rodríguez Devesa, por ejemplo, entiende que "la relación se puede deducir de la simple comparación de leyes entre sí, sin necesidad de deducir las particularidades del caso concreto". Mezger, en cambio, a diferencia de lo que admite para la relación de especialidad, entiende que no basta la comparación abstracta entre los mandatos, sino la configuración concreta del caso para establecer el estándar a aplicar⁴².

Otro tema controvertido es la supervivencia de la ley despreciada, y algunos autores abogan por una sustitución completa, como es el caso de Kindhauser⁴³, mientras que otros, como Soler, defienden la supervivencia de la otra ley, en los casos en que por alguna razón el "delito mayor" ya no sea punible:

La justificación de un hecho desde el punto de vista de una figura no necesariamente significa impunidad desde el punto de vista de la responsabilidad subsidiaria. Una figura penal es subsidiaria de otra cuando la ley establece que su aplicación está condicionada a la no aplicación de otra figura (expresa) o cuando una figura entra en la composición de otra, pero sólo como elemento constitutivo o agravante y no como un tipo de delito (tácito). No tienen relación género-especie⁴⁴.

³⁹MAURACH, R. & ZIPF, H. *Derecho Penal – parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 554.

⁴⁰La cuestión entre el intento y la consumación es también un punto de inflexión doctrinal. Algunos, como MIR PUIG, entienden que sólo cabe hablar de concurrencia de leyes entre intento y consumación cuando ésta se produce tras un primer intento fallido. In: MIR PUIG, S. *Derecho Penal – parte general*, 5ª ed., Corregrafic, Barcelona, 1998, p. 679 (rodapé).

⁴¹MAURACH, R. & ZIPF, H. *Derecho Penal (...)*, Ob. Cit., p. 555.

⁴²MEZGER, E. *Tratado de Derecho Penal*, (...) Ob. Cit., p. 365.

⁴³El autor entiende que la injusticia menos grave es despreciada por la más grave. In: KINDHÄUSER, U. *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, Nomos, Baden-Baden, 2005, p. 364.

⁴⁴SOLER, S. *Derecho Penal Argentino*, Tipografica, Buenos Aires, 1951, t. 2., pp. 192/193.

Precisamente por la posibilidad de mantener la ley sustituida, autores como Sauer proponen un cambio en la nomenclatura del principio por el término “eventualidad”. Esto se debe a que, según su definición, el fenómeno se caracterizaría por la existencia de una norma auxiliar junto a la disposición principal, de modo que una ley sólo sería válida mientras no existiera otra de mayor rigor o alcance⁴⁵.

Otros, de manera mucho más radical, ni siquiera admiten la presencia de la relación de subsidiariedad como manifestación resolutoria de la aparente competencia de normas. En Brasil, por ejemplo, Barbosa sostiene que la subsidiariedad representa la “exclusión de la aplicabilidad de una norma a un hecho, mediante la aplicación de otra norma a otro hecho”, lo que sería incompatible con la premisa original de la competencia aparente, que exigiría unidad de Hecho y pluralidad de normas aplicables⁴⁶:

Ahora bien, está claro que en tales casos no hay una situación competitiva, sino más bien un fenómeno de sustitución fáctico-normativa, basado en la residualidad y que ni siquiera es aparente, sino real, como tiene razón Lincoln Magalhães da Rocha cuando afirma que la subsidiariedad Depende de la determinación específica de la relación entre normas reemplazables en relación con hechos también reemplazables.⁴⁷

5. CONSUNCIÓN (LEX CONSUMENS DEROGAT LEGI CONSUMTAE)

Mientras que la subsidiariedad se la entiende mayoritariamente como la sustitución normativa según el grado de protección del mismo bien jurídico –de ahí que se elija el daño en detrimento del peligro–, la consunción se refiere a una norma que abarca a la otra en términos generales, sin que necesariamente exista un Convivencia en relación con el bien jurídico tutelado^{48 49}. En otras palabras, al mismo *factum* se ajustan dos normas con diferentes objetos de protección, pero una de ellas contiene enteramente el disvalor de la otra⁵⁰, como ocurre con el delito de robo, cuya norma necesariamente engloba la norma del delito de amenaza:

La regla final – tísica – representa el grado máximo del delito, de ahí el principio actual: *major absorbet minorem*. La norma consumida se

⁴⁵SAUER, W. *Derecho Penal (...), Ob. Cit.*, pp. 341/342.

⁴⁶Según él: “En cualquier caso, puesto que de entrada es evidente que no negamos la existencia de una «relación de subsidiariedad» que haga no punible uno de los hechos en cuestión, negamos la existencia de una situación de concurrencia, incluida la concurrencia aparente de normas. Y lo hacemos porque, como ya hemos señalado, desde el inicio de nuestro trabajo, la situación de concurrencia de normas, ya sean aparentes o reales, presupone la existencia de dos presupuestos ineludibles: la unidad de hecho y la pluralidad de normas aplicables, que en el caso de concurrencia aparente se traduce en el cumplimiento de una sola de las normas en cuestión”. In: BARBOSA, M.F. *Concurso de Normas Penais*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976, p. 112.

⁴⁷BARBOSA, M.F. *Concurso de Normas (...), Ob. Cit.*, p. 113

⁴⁸Maurach e Zipf afirman: “cuando la ley de cambio comprende completamente a los tipos de leyes desplazadas; Contemplando, por tanto, en una disposición penal -que prevé regularmente un marco punitivo reforzado- el contenido de ilegalidad de los tipos desplazados. Se considera característico de la consunción que el tipo consumidor comprenda a menudo varios tipos con bienes jurídicos divergentes. El robo consume la coerción y el hurto, adquiriendo una dimensión de protección tridimensional”. In: MAURACH, R. & ZIPF, H. *Derecho Penal (...) Ob. Cit.*, p. 554.

⁴⁹No mismo sentido: STRATENWERTH, G. *Derecho penal – Parte General*, (Trad. ROMERO, G.N.), FD, Buenos Aires, 1999, p. 345.

⁵⁰Para Jescheck y Weigend “debe aceptarse la existencia cuando el contenido de injusticia y culpabilidad de una acción típica incluye también otro hecho o, en su caso, otro tipo; De esta manera, la condena desde uno de los puntos de vista jurídicos que se plantea agota y expresa el desvalor del éxito en su conjunto”. In: JESCHECK, H.H. & WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal – parte general*, (Trad. OLMEDO CARDENETE, M.), 5ª ed., Comares, Granada, 2002, p. 793.

convierte en una fase de realización del delito final. Se reafirma que, en la consunción, prevalece la relación de menos a más, de la parte al todo, del medio al fin. Por ejemplo, las lesiones corporales absorben los hechos y el homicidio los absorbe. Se diferencia, en consecuencia, del principio de especialidad en el que los hechos están en relación de especie a género, prevaleciendo el dístico latino: *generi per speciem derogatur*.⁵¹

Sin embargo, los mandatos se acercan más al exigir que el intérprete evalúe la prevalencia de una norma determinada sin ninguna interferencia previa del legislador⁵². Se trata de un análisis comparativo entre los propios imperativos, existiendo, en el caso de consunción, mayor discrecionalidad en la elección de los criterios a utilizar para elegir la norma predominante, dado que no existe una referencia concreta que oriente la interpretación.

Aunque es común identificar la garantía más eficaz basándose en una comparación entre ellas, es decir, de forma abstracta, pero no sólo de forma sistemática⁵³, algunos autores reconocen la necesidad de recurrir al caso concreto para realizar la valoración⁵⁴, es decir, rechazan la conclusión por consunción única y exclusivamente como producto de una comparación factualmente vacía. Según Mezger:

La precedencia de una de las leyes penales sobre otra resulta de la relación valorativa de ambas leyes. Cuando una ley, que, según su propio sentido, incluye dentro de sí el disvalor penal de otra, no permite, por tanto, la aplicación de ésta y la excluye, el fundamento que justifica dicha exclusión no justifica la relación lógica de ambas leyes entre sí, sino más bien su propio significado en relación con una interpretación valorativa. Por ejemplo, el hurto con daño no puede ser sancionado también por el daño porque no todo hurto calificado requiere necesariamente dicho daño y, por tanto, no es una especialidad. Como no se trata de una relación lógica entre diferentes leyes, el resultado definitivo no puede obtenerse de una comparación de tipos penales abstractos, sino normalmente sólo de la configuración concreta del caso en cuestión⁵⁵.

Como parte de la idea de consunción, algunos autores trabajan el concepto de progresión criminal, incluyendo el uso de vectores *ante y post factum* de impunidad. Grisigni, por ejemplo, trabaja sobre estos conceptos como consunción

⁵¹CARVALHO FILHO, J.C. *Concurso Aparente de Normas Penais*, Revan, Rio de Janeiro, 2009, p. 88.

⁵²Jescheck y Weigend, Por el contrario, entienden que los tipos no guardan una relación lógica, sino criminológica, que el legislador también tiene en cuenta a la hora de establecer los marcos penales propios de los tipos implicados. In: JESCHECK, H.H. & WEIGEND, T. *Tratado de Derecho (...)*, Ob. Cit., p. 793.

⁵³En el mismo sentido: "La consunción, en tales condiciones, no se produce sólo por razones sistemáticas, como pretende Eduardo Correia al definir la consunción impura, como quinto principio en la resolución de una aparente contienda, sino porque la norma consuntiva es de mayor amplitud espacial que la consumida en relación con el problema-hecho". In: BARBOSA, M.F. *Concurso de Normas Penais*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976, p. 93.

⁵⁴En este sentido: "Que debe prevalecer la norma que asume de manera más compleja el problema nos parece obvio, si aún partimos del hecho a la construcción del derecho, porque la configuración del caso a partir de la norma más compleja permite conocer el mayor número de datos jurídicamente relevantes y posibilita una regulación más adecuada, sobre todo porque, específicamente en el Derecho Penal, la consunción se ha puesto en términos de la consunción de disvalor". In: CARVALHO FILHO, J.C. *Concurso Aparente de Normas Penais*, Revan, Rio de Janeiro, 2009, p.34.

⁵⁵MEZGER, E. *Tratado de Derecho Penal, (...)*, Ob. Cit., p. 366.

o subsidiariedad⁵⁶. Beling parte del mismo supuesto⁵⁷ y para Fiandaca y Musco nada impide mantener la nomenclatura tradicional de consumo⁵⁸. Para Pagliaro, en cambio, nada impide mantener la nomenclatura *post* y *ante factum* pero, en realidad, es una forma de consunción⁵⁹.

El problema que caracteriza la idea de consunción es, sin lugar a duda, la falta de criterios sistemáticos –y teleológicos– para realizar este análisis, así como la falta de argumentos que justifiquen este ejercicio por parte del intérprete.

6. ALTERNATIVIDADE?

El creador del concepto de "alternatividad" fue Binding, que siempre ha sido fuertemente cuestionado. Binding considera que existe un "carácter alternativo de las leyes penales", es decir, cuando "un mismo hecho es castigado dos veces en leyes distintas o cuando dos hechos se comportan como dos círculos que se cruzan"; o hay un error en la legislación o no hay competencia aparente de leyes, sino más bien un caso real de concurso ideal. Merkel intenta elevar la alternatividad a un metaconcepto, en el sentido de que varias leyes están en una relación "solamente alternativa" entre sí y en relación con una acción, de modo que sólo una de ellas "está destinada a ser aplicada", y así la alternatividad no significaría más que "un mero concurso de leyes" en general. Partiendo de esta identidad con el concepto de competencia de leyes, abarcaría sus casos individuales, apareciendo a veces como especialidad, a veces como subsidiariedad, a veces como consunción.

Honig es uno de los autores que intenta justificar la existencia de la alternatividad. El autor busca identificar criterios restrictivos para llegar a una definición que tenga valor práctico para resolver una supuesta competencia entre varias leyes penales. Según el autor⁶⁰:

Si seguimos la línea de razonamiento de Von Liszt, que sólo requiere que los elementos del delito contengan 'características conflictivas', entonces sería sensato descartar esta cuarta categoría; porque, con esta interpretación de alternatividad, sólo estaríamos expresando la idea de buscar la protección de los bienes jurídicos a través de disposiciones legales, cada una de las cuales asigna un área específica de protección jurídica.

Para Honig, el argumento de Von Liszt de que sólo requiere que los elementos del delito contengan "características conflictivas" implicaría de hecho descartar esta cuarta categoría. Identificar el conflicto entre características sólo tiene sentido cuando los elementos del delito también están vinculados por un punto de referencia común. Dado que se espera que este "conflicto" exista en el ámbito de los elementos delictivos, el punto de referencia debe buscarse en el ámbito "metatipológico" de la protección de los bienes jurídicos. Inicialmente se puede pensar en la identidad del bien jurídico protegido. La única pregunta es si este elemento determina suficientemente la alternativa de dos disposiciones legales y, para Honig, esta pregunta sólo puede responderse desde el punto de vista de la "finalidad" (Zweckstandpunkt)⁶¹. Un concepto útil de alternatividad para Honig requiere, además del elemento ya mencionado de la identidad del bien jurídico, otro criterio restrictivo: los "elementos contradictorios" que también deben tener un punto de referencia común. Este punto de referencia está en la intención del autor: sólo

⁵⁶GRISPIGNI, F. *Derecho Penal (...)*, Ob. Cit., p. 485.

⁵⁷BELING, E. *Esquema de Derecho Penal – la doctrina del delito tipo*, Librería El Foro, Buenos Aires, 2002, p. 169.

⁵⁸FIANDACA, G. & MUSCO, E. *Diritto Penale – parte generale*, 2ª ed., Zanichelli, Bologna, 1989, p. 511.

⁵⁹PAGLIARO, A. *Principi di Diritto Penale - Parte Generale*, 7ª ed., Giuffrè, Milano, 2000, p. 203.

⁶⁰HONIG, R. *Straflose Vor- (...)* Ob. Cit., p. 97.

⁶¹HONIG, R. *Straflose Vor- (...)* Ob. Cit., p. 97.

cuando hay dos posibilidades de subsumir lo que el autor pretendía lograr puede surgir una duda de subsunción que justifique la formación de un concepto de alternativa. Respecto a los "elementos de tipo contradictorio", esto significa: deben ser medios diferentes para lograr el mismo objetivo⁶².

De hecho, el autor hace un gran esfuerzo por salvar la alternatividad, afirmando que la diversidad debe alcanzar el grado de exclusión mutua de los elementos del tipo penal, llegando a un "esto o lo otro" en la presentación de la acción, mientras que las reglas de interpretación de la especialidad, la subsidiariedad y la consunción se aplican precisamente bajo el supuesto de que la acción está bajo el signo de "tanto-cuanto", es decir, vista puramente en términos de elementos del tipo penal, realiza tanto uno como el otro tipo de delito. Finalmente, Honig conceptualiza que "existe una relación alternativa entre disposiciones jurídicas que, en términos de proteger un mismo bien jurídico, se comportan como medios diferentes para lograr un mismo objetivo; la diversidad de medios corresponde a la incompatibilidad de elementos del tipo penal"⁶³.

Entendemos que la alternatividad no contribuye al propósito de construir tales "principios", que precisamente es guiar al jurista en el momento de aplicar la ley para elegir entre uno u otro dispositivo. Si hay dos tipos penales y se puede elegir libremente entre uno y otro sin fundamentación, lo que ocurre es un conflicto real de tipos penales, es decir, un error del legislador, como sucede en Brasil con los delitos de prejuicio contra personas mayores⁶⁴. Se trata de un evidente error del legislador que construyó dos tipos idénticos y que solo otros criterios deberán resolver el conflicto, como el de pura *novatio legis*, o de *novatio legis in melius* o *in pejus*.

7. TOMA DE POSICIÓN

A pesar de la multiplicidad de criterios y posiciones teóricas encaminadas a resolver el problema, es posible notar que los aspectos más difundidos aún no brindan criterios interpretativos que satisfagan la necesidad de racionalizar el sistema, función que, es decir, es el objetivo primordial de la dogmática penal. Una mirada absolutamente superficial a la discusión ya nos muestra que los autores difieren no sólo en cuanto a la definición de los comandos que supuestamente sirven para realizar el análisis, sino también en cuanto a los elementos que los componen.

Más aún, las propuestas no proporcionan una justificación teleológicamente satisfactoria de la existencia de estos "principios", es decir, cuál es la vena común que legitima esta interpretación en el caso específico y en relación con episodios de naturaleza absolutamente diferente. Sin duda, evitar la doble pena por un mismo hecho es el objetivo que se persigue, pero ello, por sí solo, no explica por qué específicamente se crearon estas normas interpretativas, ni cuál es la legitimidad de su aplicación por parte del intérprete de la ley.

Para citar un ejemplo sencillo de la temeridad de lo mayoritariamente reivindicado, pensemos en el conflicto entre el delito de envenenamiento del agua potable (delito de peligro), con una de sus consecuencias, que sería el delito de lesiones corporales (delito de lesión). Si partimos de la comprensión de muchos, como Mezger, en el sentido de que uno de los fundamentos de la valoración casuística en la consumación es el hecho de que la lesión engloba el peligro, ¿cuál sería la consecuencia por aplicar en el caso de envenenamiento - qué es mucho más

⁶²HONIG, R. *Straflose Vor- (...) Ob. Cit.*, p. 97.

⁶³HONIG, R. *Straflose Vor (...) Ob. Cit.*, pp. 98/99.

⁶⁴Ley 40.741/03: "Art. 97. Dejar de prestar asistencia a la persona mayor, cuando sea posible hacerlo sin riesgo personal, en situación de peligro inminente, o *recusar, retrasar o dificultar su asistencia a salud, sin justa causa*, o no pedir, en estos casos, el socorro de la autoridad: Pena - detención de 6 (seis) meses a 1 (un) año y multa". Y, "Art. 100 - Constituye un delito punible con reclusión de 6 (seis) meses a 1 (un) año y multa: III - *recusar, retrasar o dificultar la asistencia a salud* a la persona mayor, *sin justa causa*".

perjudicial en términos de extensión - que en realidad resulta en una lesión? En resumen, política y criminalmente el resultado sería discutible.

En nuestra opinión, la dificultad para establecer un eje interpretativo deriva de que simplemente no es posible desarrollarlo, por lo que debemos cambiar completamente el objeto de valoración. Esto se debe, en primer lugar, a que es imposible establecer una escala de importancia en relación con las normas penales individualmente consideradas –como suele pretenderse– y mucho menos diseñar criterios cuantitativos o cualitativos para llevar a cabo esta medición.

En otras palabras, no sólo sería imposible concebir que las normas estén *a priori* dotadas de su propio desvalor, es decir, que algunas normas sean más importantes que otras, sino que también faltaría una explicación lógica para los casos en los que la norma se interpreta como “superior” desde el punto de vista de lo injusto, pero su precepto secundario atribuye una sanción al incumplimiento normativo de carácter cualitativamente inferior.

Respecto del primer aspecto, cabe aclarar que desde un punto de vista macro, las normas del ordenamiento jurídico están sujetas a escalada por su fuerza contundente en función de la naturaleza del instrumento legislativo que las establece. Evidentemente, las normas de carácter constitucional tienen más fuerza en términos de aplicación que las normas originadas en el derecho común, pero no es esta comparación de lo que trata el análisis al que aquí nos referimos. Lo que rechazamos, aunque implícitamente admitido por la doctrina, es el escalamiento de normas provenientes de una misma fuente, es decir, de la legislación federal, en relación con su “importancia”, ya sea en relación con el bien jurídico tutelado, o en relación con hasta el punto de protección.

El problema actual del concepto jurídico refuerza también la impertinencia de esta solución que, *a priori*, puede parecer legítima. Al admitir que un mismo tipo delictivo puede tener como ámbito de protección más de un bien jurídico, ya sea de forma alternativa o acumulativa –como lo hacemos–, parece absolutamente impracticable realizar esta valoración. Más aún, la propia naturaleza de algunos bienes jurídicos hace imposible una posible comparación, por ejemplo: ¿Cómo es posible prevalecer el medio ambiente en términos de importancia sobre el orden fiscal nacional? ¿Libertad en relación con la integridad física? Más aún: ¿cuáles serían los criterios utilizados para llegar a estas conclusiones? Aún sobre el bien jurídico, afirmarse que la especialidad exige la misma afectación del bien jurídico reduce excesivamente el alcance del “principio” cuando, por ejemplo, nos enfrentamos a un delito de incendio en el cual haya o no exposición a peligro para la vida de alguien, ya que podría tratarse de un delito contra el medio ambiente o de peligro común, dos bienes jurídicos distintos. El problema se repite en otros “principios”, como el de la consunción, cuando tenemos un delito de estafa - que protege el patrimonio - y el de falsedad - que protege la fe pública -, delitos que no tratan del mismo bien jurídico pero que lógicamente deben ser valorados como un único injusto.

Además de la inviabilidad teórica de concebir una escala entre normas provenientes de un mismo instrumento legislativo, también es posible identificar la ilegitimidad del propio intérprete concreto para emitir este juicio de valor. La gran pregunta respecto a este punto sería: ¿cómo permitir que el juez haga esta elección sin violar el principio de separación de poderes e incluso el principio de legalidad? De manera más concreta, si el poder legislativo implementa órdenes diferentes y de distinta amplitud, ¿cómo se puede garantizar que el juez desestima discrecionalmente un orden que efectivamente representa las características del hecho y sólo con base en su comprensión de la “importancia” del hecho?

Desde nuestro punto de vista, la respuesta a esta pregunta es negativa, principalmente porque la satisfacción de los objetivos de seguridad jurídica sólo se cumplirá si los lentes de valoración se calibraran para considerar el *factum* y, por tanto, lo que éste comunica, y no, como se hace actualmente, analizar la norma con miras a identificar criterios para su elección.

En consecuencia, las bases para identificar este impasse, que es sólo aparente, deben ser las mismas que subyacen a la propia teoría del crimen, que es

también el resultado de un proceso de interpretación basado en una interacción comunicacional entre el evento (que comunica) y el juez (oyente). A partir de este supuesto comunicacional, la pregunta que debe guiar el primer paso hacia la resolución de la aparente competencia normativa es: *¿qué significado global se le puede atribuir a este fenómeno?*

En otras palabras, para definir cualitativamente qué norma representa el fenómeno observado, no se debe partir de la norma, sino del hecho, analizado con relación al contexto total de los hechos, considerando que el proceso atribucional propio del Derecho Penal es necesariamente llevado a cabo desde una perspectiva *ex post factum*. Al contrario de lo que enseña, por ejemplo, Vassali, quien reconoce correctamente el carácter interpretativo de los conceptos de impunidad *ante* y *post factum*, pero llega a la conclusión de que corresponde al juez asumir si la ley quería excluir la punibilidad del acto anterior o posterior⁶⁵, el proceso sería aquí la identificación de la norma que mejor represente este fenómeno a través de la atribución de responsabilidad⁶⁶.

La justificación de esta perspectiva no surge de la naturaleza de la competencia de normas, ya que la teorización generalmente la hace la doctrina, sino de la política criminal, que, desde un punto de partida teleológico, debe guiar no sólo la teoría del delito sino también la dogmática del Derecho penal en su conjunto.

La adopción de este proceso – y, especialmente, el reconocimiento de la necesidad de un análisis de orientación político-criminal – permite incluso resolver el infame debate sobre la instrumentalización de los conceptos de *ante factum* y *post factum* como vectores fundamentales de esta ecuación. Esto se debe a que el criterio comúnmente utilizado para excluir estos elementos se basa en la incompatibilidad de la idea “progresión criminal” con la definición clásica de competencia aparente de normas.

En la perspectiva aquí desarrollada, el *factum* se interpreta en su totalidad y lo importante es verificar qué representa político-criminalmente ese proceso comunicativo, prescindiendo de los moldes preconcebidos de especialidad, consumación y subsidiariedad.

Si, por ejemplo, alguien falsifica un documento para engañar a otros y, como resultado, obtener una ventaja a costa de otros, la pregunta que debe guiar el análisis del juez es qué representa esta dinámica en su conjunto en términos de incumplimiento normativo, no si el fenómeno representa o no una competencia de normas aparentes y qué “principio” se utilizaría para resolverlo⁶⁷. El significado que se le da a este hecho es el de fraude tipificado por Estafa (art. 171 del CPB), aun cuando pudieran identificarse dos bienes jurídicos distintos, de fe pública y propiedad. En otro ejemplo, si alguien roba un determinado objeto y luego le prende fuego, el significado que se le da es el de reducir el patrimonio ajeno, lo que no permite una prórroga en relación con el hecho posterior de que ese mismo bien -ya depreciado- sea prenderle fuego o no⁶⁸. En este contexto, la idea de *ante factum* y *post factum*

⁶⁵VASSALI, G. “Antefatto non punibile (...)”, Ob. Cit., p. 576.

⁶⁶Tampoco coincidimos con la afirmación del autor de que el mismo razonamiento permitiría también un resultado punitivo, ya que el proceso de valoración no termina con la elección de la norma violada. In: VASSALI, G. “Antefatto non punibile (...)”, Ob. Cit., p. 584.

⁶⁷Marcelo Fortes Barbosa, por ejemplo, comprende la imposibilidad de consumación entre falsedad y fraude: “En el concurso de falso y estafa no hay necesidad de hablar de consunción, en materia de concurso aparente, porque siendo formal el falso delito, que se consuma con su única potencialidad lesiva, cuando en el momento de la consumación del desfalco posterior, siendo el mismo delito material, en la continuación del desarrollo de la acción única, con la obtención efectiva de una ventaja ilícita en perjuicio de otros, habrá concurso ideal en sentido perfecto, y no hay necesidad de hablar de dualidad de intenciones y, en este caso, la pena única aplicada y resultante de la exasperación jurídica no es más que el reconocimiento de la incidencia normativa real de dos normas incriminatorias sobre un mismo hecho, definido a través de la única conducta”. In: BARBOSA, M.F. *Concurso de Normas* (...), Ob. Cit., p. 119.

⁶⁸Como dice Puppe, “un autor que haya causado una pérdida de propiedad de forma delictiva, por ejemplo, mediante un robo o hurto, y luego haya asegurado esa pérdida de forma delictiva, por ejemplo mediante fraude o daños a la cosa apropiada, sería castigado dos veces con la

representa la necesidad innecesaria de un alcance de protección más amplio, basado en un atentado contra el bien jurídico definido con mayor precisión. Las normas anteriores y posteriores que fueron violadas por el perpetrador no tendrían autonomía suficiente para persistir comunicativamente ya que constituyen un paso previo o una consecuencia lógica posterior al contexto normativo final.

Es interesante la reflexión de Puppe sobre la interrelación entre conducta, resultados y normas violadas. Para la autora, la afirmación de que los distintos tipos de delitos no tienen elementos injustos en común es poco realista, tanto por razones fácticas como jurídicas. La autora dice que “salvo quizás ciertos actos circenses”, la gente rara vez hace cosas diferentes al mismo tiempo que no estén relacionadas entre sí. Por tanto, si el autor realiza varios tipos simultáneamente o incluso mediante un mismo movimiento corporal, uno será un medio para conseguir el otro, o ambos serán medios para conseguir un objetivo común. No se puede esperar que varias disposiciones que se encuentran de esa manera no tengan elementos de injusticia en común. Las disposiciones individuales están diseñadas para que cada una contenga requisitos mínimos para una amenaza de pena. Sería sorprendente que estos conjuntos de requisitos mínimos estuvieran aislados unos de otros hasta el punto de no tener elementos en común. La autora afirma además que, si bien se trata de una idealización de la doctrina jurídica penal y “se han escrito bibliotecas enteras” para, por ejemplo, evitar que el fraude y el robo o el fraude y la extorsión se lleven a cabo en unidad de acción y unidad de resultado, es un ideal falso. Por el contrario, la regla es que disposiciones que se cumplen simultáneamente o mediante un mismo movimiento corporal también tienen elementos de injusticia en común. Por ejemplo, la violencia contra una persona, que como medio de sustracción satisface la disposición de hurto, es al mismo tiempo una lesión corporal o el fraude que satisface la disposición de defraudación consiste en el uso de un documento falso⁶⁹.

Por lo tanto, entendemos que nuestra concepción que opta por el análisis normativo global del significado no contradice ni excluye la aplicación de otros institutos como la concurrencia material o formal de delitos (arts. 69 y 70 del CPB), ni de la continuación del delito. (art. 71 del CPB), porque en estos casos el significado que se le da a la violación normativa es plural, ya sea por la pluralidad de conductas y resultados o simplemente por resultados que comunican disvalores normativos autónomos.

Finalmente, entendemos que la proposición aquí desarrollada no difiere tan drásticamente de lo que parte de la doctrina siempre ha admitido, aunque sea de manera implícita. Mezger, al desarrollar su perspectiva de impunidad *ante y post factum* sostiene, por ejemplo, que el acto anterior se consume mientras sirve al propósito del acto principal, mientras que el llamado acto posterior se consume mientras se realiza para el propósito del acto principal⁷⁰. Greco y Leite, del mismo modo, reconocen que los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción no son más que instrumentos para tratar de captar situaciones en las que no existe un nuevo desvalor respecto de lo injusto⁷¹ ⁷². Incluso Barbosa, que rechaza los conceptos de *ante y post factum* ⁷³, al trabajar en su concepto de consunción, afirma

misma pérdida de propiedad”. In: PUPPE, I. “Die Erfolgseinheit, eine verkappte (...) Ob. Cit., p. 255.

⁶⁹ PUPPE, I. “Die Erfolgseinheit, eine verkappte (...)”, Ob. Cit., p. 257.

⁷⁰ MEZGER, E. *Tratado de Derecho Penal*, (...), Ob. Cit., p. 370/371.

⁷¹ GRECO, L. & LEITE, A. “Concurso de delitos: (...)”, Ob. Cit., p.154.

⁷² Nos atrevemos a discrepar parcialmente con el planteamiento de los autores, por otro lado, en lo que respecta a los distintos disvalores en relación con lo injusto (cualitativo y cuantitativo). El proceso de valoración aquí no sería comparativo, sino interpretativo en relación con el fenómeno en su conjunto.

⁷³ Segundo él, “En cuanto a hablar de una progresión penal en sentido amplio, comprendiendo el *ante factum* y el *post factum* no punible, se trata de una afirmación inadecuada, ya que, como ya hemos visto, en materia de *ante factum* no punible, o bien se trata en realidad de uno de los elementos de hecho insertos en el propio delito progresivo o bien no es más que un hecho autónomo, impune por la indiferencia penal y por tanto ajeno a la estructura de concurso aparente, dada la pluralidad de hechos, el consumo se produce de forma meramente

que lo que lleva a la exclusión de una de las normas en casos de competencia aparente es la "asunción de la forma más compleja del problema por parte de la norma consuntiva". Y por "supuesto para una forma más compleja del problema" el autor entiende que "el sentido de relevancia del hecho para la norma consumida es tomado en cuenta y consumido en la configuración problemática del caso, en función de la norma consuntiva"⁷⁴.

En definitiva: para el derecho penal siempre la pregunta debe ser que sentido se atribuye a un acto/facto, y no que acto/facto constituye un tipo penal.

8. CONCLUSIÓN

Entendemos que la forma en que el conflicto aparente de normas ha sido tratado por la doctrina mayoritaria no hace más que repetir lo que se consagró en momentos anteriores de la teoría del delito, sobre bases causales u ontológicas, que actualmente no tienen tanto rendimiento. Por lo tanto, en el camino de adaptar el tema a las nuevas construcciones teóricas, ya sean funcionales o lingüísticas, concluimos que una teoría sobre la concurrencia de leyes que tenga un enfoque normativo, es decir, que trate el conflicto como normativo y que tenga como base directa el *ante y post factum* no punibles, es capaz de obtener mayor rendimiento que la predicción mayoritaria de "principios" para la resolución de aparente conflicto de leyes, y no un conflicto normativo que presupone la atribución de sentido o valoración que se le puede imputar a un fenómeno delictivo, que se basa en más de una acción y en ocasiones puede tener más de un resultado. Creemos que esta postura es más coherente con un derecho penal basado en el funcionalismo y que tiene como principio y fin la política criminal de *ultima ratio*.

9. REFERENCIAS

- BACIGALUPO, E. *Derecho Penal – Parte General*, 2ª Ed., Hamurabi, Buenos Aires, 1999.
- BELING, E. *Esquema de Derecho Penal – la doctrina del delito tipo*, (Trad. SOLER, S.), Librería El Foro, Buenos Aires, 2002.
- BARBOSA, M.F. *Concurso de Normas Penais*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976.
- BETTIOL, G. *Direito Penal*, (Trad. DA COSTA JÚNIOR, P. J. & SILVA FRANCO, A.), Saraiva, São Paulo, 1976.
- BUSTOS RAMÍREZ, J.J. & HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal*, Trotta, Madrid, 1997.
- CARVALHO FILHO, J.C. *Concurso Aparente de Normas Penais*, Revan, Rio de Janeiro, 2009.
- CUELLO CALÓN, E. *Derecho Penal*, 10ª ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1951.
- FERRÉ OLIVÉ, J.C.; NUÑEZ PAZ, M.Á.; OLIVERIA, W.T. & BRITO, A.C. *Direito Penal Brasileiro*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, pp. 502/503.
- FIANDACA, G. & MUSCO, E. *Diritto Penale – parte generale*, 2ª Ed., Zanichelli, Bologna, 1989.
- FONTÁN BALESTRA, C. *Tratado de Derecho Penal*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- GRECO, L. & LEITE, A. "Concurso de delitos: uma primeira tentativa de reorientação", *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 7, n. 1, 2022.

artificial, pues ya hemos dicho que existen relaciones de consumo fuera del esquema concursal. Y en cuanto al *post factum*, al mero agotamiento de un delito, es necesario indagar, como ya lo hemos hecho, en relación con la llamada "concurrencia negativa de normas"; ¿progresión a dónde? ¿De qué manera? Ya que el *post factum*, que es siempre un hecho autónomo, está fuera de la órbita de la relevancia jurídica y va más allá de los límites de la incriminación penal". In: BARBOSA, M.F. *Concurso de Normas (...)*, *Ob. Cit.*, p. 101.

⁷⁴BARBOSA, M.F. *Concurso de Normas (...)*, *Ob. Cit.*, pp. 33/34.

- GRISPIGNI, F. *Derecho Penal Italiano*, (Trad. DE BENEDETTI, I), Depalma, Buenos Aires, 1948.
- HONIG, R. *Straflose Vor-und Nachtat*, Scientia, Leipzig, 1927.
- JESCHECK, H.H. & WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal – parte general*, (Trad. OLMEDO CARDENETE, M.), 5ª ed., Comares, Granada, 2002.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal*, 5ª ed., Losada, Buenos Aires, 1992.
- KINDHÄUSER, U. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Nomos, Baden-Baden, 2005.
- LANDECHO VELASCO, C.M. & MOLINA BLÁSQUEZ, C. *Derecho Penal Español – Parte General*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1996.
- MANTOVANI, F. *Diritto Penale*, Cedam, Padova, 1988.
- MAURACH, R. & ZIPF, H. *Derecho Penal – parte general*, (Trad. BOFILL GENZSCH, J. & AIMONE GIBSON, E.), Astrea, Buenos Aires, 1994.
- MARSICO, A. *Diritto Penale*, parte generale, Dott, Napoli, 1969.
- MEZGER, E. *Tratado de Derecho Penal*, (Trad. RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A.), Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- MERKEL, A. *Derecho Penal - Parte general*, (Trad. DORADO MONTERO, P.), B de F, Montevideú, 2004.
- MIR PUIG, S. *Derecho Penal – parte general*, 5ª ed., Corregrafic, Barcelona, 1998.
- NUVOLONE, P. *Corso di Diritto Penale, Parte Generale*, Cisalpino-Goliardica, Milano, 1966.
- PAGLIARO, A. *Principi di Diritto Penale - Parte Generale*, 7ª ed., Giuffrè, Milano, 2000.
- PEREIRA, P.G.M. "Concurso aparente de normas e a consequente Unicidade de reação punitiva do estado no crime de Sonegação fiscal mediante fraude documental", *Revista digital Constituição e Garantia de direitos*, vol. 11, nº 1.
- PUPPE, I. "Die Erfolgseinheit, eine verkappte Form der Idealkonkurrenz. Das Problem der Erfolgsidentität bei Tatmehrheit i.S. der h.L.", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 9/2021.
- RANIERI, S. *Manuale di Diritto Penale*, 4ª ed., Antonio Milani, Padova, 1966.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. *Derecho Penal Español, Parte General*, 9ª ed., Dykinson, Madrid, 1985.
- SABATINI, G. *Istituzioni di Diritto Penale*, 4ª ed., Casa del Libro, Catania, 1946.
- SAUER, W. *Derecho Penal – parte general*, (Trad. DEL ROSAL, J. & CEREZO MIR, J.), Bosch, Barcelona, 1956.
- SOLER, S. *Derecho Penal Argentino*, Tipografica, Buenos Aires, 1951.
- STRATENWERTH, G. *Derecho penal – Parte General*, (Trad. ROMERO, G.N.), FD, Buenos Aires, 1999.
- VASSALI, G. "Antefatto non punibile. Postfatto non punibile", *Scritti Giuridici*, Giuffrè, Milano, 1997.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

Cadernos de Direito Actual Nº 23. Núm. Extraordinario (2024), pp. 25-44
ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Sentencing in the age of artificial intelligence: possibilities, ethical issues, and the intrinsic human nature of the adjudication process

La sentencia penal en la era de la inteligencia artificial: posibilidades, cuestiones éticas y la naturaleza humana intrínseca del proceso de determinación judicial de las penas

Américo Bedê Jr.¹

Gabriel Silveira de Queirós Campos²

Faculdade de Direito de Vitória – FDV

Summary: 1. Introduction; 2. Technological evolution and the transformations of the State and its Justice; 3. Artificial Intelligence and sentencing in an “age of uncertainty”; 4. Are judges going to be replaced by machines? 5. Is sentencing essentially human?; 6. Conclusions; 7. References.

Abstract: The world's technological advancement in times of big data, machine learning, the ‘Internet of Things’ and artificial intelligence (AI) has been remarkable in recent decades. In the ‘digital era’, technological innovations such as electronic petition systems (PJe, EPROC and PROJUD) are already part of the reality of the Judiciary branch in Brazil. Artificial intelligence systems are also beginning to be developed in many courts. The present study addresses the problem of using AI at sentencing, exploring the potential of algorithms and the main ethical issues involved: fairness, accountability, and transparency. The research problematizes the most common approach found in specialized literature on the subject, according to which the advantages and disadvantages of using AI in sentencing must be measured vis-à-vis decisions traditionally made by human judges. Despite acknowledging that computerized sentences can produce more precise, consistent, and predictable judgments (therefore, more objective), the study argues that sentencing is essentially a human task, involving sensitivity and interpretation. Transforming sentencing into a purely mechanical, even machine-automated task, is to remove its inherently human element.

Keywords: Artificial Intelligence; algorithms; Ethics; judicial decision-making; sentencing.

¹ Ph.D. and Master in Law (Faculdade de Direito de Vitória). Law professor (Faculdade de Direito de Vitória). Judge in Espírito Santo, Brazil (Federal court system). Email: bedejunior@hotmail.com. ORCID: 0000-0003-0128-8790.

² Ph.D. Candidate in Law (Faculdade de Direito de Vitória). MSc in Criminology and Criminal Justice (University of Oxford). Federal Prosecutor in Brazil. Email: gabrielsqcampos@gmail.com. ORCID: 0000-0002-9244-157X.

Resumen: El avance tecnológico mundial en tiempos de big data, aprendizaje automático, 'Internet de las cosas' e inteligencia artificial (IA) ha sido notable en las últimas décadas. En la "era digital", innovaciones tecnológicas como los sistemas de petición electrónica (PJe, EPROC y PROJUD) ya son parte de la realidad del Poder Judicial en Brasil. También se están empezando a desarrollar sistemas de inteligencia artificial en muchos tribunales. El presente estudio aborda el problema del uso de la IA en la sentencia, explorando el potencial de los algoritmos y las principales cuestiones éticas involucradas: equidad, rendición de cuentas y transparencia. La investigación problematiza el enfoque más común encontrado en la literatura especializada sobre el tema, según el cual las ventajas y desventajas del uso de la IA en la sentencia deben medirse frente a las decisiones tradicionalmente tomadas por jueces humanos. A pesar de reconocer que las sentencias computarizadas pueden producir juicios más precisos, consistentes y predecibles (por lo tanto, más objetivos), el estudio sostiene que la sentencia es esencialmente una tarea humana, que involucra sensibilidad e interpretación. Transformar la sentencia en una tarea puramente mecánica, incluso automatizada por una máquina, es eliminar su elemento inherentemente humano.

Palabras-clave: Inteligencia artificial; algoritmos; Ética; toma de decisiones judiciales; sentencia penal.

1. INTRODUCTION

Would you rather be judged by a human or a robot?

If we think about the reality of criminal justice, in Brazil and around the world, the question above is nothing more than a mere hypothesis. When we try to describe what a judge looks like, a circumspect, middle-aged man wearing a black robe and holding a gavel on his hand immediately comes to mind.

However, times are changing. As in the film '2001: A Space Odyssey', by Stanley Kubrick, released in the distant year of 1968, perhaps one day human judges will disappear and court decisions will be made by some form of Artificial Intelligence like HAL 9000, one which will be capable of listening, speaking, reasoning, feeling, and – perhaps not – deciding the fate of human lives within the scope of criminal justice.

Science fiction metaphors aside, the issue of deploying Artificial Intelligence (AI) within Criminal Justice Systems, particularly at sentencing, demands greater attention. This is a current and complex topic. It is necessary to be clear about the possibilities of using algorithms in criminal proceedings and their ethical limits. There are still many doubts and misunderstandings. With a great deal of exaggeration, people even defend the entire replacement of (human) judges by computers.

The research problem to be faced in the present study is the following: is the use of Artificial Intelligence in sentencing compatible with the human nature of decision-making at the sentencing phase of a criminal proceeding?

In the pursue of an answer to that question, the article will initially outline a brief historical retrospective of the evolution of technology, culminating in the so-called 'fourth Industrial Revolution' and the development of Artificial Intelligence. The transformations undergone by the State and its Justice as a result of new technologies will be synthetically explored in the initial part of the study, contextualizing the use of AI tools within the scope of the Brazilian Judiciary today.

Afterwards, the article will explore some possibilities for the use of computer algorithms in sentencing, seeking to dispel some common doubts at a historical moment in which there is still a lot of uncertainty surrounding the topic of Artificial Intelligence. The biggest concerns involve the eventual overcoming of human intelligence by machines and the question of whether machines will make decisions traditionally attributed to humans.

Subsequently, the study will address the main ethical issues raised by the possibility of using algorithms in sentencing, highlighting problems related to justice

(fairness), responsibility (accountability), and transparency. While such issues are in some ways equally present in any kind of human judgment, the focus of this part of the article will be to critically examine the problems of algorithmic discrimination and opacity.

Finally, the inherently human nature of sentencing will be discussed, presenting a comprehensive view of the complexity of sentencing – understood as a social and human process and interpretative activity – and the allocation of punishment.

2. TECHNOLOGICAL EVOLUTION AND THE TRANSFORMATIONS OF THE STATE AND ITS JUSTICE

The world's technological advancement in times of big data, machine learning, the 'Internet of Things' and Artificial Intelligence (AI) has been remarkable in recent decades. The history of technological revolutions, however, is much older, with references to at least four major 'industrial revolutions' recorded in a historical interval of just under four hundred years³. The first Industrial Revolution, often referred to simply as the 'Industrial Revolution', which occurred around 1760 to 1840, was characterized above all by the transition from manual production processes to mechanized factory systems. The use of water and steam as propellants for engines and machines for industrial use allowed for a huge leap in production. The second Industrial Revolution, from the second half of the 19th century, between 1850 and 1870, until the end of the Second World War (1939-1945), was basically an electrical revolution, which meant the end of dependence on coal as an energy source, allowing new leap in productivity for the industry. The third Industrial Revolution, which began in the post-World War II period, was marked by the creation of electronic equipment used to further increase production, by the development of transistors and processors and by the invention of computers. It became known, therefore, as the automation revolution or digital revolution. Today we are experiencing a fourth Industrial Revolution, the so-called 'industry 4.0', 'Internet of Things' (IoT), Artificial Intelligence, robotics, and cloud computing. In the 'digital age', we have surpassed the analog world of decades ago and started to live surrounded by computers and other electronic devices with inversely proportional architecture and processing capacity, that is, increasingly smaller and more powerful.

So many technological revolutions could not occur without corresponding and equally profound transformations in society and the State. From the point of view of power relations, the digital world is experiencing an unprecedented form of governance, concentrated in a few corporations (Big Techs), holding a huge amount of information (big data) from internet users around the world. Data acquired through constant surveillance or cyber patrolling, especially on social networks, is transformed into the raw material of the digital economy, therefore monetized, generating the so-called 'surveillance capitalism'⁴.

The entire human experience, previously analog, is transformed into the hyper-connected world of artificial intelligence and omnipresent (omniscient and omnipotent?) algorithms. There are those who argue that the 'digitization of life' is changing human existence itself. For the philosopher of technology Éric Sadin, we would be granting machines a tacit delegation so that they, from the height of their wisdom, decide on the evolution of the world. We would thus live in a historical moment in which our condition would go from human to hybrid, as human and Artificial Intelligence would irreversibly combine, generating an *humanité augmentée*⁵.

³SCHWAB, K. *A quarta revolução industrial*, Edipro, São Paulo, 2016, pp. 15-16.

⁴ZUBOFF, S. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*, Intrínseca, Rio de Janeiro, 2020, p. 18.

⁵SADIN, É. *La humanidad aumentada: la administración digital del mundo*, Caja Negra, Buenos Aires, Argentina, 2022, p. 154.

Even without the pretension of any sociological and anthropological analysis, the fact is that society has changed in the digital age. At the political-legal level, major transformations are also underway. In reality, the State itself, as a historical institution, has always been in constant change. Jose Luis Bolzan de Moraes describes the dynamics of the State – a preferable term to ‘evolution’ – and its transformations based on the issues that confronted it (and still confront it) in its trajectory. First, the individual issue, that is, the protection of the individual against the State, which marked the 18th century, in the transition from monarchical absolutism to the Liberal State. Then, with the advance of capitalism and its ills, the social issue emerged and in response to it the state institution took the form of the Social State, with the incorporation of social rights, especially those related to health and work. Later, in the middle of the 20th century, the environmental issue challenged the idea of territoriality of the State, crumbling political borders and weakening modern statehood itself. New global arrangements needed to be implemented, mitigating the notion of sovereignty in favor of greater solidarity and cooperative state action. Finally, the advent of cybernetics, the expansion and massification of microcomputers and the private development of the internet have placed the State before a digital issue, which also challenges boundaries and exposes the smallness of the state institution in dealing with a progressively complex reality⁶.

The digital age, therefore, has had a huge impact on the State itself. Probably the biggest challenge involves the regulation of digital life, which confronts traditional state heteroregulation with new forms of self-regulation, sometimes referred to as ‘regulated self-regulation’⁷. From another perspective, in the daily life of the State and its institutions, there is a strong process of virtualization or digitalization, which is also the effect of the unstoppable advance of new technologies. In the limited space available for this study, therefore, our greatest interest will be in the incorporation of technological innovations such as artificial intelligence by the Judiciary, particularly within the Criminal Justice System.

When it comes to the use of new technologies by the Brazilian Judiciary, it is legitimate to ask where exactly we stand. The digitalization of processes is a reality, with a multitude of electronic petition systems available to lawyers, members of the Prosecution Service (*Ministério Público*) and judges, such as PJe, Eproc and PROJUD, for instance. Regarding Artificial Intelligence, there are some systems in production and even in operation in several courts⁸. In the Federal Supreme Court (*Supremo Tribunal Federal* or STF), e.g., RAFA 2030 (Artificial Networks Focused on Agenda 2030) is a machine learning algorithm whose objective is to classify processes by sustainable development objective (SDG) of the UN Agenda 2030. The STF also develops an IA system named VICTOR, which supports the analysis by judges of the admissibility of sentence appeals by indicating topics of general repercussion, with an AI based on machine learning and natural language (text). At the Superior Court of Justice (*Superior Tribunal de Justiça* or STJ), ATHOS identifies repetitive themes, triangulates jurisprudence and searches for similar findings. The STJ also has a robot to identify reasons for inadmissibility of the REsp and to index procedural documents in original processes. In turn, the Superior Labor Court (*Tribunal Superior do Trabalho* or TST) has the Bem-Te-Vi system, an artificial intelligence that assists offices in screening cases. Similar intelligent computational tools are under development/production in other courts, such as TRF1 (ALEI – Intelligent Legal Analysis) and TJDF (AMON, TOTH, SAREF, ARTIU and Horus).

AI tools are already part of the reality of the activities carried out by the

⁶BOLZAN DE MORAIS, J. L. *As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*, 2nd edn., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2011, p. 18.

⁷ABBOUD, G. & CAMPOS, R. “A autorregulação regulada como modelo do Direito proceduralizado: regulação de redes sociais e proceduralização”, in: ABBOD, G., NERY Jr., N. & CAMPOS, R. (eds.). *Fake news e regulação*, Thomson Reuters, São Paulo, 2018, p. 19.

⁸SALOMÃO, L. F. (ed.). *Tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário*, 3ª ed., CIAPJ/FGV, Rio de Janeiro, 2022, available in: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/156490>, access: Aug. 14, 2023.

Brazilian Judiciary. They assist judges, most of the time, in simple tasks such as screening cases, classifying events according to certain criteria and identifying common themes in petitions presented by the disputing parties. This is the current state of the art as described in the specialized literature⁹. There is, however, enormous potential to explore in the development of computational solutions to aid decision-making. So, we need to question not just where we are, but where we can (and want) to go. There is no simple answer.

3. ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND SENTENCING IN AN "AGE OF UNCERTAINTY"

AI is the greatest product of the current technological revolution, with practical applications present in almost all of our daily activities. There is Artificial Intelligence in virtual assistants such as Siri and Alexa, available on televisions and other electronic devices, including cars; in route software such as Google Maps and Waze, currently used by any app driver (e.g. Uber); in increasingly powerful internet search engines, such as Google; on streaming platforms such as Netflix, Deezer and Spotify, where the product catalog is presented to us according to our tastes and preferences; in more complex facial recognition services, existing in airports, but also simple ones, such as Apple Face ID, used to unlock the screen on iPhone cell phones; in online translation services, such as Google Translate, whose accuracy rate exceeds 90% in translations between English and Spanish¹⁰; in chatbots, such as ChatGPT, capable of processing natural language and producing texts that appear to be written by real people; and, of course, on social networks such as Facebook, Instagram and Twitter, where the offering of paid products and services caters exactly to consumers' digital profiles (microtargeting).

As it is widespread in practically all fields of digital life, the great extent of the hype, including academic, surrounding Artificial Intelligence is understandable. A quick search on Google Scholar, using the English terms 'Artificial Intelligence', returns 5,740,000 results, including books and scientific articles from different areas. At Amazon's online store for Brazil, if someone types the words 'Artificial Intelligence' and 'Law' in the search bar, they will find almost 1,000 books published in Portuguese. The relevance and timeliness of the topic, therefore, are indisputable.

Despite the relative newness of AI, whose origins date back to the 1950s¹¹, the relationship between man and technique/technology, that is, human-machine interaction, has been an object of study for a much longer time. In a world undergoing a growing process of technology, the perspectives to adopt have already been described as antagonistic, pessimistic and optimistic¹². The confrontation of such perspectives results in some fundamental questions for discussion, such as the problem of technological 'determinism': who makes decisions, the man (programmer) or the machine (algorithm)?

From a pessimistic standpoint, Oswald Spengler wrote, in 1931, therefore still in the pre-digital era, a book named 'Man and Technique', showing a negative vision about the future of humanity. Men would become slaves to their own creation (the machine) and, ultimately, technology would destroy civilization itself, at the stage in which we know it. In an almost apocalyptic outcome, '(...) only dreamers

⁹TAUK, C. & SALOMÃO, L. F. "Inteligência artificial no Judiciário brasileiro: estudo empírico sobre algoritmos e discriminação", *Diké (UESC)*, vol. 22, nº 23 (2023), pp. 2-32.

¹⁰TAIRA, B. R.; KREGER, V.; ORUE, A. & DIAMOND, L. C. "A pragmatic assessment of Google Translate for emergency department instructions", *Journal of General Internal Medicine*, vol. 36, nº 11 (2021), pp. 3361-3365, available in: <https://doi.org/10.1007/s11606-021-06666-z>.

¹¹BODEN, M. A. *Inteligência artificial: uma brevíssima introdução*, Editora Unesp, São Paulo, 2020, pp. 21-22.

¹²PIMENTEL, A. F.; BOLZAN DE MORAIS, J. L. & SALDANHA, P. M. "Estado de Direito e tecnopoder", *Justiça do Direito*, vol. 35, nº 3 (2021), pp. 6-43, available in: <https://doi.org/10.5335/rjd.v35i3.13241>.

believe there is a way out. Optimism is cowardice'¹³.

Already in the digital era, Jacques Ellul also expressed, in 1950, an apocalyptic expectation about the risks of man's domination by technology. We would lose our decision-making power in front of the machine. For Ellul, the most frightening feature of modern technology is its autonomy. Man participates less and less in the creation of the technique, being reduced to the level of mere catalyst, resembling 'a bullet inserted into a slot machine: he starts the operation without participating in it'¹⁴.

Herbert Marcuse was another thinker who observed man's submission to the machine. For him, we should be concerned about the unbridled development of technology, the dangers of 'technological rationality'¹⁵ and the devaluation of reason in favor of technique.

More recently, a more optimistic view of man's relationship with new technologies began to be disseminated by Pierre Lévy. The enormous expansion of the internet and the ubiquity of information in the algorithmic world facilitate the expansion of collective human intelligence. Furthermore, machines will never replace men. The leading role will never fall to the computer, because the person who decides is – and always will be – men. 'Techniques do not determine anything'¹⁶. The image of an 'autonomous, separate, fatal, all-powerful, evil-causing technoscience or privileged instrument of progress' is false¹⁷. Artificial intelligence must be at the service of human intelligence.

Pessimists and optimists, each in their own way, may have legitimate justifications for their expectations regarding the use of new technologies by man, especially artificial intelligence. There is no right or wrong in this regard. The biggest mistake is to think of the man-machine relationship as a fierce fight between humans and robots and therefore, with extreme pessimism, envision a dystopian future, in which men will have been defeated and subjugated by machines. Another mistake is to see the algorithmic world of artificial intelligence through a naively optimistic lens, believing in the utopia of technological neutrality and ignoring the strength of 'technopower'¹⁸.

Outside of these two extremes, the important thing is to seek greater clarity about the possibilities brought by AI and the limits that should be imposed on it. Important issues that cause some misunderstanding, such as, for example. e.g., knowing whether Artificial Intelligence is truly intelligent, and whether machines decide or just execute, must be faced and minimally answered.

Regarding the 'intelligence' of Artificial Intelligence, amid all the hype surrounding the topic, the underlying concern is that human intelligence will, sooner or later, be surpassed by computers. There is, however, a huge dose of wonderment, even romanticization, surrounding such a prediction. When, in 1997, the Deep Blue supercomputer, created by IBM, finally defeated world chess champion Garry Kasparov, in a revenge for the defeat suffered the previous year, the machine's formidable capacity was revered, as if, from that moment on, Artificial Intelligence was finally supplanting human intelligence. What is truly remarkable about this episode is not the machine's capabilities, but Kasparov's brilliant intellect and fantastic brain. After all, it is estimated that Deep Blue could analyze 100 million

¹³ SPENGLER, H. *Man and technics: a contribution to a philosophy of life*, Allen & Unwin, London, 1932, p. 104, available in: <https://archive.org/details/oswaldspenglermanandtechnicsgeorgeallenunwin1932/page/n5/mode/2up>, access: Aug. 8, 2023.

¹⁴ ELLUL, J. *The technological society*, Vintage Books, New York, 1964, p. 135.

¹⁵ MARCUSE, H. *O homem unidimensional: estudos da ideologia da sociedade industrial avançada*, Edipro, São Paulo, 2015, p. 153.

¹⁶ LÉVY, P. *As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática*, 2ª ed., Editora 34, São Paulo, 2010, p. 188.

¹⁷ LÉVY, P. *As tecnologias da inteligência (...)*, Ob. cit., p. 198.

¹⁸ PIMENTEL, A. F.; BOLZAN DE MORAIS, J. L. & SALDANHA, P. M. "Estado de Direito (...)", Ob. cit., p. 8.

moves per second in the 1996 match, and even so, the Soviet chess player managed to win. IBM needed to improve its computer, increasing its capacity to 200 to 250 million moves per second in 1997, to finally defeat Kasparov in a rematch¹⁹.

The question of whether AI is truly intelligent is quite complex and controversial^{20 21 22} and any answer to it would go beyond the limits of the present study. In any case, arguments aside, it cannot be denied that human beings are especially endowed with capabilities such as intuition, creativity, sensitivity, feelings and emotions, and that such attributes are not extendable to machines. Human intelligence encompasses a vast array of cognitive and emotional capabilities, which computers can, at best, try to identify and simulate. Therefore, regarding the concern about the possibility of machines eventually surpassing the intelligence of men, we prefer to be in the company of scholars who misunderstand '(...) the idea that a system, whatever it may be – say, a human brain – can create something more complex than itself'²³.

Furthermore, it also seems clear to us that machines create nothing and equally decide nothing. They are programmed to perform tasks faster and more efficiently than humans. However, decision-making power remains in human hands, as Pierre Lévy has always argued. There is no dispute between man and machine regarding decision-making protagonism. The dystopian future imagined by some pessimists has already been interpreted accurately: 'The fear of domination of humanity by robots perhaps resides in the sapiens subconscious'²⁴. There is no reason to fear technological determinism.

Despite these clarifications, the truth is that we know little about the potential of algorithms, especially machine learning, in ordinary life and within the criminal Justice System. In this sense, we live in an 'age of uncertainty'²⁵, characterized by such an astonishing development of technology that we are not even able to predict/understand the possibilities and limits of using Artificial Intelligence. In the words of Kai-Fu Lee, '(...) when it comes to understanding our future with AI, we are all children in kindergarten. We are full of unanswered questions, trying to peer into the future with a mixture of childish wonder and adult concerns'²⁶. It is possible that not even the researchers and developers of Artificial Intelligence systems themselves would be able to predict what the most advanced computer programs will be capable of doing in a few years.

In such a scenario of uncertainty, it is reasonable to think that computers will be capable of drafting criminal sentences, including applying penalties, deciding the best punishment for each defendant. As long as they are correctly programmed and receive, in each specific case, the input of process data, the machines will have the technological aptitude to evaluate the set of evidence, identify whether the case involves a decision of acquittal or conviction and, in this case, choose the most fit sentence, both in qualitative and quantitative terms. This can basically occur in two different ways: through an expert system programmed 'manually', which, based on the rules established in the Penal Code, teaches the machine how to sentence offenders; or by machine learning, a method that does not directly teach the

¹⁹ASSUNÇÃO, J. C. "Kasparov faz 2: defesa da humanidade", available in: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/esporte/fk020522.htm>, access: Feb. 29, 2024.

²⁰BODEN, M. A. *Inteligência artificial* (...), Ob. cit., p. 165.

²¹NICOLELIS, M. *O verdadeiro criador de tudo: como o cérebro humano esculpiu o universo como nós o conhecemos*, Planeta, São Paulo, 2020, pp. 137-165.

²²SANTAELLA, L. *A inteligência artificial é inteligente?* Edições 70, São Paulo, 2022, pp. 143-166.

²³NICOLELIS, M. *O verdadeiro criador de tudo* (...), Ob. cit., p. 139.

²⁴PIMENTEL, A. F.; BOLZAN DE MORAIS, J. L. & SALDANHA, P. M. "Estado de Direito (...)", Ob. cit., p. 18.

²⁵KENNETH, J. G. *The age of uncertainty*, Houghton Mifflin Harcourt, Boston, 1979.

²⁶LEE, K. *Inteligência artificial: como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos relacionamos, trabalhamos e vivemos*, Globo Livros, Rio de Janeiro, 2019, pp. 10-11.

computer how to sentence, but which teaches it to learn how to do it²⁷. In this case, the system would be built to receive certain input data and, applying statistical models, make predictions of results (outputs), e.g., the most appropriate penalty for a given case.

Obviously, the possibilities and intensity of the use of technological tools in sentencing would depend, in theory, on the way each legal system regulates the sentencing stage of criminal proceedings. There is certainly wide variety of sentencing systems throughout the world. For purely didactic purposes, we could establish the following distinction: in countries with a Romano-Germanic tradition, such as Brazil, sentencing regimes tend to be centered on the idea of legality, which means that statutes determine a methodology to be followed by judges in sentencing, such as the '*dosimetria penal*' defined by the Brazilian Penal Code; on the other hand, in common law jurisdictions, such as the United States of America and England, for example, in the absence or insufficiency of positive legal rules on sentencing, the task of guiding judges has been performed, in the last three decades, by sentencing guidelines, developed and published by commissions charged with this specific mandate, imbued with a (not always) disguised objective of mathematizing the operation of sentencing^{28 29}.

Before the beginning of the sentencing guidelines movement in the Anglo-Saxon world, sentencing was highly discretionary. A famous North American federal judge, Marvin E. Frankel, went so far as to state that there was an absolute absence of law ('lawlessness') in the US sentencing system³⁰. It is interesting to speculate that, in essentially discretionary systems, such as the historical case of the USA, algorithms built to operate through machine learning would be capable of, from a database of criminal sentences, identifying a type of 'average sentence', starting from based on the premise that the penalties actually applied by judges would reflect the presumably 'correct' sentence. In other words, machine learning algorithms used to prescribe penalties would do without legal rules establishing any methodology for applying penalties. They would learn from real sentencing practices (training data), that is, they would learn to sentence from the experience of judges. But of course, at the time of Frankel's critique of the American legal system, Artificial Intelligence technology was not available.

This historical digression serves to better understand the types of algorithms that may be used in sentencing. In fact, it is no coincidence that the development of sentencing guidelines in common law countries, where, until then, there were no legal rules guiding the sentencing judges, was already considered a form of algorithm, obviously not in a computational sense, but in terms to reflect the real sentencing practices in force at that historical moment³¹. Therefore, the use of Artificial Intelligence to define sentences, especially if we think about machine learning models, currently seems to be a reality closer to common law than to countries with a tradition of legality, such as Brazil.

In civil law, on the other hand, the existence of positive rules, albeit imperfect, would allow the development of traditional programming, which, using logical operators ('if...then'), would be capable of recommending appropriate sentences, in a typical expert system model.

²⁷KAUFMAN, D. "Inteligência artificial: repensando a mediação", *Brazilian Journal of Development*, vol. 6, nº 9 (2020), pp. 67621-67639, available in: <https://doi.org/10.34117/bjdv6n9-264>

²⁸QUIRÓS, D. Z. *Castigo e determinação da pena nos E.U.A.: um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*, Empório do Direito, Florianópolis, 2017, pp. 100-116.

²⁹CAMPOS, G. S. Q. *Aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de sentencing guidelines norte-americano e inglês*, JusPodivm, Salvador, 2021, pp. 45-76.

³⁰FRANKEL, M. "Lawlessness in sentencing", *University of Cincinnati Law Review*, vol. 1, nº 41, 1972.

³¹DONOHUE, M. "A replacement for Justitia's scales?: machine learning's role in sentencing", *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 32, nº 2, 2019, pp. 657-678.

As with other applications, the potential for using computer algorithms in sentencing is virtually limitless. Technological evolution offers criminal justice the use of machines as tools to optimize the work of lawyers, police officers, members of the *Ministério Público* and judges, in the same way that, one day, Hewlett-Packard scientific calculators facilitated the activities of a large number of professionals, such as engineers, mathematicians and accountants. The question, finally, is not one of technological capacity, which is enormous; The crucial point for ethical and philosophical reflection is to be clear about what we actually want Artificial Intelligence to do on our behalf.

4. ARE JUDGES GOING TO BE REPLACED BY MACHINES?

It seems to be taken for granted that, in some way, Artificial Intelligence will be incorporated into Criminal Justice Systems, including at the sentencing stage. Although we are still far from such a reality in Brazil, it is not unreasonable to imagine a computerized criminal sentence, algorithmically decided, with reduced (or no) participation of a human judge. In specialized literature, two different approaches to this issue have been proposed: for the first, machines should completely replace judges in sentencing; a second approach argues that Artificial Intelligence should only assist judicial decision-making, establishing a kind of division of tasks between computer and judge³². There is also a third approach, radically contrary to the so-called 'robot judge', but such a position is far from typical³³.

The main objections made against the use of AI in sentencing involve ethical issues that can be roughly grouped around three terms: fairness, accountability, and transparency³⁴. Problems related to the Anglo-Saxon concept of fairness arise when algorithms used in criminal proceedings have a discriminatory effect on certain individuals or groups of individuals. In fact, it has already been proven that algorithms can have implicit biases, undermining the desired equality of treatment within the Criminal Justice System. The best-known example of this is COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions), developed in 1998 by the North American company Equivant (formerly Northpointe) and widely used by US state jurisdictions. COMPAS is a computational tool which analyses recidivism risk, therefore used to predict, based on machine learning and statistical models, future criminal behavior, calculating the risk score of individuals³⁵ ³⁶. The major criticism directed at the use of population-level actuarial data as input in sentencing is that the algorithm would exacerbate existing racial and socioeconomic disparities in society in general and particularly within the prison system³⁷.

³²SCHWARTZE, M. & ROBERTS, J. V. "Reconciling artificial and human intelligence: supplementing not supplanting the sentencing judge", in: RYBERG, J. & ROBERTS, J. V. (eds.). *Sentencing and artificial intelligence*, Oxford University Press, New York, 2022, pp. 206-229, available in: <https://doi.org/10.1093/oso/9780197539538.003.0011>.

³³GRECO, L. *Poder de julgar sem responsabilidade de julgador: a impossibilidade jurídica do juiz-robô*, Marcial Pons, São Paulo, 2020, p. 17.

³⁴CHIAO, V. "Fairness, accountability and transparency notes on algorithmic decision-making in criminal justice", *International Journal of Law in Context*, vol. 15 (2019), pp. 126-139, available in: <https://doi.org/10.1017/S1744552319000077>.

³⁵In the current stage of American criminal justice, COMPAS integrates a new model that has been called, by criminologists, Actuarial Criminal Justice, in: FEELEY, M. M. & SIMON, J. "The new penology", in: McLAUGHLIN, E; MUNCIE, J. & HUGHER, G. (eds.). *Criminological Perspectives: Essential Readings*, 2ª ed., SAGE, London, 2005, pp. 434-446.

³⁶In Brazil, although there is no such movement towards the administration of criminal justice under an actuarial logic, it has already been said that it represents 'the criminology of the end of history', in: DIETER, M. S. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*, Revan, Rio de Janeiro, 2013, p. 195.

³⁷DONOHUE, M. E. "A replacement for Justitia's scales? (...)", Ob. cit., pp. 662-663.

Building the programming of an 'ethical algorithm'³⁸ is a task that will require great effort to identify models that minimize injustices. Software developed by biased (human) programmers will inevitably be biased. Algorithms trained on biased data will inevitably produce discriminatory results. Greater human diversity (ethnic, geographic, socioeconomic, among others) will be necessary in the development of programming codes and machine training data sets. Furthermore, computer scientists, legal professionals, philosophers, and ethicists will need to participate in the construction of algorithms in the near future, if not immediately.

Aside from the issue of fairness, problems relating to accountability for the use of AI would tend to become more acute in private decision-making processes, but not within the Criminal Justice System, where, at least in principle, there will always be human judges responsible for making decisions. However, there are those who deny the (legal) possibility of the robot judge precisely because it means 'power to judge without the responsibility of a judge'³⁹. This is an important issue on an abstract level; concretely, however, it seems unlikely that one day we will have machines deciding in an entirely autonomous way, without being subjected to some human agency, the latter being responsible, after all. In any case, the possibility of establishing a specialized regulatory body, with technical expertise to ensure the reliability of algorithmic instruments, has already been raised⁴⁰.

More serious are the problems arising from the lack of transparency of algorithms. The issue of transparency involves an important concern about the risks that the introduction or expansion of the use of algorithms in sentencing may bring to the scrutability of the computerized decision-making process⁴¹. In this sense, 'algorithmic opacity'⁴² is a serious potential threat.

Two observations are crucial so that the ethical issue of algorithmic transparency can be correctly understood. First, it is necessary to keep in mind that the level of transparency of the algorithms essentially depends on the type of artificial intelligence used. 'Manually' programmed algorithms (expert systems), which follow a simple flowchart logic ('if...then'), are quite simple to understand and therefore transparent. Algorithms based on machine learning, especially deep learning, tend to be opaque, especially because it is not always easy to understand the internal mechanisms that lead to certain results (decisions)⁴³.

Second, algorithmic transparency is generally a function of two factors: access and complexity⁴⁴. Access/availability of the algorithm's source code is often highlighted as an essential element for transparency. At the current stage, some computer programs used by the Judiciary of different countries enjoy the privilege of secrecy assured by intellectual property, with no legal obligation on the part of their developers/owners to make their source codes available^{45 46}. In Brazil, the legal protection of software arises from Laws Nos. 9,609/98 and 9,610/98. The program license can choose to keep the programming code 'closed' (secret), which is more

³⁸KEARNS, M. & ROTH, A. *The ethical algorithm: the science of socially aware algorithm design*, Oxford University Press, New York, 2020, p. 4.

³⁹GRECO, L. *Poder de julgar (...)*, Ob. cit., p. 47.

⁴⁰CHIAO, V. "Fairness, accountability and transparency (...)", Ob. cit., pp. 137-138.

⁴¹RYBERG, J. "Sentencing and algorithmic transparency", in: RYBERG, J. & ROBERTS, J. V. (eds.), *Sentencing and artificial intelligence (...)*, Ob. cit., p. 13.

⁴²RYBERG, J. "Sentencing and algorithmic transparency", in: RYBERG, J. & ROBERTS, J. V. (eds.), *Sentencing and artificial intelligence (...)*, Ob. cit., p. 13.

⁴³VAN WINGERDEN, S. & PLESNIČAR, M. M. "Artificial intelligence and sentencing: humans against the machines", in: RYBERG, J. & ROBERTS, J. V. (eds.), *Sentencing and artificial intelligence (...)*, Ob. cit., p. 242.

⁴⁴THOMSEN, F. K. "Iudicium ex Machinae: the ethical challenges of ADM at sentencing", in: RYBERG, J. & ROBERTS, J. V. (eds.), *Sentencing and artificial intelligence (...)*, Ob. cit., p. 261.

⁴⁵RYBERG, J. "Sentencing and algorithmic transparency", in: RYBERG, J. & ROBERTS, J. V. (eds.), *Sentencing and artificial intelligence (...)*, Ob. cit., pp. 14-15.

⁴⁶McKAY, C. "Predicting risk in criminal procedure: actuarial tools, algorithms, AI and judicial decision-making", *Current Issues in Criminal Justice*, vol. 32, nº 5 (2019), pp. 1-18, available in: <https://doi.org/10.1080/10345329.2019.1658694>.

usual, or 'open' (open source). Private and closed algorithms can be true black boxes⁴⁷. In the USA, the lack of transparency of COMPAS, caused by the legal protection of the right to property, was the constitutional argument raised in the *State v. Loomis* before the Wisconsin Supreme Court. The court, however, ruled that the use of risk prediction algorithms by judges does not violate defendants' fundamental rights.

Although complex, the problem of the absence of publicity could receive a theoretically simple solution: the removal of commercial secrecy from algorithms used in the sphere of the Judiciary and other public decision-making bodies, thus opening their entire operation to public control⁴⁸. Another possibility would be for bodies within the Judiciary to hire only open source software for use in the judges' core (decision-making) activities, as has already happened with the performance of core activities, facilitated by programs such as the Linux operating system and data processors. text LibreOffice/OpenOffice.

Furthermore, it has already been observed that the greater the complexity of the algorithm programming, e.g. in the case of machine learning, the chances of the general public, and even some experts, being able to understand its internal workings will be lower⁴⁹. That is to say, the process that leads an algorithm to extract its predictions from the data provided to it (input data), or, put another way, the correlations between inputs and outputs made by the program, can be extremely difficult to interpret⁵⁰. The complexity factor, also known as intelligibility, emerges as a serious challenge even if we adopt the knowledge of experts as a parameter. As an AI expert once stated: 'We have built automated systems that we cannot fully understand, that are much faster and more powerful than the human mind, and that are trained on data sets too large for us to understand'⁵¹.

Justice (fairness), responsibility (accountability), and transparency, therefore, are key concepts that summarize some of the main objections directed to the use of artificial intelligence in criminal justice, especially in sentencing⁵². But after all, will human judges be replaced by machines? Are there limits to the use of algorithms in criminal sentencing, and what are they?

There is a clear tendency to answer such questions through a comparison between human decision-making and algorithms, in terms of their advantages and disadvantages. Such an approach, which we could call 'comparative analysis', basically asks whether a computerized decision can turn out to be better than the

⁴⁷McKAY, C. "Predicting risk in criminal procedure (...)", *Ob. cit.*, p. 11.

⁴⁸CHIAO, V. "Fairness, accountability and transparency (...)", *Ob. cit.*, pp. 137-138.

⁴⁹THOMSEN, F. K. "Iudicium ex Machinae: the ethical challenges of ADM at sentencing", in: RYBERG, J. & ROBERTS, J. V. (eds.). *Sentencing and artificial intelligence (...)*, *Ob. cit.*, pp. 261-262.

⁵⁰CHIAO, V. "Transparency at sentencing: are human judges more transparent than algorithms?", in: RYBERG, J. & ROBERTS, J. V. (eds.). *Sentencing and artificial intelligence*, Oxford University Press, New York, 2022, pp. 34-56, <https://doi.org/10.1093/oso/9780197539538.003.0003>.

⁵¹ WALMSLEY, J. "Artificial Intelligence and the value of transparency", *AI & Society*, vol. 36, 2020, pp. 585-595, available in: <https://doi.org/10.1007/s00146-020-01066-z>.

⁵²The concern is such that, in Brazil, the National Council of Justice (*Conselho Nacional de Justiça* or CNJ) issued Resolution nº 332/2020, establishing ethical parameters for the use of Artificial Intelligence in the Brazilian Judiciary. The standard provides that the use of AI in decision-making processes must meet ethical criteria of transparency, predictability, auditability, impartiality, and substantial justice. Furthermore, judicial decisions supported by Artificial Intelligence must preserve equality, non-discrimination, plurality, solidarity, and fairness.

status quo in criminal justice, that is, human decisions^{53 54 55}.

The biggest comparative advantage of an algorithmic criminal sentencing model would probably be the gain in consistency/predictability in the application of sentences. Regardless of whether they are programmed manually, using logical operators such as 'if...then' based on legal rules on the application of sentences – what, in Brazil, we call '*dosimetria penal*' –, or constructed by machine learning, Based on the set of past criminal sentences, algorithms have greater potential to define sentences consistently and without so many disparities⁵⁶. Therefore, ideally speaking, they would be able to treat similar cases in a similar way, fulfilling an important requirement of justice. There are a huge number of studies proving that (human) judges fail to give identical cases the same solution. The application of punishment is traditionally a discretionary and not very consistent/predictable activity. This is a problem with the judicial sentencing system that the use of computers would solve or, at the very least, help to mitigate.

Other distinctions are more complex.

In terms of fairness, concern about the phenomenon of algorithm bias is legitimate, as happened in the famous North American COMPAS case. Algorithmic bias can become a serious ethical problem, as it results in discriminatory effects against individuals from vulnerable groups, normally defined as 'preferred targets' of the criminal system's selectivity. Discriminatory bias can essentially arise through two distinct mechanisms, depending on the type of algorithm. First, programming may simply reflect biases found in training data in the case of machine learning. And second, bias may result from the inclusion in your code of factors that vary systematically between different population groups, e.g. e.g., socioeconomic status, educational level, employment history or criminal record in risk assessment algorithms, and thus, indirectly, result in discrimination. In this last hypothesis, the algorithms in question can be programmed based on logical rules, not using machine learning.

In any case, the algorithm bias is due to human bias. There is no 'digital-atavic bias'⁵⁷ that is part of the genetics of algorithms. Judicial decisions made by (human) judges are equally discriminatory, they just often do not appear to be so. In other words: bias is not an algorithmic creation, but the result of structural and systemic inequalities, especially in countries like Brazil, and legal rules for applying penalties that are insensitive to the peculiarities of individuals from marginalized groups. It is no surprise that one of the suggestions found in the specialized literature for the problem of algorithmic bias is the adoption of affirmative action, with the insertion of positive discrimination rules in favor of vulnerable minorities, for example, by considering race and ethnicity as mitigating factors⁵⁸.

On the other hand, questions related to algorithmic transparency can also be posed, with some nuances, to human decisions. Thus, the question of whether algorithms can be more transparent in their decisions than (human) judges requires a better understanding: a) of the judicial (human) decision-making process, and b) of the legal issue of the motivation of judicial decisions, which, in Brazil, it has constitutional status (article 93, IX, of the Federal Constitution).

On the one hand, it is known that every human decision-making process is

⁵³RYBERG, J. "Sentencing and algorithmic transparency", in: RYBERG, J. & ROBERTS, J. V. (eds.). *Sentencing and artificial intelligence (...)*, Ob. cit., pp. 28-30.

⁵⁴CHIAO, V. "Fairness, accountability and transparency (...)", Ob. cit., p. 127.

⁵⁵BAGARIC, M. & WOLF, G. "Sentencing by computer: enhancing sentencing transparency and predictability, and (possibly) bridging the gap between sentencing knowledge and practice", *George Mason Law Review*, vol. 25, nº 3 (2018), pp. 653-709.

⁵⁶BAGARIC, M. & WOLF, G. "Sentencing by computer (...)", Ob. cit., p. 656.

⁵⁷PIMENTEL, A. F.; BOLZAN DE MORAIS, J. L. & SALDANHA, P. M. "Estado de Direito (...)", Ob. cit., p. 13.

⁵⁸THOMSEN, F. K. "Iudicium ex Machinae: the ethical challenges of ADM at sentencing", in: RYBERG, J. & ROBERTS, J. V. (eds.). *Sentencing and artificial intelligence (...)*, Ob. cit., pp. 263-264.

complex, and, in the case of judicial sentencing, there are certainly decision-making factors that judges often use unconsciously. In criminological scholarship, researchers from Israel tested the caricatured image of Justice as being what the judge ate for breakfast, associated with 'legal realism'. They found that judicial decisions on provisional release/parole in Israel are decisively influenced by the time elapsed since the last meal eaten by the judges, so that the hungrier they felt, the greater the number of decisions denying release from prison⁵⁹. Methodological criticisms aside⁶⁰, there seem to be clear signs that, like some algorithms, a judge's mind can also be a black box⁶¹. Decisions made by human judges can be as or more unintelligible than computerized decisions⁶².

With good reason, the judicial activity of imposing sentences has already been critically described as 'a very open exercise of discretion by a human judge, often under time pressure, with limited capacity to learn from his own mistakes and little information about the general patterns of sentences throughout the system beyond what can be obtained from their own experience'.⁶³

On the other hand, the requirement to motivate judicial decisions is not always effective in providing transparency at each stage of the judges' work. In the specific case of sentencing, for instance, practice reveals that the sentence usually does not individually examine each of the relevant circumstances of article 59 of the Brazilian Penal Code. That is to say, the sentencing judge often makes a global and comprehensive analysis of the case, setting the base penalty at the legal minimum or at some higher level, violating the requirement for detailed reasoning. This finding inspired some experts to argue that publicizing the source code of an algorithm would better meet the idea of transparency than the requirement of motivation for judicial decisions typical of some legal systems⁶⁴, such as the Brazilian one.

In comparative terms, therefore, bias and opacity are not problems exclusive to algorithms, affecting human decisions in the same way.

An analysis of the type detailed above can be useful to have greater clarity about the advantages and disadvantages of a computerized sentence, compared to decisions made by (human) judges. However, we believe that the introduction of algorithms in sentencing, as it represents such a significant change in forensic practice and involves such ethical challenges, should not be analyzed in comparison to the status quo, but rather in ideal terms, especially in the approach that advocates substitution tout court of judges by machines: is an algorithmic decision-making system in criminal justice ideal in aspects such as rationality, consistency, transparency and justice? We will return to such questions in the next topic, when we will investigate the very human nature of the act of judging.

First, it is worth discussing one last question about the ethical parameters of fairness, responsibility, and algorithmic transparency. They will often put themselves on a collision course with one of the objectives of using Artificial Intelligence in sentencing: the desire for greater accuracy⁶⁵. In the case of risk prediction

⁵⁹DANZIGER, S., LEVAV, J. & AVNAIM-PESSO, L. "Extraneous factors in judicial decisions", *PNAS*, vol. 108, nº 17 (2011), pp. 6889-6892.

⁶⁰GLÖCKNER, A. "The irrational hungry judge effect revisited simulations reveal that the magnitude of the effect is overestimated", *Judgment and Decision Making*, vol. 11, nº 6 (2016), pp. 601-610, available in: <https://doi.org/10.1017/S1930297500004812>.

⁶¹VAN WINGERDEN, S. & PLESNIČAR, M. M. "Artificial intelligence and sentencing: humans against the machines", in: RYBERG, J. & ROBERTS, J. V. (eds.). *Sentencing and artificial intelligence* (...), Ob. cit., p. 241.

⁶²CHIAO, V. "Fairness, accountability and transparency (...)", Ob. cit., p. 136.

⁶³CHIAO, V. "Transparency at sentencing (...)", in: RYBERG, J. & ROBERTS, J. V. (eds.). *Sentencing and artificial intelligence* (...), Ob. cit., p. 35.

⁶⁴CHIAO, V. "Transparency at sentencing (...)", in: RYBERG, J. & ROBERTS, J. V. (eds.). *Sentencing and artificial intelligence* (...), Ob. cit., pp. 49-51.

⁶⁵RYBERG, J. & PETERSEN, T. S. "Sentencing and the conflict between algorithmic accuracy and transparency", in: RYBERG, J. & ROBERTS, J. V. (eds.). *Sentencing and artificial*

algorithms, such as COMPAS, it is self-evident that the objective is to obtain greater accuracy. On the other hand, in the case of software that makes sentence recommendations, it may be more difficult to establish that the algorithm 'hit' the most appropriate sentence. In discretionary sentencing systems like the Brazilian one, there are not even 'correct' sentences. However, the accuracy of the results (outcomes) of algorithms will always depend on the calibration of fairness and transparency, especially the latter: theoretically speaking, the more transparent the programming, e.g., when its complexity is reduced for better understanding by users, the less accurate its outputs will be. There is, therefore, a clear trade-off between precision and ethical considerations in the use of algorithms. Could we be facing a situation that could receive some kind of intermediate solution? Would there be a sweet spot between the values of accuracy and algorithmic ethics? Our position is that ethical requirements are urgent and non-negotiable, and, therefore, the loss of accuracy of algorithms is an inevitable consequence, compromising the very purpose of using artificial intelligence in criminal justice. This is a difficult to overcome paradox.

5. IS SENTENCING ESSENTIALLY HUMAN?

Sentencing cannot be conceptualized, in a reductionist way, as the formal adjudication of a criminal case. On the contrary, sentencing is a social process, resulting from social expectations, cultural factors and, obviously, the (human) interaction between procedural actors⁶⁶. It is insufficient to examine sentencing from an exclusively technical perspective, as it is much more complex, expressing social meanings and feelings (e.g. what is a crime? what is punishment?) and communicating important messages to the defendant, the victim and to the community in general. There is also a democratic function of sentencing, as it allows the general public to discuss fundamental questions about the legitimacy of the State's use of violence and punishment.

Sentencing is also a human process, for at least two reasons. First, because it is the result of successive interactions between the various parties and procedural subjects (prosecution, defense, defendant, judge, witnesses, and so on). Even if one wants to conceive sentencing as a unilateral act that materializes the power of the State-judge, it is necessary to recognize the influence of the actions of these multiple actors in the formation of judicial conviction. Second, it is undeniable that sentencing has a communicative/expressive function^{67 68}, transmitting, at the same time, a judgment of moral censure for the criminal behavior to the offender, a certain comfort to the victim due to the sentence and, also, a message of reaffirmation of the legal order and discouraging the practice of new offenses by the entire community. These are clear signs that the task of sentencing is essentially human. Artificial Intelligence would not be able to play such a role.

Evidently, recognizing that sentencing is a human task implies accepting an inherent characteristic of every decision-making process, including within the Criminal Justice System: discretion. Around the world, however, efforts have been made to reduce or limit judicial discretion in sentencing, with the aim of promoting greater consistency (predictability) of sentences, and avoiding or, at least, mitigating some of the undesirable effects of discretion, especially a) illegitimate disparities, which violate equality embodied in the principle that equal cases should receive

intelligence, Oxford University Press, New York, 2022, pp. 57-73, available in: <https://doi.org/10.1093/oso/9780197539538.003.0004>.

⁶⁶TATA, C. "Resolute ambivalence: why Judiciaries do not institutionalize their decision support systems", *International Review of Law Computers & Technology*, vol. 14, nº 3 (2000), pp. 297-316, available in: <https://doi.org/10.1080/713673373>.

⁶⁷TEIXEIRA, A. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*, Marcial Pons, São Paulo, 2015.

⁶⁸GUIMARÃES NETO, S. L. *Uma teoria da pena baseada na vítima: a busca pela satisfação do indivíduo vitimado como finalidade da pena*, Marcial Pons, São Paulo, 2020.

similar sentences, and b) discrimination, which undermines the very notion of justice⁶⁹.

As seen previously, the path taken by common law countries has been marked by the development of sentencing guidelines, which seek to guide judges in their sentences, through an undisguised 'mathematization' of sentencing. Especially in the USA, e.g., the guidelines consist of a numerical table with two axes, representing the level of severity of the crime committed and the criminal history of the defendant. The 'correct penalty' would always be found at the intersection of the two axes, in a very simple operation^{70 71}. All other potential factors relevant to sentencing are left out in the North American guideline regime, thus 'impoverishing' the work of judges⁷². In England and Wales, on the other hand, the creation of the guidelines clearly sought to avoid such mathematization, having adopted a less numerical and more textual model to guide judges.

In civil law countries, which have never had sentencing guidelines, it is the law that defines rules guiding the judicial activity of determining sanctions. Undeniably, sentencing legal systems tend to suffer from problems related to the openness and vagueness of the language used in the statutes, in addition to some vagueness or conceptual ambiguity, as is the case with the wording of article 59 of the Penal Code⁷³. Discretionary ends up finding few limitations. It is then up to jurisprudence to give safer contours to the sentencing legal methodology, including through mathematical criteria. Therefore, in countries with a Romano-Germanic tradition, such as Brazil, there is a constant attempt to rationalize sentencing, making it more consistent.

In any case, sentencing cannot be seen as the result of a mechanical and artificial decision-making process. It is not limited to a simple arithmetic operation through which the judge would be able to identify the presence (or absence) of certain factors, normally defined by law, weigh them, and calculate the best possible result in terms of punishment. It is an illusion to imagine that sentences are the perfectly logical product of rationality. Sentencing is an essentially human activity, therefore imperfect.

Sentencing is, likewise, an interpretative task. A sentencing judge must not analyze, in an isolated and mechanical way, each of the circumstances of the specific case that influence the individualization of the sentence. Instead, he must look more broadly at the overall context of the case. For example, even when faced with a defendant who has a criminal record, which, by law, would result in automatic exasperation of the sentence, the judge may assess the relevance, seniority and time elapsed between previous criminal convictions, and thus, in some situations, stop aggravating the sanction. In other words, past criminal life needs to be interpreted by the judge, giving it the most appropriate weight given the circumstances of the case and the agent. Thus, in parallel with the general and abstract prediction, in the law, of the relevant factors for the application of punishment, it is in the operationalization of such circumstances in each specific case that each factor becomes 'unavoidably unstable and inescapably contingent'⁷⁴. Even though a defendant's criminal history could be reduced to a mechanical computational formula, Artificial Intelligence would only be able to classify them in a crude way (e.g., 'good',

⁶⁹CAMPOS, G. S. Q. *Aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de sentencing guidelines norte-americano e inglês*, JusPodivm, Salvador, 2021, p. 38.

⁷⁰QUIRÓS, D. Z. *Castigo e determinação da pena (...)*, Ob. cit., p. 103.

⁷¹CAMPOS, G. S. Q. *Aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial (...)*, Ob. cit., p. 49.

⁷²TONRY, M. *Sentencing matters*, Oxford University Press, New York, 1996, p. 20.

⁷³CARVALHO, S. "O controle do substancialismo e do decisionismo na aplicação da pena", *Revista Direito em Debate*, vol. 29, nº 54 (2020), pp. 311-317, available in: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2020.54.311-317>.

⁷⁴TATA, C. *Sentencing: a social process – rethinking research and policy*, Palgrave Macmillan, London, 2020, p. 6.

'bad' or 'very bad' history). Human qualitative judgments would remain essential⁷⁵. Interpretation may often be necessary for the sentence to do justice to the specific case.

Only human judges enjoy an essential characteristic so that the capacity for interpretation can be exercised: sensitivity. It is a relational attribute, and not an absolute one, that is, sensitivity, in addition to being a fundamentally human characteristic, is always established in intersubjective relationships. It is in human contact, in the case between judge and defendant, that an empathetic relationship can be developed, which is important for the correct application of the sentence. A simple example can help clarify this point. If a defendant, in addition to admitting to committing the crime, also appears genuinely remorseful, the sentencing judge may find a shorter sentence to be more fit not only due to the confession, but because he considers that the accused has already started an individual rehabilitation process, justifying a shorter sentence. Although controversial, the topic of remorse in sentencing is relevant and has occupied the attention of specialists^{76 77}. What we are interested in understanding is that remorse is a legitimate human feeling that, once manifested during the trial by someone accused of committing crimes, can only be correctly assessed by a sensitive and empathetic, therefore human, judge. Empathy and compassion are human values that algorithms cannot capture at all⁷⁸.

There is also another interesting fact to be considered. Some empirical studies have already proven that, in general, people prefer to be judged by human judges and not by robots. Such studies observed the reaction of individuals to decisions involving predictions in different fields, e.g., the performance of university students, which requires the elaboration of prognoses of academic success, or the granting/revocation of provisional release, which involves analyzing the risk of recidivism. Evidently, predictions made by algorithms based on statistical models and predictions made by human methods can fail. One of the empirical findings involves the so-called 'algorithmic aversion' as a possible explanation for the preference for human judgment: there is greater intolerance to algorithmic error than human error, even when it is proven that robots can make less mistakes than humans⁷⁹.

In short: sentencing, like human reason itself, is not purely logical and mechanical. It can be understood as a social and human process. Sentencing involves social expectations and meanings, cultural factors, intersubjective interactions, interpretation, feelings, and human values. Furthermore, sentencing has a strong moral element. Artificial Intelligence, at its current stage of development, is not capable of encompassing all this complexity. It will probably never be able to do so. Judges should not be replaced by machines. Statistical models, computational solutions, and AI algorithms should be used as auxiliary tools and devoid of decisional autonomy; they can, without a doubt, be useful in sentencing, as long as they are developed based on ethical parameters and subject to human supervision. The last word should always be that of a judge.

6. CONCLUSIONS

David, the robot-boy from the film 'Artificial Intelligence' (2001), by the

⁷⁵SCHWARTZE, M. & ROBERTS, J. V. "Reconciling artificial and human intelligence (...)", in: RYBERG, J. & ROBERTS, J. V. (eds.). *Sentencing and artificial intelligence (...)*, Ob. cit., p. 212.

⁷⁶PROEVE, M. & TUDOR, S. *Remorse: psychological and jurisprudential perspectives*, Ashgate, New York, 2010.

⁷⁷SMITH, N. *Justice through apologies: remorse, reform, and punishment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

⁷⁸VAN WINGERDEN, S. & PLESNIČAR, M. M. "Artificial intelligence and sentencing: humans against the machines", in: RYBERG, J. & ROBERTS, J. V. (eds.). *Sentencing and artificial intelligence (...)*, Ob. cit., p. 238.

⁷⁹DIETVORST, B. J., SIMMONS, J. P. & MASSEY, C. "Algorithm aversion: people erroneously avoid algorithms after seeing them err", *Journal of Experimental Psychology: General*, vol. 144, n° 1 (2015), pp. 114-126, available in: <https://doi.org/10.1037/xge0000033>.

duo Stanley Kubrick and Steven Spielberg, perfectly represents the idea of technology that prevailed for many decades. A kind of Pinocchio 4.0, the robotic character played by Haley Joel Osment looked every bit like a human being, including his ability to feel love. In the real world, until recently we considered, romantically and even naively, that artificial intelligence would be synonymous with humanoid robots. What has changed is that, today, AI no longer intends to physically resemble humans, although it continues to seek to emulate fundamental capabilities of the human species, especially reasoning. The current stage of the technological revolution is no longer marked, therefore, by android robots as in another famous science fiction film, 'Blade Runner' (1982), but by Artificial Intelligence tools that have become ubiquitous. We need to learn to live with them.

The profound impact of technologies such as Artificial Intelligence makes us reflect on the possibility of 'algorithmic justice' and its ethical limitations. The possibility of human judges being replaced by machines (computers) is, to say the least, unsettling. Currently, an optimistic view seems to prevail regarding the use of AI in sentencing. It is argued with a supposed comparative advantage of algorithms in relation to human judges in aspects of the decision-making process such as accuracy, consistency, and predictability. In short, computerized criminal sentences would produce more objective (and technical?) judgments, as if the elimination of subjectivity were the main aim of traditional judicial tasks such as sentencing. It is not.

In times of great fascination with the almost unlimited potential of Artificial Intelligence, we dare to defend a humanistic vision on the use of algorithms in sentencing. Deciding a criminal case and applying the most appropriate sentence to a guilty defendant is a highly complex task. It is not just about receiving information about the crime committed and the criminal agent, processing it and calculating the most appropriate sanction. The justice of the specific case requires interpretation. Transforming sentencing into a purely mechanical, even machine-automated task, is to remove its inherently human element.

There is no doubt about the technological potential available to Criminal Justice Systems all around the world. If properly developed, algorithms would certainly be able to learn how to sentence, probably more consistently than (human) judges. Ethical questions related to Artificial Intelligence, although complex, could also be resolved. The question, basically, is what we actually want to do with algorithms: use them or not, and to what extent we want to use them. This will always be a human decision.

7. REFERENCES

- ABBOUD, G. & CAMPOS, R. "A autorregulação regulada como modelo do Direito proceduralizado: regulação de redes sociais e proceduralização", in: ABBOD, G., NERY Jr., N. & CAMPOS, R. (eds.). *Fake news e regulação*. Thomson Reuters, São Paulo, 2018.
- BAGARIC, M. & WOLF, G. "Sentencing by computer: enhancing sentencing transparency and predictability, and (possibly) bridging the gap between sentencing knowledge and practice", *George Mason Law Review*, vol. 25, nº 3, 2018.
- BODEN, M. A. *Inteligência artificial: uma brevíssima introdução*, Editora Unesp, São Paulo, 2020.
- BOLZAN DE MORAIS, J. L. *As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*, 2nd edn, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2011.
- BRENNAN, T., DIETRICH, W. & EHRET, B. "Evaluating the predictive validity of the COMPAS Risk and Needs Assessment System", *Criminal Justice and Behavior*, vol. 36, nº 1 (2009), pp. 21-40, available in: <https://doi.org/10.1177/0093854808326545>,

- BROCHADO, M. *Inteligência artificial no horizonte da filosofia da tecnologia: técnica, ética e direito na era cybernética*, Editora Dialética, São Paulo, 2023, available in: <https://doi.org/10.48021/978-65-252-7454-6>.
- CAMPOS, G. S. Q. *Aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de sentencing guidelines norte-americano e inglês*, JusPodivm, Salvador, 2021.
- CARVALHO, S. "O controle do substancialismo e do decisionismo na aplicação da pena", *Revista Direito em Debate*, vol. 29, nº 54 (2020), pp. 311-317, available in: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2020.54.311-317>.
- CHIAO, V. "Fairness, accountability and transparency notes on algorithmic decision-making in criminal justice", *International Journal of Law in Context*, vol. 15 (2019), pp. 126-139, available in: <https://doi.org/10.1017/S1744552319000077>.
- CHIAO, V. "Predicting proportionality: the case for algorithmic sentencing", *Criminal Justice Ethics*, vol. 37, nº 3 (2018), pp. 238-261, available in: <https://doi.org/10.1080/0731129X.2018.1552359>.
- CHIAO, V. "Transparency at sentencing: are human judges more transparent than algorithms?", in: RYBERG, J. & ROBERTS, J. V. (eds.). *Sentencing and artificial intelligence*, Oxford University Press, New York, 2022, pp. 34-56, available in: <https://doi.org/10.1093/oso/9780197539538.003.0003>.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 332*, de 21 de agosto de 2020. Available in: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Access: August 14, 2023.
- DANZIGER, S., LEVAV, J. & AVNAIM-PESSO, L. "Extraneous factors in judicial decisions", *PNAS*, vol. 108, nº 17 (2011), pp. 6889-6892.
- DIETER, M. S. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*, Revan, Rio de Janeiro, 2013.
- DIETVORST, B. J., SIMMONS, J. P. & MASSEY, C. "Algorithm aversion: people erroneously avoid algorithms after seeing them err", *Journal of Experimental Psychology: General*, vol. 144, nº 1, 2015, pp. 114-126, available in: <https://doi.org/10.1037/xge0000033>.
- DONOHUE, M. E. "A replacement for Justitia's scales?: machine learning's role in sentencing", *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 32, nº 2 (2019), pp. 657-678.
- DYMITRUK, M. "Artificial intelligence as a tool to improve the administration of justice?", *Acta Univ. Sapientiae, Legal Studies*, vol. 8, nº 2 (2019), pp. 179-189, available in: <https://doi.org/10.47745/AUSLEG.2019.8.2.03>.
- ELLUL, J. *The technological society*, Vintage Books, New York, 1964.
- FEELEY, M. M. & SIMON, J. "The new penology", in: McLAUGHLIN, E., MUNCIE, J. & HUGHER, G. (eds.). *Criminological Perspectives: Essential Readings*, 2nd edn, SAGE, London, 2005, pp. 434-446.
- FRANKEL, M. "Lawlessness in sentencing", *University of Cincinnati Law Review*, vol. 1, nº 41, 1972.
- GLÖCKNER, A. "The irrational hungry judge effect revisited simulations reveal that the magnitude of the effect is overestimated", *Judgment and Decision Making*, vol. 11, nº 6 (2016), pp. 601-610, available in: <https://doi.org/10.1017/S1930297500004812>.
- GRECO, L. *Poder de julgar sem responsabilidade de julgador: a impossibilidade jurídica do juiz-robô*, Marcial Pons, São Paulo, 2020.
- GUIMARÃES NETO, S. L. *Uma teoria da pena baseada na vítima: a busca pela satisfação do indivíduo vitimado como finalidade da pena*, Marcial Pons, São Paulo, 2020.
- HUTTON, N. "Sentencing, rationality, and computer technology", *Journal of Law and Society*, vol. 22, nº 4, 1995, pp. 549-570, available in: <https://doi.org/10.2307/1410614>.
- KAUFMAN, D. "Inteligência artificial: repensando a mediação", *Brazilian Journal of Development*, vol. 6, nº 9, 2020, pp. 67621-67639, available in:

- <https://doi.org/10.34117/bjdv6n9-264>.
- KAUFMAN, D. *Desmistificando a inteligência artificial*, Autêntica, Belo Horizonte, 2022.
- KEARNS, M. & ROTH, A. *The ethical algorithm: the science of socially aware algorithm design*, Oxford University Press, New York, 2020.
- KENNETH, J. G. *The age of uncertainty*, Houghton Mifflin Harcourt, Boston, 1979.
- LEE, K. *Inteligência artificial: como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos relacionamos, trabalhamos e vivemos*, Globo Livros, Rio de Janeiro, 2019.
- LÉVY, P. *As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática*, 2 ed., Editora 34, São Paulo, 2010.
- MARCUSE, H. *O homem unidimensional: estudos da ideologia da sociedade industrial avançada*, Edipro, São Paulo, 2015.
- McKAY, C. "Predicting risk in criminal procedure: actuarial tools, algorithms, AI and judicial decision-making", *Current Issues in Criminal Justice*, vol. 32, nº 5 (2019), pp. 1-18, available in: <https://doi.org/10.1080/10345329.2019.1658694>.
- NICOLELIS, M. *O verdadeiro criador de tudo: como o cérebro humano esculpiu o universo como nós o conhecemos*, Planeta, São Paulo, 2020.
- PIMENTEL, A. F., BOLZAN DE MORAIS, J. L. & SALDANHA, P. M. "Estado de Direito e tecnopoder", *Justiça do Direito*, vol. 35, nº 3, 2021, pp. 6-43. <https://doi.org/10.5335/rjd.v35i3.13241>.
- PROEVE, M. & TUDOR, S. *Remorse: psychological and jurisprudential perspectives*, Ashgate, New York, 2010.
- QUIRÓS, D. Z. *Castigo e determinação da pena nos E.U.A.: um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*, Empório do Direito, Florianópolis, 2017.
- RYBERG, J. "Sentencing and algorithmic transparency", in: RYBERG, J. & ROBERTS, J. V. (eds.). *Sentencing and artificial intelligence*, Oxford University Press, New York, 2022, pp. 13-33, available in: <https://doi.org/10.1093/oso/9780197539538.003.0002>.
- RYBERG, J. "Sentencing disparity and artificial intelligence", *The Journal of Value Inquiry*, vol. 57, nº 3 (2021), pp. 447-462, available in: <https://doi.org/10.1007/s10790-021-09835-9>.
- RYBERG, J. & PETERSEN, T. S. "Sentencing and the conflict between algorithmic accuracy and transparency", in: RYBERG, J. & ROBERTS, J. V. (eds.). *Sentencing and artificial intelligence*, Oxford University Press, New York, 2022, pp. 57-73, available in: <https://doi.org/10.1093/oso/9780197539538.003.0004>.
- SADIN, É. *La humanidad aumentada: la administración digital del mundo*, Caja Negra, Buenos Aires, 2022.
- SALOMÃO, L. F. (ed.). *Tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário*, 3rd edn, CIAPJ/FGV, Rio de Janeiro, 2022, available in: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/156490>, access: Aug, 14, 2023.
- SANTAELLA, L. *A inteligência artificial é inteligente?*, Edições 70, São Paulo, 2022.
- SCHWAB, K. *A quarta revolução industrial*, Edipro, São Paulo, 2016.
- SCHWARTZE, M. & ROBERTS, J. V. "Reconciling artificial and human intelligence: supplementing not supplanting the sentencing judge", in: RYBERG, J. & ROBERTS, J. V. (eds.). *Sentencing and artificial intelligence*, Oxford University Press, New York, 2022, pp. 206-229, available in: <https://doi.org/10.1093/oso/9780197539538.003.0011>.
- SMITH, N. *Justice through apologies: remorse, reform, and punishment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- SPENGLER, H. *Man and technics: a contribution to a philosophy of life*, Allen & Unwin, London, 1932, available in: <https://archive.org/details/oswaldspenglermanandtechnicsgeorgeallenunwi/n1932/page/n5/mode/2up>, access: Aug. 8, 2023.

- TAIRA, B. R., KREGER, V., ORUE, A. & DIAMOND, L. C. "A pragmatic assessment of Google Translate for emergency department instructions", *Journal of General Internal Medicine*, vol. 36, nº 11 (2021), pp. 3361-3365, available in: <https://doi.org/10.1007/s11606-021-06666-z>.
- TATA, C. "Resolute ambivalence: why Judiciaries do not institutionalize their decision support systems", *International Review of Law Computers & Technology*, vol. 14, nº 3 (2000), pp. 297-316, available in: <https://doi.org/10.1080/713673373>.
- TATA, C. *Sentencing: a social process – rethinking research and policy*, Palgrave Macmillan, London, 2020.
- TAUK, C. & SALOMÃO, L. F. "Inteligência artificial no Judiciário brasileiro: estudo empírico sobre algoritmos e discriminação", *Diké (UESC)*, vol. 22, nº 23 (2023), pp. 2-32.
- TEIXEIRA, A. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*, Marcial Pons, São Paulo, 2015.
- THOMSEN, F. K. "Iudicium ex Machinae: the ethical challenges of ADM at sentencing", in: RYBERG, J. & ROBERTS, J. V. (eds.). *Sentencing and artificial intelligence*, Oxford University Press, New York, 2022, p. 252-275, available in: <https://doi.org/10.1093/oso/9780197539538.003.0013>.
- TONRY, M. *Sentencing matters*, Oxford University Press, New York, 1996.
- TURING, A. "Computing machinery and intelligence", *Mind*, vol. 59, nº 236 (1950), pp. 433-460, available in: <https://doi.org/10.1093/mind/LIX.236.433>.
- VAN WINGERDEN, S. & PLESNIČAR, M. M. "Artificial intelligence and sentencing: humans against the machines", in: RYBERG, J. & ROBERTS, J. V. (eds.). *Sentencing and artificial intelligence*, Oxford University Press, New York, 2022, pp. 230-251, available in: <https://doi.org/10.1093/oso/9780197539538.003.0012>.
- WALMSLEY, J. "Artificial Intelligence and the value of transparency", *AI & Society*, vol. 36 (2020), pp. 585-595, available in: <https://doi.org/10.1007/s00146-020-01066-z>.
- WIENER, N. *Cibernética ou controle e comunicação no animal e na máquina*. Perspectiva, São Paulo, 2017.
- ZUBOFF, S. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*, Intrínseca, Rio de Janeiro, 2020.



Cadernos de Direito Actual Nº 23. Núm. Extraordinario (2024), pp. 45-67
ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Dolo sem vontade e a filosofia da linguagem *Means rea without intentional element and the philosophy of language*

Paulo César Busato¹

Bruno Cortez Torres Castelo Branco²

Universidade Federal do Paraná (Brasil)

Sumário: 1.Introdução; 2. O elemento cognitivo do dolo; 2.1. O caso da barreira policial; 2.2. O dilema da "caixa de escaravelhos" e o problema da "autoridade da primeira pessoa"; 2.3. O uso de verbos psicológicos e a ideia de "cálculo de cabeça"; 2.4. Conhecimento do perigo e domínio da técnica; 2.5. Razões e causas da ação; 2.6. Domínio e voluntariedade; 2.7. Domínio da técnica e "método de agir"; 3. O elemento volitivo do dolo; 3.1. O caso da "barraca de tiro ao alvo"; 3.2. O "fantasma na máquina" e o mito das volições; 3.3. Desfazendo confusões gramaticais: desejo, finalidade e intenção; 3.3.1. Desejo; 3.3.2. Finalidade (ou propósito); 3.3.3. Intenção; 3.4. Vontade em sentido normativo: compromisso com a produção do resultado; 4. A lógica da ciência e a linguagem do direito penal: uma teoria integralmente normativa é compatível com o Código Penal do Brasil e de Portugal?; 5. Conclusões; 6. Referências.

Resumo: No artigo "Dolo sem vontade", Luís Greco abandona o elemento volitivo do dolo, por considerá-lo um dado empírico inacessível a terceiros, e define o elemento cognitivo do dolo como domínio ou controle do fazer e de suas eventuais consequências pelo autor, mas contraditoriamente estabelece a representação mental da alta probabilidade do perigo como critério de correção. Neste artigo, usaremos as ferramentas conceituais da filosofia da linguagem para mostrar que: (i) nem o conhecimento, nem a vontade são fenômenos psíquicos; (ii) o domínio do curso causal é um pressuposto de existência da ação, e não um elemento do dolo; (iii) há uma confusão conceitual sobre os usos das palavras representação, voluntariedade, desejo, finalidade e intenção; (iv) a dogmática penal é uma filosofia, e não uma ciência, porque seu objeto são as razões para decidir, não as causas dos fenômenos. Ao final, propomos uma interpretação integralmente normativa dos dois

¹Estágio pós-doutoral na Universidad de Valencia (2016). Doutor em Problemas Atuais do Direito Penal pela Universidade Pablo de Olavide, de Sevilha, Espanha (2005). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2004). Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra, Portugal (2002). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (1986). Professor associado de Direito Penal da graduação, mestrado e doutorado da UFPR. Professor visitante da Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo, Espanha - 2017). Procurador da Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná (Brasil).

² Doutor (2023) e Mestre (2015) em Direito Penal pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Juiz de Direito da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais (Brasil).

elementos do dolo a partir das noções de domínio de uma técnica, jogos de linguagem e compromisso com a produção do resultado.

Palavras-chave: dolo sem vontade; domínio da técnica; intenção; jogos de linguagem; filosofia da linguagem.

Abstract: In the article "Dolus without intent", Luís Greco abandons the volitive element of dolus, considering it an empirical datum inaccessible to third parties and defines the cognitive element of intent as the author's domain or control over their actions and their possible consequences. However, he contradictorily establishes the mental representation of the high probability of harm as a criterion for correctness. In this article, we use the conceptual tools of the philosophy of language to show that: (i) neither knowledge nor will are psychic phenomena; (ii) control over the causal course is a precondition for the existence of action, and not an element of intent; (iii) there is a conceptual confusion about the uses of the words representation, voluntariness, desire, purpose, and intention; (iv) the theory of Criminal Law is a philosophy, not a science, because its object is the reasons for deciding, not the causes of phenomena. Finally, we propose a fully normative interpretation of the two elements of intent based on the notions of mastery of a technique, language games, and commitment to the production of the outcome.

Keywords: dolus without intent; mastery of technique; intention; language games; philosophy of language.

1. INTRODUÇÃO

No artigo "Dolo sem vontade"³, Luís Greco apresenta os seguintes fundamentos para a reformulação do conceito de dolo na dogmática penal: (i) há um dissonância entre teoria e prática quanto ao conceito de dolo, pois a doutrina majoritária defende uma perspectiva de dolo referida à vontade em sentido psicológico, mas os juízes avaliam apenas circunstâncias objetivas ou, então, decidem arbitrariamente conforme sua própria consciência; (ii) a intenção é um dado dispensável para a imputação do dolo, seja porque apenas o autor tem acesso privilegiado ao seu verdadeiro "querer", seja porque a punição de uma atitude interna é incompatível com um direito penal do fato; (iii) o "saber" é o único elemento que define o dolo, pois se alguém representa internamente um perigo intenso ao bem jurídico e ainda assim atua, é porque domina, em certa medida, o resultado; (iv) esse elemento cognitivo do dolo deve corresponder necessariamente ao conteúdo psíquico do autor no momento da ação, pois só o conhecimento gera domínio; (v) o que legitima a punição mais severa do dolo é o efetivo conhecimento do intenso perigo criado ao bem jurídico e o consequente domínio ou controle do curso causal pelo autor; (vi) a dogmática penal é ciência, e não mero saber legal, por isso a definição legislativa de dolo não obsta a aplicação de critérios normativos.

Neste artigo, usaremos as ferramentais conceituais da filosofia da linguagem do segundo Wittgenstein⁴ para argumentar que: (i) nem o conhecimento nem a

³GRECO, L. "Dolo sem vontade", em SILVA DIAS, A. (Coord.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 893.

⁴O primeiro Wittgenstein, da obra *Tractatus Logico-Philosophicus*, pretendia clarificar os conceitos filosóficos por meio da tradução de uma proposição em outra proposição que a ela se vincule como sua "figuração lógica", de modo que o sentido de uma palavra sempre seria preciso e determinado, não admitindo a possibilidade de *casos fronteirços* ou de um terceiro valor de verdade além de "sim" ou "não" (o incessante debate doutrinário acerca dos limites entre dolo eventual e culpa consciente bem o desmente). Já o segundo Wittgenstein, da obra *Investigações Filosóficas*, busca a elucidação conceitual das palavras, ou seja, observar atentamente as formas de manifestação da linguagem ordinária (usos) para compreender o complexo funcionamento das palavras e fazer as interconexões entre os conceitos.

vontade são fenômenos psíquicos; (ii) o domínio do curso causal é um pressuposto de existência da ação, e não um elemento do dolo; (iii) há uma confusão conceitual sobre os usos das palavras representação, voluntariedade, desejo, finalidade e intenção; (iv) a dogmática penal é filosofia, não ciência. Ao final, propomos uma interpretação integralmente normativa dos dois elementos do dolo a partir das noções de domínio de uma técnica, jogos de linguagem e compromisso com a produção do resultado.

2. O ELEMENTO COGNITIVO DO DOLO

2.1. O CASO DA BARREIRA POLICIAL

Dois terroristas, em comum acordo, usam um carro para fugir da polícia e furam uma barreira formada por viaturas policiais. O primeiro terrorista representa mentalmente o intenso perigo de lesão corporal de algum policial que acaso esteja atrás das viaturas, enquanto o segundo nem sequer pensa nisso, porque toda a sua atenção se volta para o êxito da fuga. Para Jakobs, ambos responderiam por dolo eventual: o primeiro porque conhecia o perigo criado e ainda assim desafiou a vigência da norma, manifestando o “sentido social” de que não se subordina aos padrões de comportamento estabelecidos pelo Direito (“configuração normativa da sociedade”); o segundo porque não se esforçou para conhecer uma situação de perigo facilmente perceptível para ele (conforme suas capacidades individuais), optando por uma postura indiferente à vigência da norma (“cegueira diante dos fatos”)⁵.

Greco discorda parcialmente desse entendimento, porque Jakobs desconsideraria o que o segundo terrorista realmente sabia “em sentido psicológico”, presumindo indevidamente o conhecimento da situação de perigo para imputar o dolo eventual. Acentua que, quem sequer pensou na vida do policial ao atirar o carro contra ele, não conhecia o intenso perigo que criou e o que poderia decorrer do seu fazer, de modo que não tinha o domínio ou controle sobre o seu fazer e sobre suas consequências. Logo, não haveria fundamento para se imputar o dolo eventual, pois, do ponto de vista político-criminal, não haveria maior necessidade de se prevenir o comportamento de quem desconhecia a gravidade do perigo criado, tampouco se justifica atribuir maior responsabilidade a quem não dominava o curso causal⁶.

Tentaremos demonstrar que, embora cheguem a conclusões opostas, o raciocínio de Greco e Jakobs partem de uma confusão gramatical⁷ (ou “mal-entendido”) acerca do significado das palavras: (i) o primeiro usa o vocábulo “conhecer” (ou “saber”) como sinônimo de “representar” (ou “ter em mente”), o que faz com que rejeite a concepção psicológico-descritiva de vontade e, paradoxalmente, admita o conhecimento do perigo referido ao conteúdo psíquico do autor; (ii) o segundo afirma uma perspectiva puramente normativo-atributiva do dolo a partir do “sentido social” transmitido pelo comportamento, sem qualquer referência a dados psíquicos do autor, mas emprega a palavra “sentido” alijada do contexto fático da ação.

2.2. O DILEMA DA “CAIXA DE ESCARAVELHOS” E O PROBLEMA DA “AUTORIDADE DA PRIMEIRA PESSOA”

O verdadeiro significado das palavras, para a filosofia da consciência de René Descartes, apenas são cognoscíveis por cada indivíduo a partir de sua própria vivência subjetiva. A correta compreensão da palavra “dor”, por exemplo, demandaria que o falante evocasse da sua mente uma representação privada (a

⁵JAKOBS, G. *Derecho Penal: Parte General (Fundamentos y teoría de la imputación)*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 393.

⁶GRECO, L. “Dolo sem vontade (...)”, Ob. Cit., p. 893.

⁷WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas*, Editorial Crítica, Barcelona, 1988, p. 113.

"sensação") a que esse signo faz referência, porque uma pessoa só poderia saber o que é a dor com base no seu próprio sofrimento. A linguagem não seria um modo de esclarecimento, mas uma categórica "fonte do erro"⁸. O critério de correção do pensamento estaria necessariamente vinculado ao próprio sujeito: se as percepções sensíveis captadas por nossos olhos podem nos levar a erro, as percepções extraídas de nossa alma são infalíveis⁹. As "convicções inabaláveis", enquanto manifestação de nossos "afetos", constituiriam o absoluto critério de verificação da verdade¹⁰.

Há uma aporia neste raciocínio: se aquilo que o indivíduo conhece ou quer é sempre algo pertinente ao mais íntimo de sua psiquê, como penetrar nesse obscuro invólucro da alma humana onde a pessoa guarda seus mais profundos pensamentos e impulsos motivadores?

Quando tentamos decifrar a "sensação" de uma pessoa, aquilo que ela fez sai fora de consideração, porque se torna irrelevante. Uma descrição do "interno" equivaleria a tentar descobrir o que existe dentro de uma "caixa de escaravelhos", na metáfora de Wittgenstein:

"Suponhamos que cada um tivesse uma caixa e que dentro dela houvesse algo que chamamos de "escaravelho". Ninguém pode olhar dentro da caixa do outro; e cada um diz que sabe o que é um escaravelho apenas por olhar seu escaravelho. — Poderia ser que cada um tivesse algo diferente em sua caixa. Sim, poderíamos imaginar que uma tal coisa se modificasse continuamente. — Mas, e se a palavra "escaravelho" tivesse um uso para estas pessoas? — Neste caso, não seria o da designação de uma coisa. A coisa na caixa não pertence de nenhum modo ao jogo de linguagem, nem mesmo como um *algo*: pois a caixa poderia também estar vazia"¹¹.

A filosofia da consciência torna inviável a comunicação entre os falantes, porque se enclausura no "mundo interno" ("ego") para nele procurar o "sentido" (dolo ou culpa, por exemplo) que estaria oculto dentro da "caixa de escaravelhos" de cada um, como se o sujeito fosse capaz de intuir privadamente as coisas e a "verdade" dimanasse dessa intuição solipsista¹². Nessa "caixa de escaravelhos", um terceiro poderia, no máximo, arriscar-se a dar palpites e eventualmente *adivinhar* o que há na caixa, mas um sistema de justiça criminal democrático não pode assim proceder para imputar responsabilidade a alguém, porque a sua legitimidade reclama um processo de justificação racional da limitação da liberdade¹³.

Não podemos adivinhar como uma palavra funciona: "Temos de ver seu emprego e aprender com isso."¹⁴ Assim, só faz sentido dizer que a minha dor é igual a sua recorrendo-se a um *critério público* inferido da observação do comportamento dos demais falantes. Se a dor tivesse uma relação única consigo, não seria possível compreender o que significa que outra pessoa tem dores. Uma criança que fosse capaz de descobrir uma palavra, por conta própria, para designar uma dor de dente, não poderia se fazer entender com esta palavra, porque o seu sentido não seria compartilhado publicamente¹⁵.

⁸LXXIV. A quarta fonte de nossos erros é que ligamos os nossos pensamentos a palavras que não os exprimem com exatidão". In: DESCARTES, R. *Princípios da Filosofia*, Rideel, São Paulo, 2007, p. 56-57.

⁹GARCÍA SUÁREZ, A. *La lógica de la experiencia: Wittgenstein y el problema del lenguaje privado*, Tecnos, Madrid, 1976, p. 27.

¹⁰DESCARTES, R. *Meditaciones Metafísicas*, Alfaguara, Madrid, 1977, p. 43.

¹¹WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 245.

¹²RAMOS VÁZQUEZ, J. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 276.

¹³VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema Penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 829.

¹⁴WITTGENSTEIN, *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 267.

¹⁵WITTGENSTEIN, *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 223.

Estamos de acordo com Puppe que não compete ao próprio autor decidir sobre a maior ou menor gravidade do perigo criado ao bem jurídico, isto é, se o perigo é doloso ou culposo¹⁶. Inicialmente, Greco também compartilha desse argumento, porque consigna que o processo de imputação deve se arrimar na exposição de razões que justifiquem a punição mais severa a título de dolo (maior extensão da responsabilidade pelo domínio ou controle do fazer e de suas consequências, e maior necessidade de prevenção especial negativa). Logo em seguida, porém, retorna ao dilema da “autoridade da primeira pessoa”: para determinar se o autor conhecia ou não a alta probabilidade do perigo, precisaríamos abrir a sua “caixa de escaravelhos” para descobrir o que lá se esconde (a sua representação mental). Para a concepção significativa do delito¹⁷, cuja matriz epistemológica é a filosofia da linguagem do segundo Wittgenstein, tanto a perspectiva estritamente normativa de Puppe, quanto a teoria cognitiva de Greco, incorrem em algumas confusões conceituais ao pressupor a existência de uma linguagem privada que pode ser objetivada, o que procuraremos esclarecer melhor, ainda que brevemente.

2.3. O USO DE VERBOS PSICOLÓGICOS E A IDEIA DE “CÁLCULO DE CABEÇA”

Quando se descreve alguém como conhecendo, acreditando, esperando, receando, planejando ou evitando qualquer coisa, geralmente se supõe que estes verbos indiquem a ocorrência de modificações específicas na mente dela e ocultas para nós¹⁸.

A noção de uma linguagem privada anterior ao aprendizado pressupõe o enunciado linguístico como uma espécie de “camisa-de-força”, em que o uso correto dependeria da correspondência entre o objeto designado e a realidade por meio de uma operação mental. Como a *verdade* se revelaria desde “dentro” (introspecção), e não a partir de “fora” (interpretação), a filosofia da consciência faz uso de verbos psicológicos (“representar”, “imaginar”, “pensar”, “querer”, etc.) para transmitir a ideia de exata correspondência entre “nome” e “objeto” designado.

Faz sentido, por exemplo, duvidar da veracidade de um enunciado com o emprego do verbo “sonhar” em primeira pessoa? Se uma pessoa diz no café da manhã “hoje eu sonhei que ganhei na loteria!”, faz algum sentido seu pai retrucar “isso é mentira!” ou perguntar “como você pode provar isso?”. A ausência de critérios de verificabilidade de proposições elaboradas com verbos psicológicos cria uma “*assimetria epistemológica*”, pois só o autor teria informações privilegiadas imprescindíveis à resolução do caso penal¹⁹.

¹⁶ PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, Manole, Barueri, 2005, p. 80.

¹⁷ “(...) esse conceito significativo de ação proposto por Tomás Vives é especialmente útil para resolver os problemas probatórios que a determinação desses elementos “subjetivos”, ou a “veracidade” do depoimento de uma testemunha, coloca em um processo penal, de cuja verificação, por meio de uma livre apreciação por vezes discutível das provas judiciais, depende nada mais e nada menos do que a aplicação de uma pena privativa de liberdade mais ou menos grave, ou a punibilidade ou impunidade de uma conduta. O mínimo que se pode pedir ao juiz nestes casos é que racionalize a sua decisão com base em critérios que permitam a objetivação da ação, para posteriormente ser utilizada na motivação que, por imperativo constitucional, deve fazer do processo intelectual pelo qual ele chega para fundamentar sua decisão de condenar ou absolver o acusado. Não creio que com isso se possa dizer que Tomás Vives prescinde do elemento subjetivo na teoria do crime, mas simplesmente que com sua concepção significativa dá à sua verificação um fundamento diferente e naturalmente muito mais aceitável do que o fundamento que é dado a esses problemas com as teorias tradicionais sobre o conceito de ação”. In: MUNÓZ CONDE, F. “Prólogo”, em VIVES ANTÓN, (...). Ob. Cit., p. 33.

¹⁸ RYLE, G. *El concepto de lo mental*, Paidós, Barcelona, 2005, p. 14.

¹⁹ SOUZA, M. J. A. “Filosofia da mente de Wittgenstein: parâmetros gramaticais e conceitos psicológicos”, *Revista Perspectiva Filosófica*, v. 41, 2014, p. 73.

Verbos psicológicos são as causas mais comuns de “ilusões gramaticais” ou “impressões de regras”²⁰, porque “seguir a regra” é uma prática socialmente compartilhada, um hábito análogo a “seguir uma ordem”²¹, enquanto “acreditar seguir a regra” é algo que não pode ser observado por terceiros e, portanto, em nada contribui para o processo de comunicação. Além disso, verbos psicológicos também admitem diferentes usos e nem sempre expressam o significado mais imediato e recorrente da linguagem ordinária.²² Se alguém diz “eu *quero* matar você!”, somente o contexto dirá, com segurança, se essa construção gramatical transmite o sentido de um tipo de ação (ameaça), brincadeira ou mero desejo.

Para retratar essa ilusão gramatical que confunde o emprego do verbo “representar” como a extração de algo do fundo da consciência do sujeito, Wittgenstein invoca a ideia de “calcular de cabeça”. O cálculo de cabeça parece remeter a um “olho interno” na “tela” de nossa mente, tomado como um processo interno acompanhado por um cálculo externo no papel, pois quando pensamos no número 1 e no sinal “+” seguido de outro número 1, toda a operação parece se passar internamente. É como se os signos escritos do “lado de fora” fossem uma mera “cópia” de um quadro “pintado” em nossa mente²³.

A ideia de que o cálculo de cabeça é um ato mental e instantâneo, que salta etapas, transmite a falsa impressão de que a operação é executada antecipadamente à aplicação da regra de uso da palavra. Mas ninguém nasce sabendo fazer cálculos de cabeça.²⁴ Na concepção wittgensteiniana, o cálculo de cabeça é um modo de seguir regras publicamente aprendidas, produto de treinamento, e não de experiências privadas. O fato de uma operação matemática ser realizada com ou sem auxílio do papel, de forma mais ou menos rápida, em nada altera a sua natureza, pois fazer “cálculo de cabeça” é uma habilidade que pode ser desenvolvida, assim como dirigir um automóvel, manusear uma arma ou digitar um texto no computador.

O problema de supor que a representação corresponde a um estado de coisas na cabeça do autor é que a existência de critérios externos de correção seria desnecessária. É como se admitisse que duas pessoas pudessem jogar uma partida de xadrez sem conhecer as suas regras. Mas a linguagem não é o mero veículo que transporta uma informação da mente ao mundo externo: a linguagem é tudo, nada está fora dela, não há nada *oculto* por trás da palavra²⁵.

A pergunta a ser feita, portanto, não é “o que o autor representou” ao tempo da ação. Para “representar” é preciso saber ou conhecer algo, pois a gramática da palavra “saber” é estreitamente parecida com a das palavras “poder” (ser capaz de) e “compreender” (dominar uma técnica)²⁶.

2.4. CONHECIMENTO DO PERIGO E DOMÍNIO DA TÉCNICA

O conhecimento do perigo não é um estado mental a ser desvelado pelo juiz para justificar a imputação de dolo ou culpa.

Essa confusão gramatical quanto ao uso da palavra “conhecimento” se explica pelo fato de que, em um primeiro momento, a representação de algo por alguém parece estar remetida a uma experiência interna de quem vê. Quando aprendemos o nome das cores em português e nos deparamos com um objeto de idêntica tonalidade, é como se, repentinamente, como que por um “pensamento-relâmpago”, fôssemos competentes para imediatamente evocar a “imagem mental” armazenada no nosso “quarto visual”, sem a necessidade de aplicar qualquer critério externo (público). A paleta de cores, que nos é ensinada desde tenra infância, em

²⁰WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 227.

²¹WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 205.

²²WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 27.

²³WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 279-281.

²⁴HEBECHÉ, L. “O conceito de imaginação em Wittgenstein”, *Nat. hum. [online]*, v. 5, n. 2, 2003, p. 402.

²⁵WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 311.

²⁶WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 151.

casa e na escola, por meio de sucessivos treinamentos (“isto é verde ou vermelho?”), acaba sendo esquecida²⁷.

Se cada pessoa tivesse sua definição individual (critério privado) do que é *verde* ou *vermelho*, ou o que é *mais* ou *menos perigoso*, não saberíamos ao certo que instruções seguir quando nos dissessem para escolher, de uma amostra, o objeto “mais ou menos avermelhado”, pois toda escolha só *faz sentido* no interior de um sistema de regras ou padrões de comportamento socialmente compartilhados (o que Wittgenstein chama de “gramática”²⁸).

Assim como nossa forma de ver as cores não é independente das regras que aprendemos para aplicá-las corretamente em cada contexto (“jogos de linguagem”²⁹), também o conceito de “dolo” ou “culpa” têm uma relação interna (gramatical ou intersubjetiva) com as habilidades que uma pessoa domina³⁰. Quando sigo a regra “cegamente”, isto é, sem precisar fazer nenhuma meditação ou reflexão, é porque já domino a técnica (habilidade) que me permite identificar com facilidade quando e como usar uma palavra ou praticar uma ação corretamente.³¹

Se uma pessoa toca um instrumento musical e acha que está tocando a nota “dó”, mas em vez disso ela toca “sol”, quem domina a técnica saberá distinguir imediatamente os sons sem precisar que ninguém lhe diga, o que evidencia que o comportamento de uma pessoa pode revelar o seu nível de compreensão acerca daquilo que diz e faz. Compreender uma linguagem significa, pois, “dominar uma técnica”³².

E se perguntássemos a alguém: “em que medida as palavras constituem uma descrição daquilo que você vê?”³³, a resposta certamente dependeria do domínio linguístico do interlocutor, isto é, da sua capacidade de convencimento (argumentação) e de explicar com maior detalhamento. Um artista plástico, por exemplo, tem a habilidade de indicar graduações de cores (azul-royal, azul-celeste, azul-cobalto, azul-marinho, etc.) com mais nitidez em comparação a outra pessoa que desconhece essa constelação de cores.

Ao substituir as palavras por outras a fim de transmitir ao público um sentido mais próximo daquilo que eu realmente queria ter dito desde o começo do diálogo, não preciso abrir a porta secreta do meu “quarto de imagens mentais” e deixar sair para fora tudo o que estava recluso. O que o sujeito encontrou foi “uma nova forma de falar, uma nova comparação e, poder-se-ia até dizer, uma nova experiência”³⁴.

Para mostrar o domínio dessa habilidade linguística, Wittgenstein recorre a *exemplos* nos quais a palavra já foi empregada corretamente. Se consigo dar exemplos de uma ação intensamente perigosa com uso de arma de fogo, como disparar a uma distância média de 3 a 5 metros da vítima, é porque compreendo os usos da palavra “perigo” por meio de comparações³⁵ entre suas semelhanças e dissemelhanças com outras palavras da mesma família³⁶. Não preciso descobrir o que o sujeito imaginou, ou contar com a sua sincera confissão, para imputar dolo ou

²⁷“O que acontece quando uma pessoa compreende subitamente?” – A questão está mal colocada. Se ela pergunta sobre o significado da expressão “compreender subitamente”, a resposta não é apontar para o que chamamos de processo. – A pergunta poderia significar: quais são os indícios de que alguém compreende subitamente; quais são as manifestações psíquicas concomitantes características do compreender subitamente?”. In: WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 257.

²⁸WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 113.

²⁹“O conjunto da linguagem e das atividades com as quais está interligada” (tradução livre). In: WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 25.

³⁰WITTGENSTEIN, L. *Anotações sobre as cores*, Edições 70, Coimbra, 2018, p. 7.

³¹WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 211.

³²WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 201.

³³WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 335.

³⁴WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 293.

³⁵“Esquecemos, porém, que aquilo que nos deve interessar é a questão: como comparamos estas vivências; o que estabelecemos como critério de identidade dos acontecimentos?”. In: WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 257.

³⁶WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 93.

culpa à conduta. Se há provas de que o autor sabe dar exemplos do emprego correto da palavra “perigo”, é porque *aprendeu* e *domina as técnicas* linguísticas necessárias para compreender a gravidade da ação.

A gramática da compreensão envolve, portanto, a aprendizagem de habilidades que permitam identificar quando uma regra é aplicada corretamente ou não. E é com base nesses conhecimentos que o juiz pode aferir o elemento cognitivo do dolo, e não na inidônea tentativa de fazer corresponder o que se passa na mente do réu com aquilo que se encontra na mente do juiz por meio de uma “intuição”, de um “estalo”, de um “lampejo” repentino ou de um “*insight*” no momento do *veredicto*³⁷.

Greco, quando fixa o conceito de *domínio* do curso causal para definir o dolo, aparentemente se aproxima da concepção de *domínio da técnica* de Wittgenstein, porque só podemos afirmar que uma pessoa detinha o controle daquilo que fez e que conhecia os efeitos colaterais do seu fazer, se oferecermos *razões* ou *justificativas* que mostrem que o autor *aprendeu* as habilidades necessárias para aplicar a regra corretamente. Isto é: que ele conhecia as regras do jogo e por isso era capaz de prever o movimento das peças no tabuleiro.

Essa ligeira aproximação com a filosofia da linguagem esbarra, no entanto, no dilema da “caixa de escaravelhos”: como justificar a imputação do dolo tendo por referência aquilo que o autor pensou ou imaginou internamente? Fenômenos fisiológicos apenas podem ser descritos, e não justificados. Razões não são causas.

2.5. RAZÕES E CAUSAS DA AÇÃO

Explicar algo por meio de suas *causas* é diferente de fazê-lo por suas *razões*. “A pergunta acerca de como posso seguir uma regra”, pontua Vives Antón, “não é uma pergunta pelas causas, mas pelas razões que guiam minha conduta”³⁸.

Para justificar por que o dolo merece uma sanção mais gravosa, Greco utiliza a palavra “razões”, mas a emprega com o sentido de descrição de “causas”. Isso porque a legitimidade do *veredicto* residiria nas provas de que o autor representou mentalmente a alta probabilidade do perigo no momento da ação e, por conseguinte, dominava o curso causal. E como ele reconhece que apenas o autor tem acesso privilegiado ao conteúdo da sua consciência, incumbiria ao juiz a tarefa de buscar a exata correspondência entre as circunstâncias objetivas da ação e a mente do sujeito³⁹.

Como lastrear a imputação do dolo em um dado empírico a que o juiz não tem acesso e sobre o qual apenas pode fazer conjecturas? E ainda que hipoteticamente fosse possível descrever corretamente o que passa na cabeça do autor, o uso dessa informação implicaria operar com um direito penal do autor, em que os fatos importam menos, ou não importam nada, já que tudo gira ao redor do “mundo interno” do sujeito (o que ele pensou, imaginou ou representou). Para se aproximar o mais possível da descrição das causas da ação, o juiz precisaria analisar traços de personalidade do autor a partir do seu *modo de condução da vida*⁴⁰ (se ele costuma se importar e respeitar os interesses das outras pessoas ou se, pelo

³⁷HEBECHE, L. *A filosofia sub specie grammaticae: curso sobre Wittgenstein*, UFSC, Florianópolis, 2016, p. 152.

³⁸VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema* (...), Ob. Cit., p. 331.

³⁹GRECO, L. “Dolo sem vontade (...)”, Ob. Cit., p. 893.

⁴⁰Sobre a estruturação ideológica do direito penal no regime nacional-socialista, Kai Ambos explica que: “O direito penal teria a missão especial de educar legalmente o compatriota do povo e expiar os crimes de acordo com a culpabilidade de seus autores, a fim de salvaguardar o direito e a justiça. A culpabilidade em si não deveria ser medida apenas de acordo com o fato (Direito penal do fato), mas também de acordo com a essência e a personalidade do autor (Direito penal de autor), mais precisamente com a culpabilidade pela condução e decisões de vida”. In: AMBOS, K. *Direito Penal Nacional-Socialista: continuação e radicalização*, Tirant Lo Blanch, São Paulo, 2020, p. 90.

contrário, normalmente manifesta atitudes egoístas).⁴¹ “E no fim das razões”, alerta Wittgenstein, “vem a *persuasão*”⁴². Ou seja: o árbitro judicial (ou o “decido conforme minha consciência”).

O modo como conhecemos e valoramos as *razões* de alguém para atuar de uma maneira ou outra é totalmente distinto do modo como conhecemos as *causas* de um acontecimento. Apenas as razões podem ser boas ou más, defensáveis ou indefensáveis, justas ou injustas.⁴³ Estados mentais podem até ser a causa de outro evento naturalístico, de um acontecimento no qual a liberdade não desempenha nenhum papel, mas não podem ser o *motivo* para atuar e punir alguém por uma ação, seja a título de dolo ou culpa.

Para fugir dessa confusão gramatical que gera tantos “mal-entendidos”, precisamos abdicar de um “modo de falar”⁴⁴ metafísico referido a causas de processos anímicos. Não há limites exatos e fixos a serem descobertos: a linguagem é vaga, imprecisa, e só pode ser preenchida no contexto em que a ação foi executada. Fora de um jogo de linguagem específico, a compreensão é turva e confusa.⁴⁵ E se uma descrição é sempre aproximada e inexata, a pretensão de desvelar a verdade oculta na mente do autor é, em si mesma, uma impossibilidade linguística induzida por uma analogia enganadora: “a de que *descrever* é estar mais próximo de como as coisas realmente *são*”⁴⁶.

A *razão* é, pois, uma necessidade de justificação da *prática*. Quando uma pessoa faz uma escolha ou emite uma opinião, opta por determinadas razões e despreza outras e, ao fazer isso, exercita um ato de liberdade, de protagonismo. E assim como *razões* não se confundem com *causas*, o domínio da técnica não pode ser reduzido ao mero controle do curso causal pelo autor. Ao conceber a conduta como produto de mecanismos causais, sejam externos (fenômenos da natureza) ou internos (fenômenos da mente), a *liberdade de ação* se desmancha no ar — e, com ela, a responsabilidade penal subjetiva⁴⁷.

2.6. DOMÍNIO E VOLUNTARIEDADE

Sem o filtro da filosofia da linguagem, a palavra “domínio” é usada por Greco com o mesmo sentido da palavra “voluntariedade”. Se basta olhar para as circunstâncias objetivas para descortinar aquilo que o autor representou no seu teatro mental, então a ideia de *domínio* das eventuais consequências como justificativa para a imputação do dolo equivale à mera ausência de *causas* externas que, de algum modo, anulem ou diminuam a liberdade de ação do autor e a sua capacidade de controlar o curso dos acontecimentos⁴⁸.

Vives Antón salienta que a liberdade é a conexão necessária entre ação e norma, é a chave que “abre as portas do mundo”⁴⁹. E como se justifica essa premissa? Oferecendo duas classes de argumentos a favor da ideia de liberdade de ação: um, de viés conceitual (kantiano), e outro, de caráter linguístico (wittgensteiniano)⁵⁰.

⁴¹RAGUÉS I VALLÈS, R. “Dolo sem conhecimento? Reflexões sobre a condenação de Lionel Messi por sonegação fiscal”, *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, 2022, p. 277.

⁴²WITTGENSTEIN, L. *Da Certeza*, Edições 70, Lisboa, 2012, p. 173.

⁴³VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema* (...), Ob. Cit., p. 339.

⁴⁴“Não pense, pelo menos uma vez, na compreensão como ‘processo anímico’! – Pois este é o modo de falar que o confunde”. In: WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 155.

⁴⁵WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 113.

⁴⁶WITTGENSTEIN, L. *The Big Typescript* (...), Ob. Cit., p. 302.

⁴⁷VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema* (...), Ob. Cit., p. 178.

⁴⁸VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema* (...), Ob. Cit., p. 246.

⁴⁹VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema* (...), Ob. Cit., p. 328.

⁵⁰VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema* (...), Ob. Cit., p. 327.

O argumento kantiano se desdobra em três etapas⁵¹:

i) *Só há ação, se houver liberdade*, porque a liberdade é o pressuposto para definir um fenômeno como obra de um comportamento humano, e não de um mero fato que ocorreu na natureza.

ii) *Se há razões, então há liberdade*, pois o que determina a preferência de um comportamento em detrimento de outro são os argumentos que o justificam, isto é, a nossa capacidade de se orientar por intermédio de razões, e não por impulsos físicos ou intuições psíquicas que ocorrem misteriosamente em nosso cérebro.

iii) A indemonstrabilidade *teórica* da liberdade é irrelevante, pois na *prática* cotidiana as pessoas atuam como se fossem realmente livres e pressupõem que as outras ajam do mesmo modo.

Em seguida, apresenta-se o argumento wittgensteiniano: "o livre arbítrio radica *precisamente* na impossibilidade de conhecer agora os fatos futuros"⁵². Enquanto uma ação pode estar ou não em conformidade com a norma, porque o comportamento de uma pessoa sempre depende de um ato de escolha, um fato da natureza pode apenas ser descrito como verdadeiro ou falso. Se não houvesse liberdade, não haveria ação e as normas nada poderiam disciplinar, pois as pessoas não seriam protagonistas, mas apenas objetos de um acontecimento. Seria inútil estabelecer normas para proibir o que acontecerá inevitavelmente ou o que não ocorrerá de jeito nenhum, pois aí não haveria espaço para a liberdade.

A liberdade, contudo, não é algo que possuímos, é uma prática compartilhada no interior de uma forma de vida ou quadro de mundo, o que se vê na maneira como construímos enunciados em nosso idioma ("ele matou", "ele sonegou tributos", "ele violou a norma de cuidado"). Seria absurdo dizer que uma pessoa anda *voluntariamente*. Afinal, no que consistiria um "andar involuntário"⁵³?

Por isso, quando Greco fala em "domínio" do curso causal do fazer como requisito do dolo, está se referindo à voluntariedade da conduta, a qual é um pressuposto de existência da própria ação. Se não há espaço para eleger uma conduta diversa, nem sequer é possível afirmar a existência de um tipo de ação relevante ao Direito Penal.

2.7. DOMÍNIO DA TÉCNICA E "MÉTODO DE AGIR"

O *domínio da técnica* não pode nem deve se voltar para dentro (a consciência), mas para fora (a linguagem). O autor externaliza suas habilidades ou conhecimentos pela maneira como executa a ação, pois se afirma de uma coisa aquilo que se encontra no seu "modo de apresentação"⁵⁴. Isso nos aproximaria, em princípio, da ideia de "método de agir" de Puppe como critério para a atribuição do elemento cognitivo do dolo — a qual é rejeitada por Greco devido ao desapeço ao conteúdo psicológico do conhecimento do perigo⁵⁵.

Puppe adota o critério da generalização para aferir, no âmbito do tipo, apenas a capacidade genérica exigível do autor em face da atuação. Ela justifica a imputação do dolo quando o modo como o agente atuou expressar, desde o ponto de vista de um "homem racional", um "perigo grande" que somente uma pessoa que aprovasse o resultado admitiria correr⁵⁶. Os "obstáculos psíquicos" do autor, por serem dados internos que não se manifestam no fato, estão inacessíveis à investigação probatória, razão pela qual somente interessaria ao direito a interpretação do comportamento exterior⁵⁷.

⁵¹KANT, I. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, El Ateneo, Buenos Aires, 1951, pp. 526-527.

⁵²WITTGENSTEIN, L. *Diário Filosófico (1914 – 1916)*, Editorial Ariel, Barcelona, 1982, p. 77.

⁵³VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema* (...), Ob. Cit., p. 247.

⁵⁴WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 104.

⁵⁵GRECO, L. "Dolo sem vontade (...)", Ob. Cit., p. 888.

⁵⁶PUPPE, I. *A distinção* (...), Ob. Cit., p. 80.

⁵⁷PUPPE, I. *A distinção* (...), Ob. Cit., p. 60.

Assim, jogar uma garrafa de gasolina com o pavio aceso ("coquetel molotov") em um quarto, dar golpes com um objeto pesado contra a cabeça da vítima ou lançar uma pessoa que não sabe nadar em águas profundas autorizaria a atribuição de um "perigo qualificado" (doloso) de homicídio⁵⁸.

A proposta de Puppe, embora pareça bastante convincente, apresenta dois erros categoriais: (i) a "cegueira para o aspecto"; (ii) a insuficiência do domínio da técnica como justificativa para a imputação do dolo; e (iii) a incongruência de uma "intenção objetivada".

A "cegueira para o aspecto" é uma expressão utilizada por Wittgenstein para definir a desconsideração das nuances ou particularidades do contexto da ação e equivale à falta do "ouvido musical" ou do "olho de pintor", o que se explica pela carência de domínio técnico ou falta de habilidade para lidar com a sutileza das palavras e perceber seus mais variados usos⁵⁹.

Quando Puppe defende uma "vontade objetivada" cujo critério de imputação é a criação de um perigo que, na experiência comum, é normalmente compreendido como uma estratégia idônea para ofender o bem jurídico, faz uma graduação do perigo (grande/doloso ou pequeno/culposos) em abstrato, de forma genérica, na perspectiva de um observador imaginário.

Jakobs incorre em semelhante equívoco, pois quando fala do "sentido social" da ação, ressalva que as circunstâncias de uso de uma palavra podem ser tão diversas que não se poderia chegar a um "consenso" definitivo sobre qual contexto é o determinante para a sua compreensão. Como um sentido que emerge apenas do contexto não seria o sentido de uma "lei escrita", o princípio da legalidade, diz, restaria flagrantemente violado⁶⁰. Não se apela, pois, para o "sentido social" da ação, como indica Greco⁶¹, mas a um "*sentido da regulação*" (aquilo que o legislador pretendeu proibir na sua "literalidade") que presume um "contexto zero" na definição do que é uma ação perigosa⁶².

O enunciado do texto e a experiência comum, de fato, devem ser o ponto de partida da interpretação, mas não o seu ponto de chegada. O critério de correção é o próprio contexto no qual as palavras são empregadas.⁶³ A intensidade do perigo só pode ser corretamente compreendida olhando-se para as especificidades do jogo de linguagem, uma vez que o sentido reside no uso e é sempre construído intersubjetivamente⁶⁴. Por isso, a concepção significativa aplica o critério da individualização e leva em conta os conhecimentos especiais do autor, isto é, suas competências teóricas e práticas, e não as propriedades ideais de um "homem médio".

Considerando que o conhecimento resulta de experiências acumuladas no interior de uma *forma de vida* da qual o autor participa, e não de experiências privadas ou solipsistas, então quanto mais uma pessoa dominar determinada técnica (dirigir ou manusear uma arma de fogo, por exemplo), maior será a intensidade do

⁵⁸PUPPE, I. *A distinção (...)*, Ob. Cit., pp. 84-85.

⁵⁹HEBECHE, L. *O mundo da consciência: ensaio a partir da filosofia da psicologia de L. Wittgenstein*, EDIPUCRS, Porto Alegre, 2002, pp. 108-109.

⁶⁰JAKOBS, G. *Derecho Penal: (...)*, Ob. Cit., p. 103.

⁶¹GRECO, L. "Dolo sem vontade (...)", Ob. Cit., p. 890.

⁶²VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema (...)*, Ob. Cit., p. 114.

⁶³Mas o sentido é determinado pela especificação do contexto de uso dos termos da lei, que compreende as práticas a que se refere e as exigências constitucionais que nelas se projetam: o 'formal' e o 'material' são apresentados, assim, como uma unidade indissolúvel, sem a qual nenhuma interpretação seria possível ou, dito de outro modo, sem a qual qualquer interpretação resultaria correta", (tradução livre). In: VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema (...)*, Ob. Cit., p. 608.

⁶⁴Mas o sentido é determinado pela especificação do contexto de uso dos termos da lei, que compreende as práticas a que se refere e as exigências constitucionais que nelas se projetam: o 'formal' e o 'material' são apresentados, assim, como uma unidade indissolúvel, sem a qual nenhuma interpretação seria possível ou, dito de outro modo, sem a qual qualquer interpretação resultaria correta", (tradução livre). In: VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema (...)*, Ob. Cit., p. 608.

perigo que ela poderá assumir (maior velocidade na pista ou maior distância do disparo, por exemplo)⁶⁵.

Embora o domínio da técnica seja um elemento importante e necessário para aferir os conhecimentos do autor, a cognição do perigo não é uma razão suficiente para a imputação do dolo. Vives Antón, a propósito, oferece o seguinte exemplo: o médico que, tentando chegar com urgência ao local onde se encontra um paciente gravemente ferido e que não sobreviveria sem pronto atendimento, dirige na contramão em parte do trajeto para desviar de um longo congestionamento e colide acidentalmente com outro veículo, causando a morte de seus passageiros, domina a técnica (dirigir) e, portanto, conhecia a alta probabilidade do perigo⁶⁶.

Uma pessoa racional, apelando para a experiência comum, concluiria que o médico criou um “perigo grande” ao bem jurídico, pois quanto “mais evidente” e “menos controlável” for o perigo reconhecido pelo autor, mais grave será o desprezo à integridade alheia⁶⁷. Firme nessas premissas, Puppe imputaria dolo pela idoneidade do método escolhido para a realização do tipo (andar na contramão em uma via movimentada), ainda que essa não fosse a “verdadeira atitude do autor”. O raciocínio de Greco, embora de conteúdo psicológico, igualmente levaria à imputação do dolo, porque entende que o desvelamento da representação mental do autor acerca do perigo é uma questão de probabilidade, e, no caso narrado, as chances de o médico ofender a vida ou a integridade física de outras pessoas circulando na contramão, em horário de pico, era hiperbolicamente superior às chances de tudo se sair bem.

Para a concepção significativa, precisamos examinar também a intencionalidade inscrita na ação. Não basta a mera probabilidade do perigo, pois é possível atribuir dolo em casos em que a probabilidade é muito baixa (por exemplo, tiro à longa distância), e negá-lo em outros em que é consideravelmente mais alto (por exemplo, alguém que conduz a mais de 100 km por hora num trajeto urbano), a depender do que compreendemos por “intenção”.

3. O ELEMENTO VOLITIVO DO DOLO

3.1. O CASO DA “BARRACA DE TIRO AO ALVO”

No caso das “barracas de tiro ao alvo”, examinado por Puppe⁶⁸ e revisitado por Greco⁶⁹, dois homens apostam entre si todo o patrimônio que possuem e o desafio aceito é disparar em uma bola de vidro que uma menina segurava em suas mãos com uma arma de pressão, sem machucá-la, mas um deles erra o alvo e ofende a integridade física da vítima. Uma pessoa racional normalmente não aceitaria correr um perigo dessa magnitude, pois sopesaria a idoneidade entre o método escolhido para agir e o possível risco de dano para si (perder todas as economias) e para a vítima (lesão corporal), razão pela qual Puppe reconhece a criação de um perigo doloso. As circunstâncias objetivas também evidenciam a alta probabilidade de realização do perigo ao bem jurídico, pois a menina segurava uma pequena bola de vidro na mão e o autor utilizou uma arma de baixa precisão para o disparo, o que para Greco confirmaria que o atirador tinha o domínio sobre o curso dos acontecimentos e representou mentalmente o resultado, estando justificada a imputação do dolo — ainda que, internamente, não fosse essa a vontade do autor. O elemento volitivo do dolo é, definitivamente, um dado totalmente dispensável para a compreensão do sentido daquilo que as pessoas fazem?

⁶⁵CABRAL, R. *Dolo y Lenguaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 241.

⁶⁶VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema* (...), Ob. Cit., p. 255.

⁶⁷PUPPE, I. *A distinção* (...), Ob. Cit., p. 81-83.

⁶⁸PUPPE, I. “Homicídio doloso mediante corridas ilegais? Comentários sobre o ‘Racha em Berlim’”, *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, 2021, pp. 295-306.

⁶⁹GRECO, L. “Dolo sem vontade (...)”, Ob. Cit., p. 887.

Vejam os como funciona um jogo. Uma pessoa só é capaz de identificar uma partida de futebol se, antes, houver aprendido como se joga, isto é, quais as suas regras. Qual a reação do torcedor que vê o jogador do seu time favorito de futebol marcar um gol contra a própria equipe? Se conhecer as regras desse jogo, avaliar o contexto da ação e sopesar o nível de preparação ou domínio técnico do atleta, o torcedor poderá chegar à conclusão de que o chute não foi intencional, e sim um erro de cálculo.

Para tanto, não será necessário adivinhar o que se passou na cabeça do jogador no exato instante em que chutou a bola. O que fazemos é interpretar os indicadores externos da ação de acordo com as regras que aprendemos e então debater com outras pessoas se há ou não *razões* para duvidar que o comportamento do jogador transmitiu o sentido socialmente compartilhado de que ele *quis* favorecer a equipe adversária. Desse processo comunicativo (intersubjetivo), resulta a atribuição de sentido (se a ação foi intencional ou não). Os jogadores tampouco precisam definir o que é um “jogo” e, só depois, começar a jogar, assim como não precisamos definir o que é “dolo” para atribuir esse predicado a um concreto tipo de ação. O que os jogadores precisam conhecer são as regras do jogo — como ele funciona, quais lances se pode ou não fazer e os critérios para determinar que uma ação foi realizada conforme as regras⁷⁰.

Se o direito penal é linguagem, uma forma de argumentar, o uso das palavras impacta decisivamente o que as outras pessoas compreenderão acerca do que se fala e do sentido que se faz. Fora da linguagem, caímos em alguns mitos e fantasmas.

3.2. O “FANTASMA NA MÁQUINA” E O MITO DAS VOLIÇÕES

A ideia de que a intenção é um estado da consciência repousa sobre a concepção cartesiana de dualismo mente-corpo, que entende o homem como um “fantasma” dentro de uma máquina e define a linguagem como a projeção de uma “alma” que controla o corpo. Para Descartes, as percepções sensíveis captadas por nossos olhos podem nos levar ao erro, mas as percepções extraídas de nossa “alma” são infalíveis⁷¹.

Gilbert Ryle, influenciado pelas teses de Wittgenstein, oferece algumas razões para desmistificar a percepção de que a “vontade” é uma energia espiritual que controla os movimentos do corpo (o dogma do “fantasma na máquina”)^{72 73}:

(i) as vontades não podem ser descritas, porque não admitem predicados que possam delimitá-las, seja no tempo (quando quis?) ou no espaço (onde quis?), seja quantitativa (quis muito ou pouco?) ou qualitativamente (quis isso ou aquilo?)⁷⁴;

(ii) admitir atos volitivos internos é inútil diante da inacessibilidade da mente por terceiros, pois se a mente é um “teatro privado”, então a valoração sobre o “querer” não passaria de mera conjectura ou adivinhação⁷⁵;

(iii) se as conexões entre volições e movimentos corporais são misteriosas, então quem puxa o gatilho de uma arma de fogo não poderia saber se o ato de apertar o gatilho foi, realmente, efeito de sua vontade ou causado por outro evento fisiológico⁷⁶;

(iv) se não posso reprimir meu desejo de apertar o gatilho, então seria absurdo dizer que o apertei voluntariamente; mas se, ao contrário, meu desejo de

⁷⁰WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 203.

⁷¹GARCÍA SUÁREZ, A. *La lógica de la (...)*, Ob. Cit., p. 27.

⁷²RYLE, G. *El concepto de lo (...)*, Ob. Cit., p. 63.

⁷³RYLE, G. *El concepto de lo (...)*, Ob. Cit., p. 25.

⁷⁴RYLE, G. *El concepto de lo (...)*, Ob. Cit., p. 62.

⁷⁵RYLE, G. *El concepto de lo (...)*, Ob. Cit., p. 63.

⁷⁶RYLE, G. *El concepto de lo (...)*, Ob. Cit., p. 64.

apertar o gatilho é um ato voluntário, então deve se originar de uma volição prévia, que por sua vez há de derivar de outra, regredindo-se ao infinito⁷⁷.

(v) se a mente é uma entidade completamente distinta e independente do corpo, como poderia causar movimentos fora de si mesma⁷⁸?

Assim, como a vontade não pode ser compreendida como uma *linguagem privada* que independe da prática social, então uma dogmática penal que se ampara na filosofia da consciência incorre em uma grave dissociação entre teoria e prática, porque define conceitos metafísicos sem aplicabilidade ao jogo processual. Afinal, como provar, de forma categórica, o real estado psíquico do sujeito no exato momento da realização do tipo objetivo? Note-se o extremo desse horizonte egocêntrico: se, em um Direito Penal Democrático, a existência da dúvida razoável sempre deve ser interpretada em favor do réu, então a absolvição seria a única saída em todo e qualquer caso em que essa dúvida não fosse cabalmente sanada. E só quem poderia saná-la de forma plena, por meio da introspecção, seria o próprio sujeito.

Greco percebe essa dificuldade probatória, na medida em que a confissão se tornaria o único meio fidedigno para a imputação do dolo, e por isso defende um dolo sem vontade⁷⁹. Ryle nos alerta, todavia, que a questão não se resolveria mesmo que o sujeito confessasse que deliberou psiquicamente uma vontade de matar antes de fazer com a sua mão o que fez, porque subsistiria outra dúvida insolúvel: o conteúdo da confissão no dia da audiência corresponde, empiricamente, ao estado de consciência do autor na data do fato? A “autoridade da primeira pessoa” continuaria em xeque.

A solução definitiva seria abandonar o elemento volitivo do dolo e compreendê-lo apenas como conhecimento do perigo? A pergunta, talvez, esteja mal formulada. Se o Direito Penal é o maior limite que uma democracia pode impor às liberdades individuais, então a redução de elementos do conceito dogmático de delito deve ser vista com bastante cautela, porque pode significar o aumento injustificado do poder punitivo. Não seria o caso de abandonarmos, isso sim, o uso da palavra “intenção” em sentido psicológico, e admitirmos o seu uso em sentido normativo?

3.3. DESFAZENDO CONFUSÕES GRAMATICAIS: DESEJO, FINALIDADE E INTENÇÃO

3.3.1. DESEJO

O “desejo” é uma preferência, uma aspiração, um estado de ânimo, sem a concreta tendência à satisfação no mundo dos fatos. O sujeito apenas “quer” no seu foro íntimo, mas nada faz externamente para realizar essa pretensão, não põe o seu plano em prática. Ainda que o desejo de uma pessoa seja absurdamente irrealizável, ela poderá continuar a desejá-lo internamente. É o que ocorre, por exemplo, em um amor platônico: por mais que eu saiba que uma intensa paixão nutrida por uma atriz famosa de Hollywood nunca será correspondida, posso continuar a desejá-la até o fim de minha vida. Ou o desejo de matar alguém que já está morto (um crime impossível).

Mesmo que o objeto do desejo seja faticamente realizável, esse estado de consciência continua sendo irrelevante para o direito penal: se um indivíduo quer matar alguém, mas nada faz para colocar em prática essa aspiração, não se ultrapassou a fase da cogitação. Isso não significa que o desejo deixou de existir — ele pode continuar latente e manifestar-se ou não em algum momento futuro. Até que isso aconteça, será apenas uma ideia ou uma vontade em sentido psicológico.⁸⁰

⁷⁷RYLE, G. *El concepto de lo (...)*, Ob. Cit., p. 65.

⁷⁸RYLE, G. *El concepto de lo (...)*, Ob. Cit., p. 24.

⁷⁹GRECO, L. “Dolo sem vontade (...)”, Ob. Cit., p. 897.

⁸⁰VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema (...)*, Ob. Cit., p. 240.

Assim, perde qualquer relevância a tradicional distinção entre dolo direto de primeiro e de segundo grau: tanto no disparo de uma arma de fogo contra a cabeça da vítima quanto na explosão de uma bomba em um avião que causa a morte de todos os passageiros, o que importa para se atribuir o sentido de compromisso com a produção do resultado não é que essas mortes tenham sido desejadas ou lamentadas internamente pelo autor, porque o sentido das palavras não é determinado pela vontade arbitrária de quem as pronuncia⁸¹.

3.3.2. FINALIDADE (OU PROPÓSITO)

A “finalidade” significa dirigir a ação para realizar uma meta, um plano ou um propósito. É o fim último visado pelo autor⁸². Diferentemente do desejo, que por si só não produz efeito algum nas interações sociais, o propósito, se for materializado em uma ação, terá consequências reais. Por exemplo: disparar uma arma de fogo na cabeça da única testemunha de um crime anteriormente praticado pelo autor, com o fim de assegurar a sua impunidade.

Não é, contudo, um requisito essencial ou uma estrutura lógico-objetiva de todo e qualquer tipo de ação penalmente relevante, como pensava Welzel⁸³, porque não são apenas os seres humanos que têm a capacidade de dirigir o seu comportamento para a satisfação de uma necessidade. Um cão que busca um osso guiado por seu olfato e o ser humano que utiliza um equipamento para procurar ouro em uma mina agem, ambos, com um propósito ou finalidade específicos⁸⁴. Poderíamos concordar que uma pessoa só pode prometer se tiver a finalidade de fazê-lo. No entanto, quem dirá que alguém não pode ofender sem ter a finalidade de ofender? Que uma pessoa não pode decepcionar sem a finalidade de decepcionar⁸⁵?

A finalidade somente é exigida quando o tipo objetivo veicular elementos subjetivos especiais, que ora desempenham a função de elementar (sequestro ou cárcere privado, por exemplo)⁸⁶, ora de circunstâncias moduladoras da pena (falso testemunho ou falsa perícia, por exemplo)⁸⁷. Em outros tipos de ação, porém, a

⁸¹Mas é no campo da determinação do conceito de ‘intenção’, que no Direito penal pode ser entendido como dolo, que a teoria da ação significativa proposta por Tomás Vives se torna mais relevante para, por exemplo, construir um conceito unitário de dolo, que supera as difíceis diferenciações entre dolo direto e dolo eventual, substituindo os elementos naturalistas de natureza psicológica, cognitiva e volitiva, que tradicionalmente compõem o conceito de intenção, pela ideia de ‘compromisso com o resultado’, cuja determinação é feita com base em critérios objetivos, como competência ou domínio de uma técnica”. In: MUNÓZ CONDE, F. “Prólogo”, em VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema Penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 32.

⁸²VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema* (...), Ob. Cit., p. 243.

⁸³A “finalidade”, previamente inscrita na natureza humana como um dado ontológico e invariavelmente presente em toda e qualquer ação, dirigiria todo processo causal e funcionaria como controle e limite à atividade criativa do legislador, que não poderia jamais ignorá-la, sob pena de a norma proibitiva nascer ineficaz e antinatural, uma mera folha de papel sem qualquer legitimidade. In: WELZEL, H. *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1962, p. 113.

⁸⁴FLETCHER, G. *Aproximación intersubjetiva al concepto de acción*, Conferência proferida na Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España, 1998, p. 02.

⁸⁵“Alguém não pode prometer se não tem a intenção de prometer, mas é possível que alguém possa ofender sem ter a finalidade de ofender. Você pode ter a intenção de mentir para mentir, mas não precisa ter a intenção de enganar para enganar” (tradução livre). In: VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema* (...), Ob. Cit., p. 231.

⁸⁶CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. “Art. 159 - Sequestrar pessoa *com o fim de obter*, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate”. (destacamos)

⁸⁷CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. “Art. 342. § 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido *com o fim de obter* prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta”. (destacamos)

finalidade é conceitualmente irrelevante e não pode ser confundida com a intenção: o médico que deixa de informar uma doença de notificação compulsória à autoridade sanitária, seja com o fim de favorecer um amigo ou com o propósito de fraudar as estatísticas, terá realizado o tipo objetivo independentemente da satisfação dessa finalidade⁸⁸. Se o médico agiu com dolo ou culpa, é um questionamento que não diz respeito à categoria da finalidade, mas da intenção.

3.3.3. INTENÇÃO

Ao confidenciar um sentimento a um amigo ou familiar próximo, que nos conhece muito bem, já nos deparamos com comentários parecidos com este: “o que aconteceu contigo é que você estava com raiva e não percebeu o quanto tal pessoa quer o teu bem”⁸⁹. Como explicar que um terceiro conhece minhas intenções melhor do que eu mesmo? E que essa afirmação nos provoque toda uma revelação sobre algo que pensávamos estar misteriosamente escondido no fundo de nossa alma? Porque o interlocutor já conhece meus hábitos e as práticas sociais reiteradas das quais participo e, por isso, é capaz de atribuir um sentido que ele também compartilha e de algum modo já experimentou.

A intenção é uma “tendência inscrita na ação”⁹⁰. Um estudante só pode ter a intenção de construir uma frase em alemão se, antes, já tiver aprendido as regras de uso desse idioma. Não posso intencionar o que não consigo fazer. Quem deseja dizer, ou fazer algo, primeiro tem que prender a dominar uma linguagem⁹¹.

A primeira diferença entre intenção e desejo é que o primeiro desaparece (ou nem mesmo existe) se o pensamento não se converte em ação concreta. Se uma pessoa tem o “desejo” de matar um desafeto, mas isso não passa de uma especulação, isto é, se não materializa aquilo que quer em um comportamento que expresse o sentido do tipo de ação de matar (apontando a arma para a cabeça da vítima, por exemplo), não será possível atribuir a intenção de matar, embora o desejo de manter possa permanecer latente.

A segunda diferença é que uma pessoa pode ter a intenção de fazer algo sem que isso corresponda ao seu íntimo desejo. Por exemplo: se alguém vai dormir tardiamente, mas decide acordar bem cedo para ir ao trabalho, embora sem descansar o suficiente, é possível identificar a intenção de acordar cedo (executa-se ou põe-se em prática a decisão de despertar) dissociada do desejo de acordar cedo (considerando que o sujeito queria dormir bem mais, mas não transformou esse desejo em ação efetiva ou “intenção”).

A terceira diferença se observa na possibilidade de uma pessoa realizar o desejo de outra. O objeto do desejo pode ser *terceirizado*, mas não a intenção, pois quem atua já manifesta a sua intencionalidade no próprio atuar. Por exemplo: uma pessoa doente, cujo braço está imobilizado, pode desejar levantá-lo. Embora o próprio enfermo não consiga realizar essa vontade devido às suas limitações físicas (temporárias ou permanentes), uma enfermeira poderá fazê-lo⁹².

Uma quarta diferença: uma pessoa até pode desejar coisas impossíveis, o que não pode é ter a intenção de fazê-la, porque “ter intenção” é sinônimo de “possibilidade de realização”⁹³. Se uma pessoa diz a um doleiro que tem a “intenção” de remeter divisas para o exterior sem nada declarar às autoridades fazendárias, mas não tem dinheiro algum disponível, na verdade está expressando um “desejo”, porque a “intenção” pressupõe a viabilidade da ação, que, por sua vez, requer o

⁸⁸CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. “Art. 269 - Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória”.

⁸⁹RAMOS VÁZQUEZ, J. A. “Solipsismo e incongruência no debate sobre sentimentos e direito penal”, em PERUZZO JÚNIOR, L. & BUSATO, P. (org), *Direito penal e filosofia da linguagem: ação, intencionalidade e norma penal*, 1ª. ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022, p. 17.

⁹⁰VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema* (...), Ob. Cit., p. 242.

⁹¹WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 265.

⁹²VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema* (...), Ob. Cit., p. 240.

⁹³VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema* (...), Ob. Cit., p. 240.

domínio da técnica. Se essa mesma pessoa tivesse o dinheiro, mas não dominasse os conhecimentos ou habilidades necessárias para remeter os valores ao exterior, ou contratasse um falso doleiro igualmente inapto, também não seria correto falar em intenção, mas apenas em “desejo”, porque não é possível comprometer-se a fazer algo que não se sabe fazer.

Há ainda uma quinta distinção a ser realçada: o “desejo” é interno, enquanto a “intenção” é sempre externa. Essa intenção, contudo, não é objetivada, como sustenta Puppe, porque não partimos de um modelo de racionalidade estratégica, em que a comunicação se orienta exclusivamente para as consequências da ação na perspectiva de um observador racional alheio aos fatos e que não está aberto à negociação de consensos, posicionando-se o Estado em condição de superioridade em relação ao acusado.⁹⁴ Na concepção significativa, a intenção é sempre uma atribuição intersubjetiva, pois a legitimidade do poder punitivo está diretamente relacionada ao tratamento do autor como um sujeito de direitos a quem esteja assegurada a efetiva e concreta possibilidade de argumentar e influenciar dialeticamente a resolução do caso concreto por meio do oferecimento de justificativas ou razões que subsidiem a decisão judicial.

Esse é o ponto que merece ser enfatizado: vontade em sentido psicológico é sinônimo de desejo, de uma disposição de ânimo, e por isso não joga qualquer papel definitivo ou argumentativo no Direito Penal de um Estado Democrático. Não faz sentido nenhum vincular a imputação subjetiva (intenção) à gramática do desejo (os efeitos colaterais necessários ou eventuais que internamente o autor não aspirava causar), pois se o “querer” não é uma espécie de desejo, então devemos olhar para o próprio “agir” nas especificidades da cena do jogo de linguagem.

3.4. *VONTADE EM SENTIDO NORMATIVO: COMPROMISSO COM A PRODUÇÃO DO RESULTADO*

Para a concepção significativa, o critério para a atribuição do dolo não se resume ao aspecto cognitivo (criação de um perigo idôneo à realização do tipo objetivo ou conhecimento subjetivo da alta probabilidade do perigo inferido das circunstâncias objetivas), porque a intenção está inscrita na situação, nos hábitos e práticas sociais⁹⁵. Desconsiderá-la implicaria fechar os olhos para a ação. E o que sobra? Fora de um jogo de linguagem, de um contexto específico, a palavra “dolo” pode ser “qualquer coisa” ou “nada”⁹⁶, a depender da *íntima convicção* de quem julga. Nossa liberdade correria, pois, um grande perigo⁹⁷.

O critério para a atribuição do dolo não é o “perigo” ou a mera “probabilidade” de sua ocorrência, mas a intenção de realizar uma ação cujo resultado é representado como certo de acordo com as técnicas que o sujeito dominava e as circunstâncias que conhecia. Essa avaliação não é subjetiva (mental), tampouco exclusivamente objetiva (independente do sujeito), mas intersubjetiva, porque só pode ser compreendida contextualmente⁹⁸.

A intenção é, pois, a atribuição do sentido de *compromisso* com a vulneração do bem jurídico a partir dos jogos de linguagem⁹⁹. *Crer* é um estado de alma, é ter esperança de que algo de ruim não acontecerá¹⁰⁰. *Saber* é ter a capacidade de

⁹⁴HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa. V. I: Racionalidad de la acción y racionalización social*, Taurus, Madrid, 1987, p. 235.

⁹⁵WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...), Ob. Cit., p. 265.

⁹⁶WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...), Ob. Cit., p. 23.

⁹⁷“A liberdade e a justiça, e não a verdade absoluta ou a ciência exata, devem ocupar o centro das preocupações de qualquer jurista digno desse nome”. (tradução livre). In: VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema* (...), Ob. Cit., p. 1073.

⁹⁸CABRAL, R. *Dolo y Lenguaje* (...), Ob. Cit., p. 276.

⁹⁹VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema* (...), Ob. Cit., p. 243.

¹⁰⁰WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 361.

fazer¹⁰¹. Para determinar se houve um compromisso concreto de atuar, entretanto, não basta dominar a técnica, tampouco dizer que não previu o resultado.

Para Wittgenstein, a questão é: "Que razões você pode me apresentar, posteriormente, para essa suposição?"¹⁰². Ou seja: *querer* é ter uma boa razão para duvidar do resultado, e não ter algo em mente, pois apenas as razões são socialmente compartilhadas, não as imagens mentais¹⁰³. Se não há razões para duvidar do resultado, então é legítima a imputação do dolo¹⁰⁴.

Em primeiro lugar, *a dúvida necessita de fundamentos*: relaciona-se às circunstâncias objetivas da ação e às habilidades dominadas pelo autor, não apenas a uma dúvida subjetiva do agente. Se todos os indicadores externos da ação depõem a favor da realização do perigo como manifesto ou evidente, e não há argumentos razoáveis contra isso, significa que o autor não tinha razões para duvidar do resultado.¹⁰⁵ Não há razões para duvidar, por exemplo, que sou um ser humano e tenho um cérebro, embora nunca o tenha visto, assim como o autor não terá razões para duvidar da lesão corporal ao atirar com uma arma de baixa precisão para atingir uma pequena bola de vidro na mão de uma pessoa.

Em segundo lugar, *a dúvida deve consistir em algo mais do que a mera formulação verbal da dúvida*: é preciso demonstrar, objetivamente, que o autor sabia do perigo (= tinha capacidade de conhecê-lo) e que não era possível um erro de cálculo nas circunstâncias do caso concreto¹⁰⁶. Quando não houver razões para duvidar que o resultado poderá ocorrer, transmite-se o sentido de compromisso com a produção do resultado (dolo). No caso dos terroristas que furam a barreira policial, não basta que um deles afirme que não representou mentalmente o resultado e por isso não vislumbrou a alta probabilidade do perigo. A prova do dolo está nos indicadores externos da ação (circunstâncias de tempo, lugar, modo, maneira de execução e outras semelhantes)¹⁰⁷.

Em terceiro lugar, a dúvida pressupõe o domínio de um determinado jogo de linguagem. A dúvida deve estar imersa em um jogo de linguagem específico para fazer algum sentido, pois se alterando o contexto de uso, modifica-se também o sentido das palavras¹⁰⁸. Usar uma arma de baixa precisão, por si só, não transmite o significado de compromisso com a produção do resultado. Se mudamos a cena do jogo de linguagem e, em vez de mirar uma bola de vidro na mão da menina, o autor disparasse em direção a uma placa de metal levantada por outra pessoa acima de sua cabeça, então a interpretação conjunta do domínio da técnica no manuseio da arma e dos indicadores externos da ação poderia oferecer razões para duvidar do resultado e justificar a imputação da imprudência.

Em quarto lugar, o jogo da dúvida pressupõe algumas certezas: a dúvida que duvida de tudo carece de sentido e nem sequer é uma dúvida¹⁰⁹. Para falar e ser compreendido, é necessário ter um sistema de referência (regras ou práticas sociais reiteradas) que sinalize quando a ação foi executada corretamente ou não. Se o autor aprendeu a usar uma arma de fogo, suas regras ou padrões de correção, então não possui uma dúvida razoável de que, se apertar o gatilho na cabeça da vítima, poderá ou não a matar; se fura uma barreira policial e acelera o automóvel contra as viaturas que bloqueiam a rua, também não tem razões para duvidar de que a integridade

¹⁰¹WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...). Ob. Cit., p. 151.

¹⁰²WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...). Ob. Cit., p. 325.

¹⁰³WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...). Ob. Cit., p. 327.

¹⁰⁴CABRAL, R. *Dolo y Lenguaje* (...), Ob. Cit., p. 278.

¹⁰⁵WITTGENSTEIN, L. *Da Certeza* (...), Ob. Cit., p. 15.

¹⁰⁶RAMOS VÁZQUEZ, J. *Concepción significativa* (...), Ob. Cit., p. 486.

¹⁰⁷HASSEMER, W. *Los elementos característicos del dolo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.

¹⁰⁸"Quando os jogos de linguagem mudam, há uma modificação nos conceitos e, com as mudanças nos conceitos, os significados das palavras mudam também". In: WITTGENSTEIN, L. *Da Certeza* (...), Ob. Cit., p. 31.

¹⁰⁹VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema* (...), Ob. Cit., p. 529.

física dos policiais estava em perigo. Pelo contrário: tem uma *certeza razoável* de que o resultado certamente ocorrerá.

Em quinto lugar, o “duvidar” também tem um fim¹¹⁰. Esse fim é ditado por regras de julgamento, como a *certeza para além de uma dúvida razoável* (a dúvida persiste, mas o réu é condenado, porque há razões para acreditar que essa dúvida não é relevante no caso concreto) e o *in dubio pro reo* (a dúvida persiste, mas é suficientemente *rochosa* e faz com que a pá *entorte*¹¹¹, pois não há mais como prosseguir escavando outras circunstâncias fora do jogo de linguagem, e a presunção de inocência emerge como um ponto final para o empasse). Por isso a dúvida cartesiana é contraditória: se duvido de absolutamente tudo, exceto do próprio ato de pensar, então é possível duvidar até mesmo quando não existem razões objetivas para duvidar¹¹².

Assim sendo, ao agir intencionalmente em situações de *dúvida não razoável*, o autor expressa um compromisso com a produção do resultado que o vincula normativamente ao significado da ação realizada, preenchendo o requisito necessário para uma imputação a título de dolo. Se inexistirem razões para desconfiar que o resultado poderia ocorrer, então não haverá bons argumentos para imputar dolo eventual, mas imprudência — na qual o autor manifesta um duplo *descompromisso normativo* (com a produção do resultado típico e com a observância do dever objetivo-subjetivo de cuidado)¹¹³.

A concepção significativa de dolo é, portanto, integralmente normativa¹¹⁴. As teorias cognitivas são normativas porque abandonam o elemento volitivo do dolo por considerá-lo um dado psicológico, satisfazendo-se com o conhecimento do risco para a imputação do dolo, mas fazem essa delimitação com a pretensão de correspondência a parâmetros psicológicos. Já a concepção significativa é integralmente normativa, porque rejeita uma concepção psicológica tanto da vontade quanto do conhecimento, e não apenas pela impossibilidade empírica de um terceiro acessar diretamente o conteúdo da mente do sujeito, mas por uma questão conceitual: os dois elementos do dolo, tanto o cognitivo (“saber”) como o volitivo (“intenção”), não são manifestações de fatos psíquicos, mas *ferramentas linguísticas*¹¹⁵ usadas pela dogmática penal para justificar a atribuição do sentido de que alguém sabe o que faz (domina a técnica) e quer o que fazer (compromisso com a violação do bem jurídico).

4. A LÓGICA DA CIÊNCIA E A LINGUAGEM DO DIREITO PENAL: UMA TEORIA INTEGRALMENTE NORMATIVA É COMPATÍVEL COM O CÓDIGO PENAL DO BRASIL E DE PORTUGAL?

Por fim, precisamos tecer breves linhas acerca da compatibilidade desse modelo integralmente normativo com o ordenamento jurídico brasileiro.

¹¹⁰WITTGENSTEIN, L. *Da Certeza (...)*, Ob. Cit., p. 65.

¹¹¹WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas (...)* Ob. Cit., p. 211.

¹¹²WITTGENSTEIN, L. *Da Certeza (...)*, Ob. Cit., p. 47.

¹¹³(...) prefiro utilizar a expressão “dever objetivo-subjetivo” (e previsibilidade objetivo-subjetiva), porque, por um lado, é sabido que – segundo a indicação de que deve operar com o critério o prognóstico posterior objetivo (a infração do dever *objetivamente* exigível nas relações sociais), não se trata de previsibilidade estritamente objetiva, uma vez que se considera o conhecimento especial do agente”. In: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Los elementos subjetivos en la antijuridicidad*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 251-252.

¹¹⁴MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. “O conceito ‘significativo’ de dolo: um conceito valorativo normativo”, em BUSATO, Paulo César (coord.), *Dolo e Direito Penal: modernas tendências*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2019, p. 35.

¹¹⁵ WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas (...)* Ob. Cit., p. 27.

Greco pondera que o Código Penal de Portugal¹¹⁶ enfatiza o uso do verbo psicológico “representar” para definir expressamente três espécies de dolo (direto de primeiro grau, direto de segundo grau e eventual) e não usaria a vontade em conotação volitiva, concluindo pela compatibilidade com a sua teoria do dolo sem vontade – o inciso I do art. 14º emprega a palavra “intenção”¹¹⁷. No Código Penal brasileiro, por outro lado, usa-se o verbo psicológico “querer” para definir o crime doloso, sem nenhuma menção explícita ao elemento cognitivo¹¹⁸.

A decisão do legislador, de fato, não é o fim, mas apenas o início da filosofia¹¹⁹. Estamos de acordo com Greco neste ponto. Divergimos, no entanto, da premissa de que a dogmática do Direito Penal é uma ciência jurídica, a menos que por “ciência” se queira dizer algo muito fraco, ou seja, a mera ordenação de um conjunto de conhecimentos¹²⁰. Há aí um erro categorial: a palavra “filosofia” deve significar algo que se coloca acima ou abaixo, não ao lado das “ciências”, porque a atividade filosófica não se dirige à descrição da causa dos fenômenos (aquilo que as pessoas fazem), mas à compreensão das *possibilidades dos fenômenos* (o sentido do que as pessoas fazem nos mais variados contextos)¹²¹.

A linguagem binária da ciência tem um perfil excludente: a descrição do fenômeno que não for adjetivada como “verdadeira” deve ser considerada “falsa”, pois a lei científica que é contrariada pelos fatos foi definitivamente refutada e não tem mais qualquer utilidade para descrever a causa dos fenômenos (impossibilidade de violação). A linguagem da dogmática penal, por outro lado, deve ser inclusiva: pretende a realização do resultado mais justo possível por meio da contraposição de razões no campo da dialética argumentativa, pois¹²² a regra jurídica que é descumprida permanece válida, uma vez que se caracteriza por um grau de indeterminação causal que permita a escolha ou domínio do autor sobre aquilo que faz (possibilidade de violação)¹²³.

A dogmática penal tampouco é um mero saber legal. É um modo de argumentar racionalmente ao redor de tópicos¹²⁴ em busca de boas razões que justifiquem ou infirmem a necessidade de punir, no caso concreto, um tipo de ação que transmita o sentido de uma prática socialmente intolerável.¹²⁵ No paradigma linguístico, a verdade não pode corresponder a uma realidade privada, porque isso implicaria utilizar um critério de correção *fora da linguagem* (a mente) para explicar o sentido transmitido pela própria linguagem¹²⁶. Esse o problema de confundir teoria do delito e ciência.

É o caso de simplesmente ignorar o legislador, quando ele usa palavras como “intenção” e “querer” para definir o dolo, e criar o risco de uma injustificável redução das liberdades individuais? O que a concepção significativa propõe é o abandono de um modo de falar pouco claro vinculado a estados psíquicos. Se não é possível ter

¹¹⁶CÓDIGO PENAL DE PORTUGAL: “Artigo 14.º Dolo 1 - Age com dolo quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, actuar com intenção de o realizar. 2 - Age ainda com dolo quem representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta. 3 - Quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente actuar conformando-se com aquela realização.”

¹¹⁷GRECO, “Dolo sem vontade (...)”, Ob. Cit., p. 903.

¹¹⁸CÓDIGO PENAL DO BRASIL: “Art. 18 - Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.

¹¹⁹GRECO, “Dolo sem vontade (...)”, Ob. Cit., p. 885.

¹²⁰VIVES ANTÓN, T. *Pensar la libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 699.

¹²¹WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 113.

¹²²BUSATO, P. C. & DALL’AGNOL DE SOUZA, E. E. “Uma abordagem crítica à noção de verdade jurídico-penal a partir da análise da linguagem”, *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 24, n. 2, 2023, p. 173–206.

¹²³VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema* (...), Ob. Cit., p. 331.

¹²⁴VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema* (...), Ob. Cit., p. 489.

¹²⁵BUSATO, P. *Direito Penal: Parte Geral*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022, p. 48.

¹²⁶HABERMAS, J. *Verdad y justificación*, Trotta, Madrid, 2002, p. 238.

acesso ao conteúdo da consciência do autor para revelar sua intenção, também não é possível descobrir o que ele pensou ou representou internamente. Mas isso não quer dizer que devemos simplesmente abandonar os conceitos de "conhecimento" e "intenção", e sim ressignificá-los, porque o uso incorreto da linguagem suscita confusões conceituais que podem legitimar soluções injustas (como o uso da palavra "dolo" como sinônimo de "imaginação" ou "desejo").

5. CONCLUSÕES

5.1. Greco define o dolo como domínio do curso causal dos acontecimentos, porque quem sabe o que faz tem o controle sobre o seu fazer e as possíveis consequências desse fazer, mas o critério para a aferição do nível de conhecimento é a representação mental da alta probabilidade do perigo ao bem jurídico conforme as circunstâncias objetivas da ação. Trata-se de uma impossibilidade linguística, porque a descrição de estados psíquicos esbarra no dilema da "caixa de escaravelhos" (apenas o autor tem acesso privilegiado ao conteúdo oculto da sua consciência por meio da introspecção, de modo que um observador externo somente pode fazer conjecturas ou adivinhações, nunca um juízo de correspondência entre o mundo subjetivo e o mundo objetivo).

5.2. O uso de verbos psicológicos produz uma confusão gramatical, porque pressupõe a existência de uma linguagem privada na qual o próprio sujeito designa o sentido das coisas independentemente do aprendizado e aplicação de determinadas regras públicas (domínio da técnica).

5.3. O domínio ou controle do curso causal não constitui o elemento cognitivo do dolo, mas o pressuposto de existência da própria ação, porque expressa a voluntariedade da conduta (liberdade de ação).

5.4. Greco dispensa o elemento volitivo do dolo, seja porque a intenção seria um dado empírico inacessível a terceiros, seja porque punir alguém com base em um estado de ânimo implicaria operar um direito penal do autor, mas contraditoriamente não utiliza esses argumentos para o elemento cognitivo.

5.5. O conceito de vontade em sentido psicológico se funda no dogma do "fantasma na máquina" (a ideia de que uma "alma" misteriosa habita o corpo humano e controla seus movimentos), mas os problemas do direito penal não estão no plano ontológico (aquilo que as pessoas pensam que fazem), e sim no plano pragmático (o sentido do que as pessoas fazem).

5.6. A dogmática penal, em geral, incorre em uma confusão gramatical acerca dos usos das palavras voluntariedade (ausência de coação física), desejo (foro íntimo ou querer dissociado da ação), finalidade (direcionamento da ação a um certo propósito) e intenção (tendência inscrita na ação do autor), como se fossem sinônimas, mas o desejo é penalmente irrelevante (não pode justificar a distinção entre espécies de dolo) e a finalidade só faz sentido em alguns tipos de ação que exigem elementos subjetivos especiais.

5.7. Para a concepção significativa, vontade em sentido normativo-atributivo é indispensável para a correta imputação do dolo, pois: (i) a intenção é um dado intersubjetivo que transmite o sentido de compromisso com a produção do resultado e compõe a cena do jogo de linguagem ao lado do domínio da técnica, de modo que fechar os olhos para a intenção é ignorar o conjunto de indicadores externos que permitem compreender as particularidades do contexto da ação; (ii) a intenção é um importante filtro para a garantia das liberdades individuais em face do poder punitivo estatal, pois se o autor tinha fundadas razões para duvidar do resultado com base nas técnicas ou habilidades que dominava, então não manifestou o sentido de compromisso com o atuar e não deve ser sancionado mais gravemente a título de dolo.

5.8. A dogmática penal não é ciência, tampouco mero saber legal: a lógica da ciência tem perfil excludente, pois tudo o que não é descrito como verdadeiro só pode ser falso e imprestável para descrever as causas dos fenômenos (pretensão de

verdade), enquanto a linguagem do direito penal opera de modo inclusivo, porque contrapõe argumentos sobre tópicos do caso concreto com o objetivo de oferecer razões para a tomada de uma decisão o mais justa possível quanto à necessidade de punir práticas socialmente intoleráveis de violação de bens jurídicos (pretensão de justiça).

5.9. Uma teoria puramente cognitiva que abandona o elemento volitivo do dolo é incompatível tanto com o Código Penal de Portugal (que requer expressamente a intenção de produzir o resultado representado como possível) quanto com o Código Penal do Brasil (que usa a palavra "querer" e nada diz sobre a "representação", mas para ter a intenção de algo, como escrever um texto no computador, antes é preciso dominar a técnica de escrever e de manusear o computador, ou então não passará de mero desejo).

6. BIBLIOGRAFIA

- AMBOS, K. *Direito Penal Nacional-Socialista: continuação e radicalização*, Tirant Lo Blanch, São Paulo, 2020.
- BUSATO, P. C. & DALL'AGNOL DE SOUZA, E. E. "Uma abordagem crítica à noção de verdade jurídico-penal a partir da análise da linguagem", *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 24, n. 2, 2023.
- BUSATO, P. *Direito Penal: Parte Geral*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022.
- CABRAL, R. *Dolo y Lenguaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- DESCARTES, R. *Meditaciones Metafísicas*, Alfaguara, Madrid, 1977.
- DESCARTES, R. *Princípios da Filosofia*, Rideel, São Paulo, 2007.
- FLETCHER, G. *Aproximación intersubjetiva al concepto de acción*, Conferência proferida na Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España, 1998.
- GARCÍA SUÁREZ, A. *La lógica de la experiencia: Wittgenstein y el problema del lenguaje privado*, Tecnos, Madrid, 1976.
- GRECO, L. "Dolo sem vontade", em SILVA DIAS, A (Coord.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Almedina, Coimbra, 2009.
- HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa. V. I: Racionalidad de la acción y racionalización social*, Taurus, Madrid, 1987.
- HABERMAS, J. *Verdad y justificación*, Trotta, Madrid, 2002.
- HASSEMER, W. *Los elementos característicos del dolo*, Centro de. Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.
- HEBECHE, L. "O conceito de imaginação em Wittgenstein", *Nat. hum. [online]*, v. 5, n. 2, 2003.
- HEBECHE, L. *A filosofia sub specie grammaticae: curso sobre Wittgenstein*, Ed. UFSC, Florianópolis, 2016.
- HEBECHE, L. *O mundo da consciência: ensaio a partir da filosofia da psicologia de L. Wittgenstein*, EDIPUCRS, Porto Alegre, 2002.
- JAKOBS, G. *Derecho Penal: Parte General (Fundamentos y teoría de la imputación)*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- KANT, I. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, El Ateneo, Buenos Aires, 1951.
- PUPPE, I. "Homicídio doloso mediante corridas ilegais? Comentários sobre o 'Racha em Berlim'", *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, 2021.
- PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, Manole, Barueri, 2005.
- RAGUÉS I VALLÈS, R. "Dolo sem conhecimento? Reflexões sobre a condenação de Lionel Messi por sonegação fiscal", *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, 2022.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A. "Solipsismo e incongruência no debate sobre sentimentos e direito penal", em PERUZZO JÚNIOR, L. & BUSATO, P. (org), *Direito penal e filosofia da linguagem: ação, intencionalidade e norma penal*, 1ª. ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022.

- RAMOS VÁZQUEZ, J. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- RYLE, G. *El concepto de lo mental*, Paidós, Barcelona, 2005.
- SOUZA, M. J. A. "Filosofia da mente de Wittgenstein: parâmetros gramaticais e conceitos psicológicos", *Revista Perspectiva Filosófica*, v. 41, 2014.
- VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema Penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- VIVES ANTÓN, T. *Pensar la libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- WELZEL, H. *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1962.
- WITTGENSTEIN, L. *Da Certeza*, Edições 70, Lisboa, 2012.
- WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas*, Editorial Crítica, Barcelona, 1988.
- WITTGENSTEIN, L. *Diario Filosófico (1914 - 1916)*, Editorial Ariel, Barcelona, 1982.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

Cadernos de Direito Actual Nº 23. Núm. Extraordinario (2024), pp. 68-82
ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Entre pretensões de validade e boas razões: sobre a norma penal na concepção significativa da ação

Between validity claims and good reasons: the role of penal norms on the meaningful theory of action

Eduardo Emanuel Dall'Agnol de Souza¹

Universidade Federal do Paraná

Sumario: 1. Introdução; 2. Pretensões de validade e os limites da influência de Habermas sobre a concepção significativa da ação; 3. As pretensões de validade da norma penal na concepção significativa da ação; 4. Pretensões de validade e a problemática da racionalidade na teoria da ação comunicativa; 5. As pretensões de validade das normas na ética discursiva; 6. A abordagem das boas razões na fundamentação de proposições normativas; 7. Sobre a determinação do correto na sistemática de pretensões de validade da norma penal; 8. Conclusões; 9. Bibliografia.

Resumo: Este artigo pretende apresentar uma análise do modo de fundamentação do sistema de pretensões de validade da norma penal na concepção significativa da ação. Em "Fundamentos do sistema penal", Tomás S. Vives Antón desenvolve um sistema de pretensões de validade que reorganiza de modo original as categorias básicas da dogmática penal. Esse sistema é composto de uma pretensão global de justiça e pretensões parciais de validade da norma penal. Através da comparação dos fundamentos desse sistema com duas de suas influências (J. Habermas e S. Toulmin) são esboçadas algumas conclusões. Primeiro, a proximidade das pretensões de validade da norma penal com aquelas dos proferimentos normativos de Habermas não significa uma filiação à teoria da ação comunicativa ou à ética discursiva. Segundo, tendo em vista que as normas penais fazem parte da gramática dos juízos éticos, elas se vinculam a uma pretensão de correção normativa, e não a uma pretensão de verdade. Terceiro, há dois estágios de análise da pretensão de validade de normas penais: um estágio em que a fundamentação das pretensões de validade pode ser desafiada e outro em que os valores e deveres já se encontram estabilizados e a norma exerce suas pretensões sobre uma ação.

Palavras-chave: Concepção significativa da ação, norma penal, pretensões de validade, teoria da ação comunicativa, ética discursiva, abordagem das boas razões.

Abstract: This paper aims to present a perspective of the penal norm contained in the meaningful theory of action created by Tomás S. Vives Antón. This theory develops a system of normative validity claims made of a general claim of justice and

¹Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito com menção em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Professor de Direito Penal no Centro Universitário Santa Cruz de Curitiba. Advogado criminalista. E-mail: edallagnol@gmail.com.

partial claims of validity of the penal norm. Through the comparison of this system with two of its major influences (Habermas and Toulmin), some conclusions are drawn. Firstly, the proximity of the penal norms' validity claims with those of Habermas' normative propositions does not mean adherence to Habermas' theory of communicative action nor his discourse ethics. Secondly, since penal norms fall into the grammar of ethical reasoning, they are linked to a claim of correctness, and not of truth. Thirdly, the penal norms' validity claims comprise two stages: a first stage where its general validity claim can be challenged and a second stage of its application, in which conflicting duties are already settled.

Keywords: Meaningful theory of action, penal norm, validity claims, theory of communicative action, discourse ethics, good reasons approach.

1. INTRODUÇÃO

Neste trabalho, pretendemos analisar a fundamentação da norma penal delineada na obra "Fundamentos do sistema penal"² de Tomás S. Vives Antón. Essa tarefa é executada a partir da formulação das seguintes perguntas para quais ensaiaremos um caminho de resposta: 1) Em que sentido é possível afirmar que uma norma jurídica possui uma pretensão de validade?; 2) Que modo de fundamentação da norma penal é proposto a partir da sistemática de pretensões de validade de Vives Antón?

A elaboração sistemática das pretensões de validade da norma penal representa, em Vives Antón, o ponto culminante de um percurso crítico voltado aos problemas da teoria da ação e da teoria da norma, influenciado principalmente pelo pensamento de Ludwig Wittgenstein. A abordagem pretendida neste trabalho volta-se a um ponto de transição dos "Fundamentos", que se situa entre um momento crítico, direcionado à doutrina da norma, e um momento construtivo, em que é apresentada uma proposta de organização sistemática das categorias da teoria do crime. Trata-se do momento em que Vives Antón apresenta uma fundamentação para o seu sistema de pretensões de validade.

Ao mesmo tempo em que se afasta de toda e qualquer compreensão cientificista da dogmática penal, Vives Antón salienta a importância de se voltar a reflexão para os valores que a norma veicula e, em última instância, pretende realizar³. Sua proposta posiciona a justiça como o valor central do ordenamento jurídico. Surge aqui, como destaca Manuel Jiménez Redondo, uma conexão entre o direito e a moral-justiça que confere à própria norma jurídica uma pretensão de validade moral⁴.

Vives Antón atribui à norma penal uma pretensão geral de validade, que ele denomina pretensão global de justiça. Dessa pretensão geral são derivadas pretensões de validade parciais, no interior das quais são reorganizadas as categorias tradicionais da dogmática jurídico-penal. A presença de *pretensões de validade* na norma penal impõe a necessidade de se encontrar motivos racionais, ou *boas razões*, para justificar de modo substancial os juízos de dever jurídico-penais⁵.

Considerando os marcos teóricos empregados na obra de Vives Antón, a expressão *pretensão de validade* remete-se especialmente à teoria da ação

²Neste texto, usa-se a segunda edição como referência para todos os argumentos de Vives Antón. In: VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

³VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, p. 490.

⁴JIMÉNES REDONDO, M. "Estudio preliminar", em: VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, p. 86.

⁵VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, p. 483.

comunicativa e à ética discursiva de Jürgen Habermas. Por sua vez, a abordagem das *boas razões*⁶ liga-se aos estudos de teoria da argumentação de Stephen Toulmin.

É certo que a proposta original de Vives Antón o afasta de uma adesão incondicionada às perspectivas teóricas desses autores. Não obstante, encontramos neles algo como uma genealogia das expressões usadas nos "Fundamentos". Como demonstraremos, uma exploração das pretensões de validade e das boas razões nas obras de Habermas e Toulmin mostra-se útil para precisar a compreensão da norma penal que é proposta na concepção significativa da ação.

Para formular respostas às perguntas propostas, trilharemos o seguinte caminho. Indicaremos os limites da influência de Habermas na fundamentação da ação significativa, apresentaremos os fundamentos do sistema de pretensões de validade da norma penal delineado por Vives Antón e os contrastaremos com as pretensões de validade da teoria da ação comunicativa e da ética discursiva. A seguir, apresentaremos a relação das pretensões de validade da norma com a abordagem das boas razões e com os critérios de determinação do correto na ação significativa.

2. PRETENSÕES DE VALIDADE E OS LIMITES DA INFLUÊNCIA DE HABERMAS SOBRE A CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA AÇÃO

É inegável a influência da filosofia de Habermas sobre as reflexões que resultaram na elaboração da concepção significativa da ação, como reconhece Vives Antón⁷. Um importante ponto de convergência entre a teoria da ação comunicativa e a concepção significativa da ação é a compreensão, proveniente do pensamento de Wittgenstein, de que a ação, na condição de portadora do sentido, é compreendida como o resultado de um processo de interpretação de acordo com regras sociais⁸.

Mas, como indica Vives Antón, os propósitos da teoria da ação comunicativa extrapolam aqueles da concepção significativa da ação. Muitos são os papéis atribuídos à teoria da ação comunicativa. Vives Antón destaca que ela serve ao interesse metodológico de fundamentação das ciências sociais e que essa teoria já é o próprio início da fundamentação de uma teoria da sociedade⁹. Luiz Repa¹⁰ indica que os objetivos de Habermas são ainda mais abrangentes, remetendo-se à "crítica das sociedades do capitalismo tardio" e aos "desafios que se impõem a uma teoria crítica da sociedade". Repa destaca a ligação da proposta de Habermas com o sentido dado à teoria crítica por Max Horkheimer. Para Repa, a teoria da ação comunicativa, alinhada com os propósitos da teoria crítica, dá passos na direção da descoberta dos "potenciais de emancipação nos cernes da reprodução cultural e social".

A concepção significativa da ação, por seu turno, volta-se à problemática dos fundamentos de uma dogmática jurídico-penal. Ela não tem a pretensão de servir de base à elaboração de uma forma de teoria social. À luz da ação significativa, Vives Antón reconhece, inclusive, como "exorbitante" a problemática da ação comunicativa¹¹.

A partir dessas considerações, é fácil perceber que não seria possível uma simples transposição da teoria da ação comunicativa como modelo para a ação no

⁶ Kai Nielsen atribui o nome "abordagem das boas razões" pelo qual a teoria de Toulmin ficou conhecida a Abraham Edel. In: NIELSEN, K. "The 'good reasons approach' and 'ontological justifications' of morality", *The philosophical quarterly*, v. 9, n. 35, p. 116.

⁷VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, p. 487.

⁸De acordo com a finalidade do presente trabalho, indicaremos esse ponto de convergência, mas não temos espaço para explorar as profundas implicações dessa asserção sobre o modo de se compreender a ação. In: VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, p. 210.

⁹VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, p. 211.

¹⁰REPA, L. "A seletividade da modernização capitalista: uma introdução à teoria habermasiana da racionalização", in: HABERMAS, J. *Teoria da ação comunicativa*, volume 1, Unesp, São Paulo, 2022, pp. 13-14.

¹¹VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, p. 212.

âmbito do direito penal. Isso ficará ainda mais claro quando explorarmos algumas características da ação comunicativa. E, coerentemente, não parece haver nos “Fundamentos” de Vives Antón qualquer tentativa de realizar esse tipo de transposição. Como destaca Paulo Busato¹², a proposta de Vives Antón assenta-se na ação comunicativa e na ética discursiva de Habermas apenas quanto à metodologia de apresentação. Mas a direção decisiva é a do giro linguístico na filosofia produzido pelo segundo Wittgenstein.

Assim, a influência de Habermas está longe de significar uma adesão irrestrita ou reprodução acrítica de posições teóricas do filósofo alemão. Vale destacar que, em momentos decisivos de sua obra, Vives Antón contrapõe-se a posicionamentos de Habermas, inclusive a respeito de suas leituras de Wittgenstein¹³. Um momento de distanciamento importante, que será apresentado com mais minúcias adiante, diz respeito à crítica de Vives Antón à situação ideal como qualidade formal do discurso racional na teoria da ação comunicativa¹⁴.

De todo modo, é fundamental observar a existência de alguma proximidade – e não de identidade – entre os modos como Habermas e Vives Antón abordam a expressão *pretensão de validade*. Assim, começamos com uma apresentação sucinta dos fundamentos do modelo de pretensões de validade da norma penal formulado por Vives Antón para, em seguida, explorar o emprego dessa expressão na teoria da ação comunicativa e na ética discursiva de Habermas. Sem pretender seguir um percurso cronológico, o que buscamos é apresentar as relações entre as pretensões de validade no interior de ambas as elaborações teóricas.

3. AS PRETENSÕES DE VALIDADE DA NORMA PENAL NA CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA AÇÃO

Como assinalado na introdução deste trabalho, Vives Antón apresenta nos “Fundamentos” uma proposta original de sistematização das categorias de atribuição de responsabilidade no direito penal a partir de uma profunda reformulação do problema da ação. Apesar de aquela não ser a única construção inovadora exposta no livro, ela representa um ponto culminante das reflexões empreendidas tanto sobre os problemas da teoria da ação, quanto da teoria da norma. Sem a aspiração de construir uma imagem exclusiva, única ou definitiva de um sistema de imputação, Vives pretende construir, no final do percurso, “um conjunto ordenado de tópicos, que permita agrupar razoavelmente os problemas que possam surgir ao aplicar a lei ao caso”¹⁵.

Esse conjunto ordenado de tópicos é erigido a partir da concatenação de *pretensões de validade* da norma penal, dentre as quais se incluem as pretensões de relevância, de ilicitude, de reprovação e de necessidade de pena. Embora o objetivo de Vives Antón não seja o de desenvolver essas quatro pretensões exaustivamente, ele as usa para abarcar e reorganizar os pormenores das categorias básicas da dogmática penal. No presente trabalho, não pretendemos descrever, nem aprofundar os desdobramentos dessa sistemática. Remetemos à obra “Direito penal: parte geral” de Paulo Busato como a elaboração mais completa dessa sistemática, que a leva às minúcias dos problemas da teoria do delito¹⁶. Aqui, por outro lado, pretendemos destacar uma fase anterior do percurso: o caminho teórico que tem essa sistemática como ponto de chegada.

¹²BUSATO, P.C. *Direito penal: parte geral*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022, p. 192.

¹³Um dos exemplos mais eloquentes disso é a divergência de Vives Antón quanto a interpretações de Habermas acerca do pensamento de Wittgenstein. In: VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, pp. 504 e ss.

¹⁴VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, pp. 482-483 e nota de rodapé 57.

¹⁵VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos do sistema penal*, São Paulo, Tirant lo Blanch, 2022, p. 368.

¹⁶BUSATO, P.C. *Direito penal: parte geral, (...) Ob. Cit.*, 2022, p. 196 e seguintes

Ainda assim, uma breve descrição do conteúdo de cada uma dessas pretensões parciais será relevante para a apresentação das respostas às perguntas formuladas no início do trabalho. A pretensão de relevância da norma penal volta-se a constatar se a ação possui relevância jurídico-penal. Em princípio, trata-se de saber se a ação pode ser considerada conforme a um tipo de ação. Essa pretensão se divide em duas: uma pretensão conceitual de relevância, que se volta à tipicidade formal, e uma pretensão de ofensividade, que se destina a verificar a antijuridicidade material da ação. A pretensão de ilicitude, por seu turno, abrange os elementos subjetivos do injusto e a antijuridicidade formal. Trata-se aqui de identificar se há dolo ou imprudência de acordo com as exigências do tipo de ação e se está presente alguma permissão forte (que corresponde às causas de justificação) ou fraca (que corresponde às escusas e outras causas de exclusão da responsabilidade). A pretensão de reprovação é o juízo de culpabilidade que recai sobre o autor da ação. Ela abrange a imputabilidade e a potencial consciência da ilicitude. Por fim, a pretensão de necessidade de pena versa sobre a necessidade e a proporcionalidade da punição^{17 18}.

Vives Antón atribui a essas quatro pretensões normativas o caráter de pretensões parciais, subordinadas a uma pretensão geral de validade da norma penal, que ele denomina *pretensão global de justiça*. Essa pretensão geral também é chamada de pretensão de retitude ou pretensão de correção¹⁹. Todas essas categorias são organizadas de modo a que haja um alinhamento sistemático entre a pretensão global de justiça e as pretensões parciais da norma penal.

O posicionamento de uma pretensão global de justiça no centro das pretensões de validade da norma penal é o resultado de uma discussão profunda acerca da doutrina da norma desenvolvida na terceira seção dos “Fundamentos”. Vives Antón rejeita diversas concepções de norma jurídica, inclusive aquelas típicas do positivismo analítico e das diferentes formas do funcionalismo. Com a rejeição da noção de que normas jurídicas possam ser reduzidas a simples comandos – como pretende, em especial, o positivismo analítico de Hart –, Vives Antón não nega uma dimensão diretiva inerente às normas jurídicas; antes, sustenta que essa dimensão é acompanhada de uma *pretensão de validade*²⁰. É justamente essa pretensão de validade que recebe uma forma mais concreta com a noção de uma pretensão global de justiça à qual se subordinam as quatro pretensões de validade parciais da norma penal.

A presença da noção de *pretensão de validade* impõe a necessidade de se encontrar motivos racionais – ou *boas razões*, de acordo com a expressão atribuída aos estudos em teoria da argumentação de Stephen Toulmin – para justificar os juízos de dever jurídicos. Na esteira de Ludwig Wittgenstein, John Rawls e Richard Rorty, Vives Antón defende que esses motivos racionais não podem ser estabelecidos de modo apriorístico, mas precisam ser encontrados em uma sociedade concreta ou em uma experiência social real²¹.

A expressão *pretensão de validade* é introduzida no texto sem explicações adicionais – o que é compreensível em razão da densidade e da diversidade dos temas enfrentados naquele ponto da argumentação. Esse modo de proceder aproxima-se em alguma medida daquele adotado por Habermas. Joseph Heath sustenta inclusive que Habermas nunca deu a essa expressão uma definição precisa,

¹⁷VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, 2011, pp. 491-495.

¹⁸No mesmo sentido e com maiores detalhamentos; BUSATO, P. *Direito penal: parte geral, (...) Ob. Cit.*, pp. 196-197.

¹⁹VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, 2011, pp. 488-490.

²⁰VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, 2011, p. 489.

²¹VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, 2011, p. 483.

apesar de sua importância na teoria da ação comunicativa²². Por esses motivos, é frutífera uma exploração do emprego da expressão na teoria da ação comunicativa e na ética discursiva de Habermas, a fim de que se possa constatar a especificidade do seu uso por Vives Antón.

4. PRETENSÕES DE VALIDADE E A PROBLEMÁTICA DA RACIONALIDADE NA TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA

Apesar dos importantes distanciamentos já assinalados entre Vives Antón e Habermas, a presença de alguma forma de pretensão de validade subjacente a um proferimento, que remete à necessidade de fundamentação racional, é comum à ação comunicativa e à ação significativa. Cabe, agora, compreender o sentido da expressão *pretensão de validade* na teoria da ação comunicativa para verificar os possíveis paralelos e contrastes no manejo dessa expressão.

A teoria da ação comunicativa é apresentada em sua forma mais acabada no livro homônimo, publicado em dois volumes, em que Habermas trata de uma grande quantidade de temas. No primeiro volume, destaca-se seu influente esboço de uma teoria da ação desenvolvida a partir da problemática da racionalidade.

Abordando a questão da racionalidade, Habermas²³ parte da ideia de que o saber possui uma estrutura proposicional, o que possibilita que opiniões sejam expressas através da forma de enunciados. A racionalidade aproxima-se mais à forma como o saber é adquirido e empregado do que à sua ligação com o conhecimento propriamente dito.

A partir dessas premissas, Habermas²⁴ volta sua atenção a compreender como é possível afirmar que alguém se comporta racionalmente em uma situação dada. Ele toma dois tipos de ação como modelo. A ação comunicativa, em que o agente profere uma opinião com intenção comunicativa, e a ação teleológica, com a qual se realiza uma intervenção no mundo a partir de objetivos predeterminados. Em ambas as formas de ação há uma *pretensão* vinculada às ações do sujeito. No primeiro caso, há uma pretensão de verdade, já que uma opinião pode ser questionada quando um ouvinte afirma que ela não é verdadeira. No segundo caso, há uma pretensão de êxito, tendo em vista que o sucesso da ação pode ser avaliado em relação à consecução do objetivo pretendido.

Assim, nas ações comunicativas e teleológicas, os agentes vinculam, de modo necessário, uma pretensão às suas manifestações. Para Habermas, essa necessidade é de "natureza conceitual", porque nenhuma das ações indicadas é realizada sem a presença de uma pretensão de verdade ou de êxito. Em ambas as formas de proferimentos dá-se a conhecer que a ação adotada pode ser fundamentada. Logo, as pretensões levantadas com essas ações podem ser defendidas e criticadas. E o nível de racionalidade da ação é medido pela qualidade da fundamentação, que, por sua vez, se liga à "verdade do enunciado" ou à "eficácia da regra de ação"²⁵.

Nesse âmbito, uma pretensão de validade pode ser compreendida como uma garantia pragmática de que uma asserção formulada por um sujeito poderá ser submetida a uma justificação racional se sua validade for desafiada. Os atos de fala voltados ao entendimento levantam três tipos de pretensão de validade. A primeira é uma pretensão de verdade, na medida em que o proferimento se refere a objetos no mundo objetivo. A segunda, uma pretensão de correção, porque ele se refere a

²²E essa imprecisão, explorada em suas últimas consequências, resulta, para Heath, na rejeição de teses fundamentais à teoria da ação comunicativa. In: HEATH, J. "What is a validity claim?", *Philosophy and Social Criticism*, v. 24, n. 4, pp. 23 e ss.

²³HABERMAS, J. *Teoria da ação comunicativa*, volume 1, Editora Unesp, São Paulo, 2022, p. 53.

²⁴HABERMAS, J. *Teoria da ação comunicativa*, (...) *Ob. Cit.*, p. 54.

²⁵HABERMAS, J. *Teoria da ação comunicativa*, (...) *Ob. Cit.*, pp. 54-55.

algo partilhado com o ouvinte no mundo social. E a terceira, uma pretensão de sinceridade, porque o proferimento remete a algo pertencente ao mundo subjetivo de quem faz o proferimento.²⁶

O significado e o entendimento de uma asserção dependem de suas pretensões de validade, ou seja, das razões que o falante usa para sustentar a asserção, buscando a aceitação do ouvinte²⁷. A adesão do ouvinte ao proferimento é explicada pela garantia do falante de que defenderá as pretensões levantadas em sua ação. Quanto às pretensões de verdade e correção, o agente pode aduzir razões; quanto à pretensão de sinceridade, tem papel fundamental a consistência de seu comportamento²⁸. Neste último caso, a credibilidade advém de como o agente se comporta e não das razões que ele apresenta.

Na maioria das comunicações cotidianas, as razões que sustentam os proferimentos permanecem implícitas, porque a maioria das asserções não tem a sua validade desafiada. Mas quando uma pretensão de validade é rejeitada, a adução de razões faz com que o falante ingresse no plano da argumentação.

Importa destacar aqui o sentido da pretensão de validade em um proferimento. Nos proferimentos comunicativos e teleológicos, quem levanta uma pretensão é um *agente*²⁹. Para a análise empreendida no presente trabalho, é relevante notar esse fato, tendo em vista que, na concepção significativa, coloca-se justamente o problema de compreender quem levanta uma pretensão quando ela pertence a uma norma. Essa é uma questão que será abordada adiante. Neste momento, cabe destacar que, em Habermas, a práxis comunicativa, operando a partir do mundo da vida, volta-se à formação, à conservação e à renovação de consensos baseados “no reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade criticáveis”³⁰.

A argumentação é justamente a modalidade de fala em que os participantes do discurso racional tematizam as pretensões de validade cuja aceitação foi problematizada. No espaço argumentativo, os agentes visam criticar ou resgatar pretensões de validade de proferimentos. Os argumentos contêm razões relacionadas às pretensões de validade desafiadas. A força de um argumento é dada pela pertinência de suas razões, o que permite inclusive o aprimoramento das pretensões de validade. Assim, o processo de fundamentação envolve também um processo de aprendizagem.³¹ James Finlayson destaca que as pretensões de validade são tão importantes na teoria de Habermas que, para ele, a estabilidade do mundo social depende das razões que sustentam os atos de fala³².

O conceito de racionalidade se conecta, assim, a um sistema de pretensões de validade. A racionalidade é vista como uma disposição de ação do sujeito que se manifesta em modos de comportamento para os quais existem boas razões. Com o manejo de boas razões, as manifestações racionais estão sujeitas à possibilidade de julgamentos objetivos.³³

Mas antes de tratarmos da abordagem das boas razões, cabe ainda esclarecer a fundamentação dada às pretensões de validade normativas em Habermas. Nesse primeiro momento da teoria da ação comunicativa, a fundamentação remete-se aos proferimentos de agentes inseridos em uma práxis

²⁶HABERMAS, J. *Consciência moral e agir comunicativo*, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1989, p. 79.

²⁷FINLAYSON, J. “The Habermas-Rawls debate”, *Columbia University Press*, Nova Iorque, 2019, p. 29.

²⁸HABERMAS, J. *Consciência moral e agir (...) Ob. Cit.*, p. 79.

²⁹HABERMAS, J. *Teoria da ação comunicativa, (...) Ob. Cit.*, p. 63.

³⁰HABERMAS, J. *Teoria da ação comunicativa, (...) Ob. Cit.*, p. 66.

³¹HABERMAS, J. *Teoria da ação comunicativa, (...) Ob. Cit.*, pp. 66-67.

³²FINLAYSON, J. “The Habermas-Rawls debate”, (...) *Ob. Cit.*, p. 29.

³³HABERMAS, J. *Teoria da ação comunicativa, (...) Ob. Cit.*, p. 72.

comunicativa. Nada se afirma ainda sobre a possibilidade de que normas contenham pretensões de validade – algo que é essencial à concepção significativa da ação.

5. AS PRETENSÕES DE VALIDADE DAS NORMAS NA ÉTICA DISCURSIVA

O que foi exposto até aqui permite que se comece a distinguir a especificidade do uso que Vives Antón faz da expressão pretensão de validade. Na concepção significativa da ação, é uma norma que é portadora dessa pretensão, enquanto no primeiro momento da teoria da ação comunicativa, é um agente quem formula um proferimento assertórico dotado de uma pretensão de validade. No entanto, esse não é o único sentido com que Habermas se refere às pretensões de validade. Cabe agora referir como Habermas apresenta a relação de normas com pretensões.

Em momentos distintos de sua produção teórica, Habermas volta-se à questão da fundamentação de normas de ação através de pretensões de validade. Na "Teoria da ação comunicativa", o filósofo alemão assevera que não há nos domínios da ética filosófica nenhum consenso sobre ser possível vincular a normas de ação pretensões de validade em analogia com pretensões de verdade³⁴. Há dissenso sobre a possibilidade de se afirmar que um juízo de dever pode ser justificado a partir da evocação da verdade de seus fundamentos. Com isso, se prenuncia a impossibilidade de que a pretensão de validade de uma norma tenha exatamente o mesmo sentido que a pretensão de validade de um proferimento comunicativo assertórico.

De todo modo, nesse momento de sua obra, Habermas reconhece a ligação entre pretensões de validade e normas de ação. Ele destaca, inclusive, que agentes não se envolveriam com argumentações morais se não acreditassem na possibilidade de obtenção de um consenso fundamentado. As normas de ação são apresentadas justamente com a pretensão de manifestar um interesse comum a todos os afetados e de merecer reconhecimento universal³⁵.

Habermas aprofunda a problemática das pretensões de validade normativas nos escritos que abrangem a fase de sua produção intelectual conhecida como ética discursiva. A ética discursiva³⁶ é uma teoria moral desenvolvida a partir da teoria da ação comunicativa^{37 38} e abarca vastos campos de conhecimento. Ela abrange, por exemplo, desde a fundamentação de proferimentos morais em contraste com proferimentos assertóricos até a justificação da função social da moralidade a partir de um ponto de vista sociológico³⁹. Nesse âmbito, compreende-se que a edificação de elementos mínimos de consenso que constituem a interface da interação social depende da comunicação e do discurso concebido como uma forma de argumentação moral.

Habermas destaca que só é possível fundamentar a ética de uma perspectiva de argumentação moral se for possível encontrar uma forma específica de pretensão

³⁴HABERMAS, J. *Teoria da ação comunicativa*, (...) *Ob. Cit.*, p. 68.

³⁵HABERMAS, J. *Teoria da ação comunicativa*, (...) *Ob. Cit.*, p. 68.

³⁶O estudo central em torno da formulação da ética discursiva é o "Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso", amplamente referenciado neste artigo. As reformulações que o próprio Habermas realizou sobre a ética discursiva não serão tematizadas neste trabalho. Nesse sentido, remete-se a Joseph Heath. *In*: HEATH, J. "Rebooting discourse ethics", *Philosophy and Social Criticism*, v. 40, n. 9, pp. 829 e ss.

³⁷Sobre a dependência que a ética discursiva possui em relação à teoria da ação comunicativa; NIEMI, J. "The foundations of Jürgen Habermas's Discourse Ethics", *The Journal of Value Inquiry*, v. 42, p. 267.

³⁸Sobre o cognitivismo e o procedimentalismo da ética discursiva, vide: LAFONT, C. "Procedural justice? Implications of the Rawls-Habermas debate for discourse ethics", *Philosophy Social Criticism*, n. 29, p. 163 e ss.

³⁹FINLAYSON, J. "The Habermas-Rawls debate" (...) *Ob. Cit.*, p. 27.

de validade que sirva para normas⁴⁰. Nesse ponto, ele desenvolve com maior profundidade a diferença entre as pretensões de validade de proposições comunicativas assertóricas e normativas. À primeira vista, pode parecer existir uma relação análoga entre o modo como as proposições assertóricas constantes dos atos de fala constatativos interagem com fatos e o modo como as proposições normativas de atos de fala regulativos interagem com relações interpessoais. Isso porque a verdade de uma proposição se volta à existência de um estado de coisas, assim como a correção de uma ação se volta à observância de uma norma.⁴¹ No entanto, as proposições normativas têm características marcadamente diferentes das proposições assertóricas.

Habermas destaca alguns elementos que marcam essa diferença. O mais importante, de acordo com o escopo deste trabalho, é o de que uma norma porta sentido e reivindica validade independentemente de ser proferida ou ter sua observância exigida por alguém. Uma norma pode assumir a forma de uma proposição impessoal, sem precisar ser compreendida como um ato pessoal de fala. Essa característica da proposição normativa não está presente nas proposições assertóricas, que não podem assumir essa autonomia em relação ao falante. Isso porque as pretensões de verdade estão situadas em atos de fala e não podem ser desligadas de seu papel ilocucionário, enquanto as pretensões de validade das normas estão situadas primeiro em normas e apenas secundariamente em atos de fala⁴².

Vale advertir que isso não significa que as normas não dependem das relações interpessoais ou dos atores capazes de cumpri-las. A pretensão de validade da norma coloca-se entre a linguagem e o mundo social e mostra a dependência recíproca entre ambos. Essa mesma dependência não é encontrada entre a linguagem e o mundo objetivo, no caso das proposições assertóricas. Assim, o fato de se reconhecer a existência de uma norma não significa, ainda, reconhecer que ela é digna de observância. Os motivos para reconhecer suas pretensões de validade podem ter diferentes características, como convicções, sanções ou imbricações entre convicções e violência. Mas para que a imposição de uma norma seja duradoura, é fundamental que sejam mobilizadas razões para pelo menos conferir uma aparência de legitimidade à pretensão de validade perante seus destinatários⁴³.

Do exposto até aqui, pode-se perceber que as pretensões de validade da norma pena de Vives Antón encontram um caminho de fundamentação assemelhado ao das proposições normativas em Habermas, mas não há uma perfeita identificação. É importante destacar que as pretensões de correção normativa possuem características próprias que afastam as normas de qualquer espécie de pretensão de verdade. Esse elemento, ao qual faremos referência adiante, é comum a Vives Antón e a Habermas. Antes disso, voltaremos nossa atenção para o passo seguinte à afirmação da pretensão de validade dos atos de fala: trata-se da questão de como fundamentar uma pretensão de validade.

6. A ABORDAGEM DAS BOAS RAZÕES NA FUNDAMENTAÇÃO DE PROPOSIÇÕES NORMATIVAS

As reflexões de Habermas⁴⁴ mostram a relação do conceito de racionalidade com um sistema de pretensões de validade que precisa ser esclarecido através de uma teoria da argumentação. Dentro do escopo deste trabalho, interessa a forma de argumentação do discurso prático, porque nesse âmbito as pretensões de validade

⁴⁰HABERMAS, J. *Consciência moral e agir (...)* Ob. Cit., pp. 78-79.

⁴¹HABERMAS, J. *Consciência moral e agir* Ob. Cit., p. p. 80.

⁴²HABERMAS, J. *Consciência moral e agir (...)* Ob. Cit., p. 81.

⁴³HABERMAS, J. *Consciência moral e agir (...)* Ob. Cit., pp. 82-83.

⁴⁴HABERMAS, J. *Teoria da ação comunicativa, (...)* Ob. Cit., p. 73.

que podem ser desafiadas e reafirmadas são aquelas relacionadas à correção das normas de ação.

A lógica da argumentação esboçada por Habermas⁴⁵ volta-se às relações internas, não dedutivas, entre os atos de fala que compõem argumentos. Há assim uma rejeição à identificação da teoria da argumentação com a lógica dedutiva. A formulação da lógica de argumentação em Habermas é influenciada em especial pelos estudos de teoria da argumentação de Stephen Toulmin.

Em seu conhecido estudo "*An examination of the place of reason in ethics*" Toulmin propõe uma alternativa às posições então dominantes nos domínios da ética tendo como principal objetivo identificar por quais motivos um argumento pode ser reputado melhor que outro em proferimentos éticos. Como o título da obra indica, trata-se de entender qual é o lugar da razão na ética⁴⁶. Sua elaboração ficou conhecida como a abordagem das boas razões. Como indica Nielsen, essa abordagem se distingue das teorias metaéticas intuicionistas e naturalistas tradicionais ao voltar sua problemática a quais razões podem ser boas nos domínios da ética, ao invés de se concentrar nas definições das noções de bondade e de valor⁴⁷.

Para apresentar sua posição, Toulmin contrapõe-se a três abordagens de fundamentação dos juízos éticos. Ele denomina essas abordagens como objetiva, subjetiva e imperativa. A abordagem objetiva^{48 49} corresponde, segundo Toulmin, àquela personificada em G. E. Moore, em que a bondade seria uma propriedade objetiva e diretamente perceptível. Conforme essa abordagem, quando duas pessoas discordam a respeito de um julgamento ético, cada uma delas pensa que há uma propriedade objetiva que compõe seu julgamento e que é ignorada pela outra. Toulmin destaca que dificilmente haveria um distanciamento tão grande entre julgamentos morais se a bondade fosse mesmo uma qualidade objetiva diretamente perceptível, como por exemplo são as cores. É certo que algum distanciamento poderia existir, mas ele não seria tão significativo como se vê normalmente em disputas éticas. Além disso, Toulmin sustenta que o desacordo em julgamentos éticos não depende da identificação de um elemento objetivo subjacente a cada proferimento. O desacordo pode ser explicado simplesmente a partir da oposição dos argumentos usados para embasar os diferentes proferimentos.

Outra abordagem rejeitada por Toulmin é a abordagem subjetiva^{50 51}. Ela também parte da ideia de que julgamentos éticos referem-se a uma propriedade. Mas a propriedade em questão é um estado psicológico do falante. O problema dessa abordagem é que se juízos éticos dependerem simplesmente do estado psicológico dos envolvidos, então desaparece de todo a possibilidade de desacordo sobre julgamentos éticos. Conforme essa perspectiva, quando uma pessoa afirma que algo é bom ou ruim, ela está apenas asseverando que gosta ou não gosta de algo. Posta a questão nesses termos, haveria apenas diferentes gostos, mas não desacordo.

⁴⁵HABERMAS, J. *Teoria da ação comunicativa*, (...) *Ob. Cit.*, pp. 73-75.

⁴⁶TOULMIN, S. *An examination of the place of reason in ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1953. p. 3.

⁴⁷NIELSEN, K. "Good reasons in ethics: an examination of the Toulmin-Hare controversy", *Theoria*, v. 24. n. 1, p. 12.

⁴⁸TOULMIN, S. *An examination of the place of reason in ethics*, (...) *Ob. Cit.*, pp. 10 e ss;

STERBA, J. *Toulmin to Rawls*, em: CAVALIER, R. (et. al.) *Ethics in the history of western philosophy*, Londres, Macmillan, 1989. p. 399-400.

⁴⁹STERBA, J. "Toulmin to Rawls", em: CAVALIER, R. (et. al.) *Ethics in the history of western philosophy*, Macmillan, Londres, 1989, pp. 399-400.

⁵⁰TOULMIN, S. *An examination of the place of reason in ethics*, (...) *Ob. Cit.*, pp. 30 e ss.

⁵¹STERBA, J. "Toulmin to Rawls", *Ob. Cit.*, p. 400.

A terceira perspectiva criticada por Toulmin é a abordagem imperativa^{52 53}. Essa perspectiva tem a vantagem de reconhecer os problemas das concepções objetiva e subjetiva. Ela se afasta da ideia de que julgamentos éticos se baseariam em propriedades. No entanto, ela incide em outro problema, o de reduzir julgamentos éticos a asserções análogas a comandos. De acordo com essa perspectiva, quando alguém afirma que algo é bom, está-se dando uma ordem a respeito de como outra pessoa deve agir em circunstâncias determinadas. Do mesmo modo, quando alguém afirma que algo é ruim, apenas se aduz que algo não deve ser feito. Essa perspectiva não permite afirmar que as razões para um determinado proferimento ético são verdadeiras ou falsas, boas ou ruins, mas apenas que se deve ou não se deve fazer algo.

Toulmin pretende contornar todos esses problemas com sua perspectiva das boas razões. As boas razões remetem-se à função da ética. Fatos que constituem boas razões em proferimentos éticos possuem essa característica por causa do seu uso para embasar julgamentos que servem à função da ética, e não por conta daquilo a que eles se referem. A ética, segundo Toulmin⁵⁴, tem a função de “correlacionar sentimentos e comportamento de modo a fazer com que a satisfação dos objetivos e desejos de todos sejam tanto quanto possível compatíveis”. Em muitos casos de desacordo, argumenta Toulmin, não é necessário fazer menção à função da ética. Se não há conflito a respeito dos deveres envolvidos, basta fazer referência às regras aplicáveis para encontrar as boas razões relevantes no caso. É por exemplo a situação das regras de trânsito⁵⁵.

É interessante notar que Toulmin não acredita que a função da ética possa ser outra além dessa delineada acima. Ele considera, por um lado, que não seria possível apresentar qualquer justificativa ética baseada em interesses próprios ou particulares. Por outro lado, em Toulmin, não é possível apresentar qualquer fundamentação adicional à ética para além do fato de que todos estão envolvidos com a ética no convívio social.⁵⁶ Assim, Toulmin se afasta radicalmente das posições ontologicistas que entendem que a fundamentação nos domínios da ética dependeria de uma fundação metafísica⁵⁷.

Habermas⁵⁸ usa a abordagem das boas razões em sua teoria da ação comunicativa avançando para a problemática de Toulmin relativa a “como pretensões de validade problemáticas podem ser apoiadas em boas razões”. Habermas destaca que, em “*The uses of argument*”, Toulmin critica o que ele chama de concepções absolutistas na lógica da argumentação, ou seja, aquelas que reduzem discernimentos prático-morais, dentre outros, a “argumentos dedutivamente cogentes”. Argumentos cogentes do ponto de vista da inferência lógica não afirmam nada novo de um ponto de vista substancial. Toulmin também critica concepções relativistas, que não conseguem justificar a “coerção não coercitiva” do melhor argumento, nem conseguem dar conta “das pretensões universalistas das pretensões de validade”. Se nenhuma dessas posições vale, colocam-se as questões de entender como pretensões de validade desafiadas podem ser amparadas em boas razões e como razões podem ser criticadas.

⁵²TOULMIN, S. *An examination of the place (...)* Ob. Cit., pp. 46 e ss.

⁵³STERBA, J. “Toulmin to Rawls”, (...) Ob. Cit., p. 400.

⁵⁴TOULMIN, S. *An examination of the place (...)* Ob. Cit., p. 137.

⁵⁵Como salienta STERBA, J. “Toulmin to Rawls”, (...) Ob. Cit., p. 401.

⁵⁶STERBA, J. “Toulmin to Rawls”, (...) Ob. Cit., p. 401.

⁵⁷Sobre (e contra) essa concepção ontológica, NIELSEN, Kai. “The ‘good reasons approach’ and ‘ontological justifications’ of morality”, *The philosophical quarterly*, v. 9, n. 35, p. 116 e seguintes. Uma abordagem sobre se um julgamento moral não-cognitivistista pode ser considerado fundado racionalmente pode ser encontrada em: PERRY, R. “Some comments upon the ‘good reasons’ approach in ethical theory”, *The Journal of Value Inquiry*, v. 18. pp. 233-236.

⁵⁸HABERMAS, J. *Teoria da ação comunicativa (...)* Ob. Cit., pp. 75-76.

Argumentos são meios que permitem o atingimento do "reconhecimento intersubjetivo da pretensão de validade de um proponente, de início levantada hipoteticamente, transformando assim uma opinião em saber". Habermas indica que, para Toulmin, os argumentos possuem uma estrutura universal: "um argumento compõe-se de um proferimento problemático, a favor do qual se levanta uma determinada pretensão de validade, e de uma razão, com a qual essa pretensão deve ficar estabelecida. Essa razão é obtida com base em uma regra – uma regra de inferência, um princípio, uma lei etc. A regra apoia-se em evidências de diversos tipos"⁵⁹.

A partir desse quadro da obra de Toulmin, Habermas⁶⁰ avança para explicar como opera uma pretensão de validade. Ela pode ser levantada por pelo menos um falante e pelo menos um ouvinte. A pretensão de validade, mesmo que formulada implicitamente, é levantada com um proferimento que tem a seguinte forma, no que interessa às proposições normativas: "é correta a descrição de uma ação determinada". O ouvinte pode aceitar, recusar ou suspender o juízo acerca dessa pretensão. O assentimento e a recusa a pretensões de validade são expressões de discernimento. Elas diferem do assentimento ou da recusa de pretensões de poder, que são apenas expressões de arbítrio, já que nesse caso indica-se apenas a disposição de obedecer ou não a uma manifestação de vontade de terceiro. Proposições normativas têm como finalidade a justificação de ações a partir da correção ou da justiça de um modo de agir.

Com isso se explica não apenas a possibilidade de afirmação e de negação das pretensões da validade, mas também alguns dos possíveis caminhos de sua fundamentação. Essa última questão é essencial dentro do escopo do presente artigo, tendo em vista que Vives Antón também volta sua atenção a ela.

7. SOBRE A DETERMINAÇÃO DO CORRETO NA SISTEMÁTICA DE PRETENSÕES DE VALIDADE DA NORMA PENAL

Ao se debruçar sobre o problema do critério de determinação do correto, Vives Antón assevera, a partir de Wittgenstein, a impossibilidade de se formular a imagem de um bem absoluto. Vives indica exigências que podem ser postas a um modelo de correção normativa, mas não pretende ele mesmo apresentar esse modelo. E adverte que, mesmo que se pudesse oferecer um modelo acabado, ele ainda assim não poderia operar como um "juiz absoluto", mas funcionaria apenas como um guia.⁶¹

O critério de demarcação de correção para a pretensão de validade da norma é formulado a partir de Wittgenstein nos seguintes termos. Nossas práticas determinam quais pretensões de validade normativas recebem um valor incondicionado ou condicionado. As pretensões que recebem valor incondicionado são aquelas que prescrevem fins à vontade e não dependem dos fins empíricos desta. Já as pretensões que recebem valor condicionado são aquelas derivadas dos fins empíricos da vontade.⁶² É possível avaliar o que é correto contrapondo essas práticas com a "figura contrafática de uma sociedade que todo ser racional poderia aceitar"⁶³. Manuel Jimenez Redondo complementa que, na perspectiva de Vives Antón, é possível atender à pretensão de validade que é imanente às normas jurídicas com um conjunto articulado "de razões concernentes a como queremos viver, de razões concernentes à equidade dos compromissos entre as distintas projeções valorativas, de razões de tipo técnico, e de razões de tipo moral"⁶⁴.

⁵⁹HABERMAS, J. *Teoria da ação comunicativa (...)* Ob. Cit., p. 77.

⁶⁰HABERMAS, J. *Teoria da ação comunicativa (...)* Ob. Cit., pp. 93-95.

⁶¹VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del sistema (...)* Ob. Cit., 2011, pp. 483-484.

⁶²VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del sistema (...)* Ob. Cit., 2011, pp. 370-371.

⁶³VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del sistema (...)* Ob. Cit., p. 482.

⁶⁴JIMÉNES REDONDO, M. "Estudio preliminar" (...) Ob. Cit., 2011, p. 101.

Também é importante destacar que Vives Antón⁶⁵ tem uma marcada cisão com o modelo esboçado na teoria da ação comunicativa. Habermas pressupõe, no âmbito da argumentação que versa sobre a afirmação das pretensões de validade, uma situação ideal, que seria livre de coação para além daquela do melhor argumento, como condição para a obtenção de consensos racionalmente fundamentados. Para Vives Antón, quando Habermas transforma essas obrigações morais do participante em condições formais do discurso racional, ele “nega de fato à razão prática, que com tanto empenho postula, toda possibilidade de lograr alguma expressão digna de crédito”. Isso porque essa exigência é inalcançável como condição formal do discurso. Sua própria institucionalização seria injusta. Por exemplo, da perspectiva de direitos fundamentais não seria aceitável exigir a veracidade dos participantes em todos os debates públicos. A situação ideal só pode, por isso, ser uma ideia reguladora, mas não um critério metaético, nem um critério de correção dos consensos alcançados. Desse modo, Vives Antón não adere ao cognitivismo da ética discursiva de Habermas^{66 67 68}.

Marcadas as interseções e os distanciamentos da fundamentação de Vives Antón com as influências filosóficas que foram exploradas neste trabalho, passa-se à apresentação das respostas às perguntas formuladas.

8. CONCLUSÕES

O percurso trilhado até aqui permite a construção de respostas às perguntas postas no início do artigo. Como se viu, Habermas vale-se da noção de pretensão de validade tanto no interior de sua teoria da ação comunicativa para a fundamentação de proposições assertóricas, quanto no interior da sua ética discursiva para a fundamentação de proposições normativas. A justificação racional das pretensões de validade é construída a partir de uma teoria da argumentação que tem como ponto de partida a abordagem das boas razões de Toulmin.

Destacaremos dois aspectos fundamentais que distinguem as proposições assertóricas das proposições normativas. Cada um desses aspectos permite a formulação de uma resposta a cada um dos problemas postos neste trabalho. O primeiro desses aspectos é a relação entre os proferimentos e os sujeitos. Os proferimentos assertóricos são vistos, em Habermas, como atos pessoais de fala, ou seja, as pretensões de validade dessa forma de proferimento são sempre levantadas por um agente determinado. Já as normas carregam em si um sentido sem que tenham que ser proferidas por um agente determinado em um ato pessoal de fala. Essa independência da norma em relação ao agente é apenas relativa, tendo em vista que a norma depende das relações interpessoais e da existência de sujeitos capazes de cumpri-las. De qualquer maneira, o reconhecimento de uma relativa independência da norma em relação ao sujeito é o que afirma a especificidade das suas pretensões de validade.

Esse primeiro aspecto responde à primeira pergunta (em que sentido é possível afirmar que uma norma jurídica possui uma pretensão de validade?). As pretensões de validade das normas são diferentes daquelas dos proferimentos

⁶⁵VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, 2011, pp. 482-483 e nota de rodapé 57.

⁶⁶Para uma crítica mais abrangente ao caráter cognitivista da ética discursiva de Habermas, remete-se a LUMER, C. “Habermas’ Diskursethik”, *Zeitschrift für philosophische Forschung*, v. 51, p. 42 e ss.

⁶⁷Para os problemas do princípio da universalização na ética discursiva; NIEMI, J. “The foundations of Jürgen Habermas’s Discourse Ethics”, *The Journal of Value Inquiry*, v. 42, p. 255 e ss.

⁶⁸Ainda, sobre o fundacionismo na ética discursiva remete-se a HEATH, J. “The problem of foundationalism in Habermas’s (...)” *Idem*.

assertóricos, devido à sua relativa independência dos agentes que formulam os proferimentos. Enquanto as proposições assertóricas indicam uma relação entre a linguagem e o mundo objetivo, as normas indicam uma ligação entre a linguagem e o mundo social. O assentimento a uma norma pode ser estabelecido por diferentes formas de pretensões, mas sua imposição estável depende do manejo de fundamentos racionais capazes de satisfazer suas pretensões de validade.

Cabe, ainda, compreender qual é a especificidade da pretensão de validade de uma norma e, em especial, de uma norma penal (trata-se da segunda pergunta: que modo de fundamentação da norma penal é proposto a partir da sistemática de pretensões de validade de Vives Antón?). O segundo aspecto da distinção entre proposições assertóricas e normativas permite a apresentação de uma resposta a essa questão. Esse aspecto se refere à natureza das pretensões de validade. No modelo da ação comunicativa, proposições assertóricas possuem uma pretensão de *verdade*. A verdade do enunciado é uma característica básica dos atos de fala voltados ao entendimento, tendo em vista que proposições assertóricas referem-se a objetos no mundo. Por outro lado, como destaca Habermas, as normas não são guiadas por pretensões de verdade, mas pela *correção normativa* de suas proposições.

Nesse contexto revela-se a pertinência da afirmação de Vives Antón⁶⁹ de que a dogmática penal se equivocou ao substituir a pretensão de justiça pela pretensão de verdade. Como o delito não é um “objeto real”, o sistema de imputação também não corresponde a uma estrutura objetiva. E isso faz com que a dogmática deva ser compreendida como um modo de argumentação sobre tópicos em que as normas se ligam a determinados valores (segurança jurídica, liberdade, eficácia etc.), que, por sua vez, se remetem ao valor central da justiça. Esse é o sentido da pretensão de validade da norma penal esboçada nos “Fundamentos”.

No entanto, afirmar que a norma penal porta em si uma pretensão de justiça não é, ainda, afirmar como essa pretensão pode ser justificada racionalmente. O sentido da pretensão de validade da norma penal pode ser mais bem precisado quando cotejado com a abordagem das boas razões de Toulmin. As boas razões de um proferimento são extraídas da própria função da ética, que visa compatibilizar objetivos e desejos de todos da melhor maneira possível.

A relação entre a abordagem das boas razões e o âmbito da norma penal justifica-se na afirmação de que o direito compõe uma parte da gramática dos juízos éticos. Para Vives, as práticas indicam quais pretensões de validade devem receber valor incondicional e, a partir disso, pode-se avaliar a pretensão de determinar o que é correto com o recurso “à figura contrafática de uma sociedade que todo ser racional poderia aceitar.”⁷⁰

Aqui se levantam dois estágios que devem ser adequadamente separados. O primeiro é aquele em que se determina quais são as pretensões de validade que devem receber valor incondicional. Esse é o campo argumentativo, onde pretensões de validade são negadas, reafirmadas, aprimoradas ou substituídas através de motivos racionais que podem se remeter às boas razões. O segundo estágio diz respeito ao momento em que a norma exercita sobre ações suas pretensões de validade estabilizadas. No interior da sistemática das pretensões de validade de Vives Antón, o primeiro estágio parece ser uma questão a ser elucidada no âmbito da formulação de uma pretensão global de justiça e de suas pretensões parciais. Já o segundo estágio é um assunto que se remete ao exercício das pretensões parciais da norma penal.

A especificidade da abordagem de Vives Antón está justamente no modo de construção de seu sistema de pretensões de validade. A pretensão de justiça exercida pela norma sobre uma ação somente pode se realizar se todas as pretensões parciais

⁶⁹VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, 2011, p. 490.

⁷⁰VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, pp. 481-482.

forem, em um caso concreto, racionalmente justificadas. O desafio à validade da norma penal sobre um caso é respondido a partir da determinação racional sobre se podem ser afirmadas, na ação analisada, as pretensões parciais de relevância, de ilicitude, de reprovação e de necessidade de pena. Cada uma dessas pretensões de validade deve ser considerada através da adução de razões. Se as razões não bastarem, então a pretensão de validade da norma deve ser afastada da ação considerada. No processo de determinação concreta da validade da norma penal em uma ação não está mais em jogo qualquer conflito sobre os deveres envolvidos, porque eles são estabilizados previamente na norma penal. Não se trata mais de perguntar se há boas razões que permitam afirmar a correção da norma, mas de verificar se é possível a afirmação da pretensão da norma sobre um caso. Essa especificidade das pretensões de validade da norma penal deriva dos propósitos de construção de uma dogmática penal – o que, como se viu, não é objetivo da teoria da ação comunicativa, nem da ética discursiva. Por fim, a análise da correção da pretensão de justiça e das pretensões parciais da norma penal situa-se em um momento de argumentação anterior, em que essas pretensões podem, de fato, ser problematizadas. Assim, resta caracterizado um quadro a respeito da singularidade e do sentido da compreensão das normas penais na concepção significativa da ação.

9. BIBLIOGRAFIA

- BUSATO, P.C. *Direito penal: parte geral*, 6 ed., Tirant lo Blanch São Paulo, 2022.
- CAVALIER, R. (et. al.) *Ethics in the history of western philosophy*, Macmillan, Londres, 1989.
- FINLAYSON, J. *The Habermas-Rawls debate*, Columbia University Press, Nova Iorque, 2019.
- HABERMAS, J. *Consciência moral e agir comunicativo*, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, , 1989.
- HABERMAS, J. *Teoria da ação comunicativa*, volume 1, Editora Unesp, São Paulo, 2022.
- HEATH, J. "Rebooting discourse ethics", *Philosophy and Social Criticism*, v. 40, n. 9.
- HEATH, J. "The problem of foundationalism in Habermas's discourse ethics", *Philosophy and social criticism*, v. 21, n. 1.
- HEATH, J. "What is a validity claim?", *Philosophy and Social Criticism*, v. 24, n. 4.
- LAFONT, C. "Procedural justice? Implications of the Rawls-Habermas debate for discourse ethics", *Philosophy Social Criticism*, n. 29.
- LUMER, C. "Habermas' Diskursethik", *Zeitschrift für philosophische Forschung*, v. 51.
- NIELSEN, K. "Good reasons in ethics: an examination of the Toulmin-Hare controversy", *Theoria*, v. 24. n. 1.
- NIELSEN, K. "The 'good reasons approach' and 'ontological justifications' of morality", *The philosophical quarterly*, v. 9, n. 35.
- NIEMI, J. "The foundations of Jürgen Habermas's Discourse Ethics", *The Journal of Value Inquiry*, v. 42.
- PERRY, R. "Some comments upon the 'good reasons' approach in ethical theory", *The Journal of Value Inquiry*, v. 18.
- TOULMIN, S. *An examination of the place of reason in ethics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1953.
- VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

Cadernos de Direito Actual Nº 23. Núm. Extraordinario (2024), pp. 83-112

ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Modelo brasileiro de imputação de responsabilidade penal para pessoas jurídicas

The criminal imputed liability to legal entities at Brazilian model

Fernando A. N. Galvão da Rocha¹

Universidade Federal de Minas Gerais

Sumário: 1. Introdução; 2. Autorresponsabilidade por força da Constituição; 3. Ação penal; 3.1 Do ato de conexão à atividade; 4. Requisitos estabelecidos pela Lei 9.605/98; 4.1 Infração à norma incriminadora; 4.2 Decisão institucional; 4.3 Interesse ou benefício da pessoa jurídica; 4.4 Atividade realizada cumpre a decisão institucional; 5. Requisitos estabelecidos pela parte geral do Código Penal; 5.1 Atividade típica; 5.1.1 Imputação objetiva; 5.1.2 Imputação subjetiva; 5.2 Atividade ilícita; 5.3 Atividade culpável; 6. Concurso de pessoas jurídicas; 7. Pessoas jurídicas que podem ser responsabilizadas; 8. Crimes que permitem a responsabilização penal da pessoa jurídica; 9. Bibliografia.

Resumo: O presente estudo examina o modelo de imputação de responsabilidade penal à pessoa jurídica adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, promovendo profunda revisão de posicionamentos sustentados anteriormente. A análise inicia pela compreensão do referencial constitucional, prossegue pela regulamentação oferecida pela Lei 9.605/98 e pelas disposições da parte geral do Código Penal relativas à teoria do crime que são aplicáveis à pessoa jurídica. O paradigma da responsabilidade indireta da pessoa jurídica (heterorresponsabilidade) anteriormente sustentado agora é substituído pelo da responsabilidade direta (autorresponsabilidade). O conceito de ação penal é revisto para permitir caracterização de uma *ação penal individual* e também de uma *ação penal institucional*. A crítica no sentido da incompatibilidade de uma teoria do crime aplicável à pessoa jurídica com os dispositivos do Código Penal brasileiro é superada para reconhecer a possibilidade de aplicação dos referidos referenciais normativos. Alterar o Código Penal para oferecer à pessoa jurídica o mesmo sistema de garantias que é oferecido à pessoa física não é necessário, muito embora alterações pontuais possam aprimorar o sistema.

Palavras-chave: Autorresponsabilidade penal; pessoa jurídica; teoria do crime.

Abstract: The present study examines the model for attributing criminal liability to legal entities adopted by the Brazilian legal system, promoting a profound review of previously held positions. The analysis begins with understanding the constitutional framework, continues with the regulation offered by Law 9,605/98 and the provisions of the general part of the Penal Code relating to the theory of crime that are applicable to legal entities. The paradigm of indirect liability of the legal entity (heterresponsibility) previously supported is now replaced by that of direct liability (self-responsibility). The concept of criminal action is revised to allow the characterization of an individual criminal

¹Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Desembargador Civil do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais.

action and also of an institutional criminal action. The criticism regarding the incompatibility of a theory of crime applicable to legal entities with the provisions of the Brazilian Penal Code is overcome to recognize the possibility of applying the aforementioned normative references. Changing the Penal Code to offer legal entities the same system of guarantees that is offered to individuals is not necessary, although specific changes can improve the system.

Keywords: Criminal self-responsibility; Legal entity; Theory of crime.

1. INTRODUÇÃO

Não há concordância sobre o modelo de imputação de responsabilidade penal à pessoa jurídica adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Embora a maioria dos doutrinadores sustente que foi adotado o modelo de heterorresponsabilidade^{2 3 4 5 6 7 8 9}, há quem entenda pela adoção de um modelo híbrido (misto)^{10 11} e, ainda, pela adoção do modelo de autorresponsabilidade^{12 13}.

Na doutrina penal, o tema ainda é muito controverso porque a necessidade de explicar racionalmente a intervenção punitiva em face da pessoa jurídica é recente. Superada a discussão sobre a possibilidade de punir criminalmente a pessoa jurídica, o desafio que no momento se apresenta diz respeito a como fundamentar racionalmente tal forma de responsabilização^{14 15 16 17}.

Do mesmo modo como ocorreu com a responsabilização da pessoa física, que decorre de processo permanente de reflexão sobre os seus pressupostos e fundamentos, a doutrina penal agora é desafiada a sistematizar os requisitos para a

²BUSATO, P.C. "Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto de novo Código Penal Brasileiro", *Revista Liberdades*, Edição especial: Reforma do Código Penal, IBCCrim, São Paulo, 2012, pp. 109-111.

³CORRERA, M. C. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: a teoria do delito em face da autorresponsabilidade do ente coletivo*, D'Plácido, Belo Horizonte, 2021, pp. 60 e 185.

⁴DAVID, D. F. *Manual de Direito Penal Econômico*, D'Plácido, Belo Horizonte, 2020, p. 370.

⁵IENACO, R. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, Juruá, Curitiba, 2010, p. 139.

⁶LEITE, A. "Observações provisórias sobre a responsabilização penal das pessoas jurídicas", em: BUSATO, P.C. *Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: seminário Brasil-Alemanha Tirant lo Blanch*, Florianópolis, 2018, p. 83.

⁷SALVADOR NETTO, A. V. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2018, pp. 292-295 e 299-300 (nota 49).

⁸SARCEDO, L. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*, LiberArs, São Paulo, 2016, 118.

⁹E, TANGERINO, D. P. C. "Culpabilidade e responsabilidade penal da pessoa jurídica", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 86, p. 48.

¹⁰SOUZA, A. B. G. *Direito Penal empresarial: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance*, LiberArs, São Paulo, 2021, pp. 173 e 214;

¹¹Gómez-Jara Díez afirma que "no Brasil foi instituído um sistema misto de responsabilidade pelo ato próprio". In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*, Atlas, São Paulo, 2015, p. 03.

¹²SANCTIS, F. M. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, Saraiva, São Paulo, 1999, pp. 79 e ss.

¹³E, VERÍSSIMO, C. *Compliance: incentivo à adoção de medida anticorrupção*, Saraiva, São Paulo, 2017, p. 84.

¹⁴SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, EDISOFR, Madrid, 2018, p. 285.

¹⁵ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos: análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 09.

¹⁶PLANAS, R. R. "Crimes de pessoas colectivas?: A propósito da lei austríaca sobre a responsabilidade dos agrupamentos pela prática de crimes", *Lusíada*, nº 4/5 disponível em: <http://repositorio.ulusiada.pt/handle/11067/1212>, acesso em: 11 jul. 2019, p. 460.

¹⁷E, SALVADOR NETTO, A. V. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2018, p. 21.

responsabilização penal da pessoa jurídica. E, no processo de construção da dogmática mais adequada, é natural que ocorram revisões, ajustes e mudanças de paradigmas.

O presente estudo é fruto de profunda revisão de posicionamentos sustentados anteriormente. O paradigma da responsabilidade indireta da pessoa jurídica (heterorresponsabilidade) anteriormente sustentado¹⁸ agora é substituído pelo da responsabilidade direta (autorresponsabilidade). O conceito de ação penal¹⁹ é revisto para permitir caracterização de uma *ação penal individual* e também de uma *ação penal institucional*. A crítica no sentido da incompatibilidade de uma teoria do crime aplicável à pessoa jurídica com os dispositivos do Código Penal brasileiro²⁰ é superada para reconhecer a possibilidade de aplicação dos referidos referenciais normativos. Alterar o Código Penal para oferecer à pessoa jurídica o mesmo sistema de garantias que é oferecido à pessoa física não é necessário, muito embora alterações pontuais possam aprimorar o sistema.

A análise que visa identificar o modelo adotado inicia pela compreensão do referencial constitucional, prossegue pela regulamentação oferecida pela Lei 9.605/98 e pelas disposições da parte geral do Código Penal relativas à teoria do crime que são aplicáveis à pessoa jurídica. Partindo de tais referenciais normativos, é possível estabelecer um modelo interpretativo restritivo de possível aplicação no direito brasileiro²¹. Sigamos o caminho.

2. AUTORRESPONSABILIDADE POR FORÇA DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição da República prevê a responsabilidade penal de pessoa jurídica no parágrafo 5º de seu artigo 173 e no parágrafo 3º de seu artigo 225.

O primeiro dispositivo constitucional não traz qualquer indicativo sobre os critérios a serem utilizados para a imputação de responsabilidade. O parágrafo 5º do art. 173 limita-se a dizer 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*. Nestes termos, caberá à lei estabelecer os critérios de imputação e instituir penas que sejam compatíveis com a natureza peculiar da pessoa jurídica.

O segundo dispositivo constitucional, contudo, deixa claro que a responsabilidade penal da pessoa jurídica decorre da *atividade* lesiva ao meio ambiente que desenvolve e viola a norma de proteção ambiental. Vale lembrar a redação do parágrafo 3º do art. 225 da Constituição da República, segundo o qual *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*.

Se a Constituição da República diz expressamente que a pessoa jurídica é *infratora* da norma jurídica, deixa claro que adotou um modelo de autorresponsabilidade no qual a pessoa jurídica é responsabilizada por infração normativa própria e não por infração normativa praticada por uma pessoa física. O dispositivo constitucional não menciona transferência de responsabilidade da pessoa física para a jurídica ou que a pessoa jurídica seja responsável por violação normativa cometida por pessoa física. O dispositivo diz que é a pessoa jurídica que viola (diretamente) a norma jurídica que fundamenta a sua responsabilidade.

Ao analisar a previsão constitucional, a primeira Turma do Supremo Tribunal Federal não se manifestou especificamente sobre o modelo de imputação adotado pelo ordenamento jurídico. O voto condutor da decisão paradigma sobre o tema (REExt

¹⁸GALVÃO, F. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, D'Plácido, Belo Horizonte, 2017, pp. 93-95.

¹⁹GALVÃO, F. *Direito Penal: parte geral*, D'Plácido, Belo Horizonte, 2023, pp. 194 e ss.

²⁰GALVÃO, F. *Teoria do crime da pessoa jurídica*, D'Plácido, Belo Horizonte, 2021, pp. 115-118.

²¹O autor realiza a mesma tarefa de interpretação da legislação espanhola (art. 31- bis e seguintes do Código Penal espanhol) com a Constituição. In: SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, (...) Cit., pp. 356-366.

548.181/PR, no entanto, ressaltou a necessidade da construção de um modelo de autorresponsabilidade no qual seja possível identificar claramente um injusto e uma culpabilidade que sejam próprios à pessoa jurídica.

No contexto de um modelo de autorresponsabilidade, se apresenta necessário rever o conceito de ação penal que constitui o pressuposto explicativo de todos os requisitos da teoria do crime.

3. AÇÃO PENAL

A ação penal é um conceito jurídico chave para a teoria do crime, posto que estabelece as bases para a explicação racional do conjunto de requisitos estabelecidos para a caracterização do crime. O conceito de ação penal é dado pela doutrina jurídico penal e prescinde de previsão legal. No ordenamento jurídico brasileiro não há definição legal para a ação penal que serve de base para os exames de tipicidade, ilicitude e culpabilidade. A ação de que trata o art. 100 do Código Penal brasileiro é referente à ação processual penal, ou seja, ao "instrumento pelo qual o autor exerce o direito de invocar a prestação jurisdicional"²². A noção jurídica da ação penal que constitui referência para a teoria do crime é dada pela doutrina e serve de norte interpretativo para aplicação do direito positivo. Pode-se afirmar que é até melhor que o conceito de ação penal não seja definido por lei, pois a ausência de definição legal permite a atualização de seu conteúdo.

A teoria do crime, por sua vez, sistematiza racionalmente os critérios de imputação de responsabilidade penal de modo a fundamentar a legitimidade da intervenção punitiva. Os critérios de imputação de responsabilidade reunidos na teoria do crime são normativos e devem ser estabelecidos por lei. E o sistema legal de garantias contra a intervenção punitiva também deve ser aplicado em relação às pessoas jurídicas.

O conceito de ação penal foi inicialmente concebido com referência aos movimentos corporais de pessoas físicas. A ação penal prestava-se a descrever o movimento da pessoa física que causava, como resultado, a modificação da realidade natural²³. A denominação de ação penal para o conceito indica o foco que se estabeleceu no movimento da pessoa física que causa modificação na realidade natural, que constitui uma ação de indivíduo ou uma ação penal individual.

Posteriormente, o conceito foi ampliado de modo a também inserir a ausência de movimento corporal da pessoa física que pode caracterizar um crime. O sistema neoclássico revelou que a ação penal é conceito jurídico que não pode ser concebido ontologicamente. Neste contexto, a perspectiva da *conduta humana*, apresentada por Mezger²⁴, foi capaz de reunir em um só conceito o comportamento comissivo e o omissivo da pessoa física, sendo até hoje acolhida por todas as elaborações analíticas do crime. A ação penal, assim, passou a designar a conduta (ação ou omissão) da pessoa física que constitui referencial para o modelo de caracterização do crime.

A compreensão de que a teoria do crime não constitui um modelo descritivo da realidade natural, mas sim interpretativo/valorativo desta realidade, permitiu caracterizá-la como um sistema teórico de base normativa. Cada vez mais se entende que a teoria do crime não pode se fundar em base naturalista. Esta mudança de paradigma necessariamente repercute efeitos na concepção da ação penal. A ação penal é conceito jurídico/abstrato que deve ser concebido conforme um determinado sistema de normas^{25 26}.

²²GALVÃO, F. *Direito penal: parte geral*, (...) Cit., p. 699.

²³BELING, E. *La doctrina del delito-tipo*, Depalma, Buenos Aires, 1944, pp. 14-16.

²⁴MEZGER, E. *Tratado de derecho penal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, t.1, 1949, pp. 168-172.

²⁵MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *A concepção significativa da ação de T. S. Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teológico-funcionais do delito*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 12.

²⁶E, BUSATO, P. C. *Tres tesis sobre la responsabilidad de personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 93.

No estágio atual de desenvolvimento da teoria do crime, a noção de ação penal que de maneira mais adequada concebe a ação penal aplicável à pessoa jurídica é fornecida pela concepção significativa da ação. Nos termos de tal concepção, a ação penal deixa de ser entendida como um conceito jurídico fundado em referencial naturalístico capaz de receber um sentido (significado) para constituir um sentido a que, conforme um determinado sistema de normas, pode ser atribuído aos dados da realidade social para os fins de explicar racionalmente e legitimar a intervenção punitiva²⁷.

A mudança de paradigma desloca o foco de atenção dos elementos naturais da conduta humana para os elementos normativos que permitem a atribuição do sentido que satisfaça as pretensões da norma penal e a caracterização do crime. Esta noção de ação penal relega a um segundo plano o suporte físico da ação penal, que é irrelevante para definir a ação penal^{28 29}, permitindo atribuir significado tanto para a atuação da pessoa física quanto da pessoa jurídica.

Mesmo sem acolher a reordenação dos elementos da teoria do crime no contexto das pretensões da norma penal proposta por Vives Antón³⁰, a concepção significativa da ação penal é a que melhor compreende a ação penal como um conceito jurídico que permite construir uma fundamentação coerente para a teoria do crime da pessoa jurídica. Com base no uso comum da linguagem, que se apresenta amparado em práticas socialmente estáveis, a concepção permite conceber uma noção ampliada de ação penal para incluir a atividade da pessoa jurídica³¹. Nestes termos, podemos identificar uma *ação penal institucional*³².

Se a ação penal é um conceito jurídico concebido para atribuir significados conforme um determinado sistema de normas, o ordenamento jurídico penal brasileiro determina conceber um conceito ação penal que permita atribuir significado à atuação da pessoa jurídica. Conforme dispõe o art. 225, §3º, da Constituição da República, a ação penal é conceito jurídico que deve abranger as “condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente”.

Conciliando-se com a Constituição, o conceito de ação penal deve ser novamente ampliado de modo que permita a atribuição de significado tanto para as manifestações individuais da pessoa física (condutas) quanto para as manifestações coletivas da pessoa jurídica (atividades), caracterizando, respectivamente, uma *ação penal individual* e uma *ação penal institucional*.

A ação penal institucional deve ser compreendida como o significado normativamente atribuído para um contexto de atuação supraindividual, que é próprio da atuação das pessoas jurídicas e não se confunde com o significado que é atribuído à atuação de pessoas físicas³³.

A atividade penalmente relevante da pessoa jurídica é estabelecida normativamente por critérios de imputação que identificam a forma pela qual a pessoa jurídica infringe a norma incriminadora.

No ordenamento jurídico brasileiro, o art. 3º da Lei 9.605/98 estabelece os critérios que essencialmente caracterizam a *atividade* penalmente relevante. O referido

²⁷VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p. 221.

²⁸MATEU, J. C. C. “Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: reflexões em torno de sua ‘dogmática’ e sobre o sistema da reforma de 2010 do CP espanhol”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 133, p. 47.

²⁹E, VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*, (...) Cit., p. 133.

³⁰ VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*, (...) Cit., pp. 491-495.

³¹BUSATO, P. C. *Tres tesis sobre la responsabilidad de personas jurídicas*, (...) Cit., pp. 95-96.

³²BAIGÚN, D. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 28 e ss.

³³Ressaltando a distinção de atribuição de significados: BARRETO, G. W. “O ato de conexão e a responsabilidade penal da pessoa jurídica”, em: GALVÃO, F. (Org.), *Estudos sobre responsabilidade penal de pessoas jurídicas*, Editora Dialética, Belo Horizonte, 2023, p. 42.

dispositivo legal, de maneira expressa, indica os requisitos necessários para a caracterização do aspecto decisório da *atividade*. O requisito implícito de que a decisão seja executada em conformidade com a decisão institucional completa a conformação da *atividade*. Tratando-se de ato de pessoa coletiva, a *atividade* se conforma pela combinação dos atos decisórios e executórios que, reunidos, violam a norma incriminadora³⁴.

Para concretizar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, no entanto, ainda é necessário observar os requisitos estabelecidos para os atos executórios que se pode extrair da parte geral do Código Penal e estão relacionados à teoria do crime. Tais requisitos estabelecem um sistema normativo que distingue os aspectos relevantes da ação penal e oferece garantias contra uma intervenção punitiva inadequada.

3.1. DO ATO DE CONEXÃO À ATIVIDADE

Para que se possa melhor compreender a atividade como manifestação coletiva da ação penal institucional, importa observar o processo de construção doutrinária que se inicia com o conceito de ato de conexão.

Os esforços por estabelecer uma responsabilidade própria da pessoa jurídica não se limitaram a trabalhar com as ideias de defeito^{35 36 37 38 39}, domínio⁴⁰ ou cultura da organização^{41 42}, mas também voltaram a atenção para a necessidade de explicar a realização material da ofensa ao bem jurídico, que sempre é realizada por pessoa física. Nesta perspectiva, importante explicação pretende sustentar a autorresponsabilidade no conceito de *ato de conexão*.

O referencial argumentativo do *ato de conexão*, inicialmente, foi utilizado para fundamentar a transferência de responsabilidade da pessoa física para a pessoa jurídica nos modelos de heterorresponsabilidade, tanto em sua vertente de responsabilidade vicarial⁴³ (com base na perspectiva civilista da *respondeat superior*⁴⁴) como na vertente

³⁴MORENO-PIEDRAHITA, C. "El ocaso de los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia y doctrina españolas", *Política Criminal*, vol. 14, n. 28, disponível em: <http://politicrim.com/2019-volumen-14-numero-28/>, acesso em 30 dez. 2021, p. 333.

³⁵TIEDEMANN, K. "El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico", (ARROYO ZAPATERO, L. & NIETO MARTÍN, A. coord.) *El derecho penal económico en la era compliance*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2013, p. 39.

³⁶No mesmo sentido: NIETO MARTÍN, A. "Compliance, criminologia e responsabilidade penal de pessoas jurídicas", (NIETO MARTÍN, A.; SAAD-DINIZ, E.; GOMES, R. M. orgs), *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2019, pp. 83-87.

³⁷ALBUQUERQUE, E. L. L. *Compliance e crime corporativo*, D'Plácido, Belo Horizonte, 2018, pp. 172-222.

³⁸BALCARCE, F. I. & BERRUERZO, R. *Criminal compliance y personas jurídicas*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2016, p. 106.

³⁹e SARCEDO, L. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*, (...) Cit., pp. 108-109.

⁴⁰ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*: análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal, (...) Cit., pp. 59-60.

⁴¹GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*, (...) Cit., p. 23.

⁴²No mesmo sentido: NIETO MARTÍN, A. "Compliance, criminologia e responsabilidade penal de pessoas jurídicas", (...) Cit., p. 84.

⁴³MORENO-PIEDRAHITA, C. "El ocaso de los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia y doctrina españolas", (...) Cit., p. 324.

⁴⁴GÓMEZ TOMILLO, M. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y derecho administrativo sancionador. Especial consideración de criterios político-legislativos de atribución de responsabilidad", *DELICTAE: Revista de Estudios Interdisciplinarios sobre el Delito*, v. 1, n. 1, disponível em: <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/2>. Acesso em: 23 ago. 2019, p. 21.

baseada na teoria da identificação (ou do *alter ego*)⁴⁵. Em tais modelos, a função essencial do conceito de *ato de conexão* é permitir a transferência de responsabilidade, fixando os requisitos da teoria do crime apenas na conduta da pessoa física. Neste contexto, a denominação de *ato de conexão* para o conceito se apresenta pertinente por dirigir o foco da atenção para o ato realizado pela pessoa física.

O referencial do *ato de conexão* também foi utilizado para fundamentar a responsabilidade penal de pessoas jurídicas em modelos ecléticos. Como exemplo destes, o *modelo antrópico de responsabilidade penal corporativa* sustenta a necessidade de considerar tanto a conduta da pessoa física que realiza materialmente o crime como as restrições impeditivas das práticas criminosas (ou a ausência delas) geradas no ambiente corporativo⁴⁶. Neste modelo, o *ato de conexão* relaciona a conduta da pessoa física que realiza o ato criminoso (típico, ilícito e culpável) ao aparato corporativo, com os seus valores e práticas institucionais, para fundamentar a responsabilização da pessoa jurídica. A perspectiva se funda nas premissas dos modelos de heterorresponsabilidade para fixar os requisitos da teoria do crime, acrescentando considerações sobre as restrições próprias ao ambiente corporativo que impedem ou facilitam a prática de crimes.

No entanto, se o conceito do *ato de conexão* pretende qualificar o ato porque expressa uma atuação da própria pessoa jurídica, o referencial teórico melhor se concilia com os modelos de autorresponsabilidade.

No contexto dos modelos de autorresponsabilidade, o argumento do *ato de conexão* é retomado para estabelecer normativamente o crime realizado pela própria pessoa jurídica, sem utilizar o recurso de transferir para ela o que a pessoa física fez ou de afirmar a equivalência jurídica ou axiológica de ambas as manifestações. O *ato de conexão* passa a ser compreendido como expressão da atuação da própria pessoa jurídica e deve cumprir a função de atender aos requisitos da teoria do crime. A conduta da pessoa física constitui referencial para a sua própria responsabilização, bem como para imputar responsabilidade à pessoa jurídica. Embora relacionados, os atos da pessoa física e o da pessoa jurídica devem ser distinguidos⁴⁷.

A concepção de uma autorresponsabilidade fundada no *ato de conexão* recebe crítica no sentido de que o esforço argumentativo não consegue superar o paradigma da atribuição de responsabilidade por fato praticado por outrem (que caracteriza os modelos de heterorresponsabilidade). Os críticos sustentam que os modelos de imputação de responsabilidade à pessoa jurídica que dependem da realização de um *ato de conexão* praticado por uma ou mais pessoas físicas instituem, de fato, uma responsabilidade por fato de outrem⁴⁸. A objeção desafia fundamentar a responsabilidade da pessoa jurídica em ato que possa ser reconhecido como um ato próprio.

A pessoa jurídica não é o somatório das pessoas físicas que a integram, possuindo realidade jurídica, econômica e social autônoma. A pessoa jurídica possui realidade no mundo jurídico, como também o crime e a responsabilidade decorrente de sua prática. Como realidade jurídica, a pessoa jurídica atua no ambiente social e econômico, podendo ser autonomamente responsabilizada. A denominação a ser utilizada, portanto, deve indicar claramente a autonomia da atuação e da responsabilidade da pessoa jurídica.

Oferecendo um conceito próprio para o ato da pessoa jurídica, o Projeto de Lei para o Fortalecimento da Integridade na Economia (*VerSanG-E*), que atualmente

⁴⁵NIETO MARTIN, A. & MORENO, B. G. A. "Responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito comparado (NIETO MARTIN, A.; SAAD-DINIZ, E. & GOMES, R. orgs), *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2019, pp. 648-650.

⁴⁶AGUILERA GORDILLO, R. *Manual de compliance penal em Espanha*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 299-313.

⁴⁷ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, (...) Cit., pp. 62-63.

⁴⁸SALVADOR NETTO, A. V. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 134

tramita no parlamento alemão (Bundestag)^{49 50}, define *eine Verbandstat* (§ 2 (1) 3). Em tradução livre, *eine Verbandstat* pode ser entendido como *ato de associação* ou *ato de organização*, caracterizando-o como *um crime que viola obrigações que se aplicam à organização ou que resultou ou deveria resultar no enriquecimento da organização*⁵¹. A proposta legislativa é muito feliz ao estabelecer critérios para uma atribuição normativa de significado para a atuação da pessoa jurídica⁵². Os critérios normativos para a identificação do ato da pessoa jurídica devem ser estabelecidas expressamente por lei e, no ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 3º da Lei 9.605/98 é o dispositivo legal que cumpre esta função.

As denominações extraídas de uma tradução mais literal do dispositivo do Projeto de Lei alemão podem induzir a alguns erros. Denominar o ato da pessoa jurídica como *ato de associação* pode induzir ao erro de que a referência se restringe apenas às corporações, não abrangendo as fundações. Pela mesma razão, as denominações *ato de corporação* ou *ato corporativo* não se mostram adequadas. A denominação *ato de organização*, por sua vez, também não se mostra adequada por indicar que o ato decorre de alguma organização interna da pessoa jurídica. Nem toda pessoa jurídica possui organização interna e a violação da norma jurídica que fundamenta a sua responsabilidade penal nem sempre decorre de falhas ou peculiaridades de sua organização.

As diferentes propostas doutrinárias e a profusão de ordenamentos jurídicos que passaram a contemplar a responsabilidade penal de pessoas jurídicas levaram a variadas concepções sobre o conteúdo de seu ato (melhor designado e concebido como *atividade*). Certamente, o emprego do conceito em diversos paradigmas dificulta o estabelecimento dos consensos necessários ao aprofundamento das reflexões sobre questões que *pressuponham, dependam ou decorram da estabilização de um conteúdo ao aludido referencial*⁵³.

Para além das divergências doutrinárias, a *atividade* deve ser definida pelos critérios de imputação de responsabilidade penal para as pessoas jurídicas estabelecidos pelo direito positivo.

Neste sentido, o ordenamento jurídico brasileiro traz denominação expressa para a manifestação que é própria da pessoa jurídica e que deve ser considerada pelo Direito Penal. O parágrafo 3º do art. 225 da Constituição da República prevê expressamente a responsabilidade penal de pessoas físicas e pessoas jurídicas, indicando que a infração normativa que fundamenta a responsabilização pode ser realizada por *conduta* ou por *atividade*. A conduta é a manifestação da pessoa física e a atividade é a manifestação da pessoa jurídica. Deste modo, a denominação para o referencial da pessoa jurídica é dada pela própria Constituição. A pessoa jurídica viola a norma incriminadora por meio de sua *atividade*, conceito que deve ser inserido no conceito mais abrangente de *ação penal*.

Utilizar a denominação *atividade* não implica em mera troca de etiquetas, mas sim de essencial mudança de paradigma. Se a denominação *conduta* dirige o foco da atenção para a manifestação realizada pela pessoa física, a denominação *atividade* se

⁴⁹A tramitação do projeto pode ser acompanhada, disponível em: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2020_Staerkung_Integritaet_Wirtschaft.html.

⁵⁰E BUSATO, P. C. *Tres tesis sobre la responsabilidad de personas jurídicas*, (...) Cit., pp. 87-89.

⁵¹Tradução livre do § 2 - *Begriffsbestimmungen; Auslandstaten*, (1) - *Im Sinne dieses Gesetzes ist*, item 3: *eine Verbandstat: eine Straftat, durch die Pflichten, die den Verband treffen, verletzt worden sind oder durch die der Verband bereichert worden ist oder werden sollte*. VerSanG-E, original do projeto, disponível em <https://dserver.bundestag.de/btd/19/235/1923568.pdf>.

⁵²GALVÃO, F. & OLIVEIRA, G. W. B. "Modelo de responsabilidad penal de la organización en Alemania, propuesto por el Versang-e", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 125, pp. 288-290.

⁵³BARRETO, G. W. "O ato de conexão e a responsabilidade penal da pessoa jurídica", (GALVÃO, Fernando Org.) *Estudos sobre responsabilidade penal de pessoas jurídicas*, Editora Dialética, Belo Horizonte, 2023, p. 42.

presta melhor a indicar que o conceito se refere a uma manifestação que deve ser atribuída à pessoa jurídica. Por isso, a denominação *atividade* será doravante utilizada em substituição à denominação *ato de conexão*.

Embora exista certa divergência sobre quais são os critérios normativos para a imputação de responsabilidade penal às pessoas jurídicas, os modelos de autorresponsabilidade propostos pela doutrina prevalentemente estabelecem a realização da *atividade* como o primeiro dos critérios^{54 55 56}.

A *atividade* que expressa a atuação da pessoa jurídica deve ser um ato qualificado, que possui determinadas qualidades que o identificam como próprios da pessoa jurídica.

Tratando-se de um ato realizado pela pessoa jurídica, somente pode ser materialmente praticado por pessoas físicas que tenham condições para atuar em nome da pessoa jurídica. No complexo de entidade, algumas pessoas físicas estão habilitadas a decidir pela pessoa jurídica (*elemento decisório da atividade*) e outras habilitadas para executar as decisões da pessoa jurídica (*elemento executório da atividade*). Tratando-se de ação penal coletiva, a *atividade* se caracteriza pela conjugação dos esforços das pessoas físicas que decidem pela pessoa jurídica e das que cumprem tais decisões.

Para que o ato possa ser considerado um ato da própria pessoa jurídica ainda é necessário que o ato viole um dever que recaia diretamente sobre a pessoa jurídica, no contexto de desenvolvimento de suas atividades. E neste sentido, a *atividade* pode violar tanto normas proibitivas quanto normas mandamentais incriminadoras. Assim, a *atividade* pode caracterizar um tipo incriminador comissivo ou omissivo, neste último caso, a omissão pode ser própria ou imprópria⁵⁷.

Por fim, é necessário que a *atividade* vise à obtenção de benefícios para a pessoa jurídica. Tal requisito pretende evitar a responsabilização da pessoa jurídica quando a conduta da pessoa física for realizada para satisfazer o seu próprio interesse individual, ainda que no desenvolvimento da atividade da pessoa jurídica. A rigor, se a conduta é realizada para satisfazer interesse individual, não se pode dizer que se trata de uma *atividade* de pessoa jurídica. Não é ato da pessoa jurídica, mas ato praticado unicamente pela pessoa física. Os benefícios pretendidos com a realização da conduta ilícita podem ser de qualquer natureza, mas devem sempre ser relacionados à atuação da pessoa jurídica⁵⁸.

No ordenamento jurídico brasileiro, os critérios para a caracterização da *atividade* são estabelecidos pelo art. 3º da Lei 9.605/98.

4. REQUISITOS ESTABELECIDOS PELA LEI 9.605/98

Na legislação infraconstitucional brasileira, as referências que indicam os critérios de imputação de responsabilidade penal para a pessoa jurídica estão previstas no art. 3º da Lei 9.605/98 – Lei de Crimes ambientais. O referido dispositivo legal apresenta 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.

⁵⁴BACIGALUPO, S. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, pp. 378-387.

⁵⁵ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, (...) Cit., p. 69.

⁵⁶E, SALVADOR NETTO, A. V. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, (...) Cit., p. 128.

⁵⁷BACIGALUPO, S. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, (...) Cit., p. 379.

⁵⁸Em sentido contrário, sustenta a autora que uma das finalidades da responsabilização da pessoa jurídica é o confisco dos bens ilicitamente adquiridos, sendo irrelevante que tal aquisição se relacione às atividades empresariais. In: BACIGALUPO, S. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, (...) cit., p. 380.

Do dispositivo legal pode-se extrair os seguintes requisitos explícitos: a) infração à norma jurídica incriminadora; b) decisão institucional por realizar a atividade; e c) infração praticada no interesse ou benefício da pessoa jurídica. Mas, a responsabilidade penal ainda depende da satisfação de outro requisito, que devemos reconhecer implícito à regra do artigo 3º. Tal requisito é: d) a atividade realizada cumpre a decisão proferida pela pessoa jurídica.

A partir de tais requisitos, devemos interpretar um modelo de imputação que se apresente em conformidade com a opção política de responsabilização penal da pessoa jurídica por ato próprio consagrada na Constituição da República.

A necessidade/possibilidade de interpretar as leis em conformidade com os valores e normas constitucionais consta expressamente do art. 28, parágrafo único, da Lei 9.869/99. A interpretação dos dispositivos legais em conformidade com a Constituição é premissa inafastável de um ordenamento jurídico que, como qualquer sistema, se apresenta uno e harmônico em seus valores internos. O esforço de conciliação, entretanto, não pode configurar violência contra a expressão literal do texto e não pode alterar o seu significado normativo, com mudança radical da concepção formulada originalmente pelo legislador. Se a expressão literal do texto da lei ou o seu sentido normativo contrariar a Constituição, a lei deve ser considerada como não recepcionada ou revogada pelo referencial normativo maior da Constituição. A possibilidade de conciliar a lei com a Constituição preserva a validade da disposição normativa no contexto do ordenamento jurídico interno e, no que diz respeito ao tema em exame, a validade dos parâmetros estabelecidos pelo art. 3º da Lei 9.605/98 para a responsabilização penal da pessoa jurídica.

Como veremos a seguir, o art. 3º da Lei 9.605/98 pode ser interpretado em consonância com o modelo de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica estabelecido pela Constituição da República, sem configurar violência contra a expressão literal do texto ou alterar o seu significado normativo.

4.1. INFRAÇÃO À NORMA INCRIMINADORA

O primeiro requisito estabelecido pelo artigo 3º da Lei 9.605/98 é que a atividade da pessoa jurídica viole a norma jurídica que se apresenta subjacente a um tipo penal incriminador previsto no subsistema do Direito Penal Ambiental. Certamente, a infração normativa constitui pressuposto essencial para qualquer forma de responsabilização jurídica.

Tratando-se de violação normativa realizada por meio de atividade desenvolvida por pessoa jurídica, importa notar que a norma protetiva do ambiente deve ter incidência direta sobre o âmbito de atividade da pessoa jurídica. Para a responsabilização da pessoa jurídica é necessário que sua atividade infrinja um dever que lhe seja diretamente dirigido.

A norma jurídica violada pela pessoa jurídica é a que se encontra subjacente ao tipo penal incriminador. O preceito incriminador, que descreve a forma de violação à norma jurídica, constitui referencial que também se aplica em relação à pessoa jurídica. Em interpretação do tipo penal incriminador em conformidade com a Constituição da República, deve-se entender que o preceito legal descreve a forma de expressão da *atividade* que viola a norma incriminadora. E, vale lembrar, a *atividade* pode se dar por meio da combinação de diversas contribuições individuais⁵⁹.

Cabe notar que a infração realizada por meio da atividade determina as consequências jurídicas que devem ser impostas à pessoa jurídica, tendo em vista a cominação de penas estabelecida no preceito sancionador do tipo. Assim, o tempo de duração da pena restritiva de direitos a ser aplicada à pessoa jurídica, por exemplo, tem a mesma duração da pena privativa de liberdade cominada, mas que é obrigatoriamente substituída (art. 55 do CP).

⁵⁹MORENO-PIEDRAHÍTA, C. "El ocaso de los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia y doctrina españolas", (...) Cit., p. 333.

4.2. DECISÃO INSTITUCIONAL

Como segundo requisito explícito para a responsabilização penal da pessoa jurídica, o artigo 3º da Lei 9.605/98 exige que a violação da norma incriminadora ocorra por deliberação tomada na esfera de poder legitimada a representar a pessoa jurídica ou a decidir sobre as suas atividades. Nas palavras da lei, é necessário que *a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado*. Trata-se de uma decisão institucional e não de uma decisão individual.

O requisito exige, inicialmente, constatar a relação de causalidade entre a decisão institucional e realização da atividade. O requisito ainda exige que atividade viole a norma, de modo que a decisão institucional constitui a causa remota da infração. Vale ressaltar que a decisão é diretamente relacionada ao desenvolvimento de determinada atividade e é a atividade que viola a norma jurídica, não a decisão. A decisão, por si só, não permite a responsabilização penal da pessoa jurídica. É necessário que, com base na decisão, a atividade seja realizada e viole a norma incriminadora. Embora a ocorrência da decisão seja um requisito explícito para a responsabilização, a violação normativa não ocorre antes da realização da atividade (*elemento executório da atividade*) proibida. Nos termos do art. 31 do Código Penal, a decisão institucional se situa no âmbito dos atos preparatórios da violação normativa.

A exigência de que *a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado*, deixa claro que para a responsabilização é exigida uma decisão que possa ser atribuída à própria pessoa jurídica: uma decisão institucional. Nos casos em que a decisão for tomada pelo representante da pessoa jurídica, é a própria pessoa jurídica que decide pela realização da atividade que viola a norma incriminadora. A caracterização da decisão como sendo institucional não pode causar estranheza. O representante da pessoa jurídica não decide por si, mas pela pessoa representada.

Por representante legal deve-se entender aquele que exerce a representação da pessoa jurídica em decorrência de mandamento legal. No caso, é a lei e não a vontade dos sócios que determina como será a representação da pessoa jurídica. Cabe observar que toda forma de representação tem sempre como causa remota a lei, pois é o ordenamento jurídico que autoriza o fenômeno pelo qual uma pessoa pode falar em nome de outra. Na representação denominada convencional a lei (art. 46, inciso II, do Código Civil) permite que os sócios da pessoa jurídica determinem quem será o representante. Na representação denominada legal, por outro lado, é a própria lei que determina como será feita a representação. No ordenamento jurídico brasileiro não há hipótese de representação legal para a pessoa jurídica de direito privado, e para as pessoas jurídicas de Direito Público a representação é sempre determinada pela lei.

O representante contratual, por sua vez, é a pessoa escolhida pelos sócios para representar a pessoa jurídica. É o que a doutrina também denomina de representação convencional. No ato constitutivo da sociedade, o contrato social define como será feita a representação e quem seja o representante. Nesse contexto, não é necessário que o representante seja um dos sócios da pessoa jurídica. O representante convencional pode ser pessoa física contratada.

O representante da pessoa jurídica, seja na representação legal ou convencional, deve ter poderes regulares para decidir por realizar a atividade que viola a norma jurídico-penal.

Nos casos em que a decisão for tomada pelo órgão colegiado da pessoa jurídica, a autorresponsabilidade se evidencia na medida em que o critério estabelecido pelo art. 3º da Lei 9.605/98 somente se refere à própria pessoa jurídica ao mencionar a decisão pela realização da atividade.

O órgão colegiado a que se refere o dispositivo legal é o segmento da estrutura organizacional da pessoa jurídica que possui o poder de decidir sobre o desenvolvimento de suas atividades. Para atender ao requisito estabelecido no artigo 3º da Lei 9.605/98, o órgão colegiado deve ser um órgão diretivo (deliberativo) da pessoa jurídica. Os órgãos consultivos não podem tomar decisões sobre as atividades da pessoa jurídica e,

por isso, a responsabilidade penal da pessoa jurídica não pode se estabelecer apenas com base em suas manifestações.

As decisões dos órgãos colegiados normalmente são tomadas coletivamente, orientando-se pela vontade da maioria das pessoas físicas que o integram. No entanto, é possível que o regulamento de atuação do colegiado permita a tomada de algumas decisões monocráticas, em casos de urgência ou sobre questões já decididas anteriormente de maneira coletiva. Algumas decisões monocráticas podem apresentar caráter liminar e devem ser, posteriormente, submetidas ao órgão colegiado em sua composição plena. Mesmo tratando-se de decisão monocrática, a decisão é do órgão e se a atividade realizada em decorrência da decisão infringir a norma protetiva do ambiente é possível responsabilizar a pessoa jurídica.

Para a responsabilização da pessoa jurídica é necessário comprovar a ocorrência da decisão de seu representante ou de seu órgão colegiado. Não se pode admitir que a pessoa jurídica seja responsável por infração que não tenha sido determinada em sua esfera regular de decisão. Os atos praticados por deliberação exclusiva de pessoa física, sem poderes de decisão sobre as atividades da pessoa jurídica, permitem apenas estabelecer a sua própria responsabilidade (da pessoa física).

4.3. INTERESSE OU BENEFÍCIO DA PESSOA JURÍDICA

Como terceiro requisito explícito para a responsabilização da pessoa jurídica é necessário comprovar que a realização da atividade visava atender aos interesses da pessoa jurídica ou lhe trazer algum benefício. A responsabilização da pessoa jurídica não depende da efetiva satisfação do interesse ou da obtenção do benefício. Basta que a atividade seja cometida com o propósito de satisfazer um interesse ou de obter um benefício para a pessoa jurídica.

A princípio, pode parecer que o legislador foi redundante ao mencionar interesse e benefício da pessoa jurídica. No entanto, uma análise mais cautelosa faz perceber que nem sempre a satisfação do interesse proporciona a obtenção direta de um benefício para a pessoa jurídica e o art. 3º da Lei 9.605/98 deixa claro que a responsabilidade se estabelece mesmo com a realização de atividade que vise apenas a satisfação de um interesse.

O interesse retrata a vinculação subjetiva entre determinada pessoa e determinado objeto. A noção jurídica de interesse como vinculação entre um sujeito e um objeto é perfeitamente compatível com a existência e as atividades da pessoa jurídica. No âmbito do processo penal, por exemplo, todos reconhecem o interesse de agir do Estado na persecução criminal. Certamente, ao Estado e a qualquer outra pessoa jurídica é possível reconhecer os mais variados interesses.

No contexto da responsabilização penal da pessoa jurídica, deve-se entender por interesse da pessoa jurídica a consideração que indica ser proveitosa a realização de determinada atividade, a prestação de determinado serviço ou o alcance de determinado objetivo. Assim, pode a pessoa jurídica ter interesse em aumentar os seus lucros, em firmar um contrato com outra pessoa jurídica para a realização de um determinado empreendimento; pode a pessoa jurídica ter interesse em assumir uma posição de domínio do mercado; pode a pessoa jurídica ainda ter o interesse de construir uma imagem atrativa para o seu público consumidor. Nesse sentido, a previsão legal impõe responsabilidade mesmo quando o interesse não é econômico, quando o interesse não é satisfeito ou quando a satisfação do interesse não trouxer o benefício econômico esperado.

O interesse não se confunde com o benefício. Se o interesse é a vinculação subjetiva que se estabelece entre a pessoa jurídica e o objeto (material ou imaterial) pretendido, o benefício é a vantagem que materializa o objeto de um interesse que lhe é dirigido. Normalmente, a obtenção de um benefício significa a satisfação de um interesse, pois o benefício sempre interessa a quem o procura obter.

O art. 3º da Lei 9.605/98 estabelece que a responsabilidade penal da pessoa jurídica também pode se dar quando a realização da atividade visar a obtenção de um benefício para a entidade. O benefício para a pessoa jurídica é uma vantagem de

qualquer natureza, e não somente uma vantagem de natureza econômica. Se a infração visar a obtenção de vantagem pecuniária, incidirá a agravante da pena prevista no art. 15, inciso II, alínea *a*, da Lei 9.605/98. Mas, nem sempre a infração visa a obtenção de vantagem de natureza econômica. Muitas pessoas jurídicas são constituídas para o desenvolvimento de atividades sem fins lucrativos e, mesmo assim, suas atividades podem ofender bens jurídicos ambientais.

Também cabe notar que é possível que a pessoa jurídica seja beneficiada com a obtenção de uma vantagem não esperada com o desenvolvimento de atividade que infringe a norma protetiva do ambiente. Para a responsabilidade penal é necessário comprovar que, no momento da decisão pela realização da atividade, a pessoa jurídica buscava obter um benefício determinado. O benefício não pretendido no momento da decisão pela realização da atividade e, eventualmente, obtido posteriormente não atende à exigência do art. 3º da Lei 9.605/98.

4.4. ATIVIDADE REALIZADA CUMPRE A DECISÃO INSTITUCIONAL

No ordenamento jurídico em vigor, a responsabilidade penal da pessoa jurídica decorre de violação à norma incriminadora. E tal violação é realizada por pessoas físicas que executam materialmente a atividade da pessoa jurídica. Muito embora não seja necessário realizar uma dupla imputação no processo criminal que apura a responsabilidade da pessoa jurídica (STF-REExt 548.181/PR), decorre do art. 3º da Lei 9.605/98 a exigência por identificar a realização material da atividade que viola a norma jurídica.

Como já é pacífico nos Tribunais Superiores, pode-se admitir a denúncia unicamente formulada contra a pessoa jurídica. No entanto, para responsabilizar a pessoa jurídica é necessário comprovar que a realização da conduta descrita no preceito incriminador do tipo foi feita por pessoa(s) física(s) vinculada(s) à pessoa jurídica. Não é necessário que a(s) pessoa(s) física(s) que realizou(aram) a(s) conduta(s) proibida(s) seja(m) responsabilizada(s). A responsabilidade das pessoas jurídicas é independente da responsabilidade das pessoas físicas que expressam a sua atuação.

Portanto, também é requisito para a responsabilização da pessoa jurídica a constatação da vinculação existente entre a decisão institucional (*elemento decisório da atividade*) e a realização material da atividade que viola a norma jurídica. Vale dizer, é necessário constatar a relação de causalidade entre a decisão e a realização concreta da atividade que viola a norma incriminadora.

Não se pode punir uma pessoa jurídica sem comprovar que a deliberação do ente coletivo levou à realização concreta da atividade proibida (*elemento executório da atividade*). É perfeitamente possível que uma pessoa física não autorizada pela pessoa jurídica viole a norma jurídica para prejudica-la. E, nesse sentido, também é necessário comprovar que a violação da norma jurídica se deu no estrito cumprimento da deliberação da pessoa jurídica. Não se pode admitir que a pessoa jurídica seja responsabilizada nos casos de excesso de mandato.

5. REQUISITOS ESTABELECIDOS PELA PARTE GERAL DO CÓDIGO PENAL

O exame do art. 3º da Lei 9.605/98 evidencia que a regulamentação por ele estabelecida é insuficiente para tratar de toda a matéria relativa à responsabilidade penal de pessoa jurídica e conformar um modelo adequado de imputação que possa estabelecer as devidas garantias contra os eventuais excessos da intervenção punitiva.

Para a responsabilização penal das pessoas jurídicas também é necessário satisfazer os critérios de imputação estabelecidos nas disposições constantes da parte geral do Código Penal aplicáveis às pessoas jurídicas. Os mesmos institutos dogmáticos da teoria do crime utilizados em relação à pessoa física podem ser aplicáveis às pessoas jurídicas⁶⁰, na medida em que possam incidir no contexto de suas peculiaridades.

⁶⁰JAKOBS, G. *Derecho penal: parte general*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 183-184.

Vale ressaltar que no Código Penal não há qualquer dispositivo que restrinja a responsabilidade penal unicamente à pessoa física. A aplicação das normas gerais do Código Penal à responsabilização por crimes ambientais é imposição de seu art. 12, segundo o qual tais regras se aplicam aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso. E o art. 3º da Lei de Crimes Ambientais não dispõe de maneira diversa do que consta na parte geral do Código Penal, estabelecendo, apenas, requisitos complementares que se aplicam em relação à responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Para a correta responsabilização da pessoa jurídica, portanto, é necessário observar os dispositivos da parte geral do Código Penal que tratam dos aspectos que não foram disciplinados pela lei especial e se compatibilizam com a natureza peculiar da pessoa jurídica⁶¹.

A parte geral do Código Penal foi redigida visando aplicar os seus dispositivos às pessoas físicas e não às pessoas jurídicas. Contudo, diante da instituição da responsabilidade penal das pessoas jurídicas e da necessidade de lhes conceder as mesmas garantias contra eventuais excessos na intervenção punitiva, torna-se necessário revisitar a linguagem utilizada nos dispositivos de sua parte geral para verificar a possibilidade de sua aplicação às pessoas jurídicas. Se a linguagem utilizada nas disposições da parte geral do Código Penal permitir a expressão e a comunicação intersubjetiva das pretensões de validade normativa, os referenciais legais estabilizam expectativas recíprocas que devem ser entendidas e reconhecidas pelos operadores do direito.⁶² Em outras palavras, se o uso normal das palavras utilizadas nos dispositivos da parte geral do Código Penal permitir a compreensão da pretensão normativa nos casos que envolvem pessoas jurídicas, tais dispositivos devem ser aplicados para a sua responsabilização.

Assim, o modelo de imputação de responsabilidade penal às pessoas jurídicas possui as garantias extraídas da combinação das regras especiais da Lei 9.605/98 com as regras gerais do Código Penal.

5.1. ATIVIDADE TÍPICA

Um modelo de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica, fundado em uma teoria do crime da pessoa jurídica, deve resolver o problema da subsunção da atividade a um tipo penal incriminador. A necessidade de subsunção da atividade a um tipo penal incriminador decorre da garantia fundamental da reserva legal (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República).

A construção normativa é produto da intervenção discursiva do operador do direito, que relaciona os dados da realidade social à linguagem que expressa o direito positivo⁶³. No contexto de uma teoria discursiva do crime, é o observador ativo – participante da roda de comunicação – que realiza a distinção linguística do que deva ser considerado penalmente relevante. A conduta da pessoa física e a atividade da pessoa jurídica não constituem dados da realidade natural que devam ser necessariamente reconhecidos como penalmente típicos. É a distinção de quem observa tais dados que permite a atribuição de tipicidade para a conduta e a atividade examinada⁶⁴. O juízo positivo de adequação da conduta e da atividade examinada ao tipo penal incriminador é mais um problema de compreensão de seu significado do que de subsunção⁶⁵.

⁶¹No sentido de que é necessário considerar os elementos estruturais da teoria do crime (constantes do Código Penal) com as exigências que especificamente permitem a responsabilização penal de pessoas jurídicas: AGUILERA GORDILLO, R. *Manual de compliance penal em Espanha*, (...) Cit., p. 334.

⁶²HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, v. I., 1997, pp. 51-52.

⁶³CARVALHO, P. B. *Direito Tributário: linguagem e método*, Noeses, São Paulo, 2013, pp. 188 e 215.

⁶⁴ARCE AGGEO, M. Á. *Introducción a la teoría comunicativa del crime*, Universidad, Buenos Aires, 2006, p. 21.

⁶⁵O autor desenvolve esta ideia para aplicação em relação às condutas das pessoas físicas, mas,

Nos termos da concepção significativa da ação penal^{66 67}, é possível conceber uma capacidade de ação por atribuição que satisfaça a exigência da teoria do crime quanto à tipicidade. Na jurisprudência, a capacidade de ação da pessoa jurídica já é reconhecida pelo Tribunal Federal alemão desde a sentença proferida no caso *Aerossol para couros*⁶⁸.

A pessoa jurídica realiza o injusto penal por meio de sua *atividade*, que reúne no contexto significativo de sua própria atuação a intervenção conjunta de várias pessoas físicas⁶⁹. Como expressão de uma ação penal institucional, a *atividade* pode aglutinar a complexidade das manifestações que são realizadas no ambiente institucional e atender aos requisitos objetivos e subjetivos de tipicidade. No contexto da ação penal institucional, a *atividade* permite atribuir à pessoa jurídica tanto a realização de tipo comissivo como omissivo, um tipo doloso ou culposo. Nestes termos, os referenciais normativos de *ação*, *agente*, *omissão* e *omitente* podem ser aplicados à pessoa jurídica pois permitem compreender claramente as pretensões de validade normativa⁷⁰.

Mas, para a caracterização do crime da pessoa jurídica é sempre necessário satisfazer todos os requisitos de natureza objetiva e subjetiva do tipo penal incriminador.

5.1.1. IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Dos requisitos estabelecidos no artigo 3º da Lei de Crimes Ambientais é possível perceber que a responsabilidade da pessoa jurídica decorre de violação à norma jurídica que é subjacente a um determinado tipo penal incriminador. A responsabilidade penal sempre decorre da realização de um determinado crime.

Os preceitos incriminadores constantes da Lei 9.605/98 descrevem condutas proibidas e não atividades proibidas. Contudo, a ausência de descrição da atividade proibida não constitui obstáculo à identificação das formas de violação normativa cometidas pela pessoa jurídica. A pessoa jurídica é uma construção normativa que confere sentido a uma organização de pessoas físicas^{71 72} que, na convergência de suas condutas, realizam as atividades que podem ser proibidas pelo Direito Penal. A atividade da pessoa jurídica é realizada por meio de condutas de pessoas físicas que, em conjugação de esforços, expressam a atuação da pessoa jurídica e satisfazem as exigências objetivas do tipo penal.

Tratando-se de ação coletiva, a atividade da pessoa jurídica pode ser realizada pela intervenção conjugada de várias pessoas físicas. No contexto de caracterização da atividade proibida, a intervenção das pessoas físicas é fungível. Em atividades que se prolongam no tempo, por exemplo, pode ocorrer aumento, substituição ou diminuição da força de trabalho da pessoa jurídica. A ação típica atribuída à pessoa jurídica depende da intervenção de pessoas físicas, mas não se confunde com a ação penal que é atribuída a tais pessoas.

é perfeitamente aplicável à responsabilização das pessoas jurídicas. In: IENNAO, R. *Bem jurídico e perigo abstrato: um desenho hermenêutico da ofensividade*, D'Plácido, Belo Horizonte, 2014, p. 73.

⁶⁶MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *A concepção significativa da ação de T. S. Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teológico-funcionais do delito*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 12

⁶⁷E, BUSATO, P. C. *Tres tesis sobre la responsabilidad de personas jurídicas*, (...) Cit., p. 93.

⁶⁸TIEDEMANN, K. *Manual de derecho penal económico: parte general y especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 179.

⁶⁹MORENO-PIEDRAHÍTA, C. "El ocaso de los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia y doctrina españolas", (...) Cit., p. 333.

⁷⁰HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade*, (...) Cit., pp. 51-52.

⁷¹LIMA, A. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p.156.

⁷²BRUNO, A. *Direito Penal - parte geral*, tomo 2, Forense, Rio de Janeiro, 1984, p. 207.

A violação à norma incriminadora pela atividade da pessoa jurídica é o resultado de que depende a existência do crime, nos termos do que dispõe o art. 13 do Código Penal. Com base no referido dispositivo legal, pode-se concluir que é necessário constatar uma relação de causalidade jurídica entre a atividade desenvolvida pela pessoa jurídica e a violação normativa.

Neste aspecto, importa notar que a intervenção punitiva somente é autorizada nos casos em que a atividade se apresentar socialmente inadequada. A adequação social constitui o critério fundamental para o juízo de relevância jurídica que permite a imputação objetiva. Mesmo em se tratando de responsabilidade de pessoa jurídica, a imputação objetiva da violação normativa desafia considerar os critérios normativos de relevância. A imputação objetiva para a pessoa jurídica também se fundamenta em causalidade jurídica que estabelece relação entre a atividade que desenvolve e o resultado jurídico de violação da norma incriminadora.⁷³

Assim, nos crimes ambientais que apresentam resultado naturalístico, a produção de um dano ambiental insignificante não permite a responsabilização penal de pessoa jurídica, posto não haver relevância jurídica que permita caracterizar a violação da norma incriminadora. De mesma forma, não é possível responsabilizar a pessoa jurídica por danos produzidos no desenvolvimento de atividade que se realiza nos limites do risco permitido. A atividade que se desenvolve nos limites do risco permitido é socialmente adequada e não viola a norma jurídica protetiva do ambiente.

Sobre os critérios normativos de relevância, merece especial atenção a questão relativa à posição de garantidor da pessoa jurídica em relação à conduta ilícita de seus empregados e colaboradores. O argumento da posição de garantia da pessoa jurídica muitas vezes é usado para fundamentar sua responsabilidade penal^{74 75}.

A possibilidade de identificar a pessoa jurídica como garantidora, com base nas referências do Código Penal, desafia reflexão cuidadosa. O art. 13 do Código Penal não se refere, especificamente, à atividade da pessoa jurídica. O seu parágrafo 2º, que trata da omissão imprópria, dispõe que a omissão é penalmente relevante quando o *omitente* devia e podia agir para evitar o resultado. Considerando que a teoria do crime constitui um sistema teórico de base normativa que é construído por meio do sentido conferido pelo uso da linguagem compartilhada em nossa sociedade^{76 77} é possível entender que a referência ao *omitente* possa abranger a pessoa jurídica que deixa de realizar uma atividade a que estava obrigada.

O referido parágrafo determina que o dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. Também considerando o uso que fazemos da linguagem, é possível entender que a referência que o dispositivo faz a *quem* inclui a pessoa jurídica. Mas, não havendo lei que disponha que a pessoa jurídica deve impedir pessoas físicas de cometer crimes, não tendo a pessoa jurídica se comprometido a evitar tais prática ou criado situação de risco da ocorrência da violação normativa, a pessoa jurídica não é garantidora que esteja obrigada a evitar o cometimento de crimes por seus empregados e colaboradores. O Código Penal não coloca a pessoa jurídica na posição de garantidora pelo simples fato desta manter relação empregatícia ou de colaboração com pessoas físicas.

A posição de garantia fundada na ingerência, nesse contexto, desafia maior cuidado e merece algumas observações. A alínea "c" do parágrafo 2º do art. 13 do

⁷³Sobre os critérios para a imputação objetiva, veja-se GALVÃO, F. *Direito Penal*, (...) Cit., capítulo 6.

⁷⁴Nesse sentido: ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*: análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal, (...) Cit., pp. 59-60.

⁷⁵E GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*, (...) Cit., pp. 28 e 51.

⁷⁶BUSATO, P. *Direito Penal: parte geral*, Atlas, São Paulo, 2015, pp. 232-236.

⁷⁷E GALVÃO, F. *Direito penal*, (...) Cit., pp. 255-256.

Código Penal coloca na posição de garantidor quem, com o seu *comportamento* anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. A Constituição da República, no § 3º de seu art. 225, não utiliza a palavra *comportamento*. Menciona a *conduta* e a *atividade*, respectivamente, se referindo à pessoa física e à pessoa jurídica. Segundo o uso comum da linguagem, que permite a compreensão por todos os membros da sociedade do significado atribuído à palavra utilizada, a referencia que o dispositivo legal faz ao *comportamento* pode abranger tanto a conduta da pessoa física quanto a atividade da pessoa jurídica. Nestes termos, a pessoa jurídica estaria na posição de garantidora nos casos em que o desenvolvimento de sua atividade criasse situação de risco de ocorrência da violação normativa.

A ingerência que cria situação de risco não é, necessariamente, criminosa. Mesmo nas situações de risco permitido, o causador do risco é obrigado a controla-lo e evitar que o risco se transforme em dano. Por isso, a pessoa jurídica deve ser considerada garantidora nos limites do risco que sua atividade gerou. A garantia contra ofensas ao meio ambiente limita-se aos riscos produzidos pela realização de suas atividades. Certamente, a garantia não se estende às situações em que empregados e colaboradores realizam crimes por meio de condutas autônomas, que não expressem o normal desenvolvimentos das atividades da pessoa jurídica a que estão vinculados. A garantia que se pode impor à pessoa jurídica está limitada aos riscos produzidos por sua própria atividade e não aos riscos produzidos por condutas isoladas de seus empregados e colaboradores.

5.1.2. IMPUTAÇÃO SUBJETIVA

A pessoa jurídica somente pode ser responsabilizada pela realização de um crime ambiental doloso ou culposos.

A objeção de que a pessoa jurídica não possui elemento subjetivo é facilmente superada pela compreensão de que a referência normativa a tais elementos não desafia a constatação de dados da realidade natural, mas sim estabelecem critérios de atribuição. A tarefa do operador do Direito não diz respeito a constatar a existência de uma determinada intenção que direcionou a realização da conduta ou atividade criminosa. A doutrina penal já reconhece que a imputação dos elementos subjetivos do tipo à pessoa física não decorre de constatação sobre o que se passa na cabeça do indivíduo, mas da atribuição de determinada orientação de sentido^{78 79 80 81 82}. Trata-se de atribuir normativamente classes de crimes, sendo que a natureza da atribuição não difere em razão de ser a pessoa física ou jurídica.

A lei define critérios de atribuição dos elementos subjetivos do tipo penal incriminador para distinguir classes de crimes mais ou menos graves. O Código Penal, nos incisos de seu artigo 18, e o Código Penal Militar, nos incisos de seu art. 33, estabelecem critérios de imputação subjetiva para fins de caracterização típica. Dos requisitos estabelecidos pelo art. 3º da Lei 9.605/98, que qualificam a atividade da pessoa jurídica como penalmente relevante, temos o referencial para extrair a orientação de sentido da atividade e fundamentar a imputação subjetiva que embasa a sua responsabilização: a decisão institucional.

A atividade da pessoa jurídica é tão direcionada finalisticamente como a conduta da pessoa física. O direcionamento da conduta humana é determinado pelo sistema autopoietico psíquico do indivíduo. O direcionamento da atividade da pessoa jurídica, por sua vez, é determinado pelo sistema autopoietico social da instituição. Com

⁷⁸VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*, (...) Cit., pp. 248-256.

⁷⁹No mesmo sentido: FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J. "La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo: sobre la normativización del dolo", *Cuadernos de política criminal*, n. 65, pp. 304-305.

⁸⁰PUPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, Manole, São Paulo, 2002, pp. 67-68.

⁸¹HASSEMER, W. *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 227.

⁸²E BUSATO, P. C. *Direito Penal: parte geral*, cit., p. 396-410 e "Dolo e significado", (BUSATO, P. C. coord.), *Dolo e direito penal: modernas tendências*, Atlas, São Paulo, 2014, pp. 72-77.

base em tais sistemas de direcionamento, é possível aplicar os distintos critérios de imputação subjetiva⁸³.

A decisão institucional exigida pelo art. 3º da Lei 9.605/98 indica a orientação finalística da pessoa jurídica que deve ser considerada para fins de imputação subjetiva. O sentido finalístico que orienta a realização da atividade proibida é estabelecido pela decisão proferida pelo representante ou pelo órgão da pessoa jurídica. As pessoas físicas que realizam materialmente a atividade empresarial são fungíveis para a caracterização da atividade da pessoa jurídica e apenas cumprem a orientação de sentido que é determinada pela decisão institucional.

Para a atribuição de tipos dolosos, a referência legal à vontade e ao assentimento do *agente* pode ser validamente atendido pela decisão institucional da pessoa jurídica que determina a realização da atividade que se expressa por meio das condutas descritas na figura típica ou que aceite tal realização. A tomada de uma decisão institucional se verifica no contexto de consideração das informações disponíveis sobre os aspectos específicos da atividade determinada e os seus possíveis desdobramentos. O conhecimento institucional⁸⁴ acumulado permite a tomada de decisão institucional que considere as consequências diretas e indiretas da atividade determinada.

Da mesma forma como ocorre com a aplicação da teoria do crime em relação à conduta da pessoa física, a perspectiva subjetiva que basta para caracterizar o tipo doloso realizado pela pessoa jurídica diz respeito à decisão por realizar a atividade violadora da norma. A questão relativa à compreensão sobre a ilicitude da atividade determinada deve ser examinada apenas no juízo de culpabilidade.

Para a atribuição de tipos culposos, a referência tradicional à desatenção aos deveres objetivos de cuidado pode ser validamente atendida pela constatação do defeito de organização da pessoa jurídica. O referencial argumentativo do defeito de organização deixa claro que o direcionamento dado à atividade empresarial pela decisão institucional não visou a produção de determinado resultado naturalístico que fundamenta a figura típica ou aceitou que tal resultado ocorresse. Nos casos excepcionais em que o tipo culposo não prevê a ocorrência de qualquer resultado naturalístico (arts. 56, § 3º; 67, § único, 68, § único; e 69-A, § 1º, todos da Lei 9.605/98), a atribuição se fundamenta unicamente na inobservância do cuidado devido.

Os esforços teóricos desenvolvidos para elaborar uma teoria do crime da pessoa jurídica utilizaram referencial argumentativo do defeito de organização tanto para fundamentar o nexo de causalidade típico⁸⁵ ⁸⁶quanto para fundamentar o juízo de reprovação da pessoa jurídica⁸⁷ ⁸⁸ ⁸⁹ ⁹⁰ ⁹¹ ⁹². Parece que o argumento do defeito de organização ainda não conseguiu firmar-se como um conceito jurídico, com a precisão e clareza peculiar aos conceitos jurídicos⁹³, nem tampouco encontrar o seu devido lugar na teoria do crime da pessoa jurídica.

No entanto, o significado consolidado pelo uso do termo *defeito* no jogo da linguagem comum indica o melhor enquadramento do referencial na teoria do crime. Em sua aplicação à organização de pessoa jurídicas, o defeito indica a incorreção, a

⁸³GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*, (...) Cit., pp. 19-21 e 32-36.

⁸⁴BAIGÚN, D. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, (...) Cit., pp. 79-85.

⁸⁵GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*, (...) cit., pp. 28 e 51.

⁸⁶E SALVADOR NETTO, A. V. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, (...) cit., pp. 191-192 e 199.

⁸⁷TIEDEMANN, K. *“El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico”*, (...) cit., p. 39.

⁸⁸No mesmo sentido: NIETO MARTÍN, A. *“Compliance, criminología e responsabilidad penal de personas jurídicas”*, (...) Cit., pp. 83-87.

⁸⁹ALBUQUERQUE, E. L. L. *Compliance e crime corporativo*, (...) Cit., pp. 172-222.

⁹⁰BALCARCE, F. I. & BERRUERZO, R. *Criminal compliance y personas jurídicas*, (...) Cit., p. 106.

⁹¹SARCEDO, L. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica*, (...) pp. 108-109.

⁹²E, SALVADOR NETTO, A. V. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, (...) p. 198.

⁹³LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, p. 300.

imperfeição, o desarranjo, a falha do trabalho organizativo⁹⁴ ⁹⁵. Estas noções se mostram absolutamente incompatíveis com a imputação subjetiva dolosa. Não se pode falar em *defeito* quando a pessoa jurídica determina a realização da atividade que se enquadra na descrição do tipo doloso. Certamente, tal decisão institucional por realizar atividade proibida não pode ser atribuída a um *defeito* de organização.

No injusto da pessoa jurídica, o defeito de organização constitui o equivalente teórico-funcional da omissão no emprego da cautela, da atenção, ou da diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, que expressa o critério essencial da atribuição do tipo culposo: a inobservância a dever objetivo de cuidado⁹⁶. No âmbito do injusto culposo, o defeito de organização constitui a falha ou o descuido que dá causa ao resultado jurídico não pretendido ou aceito.

Situar o defeito de organização no âmbito da tipicidade culposa ainda determina adequadamente os limites de incidência dos efeitos que um programa de integridade pode produzir no exame de tipicidade. A organização empresarial adequada, que pode ser estabelecida por um programa de integridade (mas, não necessariamente), somente pode constituir medida apta a impedir a inobservância pela pessoa jurídica de seus deveres objetivos de cuidado. Um programa de integridade, por mais bem elaborado e implantado que seja, não é capaz de impedir uma decisão institucional por realizar a atividade proibida. Um programa eficaz indica quais são os deveres objetivos de cuidado que devem ser observados na realização da atividade. Um programa ineficaz, por outro lado, permite a ocorrência do descuido. A ausência de um programa, por fim, não permite presumir a ocorrência da inobservância de cuidado. Para a atribuição de crime culposo é necessário comprovar a ocorrência do descuido.

5.2. ATIVIDADE ILÍCITA

A responsabilidade penal da pessoa jurídica somente poderá ocorrer quando a sua atividade for considerada ilícita. Não há responsabilização penal pela realização de condutas ou atividades que se desenvolvem em conformidade com o direito. Também não é possível presumir que, em todas as situações fáticas, a atividade típica também seja ilícita.

Ordinariamente, a atividade típica é ilícita, pois o tipo identifica a matéria de proibição. Contudo, o reconhecimento de que a atividade da pessoa jurídica viola a norma incriminadora não implica, necessariamente, no reconhecimento de sua ilicitude. Em situações excepcionais, a violação normativa pode ser justificada e a atividade da pessoa jurídica não adquire a qualidade de ilícita. Com razão, David Baigún concebeu a possibilidade de aplicação às pessoas jurídicas das causas de justificação consolidadas na doutrina, incluindo a causa supralegal do consentimento do ofendido⁹⁷.

As situações descritas nos artigos 23, 24 e 25 do Código Penal permitem justificar as atividades da pessoa jurídica que violam a norma subjacente ao tipo incriminador.

Novamente, o uso que fazemos da linguagem permite entender que a pessoa jurídica possa ter a sua atividade justificada. O artigo 23 estabelece que *não há crime quando o agente pratica o fato* nas situações que enumera. Certamente, tratando-se de justificação de condutas de pessoas físicas, a previsão não se restringe aos crimes comissivos. Muito embora, a redação do dispositivo legal utilize a palavra *agente*, todos concordam que as causas excludentes de ilicitude também se aplicam aos *omitentes*. Portanto, não há qualquer problema em considerar a pessoa jurídica *agente* (ou *omitente*) e utilizar a referencia normativa para excluir a ilicitude de atividades de pessoas jurídicas que se enquadrem nas situações excepcionais enumeradas no dispositivo.

⁹⁴Sobre o verbete DEFEITO: HOUAISS, A. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, Objetiva, Rio de Janeiro, 2009, p. 685.

⁹⁵E, FERREIRA, A. B. H. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*, Positivo, Curitiba, 2010, p. 527.

⁹⁶A previsão para o crime culposo é mais clara no inciso II do art. 33 do Código Penal Militar.

⁹⁷BAIGÚN, D. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, (...), cit., pp. 101-105.

A previsão para o estado de necessidade, constante do art. 24 do Código Penal, certamente pode ser utilizada para afastar a ilicitude de atividades típicas quando realizadas no contexto de salvamento de uma situação de perigo que não tenha sido criado pela pessoa jurídica. E, no contexto dos empreendimentos ambientais, é possível justificar atividades típicas que sejam realizadas para salvar direitos da pessoa jurídica, de pessoas físicas ou do próprio meio ambiente de perigos decorrentes de eventos naturais. A atuação da pessoa jurídica pode se dar para salvamento de direito próprio ou de terceiros. No último caso, devemos considerar a possibilidade de salvar direitos individuais homogêneos, direitos coletivos e direitos difusos. Não havendo restrições para a justificação, a atividade da pessoa jurídica pode ser realizada para o salvamento de qualquer bem jurídico. Consideremos o exemplo de intervenções que a pessoa jurídica realize em ambiente natural para evitar deslizamentos de terras que possam trazer danos ao ecossistema natural e, até mesmo, a vida de pessoas que residem em locais de risco geológico, sem a devida autorização do órgão ambiental competente. A intervenção rápida e com os recursos adequados da pessoa jurídica pode evitar a ocorrência de graves danos ambientais e justificar a atividade que se enquadre na previsão típica do art. 60 da Lei 9.605/98.

O instituto da legítima defesa, previsto no artigo 25 do Código Penal, também pode ser utilizado para afastar a ilicitude de atividades típicas. Os recursos materiais e humanos de uma pessoa jurídica podem ser mobilizados para defesa contra agressão injusta que seja dirigida a seu próprio direito ou que seja dirigida a direito de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, o que inclui a possibilidade de defesa de direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos. E nesse aspecto, importa considerar a grande capacidade de mobilização de recursos que as pessoas jurídicas possuem para defender direitos alheios de agressões injustas. Nesse contexto, importa notar que, nos dias atuais, pessoas jurídicas privadas são constituídas especificamente para a intervir em situações de conflito que podem gerar danos ambientais. Veja-se, por exemplos, o emprego de empresas militares privadas (EMPs) pela Organização das Nações Unidas – ONU em suas missões de paz⁹⁸ e as empresas que atuam combatendo em conflitos armados, como a guerra da Ucrânia⁹⁹, desempenhando as mesmas atividades de exércitos nacionais regulares. Atuando nos limites estabelecidos pelo art. 25 do Código Penal, a atividade típica de uma pessoa jurídica pode ser justificada pela legítima defesa própria ou de terceiros.

A tipicidade da atividade da pessoa jurídica ainda pode ser justificada nas hipóteses de estrito cumprimento de dever legal e de exercício regular de direito. Em tais hipóteses, os tipos permissivos se apresentam com exigências que se conciliam com a natureza das atividades desenvolvidas por pessoas jurídicas.

Em tese, atendidos os requisitos específicos, a atividade típica da pessoa jurídica também pode ser considerada lícita em razão do consentimento do ofendido¹⁰⁰. Nos casos de crimes ambientais, cujo bem jurídico protegido é difuso, contudo, não é possível caracterizar um consentimento válido por parte dos ofendidos.

No que diz respeito aos elementos subjetivos dos tipos permissivos, novamente, cabe considerar o conteúdo da decisão institucional para verificar a sua compatibilidade com a realização de atividade justificada. Se é possível atribuir normativamente uma decisão institucional que se concilie com as exigências subjetivas de um tipo incriminador doloso, também é possível atribuir à pessoa jurídica uma

⁹⁸Os autores informam que nas missões de paz da ONU, considerando-se as participações diretas ou indiretas, dessas empresas, pode-se afirmar que todas as missões já realizadas até hoje, após o fim da Guerra Fria, contaram com a participação de alguma EMP. In: MENDES, C. & MENDONÇA, C. "A ONU e a privatização da violência: a utilização de empresas militares privadas em missões de paz", *Revista da Escola Superior de Guerra*, v. 28, n. 56, pp. 78-80.

⁹⁹DEBUSMANN JR, B. "Empresas buscam ex-soldados para missões na Ucrânia por até R\$ 10 mil por dia", BBC News, disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-60677393>, acesso em: 28 fev. 2024.

¹⁰⁰No sentido da possibilidade de exclusão de ilicitude para a atividade típica da pessoa jurídica: BAIGÚN, D. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, (...), pp. 101-105.

decisão institucional que se concilie com as exigências específicas de cada uma das hipóteses permissivas.

5.3. ATIVIDADE CULPÁVEL

Como princípio de política criminal, a função essencial do conceito de culpabilidade é fundamentar e limitar a intervenção punitiva com base em juízo individualizado de reprovação penal. Como conceito integrante da teoria do crime, a culpabilidade reúne os critérios normativos a serem utilizados para realizar tal juízo de reprovação¹⁰¹. E a função de garantia exercida pelo juízo de reprovação da culpabilidade deve proteger também a pessoa jurídica.

A partir da noção inicial lançada por Klaus Tiedemann¹⁰² muitos esforços foram desenvolvidos pela doutrina para conceber uma culpabilidade para a pessoa jurídica ou uma culpabilidade corporativa^{103 104 105 106 107 108 109 110 111 112 113}. Os critérios de reprovação penal, entretanto, devem ser extraídos da lei. Assim, a culpabilidade da pessoa jurídica deve observar os parâmetros estabelecidos na parte geral do Código Penal e na Lei 9.605/98.

Mesmo sem definir o conceito de culpabilidade, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece as premissas para o juízo de reprovação jurídico-penal, que se fundamentam na possibilidade de exigir do sujeito uma atuação conforme o direito. Nesse sentido, o Código Penal (arts. 21, 26 a 28) estabelece expressamente as premissas da imputabilidade e da consciência da ilicitude que devem ser observadas para a responsabilização das pessoas físicas.

A natureza peculiar da pessoa jurídica se mostra incompatível com a aplicação dos referenciais normativos relacionados à inimputabilidade por idade, por doença mental, perturbação da saúde mental, embriaguez ou entorpecimento e à obediência hierárquica. Nestes aspectos, os dispositivos constantes da parte geral do Código Penal não possuem aplicação à pessoa jurídica.

No entanto, a reprovação da pessoa jurídica pressupõe sua existência formal (jurídica), nos termos da lei civil. Não se pode reprovar uma pessoa jurídica que não existe no mundo jurídico, seja porque não foi devidamente constituída ou porque foi extinta.

Considerando as disposições do Código Penal aplicáveis à pessoa jurídica, é absolutamente pertinente e possível examinar a potencial consciência da pessoa jurídica

¹⁰¹GALVÃO, F. *Direito penal*, (...) cit., pp. 146-150 e 481 e ss.

¹⁰²TIEDEMANN, K. "El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico", (...) cit., p. 39.

¹⁰³MATEU, J. C. C. "Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: reflexões em torno de sua 'dogmática' e sobre o sistema da reforma de 2010 do CP espanhol", (...) Cit., pp. 53-57.

¹⁰⁴MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa: parte general*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2014, pp. 605-607.

¹⁰⁵GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 61-62.

¹⁰⁶No mesmo sentido: ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*: análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal, (...) cit., p. 61.

¹⁰⁷SALVADOR NETTO, A. V. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, (...) Cit., pp. 194-203.

¹⁰⁸NIETO MARTÍN, A. "Compliance, criminología e responsabilidade penal de pessoas jurídicas", pp. 83-87.

¹⁰⁹ALBUQUERQUE, E. L. L. *Compliance e crime corporativo*, (...) Cit., pp. 172-222.

¹¹⁰BALCARCE, F. I. & BERRUERZO, R. *Criminal compliance y personas jurídicas*, (...) Cit., p. 106.

¹¹¹E, SARCEDO, L. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica*, (...) Cit., pp. 108-109.

¹¹²Muito esforços também foram desenvolvidos para negar a possibilidade jurídica de conformar uma culpabilidade penal para a pessoa jurídica. Nesse sentido: BAIGÚN, D. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, cit., p. 119.

¹¹³E, CIGÜELA SOLA, J. *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal: crítica y propuesta de una responsabilidad estructura de la empresa*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2015, pp. 37-151.

sobre a ilicitude da atividade por ela realizada. O referencial a ser utilizado é o art. 21 do Código Penal, cuja redação não estabelece qualquer obstáculo à aplicação à pessoa jurídica.

Nestes termos, o desconhecimento da lei é inescusável para a pessoa jurídica. Para a reprovação da pessoa jurídica não é necessário constatar que a decisão institucional foi tomada com base no conhecimento concreto da ilicitude da atividade que determina. O artigo 3º da Lei 9.605/98 não exige que a decisão institucional seja tomada com base no concreto conhecimento sobre a ilicitude da atividade a ser desenvolvida. Basta que a pessoa jurídica tenha a potencialidade de alcançar a compreensão sobre a ilicitude da atividade que realiza. Se a pessoa jurídica decidir por realizar a atividade proibida em erro sobre a sua ilicitude, com base no art. 21 do Código Penal, a sua reprovação poderá ser excluída ou reduzida.

Por consciência da pessoa jurídica sobre a ilicitude da atividade deve-se entender a compreensão decorrente do conhecimento institucional acumulado¹¹⁴ de que a atividade realizada viola norma jurídica que lhe é dirigida. Tal compreensão deve ser considerada no momento em que é tomada a decisão institucional que determina a realização da atividade e é mencionada no art. 3º da Lei 9.605/98. O juízo de conciliação/confronto que a pessoa jurídica realiza entre a atividade que decidiu realizar e o ordenamento jurídico pode ser tão equivocado quanto pode ser o juízo de conciliação/confronto que a pessoa física realiza em relação à sua conduta.

Quanto à possibilidade de a pessoa jurídica evitar o erro de proibição, com os recursos humanos e tecnológicos de que dispõe, o problema não difere do que se apresenta em relação à pessoa física. Nos termos do parágrafo único do art. 21 do Código Penal, "considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência". A mesma orientação, embora dispensável por sua obviedade, pode ser utilizada para tratar da questão em relação ao erro da pessoa jurídica.

Para que a pessoa jurídica possa bem compreender o significado jurídico das atividades que realiza, é necessária uma boa organização no trato das informações e a estruturação de uma equipe jurídica constitui recurso disponível às grandes instituições. Estas questões podem e devem ser equacionadas em um programa de integridade que vise evitar a prática de crimes pela pessoa jurídica e a sua consequente responsabilização. Certamente, quanto melhor a organização da pessoa jurídica, maiores são as chances de compreender a ilicitude da atividade e de evita-la. Nesta perspectiva, a existência de um programa de integridade adequado tanto pode impedir a ocorrência do crime pela pessoa jurídica quanto inviabilizar a defesa com base na alegação de erro.

Também é possível excluir ou diminuir a reprovação penal dirigida à atividade da pessoa jurídica nos casos de coação moral, irresistível ou resistível, respectivamente. Satisfeito o requisito específico da decisão institucional, a atividade injusta da pessoa jurídica pode não ser reprovável (art. 22 do CP) ou receber menor reprovação (art. 65, III, c, do CP) em razão da coação moral que contra ela é exercida por outra pessoa jurídica ou por pessoas físicas. A atuação das pessoas jurídicas enfrenta muitas dificuldades que são estabelecidas pela regulamentação estatal ou pelas variações das condições do mercado em que atua. É possível que a pessoa jurídica também tenha que enfrentar dificuldades decorrentes de comportamento antiético ou, até mesmo criminoso de outros agentes econômicos. Desta forma, deve-se reconhecer a possibilidade de a pessoa jurídica sofrer coação moral.

A culpabilidade é o elemento da teoria do crime que estabelece transição para a teoria da aplicação da pena, de modo que os dispositivos legais que estabelecem variação de pena ordinariamente expressam variações do juízo de reprovação da culpabilidade e também devem ser aplicados na responsabilização penal das pessoas jurídicas.

¹¹⁴BAIGÚN, D. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, (...) cit., pp. 79-85.

Nestes termos, as atenuantes, agravantes, causas de diminuição e causas de aumento expressam variações de culpabilidade. Atenuantes e causas de diminuição expressam situações de menor culpabilidade. Agravantes e causas de aumento expressam situações de maior culpabilidade. Como exceções a esta correlação, no Código Penal, temos a atenuante da conduta de evitar ou minorar as consequências do crime, ou de ter, antes do julgamento, reparado o dano causado por este (art. 65, III, *b*); a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*); a redução de pena em razão da tentativa (art. 14, § único); o aumento de pena em razão do concurso formal (art. 70) e do crime continuado (art. 71). Na Lei 9.605/98, temos a circunstância judicial dos antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental (art. 6º); as atenuantes de arrependimento do infrator, manifestado pela espontânea reparação do dano, ou limitação significativa da degradação ambiental causada; da comunicação prévia pelo agente do perigo iminente de degradação ambiental; colaboração com os agentes encarregados da vigilância e do controle ambiental (art. 14). Em todos estes casos, aplicáveis à pessoa jurídica, a variação da pena não decorre de variação da culpabilidade, mas de opções político-criminais.

6. CONCURSO DE PESSOAS JURÍDICAS

É possível que os recursos de mais de uma pessoa jurídica se conciliem para a realização de um empreendimento de impacto ambiental e, por isso, torna-se necessário examinar a possibilidade de responsabilizar mais de uma pessoa jurídica pela ocorrência de um crime ambiental.

A conciliação dos recursos de pessoas jurídicas diversas pode ocorrer para a realização direta da atividade de impacto ambiental, como no caso do consórcio de empresas que realiza as atividades do empreendimento. Também pode ocorrer que a cooperação entre as pessoas jurídicas se verifique para viabilizar a execução do empreendimento, como no caso das empresas que realizam os estudos e o relatório de impacto ambiental (EIA/RIMA) ou das que financiam o empreendimento que é materialmente realizado por outra.

É possível responsabilizar penalmente várias pessoas jurídicas que concorreram para a violação da norma incriminadora, estabelecendo o que se pode chamar de corresponsabilidade penal das pessoas jurídicas.

A corresponsabilidade penal de pessoas jurídicas encontra fundamento na norma geral do art. 29 do Código Penal, segundo a qual *quem de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a ele cominadas*. No entanto, a responsabilização de cada uma das pessoas jurídicas envolvidas, direta ou indiretamente, na violação da norma incriminadora depende do atendimento de todos os requisitos necessários para a caracterização da *atividade* criminosa, constantes do art. 3º da Lei 9.605/98 e do Código Penal. Em especial, a responsabilidade de cada uma das pessoas jurídicas depende de que sua própria *atividade* tenha contribuído para a violação da norma incriminadora e que tal atividade seja juridicamente reprovável.

No que diz respeito à individualização da reprovação dirigida à pessoa jurídica, inteira aplicação tem o disposto no art. 29 do Código Penal segundo o qual no concurso de pessoas em que concorre uma pessoa jurídica esta deve responder na medida de sua própria culpabilidade.

E, com base no §1º do referido dispositivo legal, é possível reduzir a reprovação da pessoa jurídica se a sua participação na realização do crime for de menor importância. Como bem sustentou Baigún¹¹⁵, é possível reconhecer o concurso entre pessoas jurídicas e também entre pessoas jurídicas e pessoas físicas. Em qualquer caso, é possível distinguir autoria e participação, da pessoa jurídica¹¹⁶.

¹¹⁵BAIGÚN, D. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, (...) Cit., pp. 208-218.

¹¹⁶BAIGÚN, D. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, (...) Cit., pp. 187-188.

Embora a doutrina tenha concebido outros critérios^{117 118 119}, a distinção entre autoria e participação da pessoa jurídica na empreitada criminosa pode ser bem realizada com base na teoria do domínio do fato¹²⁰. Neste sentido, Baigún sustentou que a pessoa jurídica deve ser considerada autora quando possuir o controle do acontecimento típico, dirigindo finalisticamente a realização da ação institucional. No entanto, se a pessoa jurídica apenas executar a decisão institucional de outra ou contribuir para a realização do crime por meio de instigação ou cumplicidade, deverá ser considerada partícipe¹²¹. Com acerto, Baigún ainda ressaltou que a teoria do domínio do fato também permite identificar a pessoa jurídica como autora nos crimes omissivos¹²².

O critério do domínio do fato também permite reconhecer a pessoa jurídica como autora mediata, que pode utilizar como instrumento uma pessoa física ou outra pessoa jurídica¹²³. É possível reconhecer a coautoria mediata por pessoas jurídicas, sempre que pessoas jurídicas dominem conjuntamente a atuação do instrumento. Também é possível reconhecer que a pessoa jurídica atuou como instrumento dominado por outrem nos mesmos casos identificados pela doutrina para a atuação de pessoa física.

7. PESSOAS JURÍDICAS QUE PODEM SER RESPONSABILIZADAS

A previsão constante do art. 225, parágrafo 3º, da Constituição da República refere-se à pessoa jurídica, sem fazer qualquer distinção entre pessoas jurídicas de direito público e de direito privado. No entanto, há séria divergência doutrinária sobre a possibilidade de responsabilizar penalmente a pessoa jurídica de direito público.

Nos termos do art. 41 do Código Civil, são pessoas jurídicas de direito público interno a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, os Municípios, as autarquias, inclusive as associações públicas, e as demais entidades de caráter público criadas por lei. O art. 42 do mesmo estatuto dispõe, por sua vez, que constituem pessoas jurídicas de direito público externo os Estados estrangeiros e todas as pessoas (estrangeiras) que forem regidas pelo Direito Internacional Público.

O fundamento mais importante que sustenta a impossibilidade de responsabilizar a pessoa jurídica de direito público denuncia o contrassenso de admitir a possibilidade de o Estado punir a si mesmo. Tal possibilidade de responsabilização estabelece o paradoxo de que o Estado que aplica a punição é o mesmo *Estado Criminoso*. Neste sentido, Sergio Salomão Shecaira sustenta a impossibilidade de responsabilizar penalmente os entes federativos e suas autarquias. Por outro lado, as entidades paraestatais (as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as

¹¹⁷DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. "La influencia de la teoría de la autoría de (en especial, de la coautoría) de Roxin en la doctrina y a jurisprudencia españolas. Consideraciones críticas". *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 7, n. 76, enero-junio, 2011, pp. 15-48, disponível em: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/issue/archive/2>, acesso em: 28 fev. 2024, pp. 15-48.

¹¹⁸LUZÓN PEÑA, D.M.I. "La 'determinación objetiva del hecho'. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 42, fasc/mes 3, disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=108>, acesso em: 28 fev. 2024, pp. 889-914.

¹¹⁹E, ROSO CAÑADILLAS, R. "Los criterios de Autoría en el Delito Imprudente", *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, n. 75, vol 25, disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=11350>, acesso em: 28 fev. 2024, p. 227-244.

¹²⁰ROXIN, C. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000, p. 81 e ss.

¹²¹BAIGÚN, D. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, (...) Cit., pp. 190-194 e 218-225.

¹²²BAIGÚN, D. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, (...) Cit., p. 194.

¹²³BAIGÚN, D. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, (...) Cit., pp. 198-199.

fundações instituídas pelo Poder Público e os serviços sociais autônomos), por não desenvolverem atividades típicas de Estado, podem ser responsabilizadas¹²⁴.

Considerando a responsabilização da pessoa jurídica de direito público no âmbito civil, outros autores sustentam a possibilidade de responsabilização de tais pessoas também no âmbito penal^{125 126 127}.

Na jurisprudência dos Tribunais Superiores, o Supremo Tribunal Federal, por decisão monocrática da Ministra Rosa Weber, no Recurso Extraordinário 1307621, admitiu a responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público. Conforme assinalou a Ministra, o parágrafo 3º do art. 225 da constituição não faz distinção entre pessoa jurídica de direito público e de direito privado, *razão pela qual não há falar em impossibilidade de responsabilização da primeira*.

O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1938558, também por decisão monocrática, igualmente admitiu a responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público. Cabe observar que a decisão admitiu, em tese, a responsabilidade do Estado de Alagoas que é um ente federativo. Sobre o argumento da impossibilidade de *punir a si mesmo*, a decisão acolhe pertinente contraponto levantado pelo representante do Ministério Público Federal:

"16. Com efeito, quanto à possível incoerência ou incompatibilidade de que o Estado viesse punir a si próprio, deve-se lembrar, com Luiz Flávio Gomes, que ele se tributa, embora seja o titular exclusivo do direito de tributar; ele obedece às posturas administrativas, embora seja o titular exclusivo para instituí-las; enfim, ele se submete a lei, embora tenha o monopólio de legislar. Não teria sentido, portanto, o estado criminalizar condutas lesivas ao meio ambiente e depois violá-las impunemente. Por essas razões éticas não lhe é possível adotar, como regra de conduta, o "faça o que eu mando, mas não faça o que eu faço". Não vivemos mais em épocas de monarquias absolutistas".

A coerência do sistema normativo aponta no sentido da possibilidade da responsabilizar penalmente a pessoa jurídica de direito público. A responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público se fundamenta na realização de um ilícito. Se a pessoa jurídica de direito público pode ser responsabilizada pela realização de um ilícito civil, por que razão jurídica não poderia ser responsabilizada pela realização de um ilícito penal?

A irresponsabilidade da pessoa jurídica de direito público também é sustentada com base no argumento da impossibilidade de o ente estatal possuir algum interesse ou obter algum benefício com a prática do crime ambiental. Tal argumento também não resiste a um exame mais cuidadoso. Tanto as pessoas jurídicas de direito privado como as de direito público somente podem ser constituídas e utilizadas para a realização de fins lícitos. Segundo o nosso ordenamento jurídico, nenhuma pessoa jurídica pode ser constituída ou utilizada para a prática do ilícito. Esta limitação, entretanto, situa-se apenas no plano formal. As pessoas jurídicas, de direito público ou de direito privado, cometem ilícitos no desenvolvimento de suas atividades. E as atividades desenvolvidas por pessoas jurídicas, ordinariamente, são determinadas pelo objetivo de atender aos seus interesses ou obter benefícios.

Enfrentando o argumento da impossibilidade de as pessoas jurídicas de direito público orientarem suas atividades por interesses ilícitos, Rodrigo Rage e Gilberto Passos de Freitas esclarecem que o conceito de interesse público é amplo e pode ser dividido

¹²⁴SHECAIRA, S. S. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2011, pp. 186-187.

¹²⁵COSTA NETO, N. D. C.; BELO FILHO, N. B. & COSTA, F. D. C. *Crimes e infrações administrativas ambientais*, Brasília Jurídica, Brasília, 2001, pp. 70-72.

e FERRO, R. R. e FREITAS, G. P. "Responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público diante de interesse público secundário em crimes ambientais", *LEOPOLDIANUM*, nº 125, pp. 91-105.

¹²⁶FIORILLO, C. A. P. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 2010, p. 521.

¹²⁷E, FERRO, R. R. & FREITAS, G. P. "Responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público diante de interesse público secundário em crimes ambientais", *LEOPOLDIANUM*, nº 125, pp. 91-105.

nos: da coletividade (primário) e do próprio Estado (secundários). Quando a pessoa jurídica de direito público atua com base no interesse público secundário, nem sempre tem como objetivo imediato o bem da coletividade. Nestes casos, é possível caracterizar o interesse de que trata a Lei 9.605/98¹²⁸.

Também importa observar que o art. 3º da Lei 9.605/98, ao prever que a infração pode ser praticada por decisão do *representante legal* da pessoa jurídica, indica a possibilidade da responsabilização da pessoa jurídica de direito público. Afinal, apenas as pessoas jurídicas de direito público possuem a forma de representação definida na lei que as institui¹²⁹. As pessoas jurídicas de direito privado, conforme dispõe o art. 46, inciso II, do Código Civil, são representadas por quem os seus registros constitutivos designar.

Já sustentei a impossibilidade da responsabilização penal da pessoa jurídica de direito público. No entanto, revendo a questão com mais cuidado, passei a entender que há a possibilidade de responsabilizar a pessoa jurídica de direito público. Certamente, nem todas as penas previstas no artigo 21 da Lei nº 9.605/98 podem ser aplicadas às pessoas jurídicas de Direito Público.

Pretendendo por fim à polêmica, o Projeto de Lei do Senado 236/12, que propõe um novo Código Penal brasileiro, expressamente prevê responsabilidade penal apenas para as pessoas jurídicas de direito privado (art. 39).

Vale observar, por fim, que os grupos (entes) despersonalizados não possuem personalidade jurídica e não podem ser considerados pessoas jurídicas. Por isso, não podem ser alcançados pela previsão constitucional que estabelece a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Como exemplos de grupos despersonalizados que não podem ser penalmente responsabilizados, temos a família, a sociedade irregular, a sociedade de fato, a massa falida, a herança jacente, o espólio e o condomínio¹³⁰.

8. CRIMES QUE PERMITEM A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA

No direito brasileiro atualmente em vigor, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas somente é possível no subsistema do Direito Penal Ambiental, como decorrência de infração às normas subjacentes aos tipos incriminadores previstos na Lei 9.605/98, e no subsistema do Direito Eleitoral.

A Lei dos Crimes Ambientais - Lei 9.605/98 estabelece os crimes contra a fauna (arts. 29 a 35), os crimes contra a flora (arts. 38 a 52), o crime de poluição (art. 54) e os outros crimes ambientais relacionados (arts. 55, 56, 60 e 61), os crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural (arts. 62 a 65) e os crimes contra a administração ambiental (arts. 66 a 69-A).

Cabe observar que o art. 225, § 3º, da Constituição da República prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica na ocorrência de infrações praticadas contra o meio ambiente e a previsão de tais infrações não está restrita aos crimes previstos na Lei 9.605/98¹³¹. Apesar dos entendimentos contrários, o mandado de responsabilização constante do § 3º do art. 225 da Constituição se fundamenta na prática de qualquer crime ambiental. E o artigo 3º da Lei 9.605/98 estabelece os requisitos específicos para a responsabilização penal de pessoas jurídicas por crimes ambientais. O melhor entendimento se coloca no sentido de que a responsabilização de pessoas jurídicas decorre da prática de crime ambiental previsto na Lei 9.605/98 ou em lei que lhe seja extravagante.

¹²⁸FERRO, R. R. & FREITAS, G. P. "Responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público diante de interesse público secundário em crimes ambientais", (...) Cit., p. 102.

¹²⁹CARVALHO FILHO, J. S. *Manual de Direito Administrativo*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, p. 12.

¹³⁰FARIAS, C. C. & ROSENVALD, N. *Direito civil: teoria geral*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, p. 401.

¹³¹MIRANDA, M. P. S. "A lei de parcelamento do solo urbano e a responsabilidade penal de pessoas jurídicas", *Revista Conjur*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-22/ambiente-juridico-lei-parcelamento-solo-responsabilizacao-pessoas-juridicas>, acesso em 28 fev. 2024.

Como exemplos de crimes ambientais previstos em outras leis, temos os crimes previstos nos arts. 20 a 27 da Lei 6.453, de 17 de outubro de 1997, que estabelece crimes por atos relacionados com atividades nucleares. Também há previsão de crime ambiental no art. 50 da Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979, conhecida como Lei de Parcelamento do Solo Urbano. Ainda existe previsão de crimes ambientais nos arts. 15 e 16 da Lei 7.802, de 11 de julho de 1989, conhecida como Lei de Agrotóxicos.

Não se pode esquecer, ainda, que o parágrafo 2º do art. 19 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, dispõe que constitui contravenção penal, punível com multa, *deixar a empresa de cumprir as normas de segurança e higiene do trabalho*. A previsão é protetiva do meio ambiente do trabalho, aspecto do meio ambiente expressamente reconhecido no art. 200, inciso VIII, da Constituição da República. Nesta última hipótese, há previsão de uma contravenção que não é concebida com base na conduta da pessoa física e pode ser diretamente atribuída à atividade da pessoa jurídica.

No subsistema do Direito Eleitoral, o art. 336 da Lei 4.737/65 – Código Eleitoral – dispõe que o juiz imporá ao diretório local do partido político que, por qualquer dos seus membros, tenha concorrido para a prática de qualquer dos crimes previstos artigos 323, 324, 325, 326, 331, 332, 334 e 335, ou de tais crimes tenha se beneficiado conscientemente, a pena de suspensão de sua atividade eleitoral por prazo de 6 a 12 meses, agravada até o dobro nas reincidências¹³².

Embora o Código Eleitoral considere que é o diretório que pode concorrer para a prática dos crimes e/ou beneficiar-se com a prática dos mesmos, determinado que lhe seja aplicada pena, não traz qualquer referência a como se deva operar a responsabilização penal da pessoa jurídica. Desta forma, para que o diretório de partido receba o mesmo tratamento garantista conferido às pessoas jurídicas responsabilizadas pela prática de crimes ambientais, também deve-se utilizar o art. 3º da Lei 9.605/98 e as disposições da parte geral do Código Penal para operacionalizar tal responsabilização.

9. BIBLIOGRAFIA

- AGUILERA GORDILLO, R. *Manual de compliance penal em Espanha*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022.
- ALBUQUERQUE, E. L. L. *Compliance e crime corporativo*, D'Plácido, Belo Horizonte, 2018.
- ARCE AGGEO, M. Á. *Introducción a la teoría comunicativa del crime*, Universidad, Buenos Aires, 2006.
- BAIGÚN, D. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Depalma, Buenos Aires, 2000.
- BACIGALUPO, S. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001.
- BALCARCE, F. I. & BERRUERZO, R. *Criminal compliance y personas jurídicas*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2016.
- BARRETO, G. W. "O ato de conexão e a responsabilidade penal da pessoa jurídica", (GALVÃO, Fernando Org.) *Estudos sobre responsabilidade penal de pessoas jurídicas*, Editora Dialética, Belo Horizonte, 2023.
- BELING, E. *La doctrina del delito-tipo*, Depalma, Buenos Aires, 1944.
- BRUNO, A. *Direito Penal - parte geral*, tomo 2, Forense, Rio de Janeiro, 1984.
- BUSATO, P. C. *Tres tesis sobre la responsabilidad de personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- _____. *Direito Penal: parte geral*, Atlas, São Paulo, 2015.
- _____. "Dolo e significado", (BUSATO, P. C. coord.), *Dolo e direito penal: modernas tendências*, Atlas, São Paulo, 2014.
- _____. "Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto de novo Código Penal Brasileiro", *Revista Liberdades, Edição especial: Reforma do Código Penal*, IBCCrim, São Paulo, 2012.

¹³²Os arts. 322, 328, 329 e 333, também mencionados no art. 336 do Código Eleitoral, foram revogados pelo art. 107 da Lei nº 9.504/1997.

- CARVALHO, P. B. *Direito Tributário: linguagem e método*, Noeses, São Paulo, 2013.
- CARVALHO FILHO, J. S. *Manual de Direito Administrativo*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.
- CIGÜELA SOLA, J. *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal: crítica y propuesta de una responsabilidad estructura de la empresa*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2015.
- CORRERA, M. C. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: a teoria do delito em face da autorresponsabilidade do ente coletivo*, D'Plácido, Belo Horizonte, 2021.
- COSTA NETO, N. D. C.; BELO FILHO, N. B. & COSTA, F. D. C. *Crimes e infrações administrativas ambientais*, Brasília Jurídica, Brasília, 2001.
- DAVID, D. F. *Manual de Direito Penal Econômico*, D'Plácido, Belo Horizonte, 2020.
- DEBUSMANN JR, B. "Empresas buscam ex-soldados para missões na Ucrânia por até R\$ 10 mil por dia", BBC News, disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-60677393>, acesso em 28 fev. 2024.
- DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. "La influencia de la teoría de la autoría de (en especial, de la coautoría) de Roxin en la doctrina y a jurisprudencia españolas. Consideraciones críticas", *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 7, n. 76, enero-junio, 2011, p. 15-48, disponível em: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/issue/archive/2>, acesso em: 28 fev. 2024.
- FARIAS, C. C. & ROSENVALD, N. *Direito civil: teoria geral*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J. "La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo: sobre la normativización del dolo", *Cuadernos de política criminal*, n. 65.
- FERREIRA, A. B. H. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*, Positivo, Curitiba, 2010.
- FERRO, R. R. & FREITAS, G. P. "Responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público diante de interesse público secundário em crimes ambientais", *LEOPOLDIANUM*, nº 125.
- FIORILLO, C. A. P. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 2010.
- GALVÃO, F. *Direito Penal: parte geral*, D'Plácido, Belo Horizonte, 2023.
- _____. *Teoria do crime da pessoa jurídica*, D'Plácido, Belo Horizonte, 2021.
- _____. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, D'Plácido, Belo Horizonte, 2017.
- GALVÃO, F. & OLIVEIRA, G. W. B. "Modelo de responsabilidad penal de la organización en Alemania, propuesto por el Versang-e", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 125.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*, Atlas, São Paulo, 2015.
- GÓMEZ TOMILLO, M. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y derecho administrativo sancionador. Especial consideración de criterios político-legislativos de atribución de responsabilidade", *DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, v. 1, n. 1, disponível em: <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/2>, acesso em: 23 ago. 2019.
- HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, v. I., 1997.
- HASSEMER, W. *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984.
- HOUAISS, A. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, Objetiva, Rio de Janeiro, 2009.
- IENNACO, R. *Bem jurídico e perigo abstrato: um desenho hermenêutico da ofensividade*, D'Plácido, Belo Horizonte, 2014.
- _____. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, Juruá, Curitiba, 2010.
- JAKOBS, G. *Derecho penal: parte general*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997.

- LEITE, A. "Observações provisórias sobre a responsabilização penal das pessoas jurídicas", in: BUSATO, P.C. *Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: seminário Brasil-Alemanha*, Tirant lo Blanch, Florianópolis, 2018.
- LIMA, A. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.
- LUZÓN PEÑA, D.M.I. "La 'determinación objetiva del hecho', Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 42, fasc/mes 3, disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=108>, acesso em: 28 fev. 2024.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa: parte general*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2014.
- _____. *A concepção significativa da ação de T. S. Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teológico-funcionais do delito*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007.
- MATEU, J. C. C. "Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: reflexões em torno de sua 'dogmática' e sobre o sistema da reforma de 2010 do CP espanhol", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 133.
- MENDES, C. e MENDONÇA, C. "A ONU e a privatização da violência: a utilização de empresas militares privadas em missões de paz", *Revista da Escola Superior de Guerra*, v. 28, n. 56.
- MEZGER, E. *Tratado de derecho penal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, t.1, 1949.
- MIRANDA, M. P. S. "A lei de parcelamento do solo urbano e a responsabilidade penal de pessoas jurídicas", *Revista Conjur*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-22/ambiente-juridico-lei-parcelamento-solo-responsabilizacao-pessoas-juridicas>, acesso em 28 fev. 2024.
- MORENO-PIEDRAHITA, C. "El ocaso de los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia y doctrina españolas", *Política Criminal*, vol. 14, n. 28, disponível em: <http://politcrim.com/2019-volumen-14-numero-28/>, acesso em 30 dez. 2021.
- NIETO MARTÍN, A. "Compliance, criminologia e responsabilidade penal de pessoas jurídicas", (NIETO MARTIN, A.; SAAD-DINIZ, E. & GOMES, R. M. orgs.), *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2019.
- NIETO MARTIN, A. & MORENO, B. G. A. "responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito comparado (NIETO MARTIN, A.; SAAD-DINIZ, E. & GOMES, R. orgs.), *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2019.
- PLANAS, R. R. "Crimes de pessoas colectivas?: A propósito da lei austríaca sobre a responsabilidade dos agrupamentos pela prática de crimes", *Lusiada*, nº 4/5 disponível em: <http://repositorio.ulusiada.pt/handle/11067/1212>, acesso em: 11 jul. 2019.
- PUPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, Manole, São Paulo, 2002.
- ROSO CAÑADILLAS, R. "Los criterios de Autoría en el Delito Imprudente", *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, n. 75, vol 25, disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=11350>, acesso em: 28 fev. 2024.
- ROXIN, C. *Autoría y dominio del hecho em derecho penal*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000.
- SANCTIS, F. M. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, Saraiva, São Paulo, 1999.
- SALVADOR NETTO, A. V. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2018.
- SARCEDO, L. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*, LiberArs, São Paulo, 2016.

- SHECAIRA, S. S. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, EDISOFER, Madrid, 2018.
- SOUZA, A. B. G. *Direito Penal empresarial: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance*, LiberArs, São Paulo, 2021.
- TANGERINO, D. P. C. "Culpabilidade e responsabilidade penal da pessoa jurídica", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 86.
- TIEDEMANN, K. "El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico", (ARROYO ZAPATERO, L. e NIETO MARTÍN, A. coord.) *El derecho penal económico en la era compliance*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2013.
- _____. *Manual de derecho penal económico: parte general y especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- VERÍSSIMO, C. *Compliance: incentivo à adoção de medida anticorrupção*, Saraiva, São Paulo, 2017.
- VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos: análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

Cadernos de Direito Actual Nº 23. Núm. Extraordinario (2024), pp. 113-135
ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

A expressão de sentido no direito penal: divergências e similaridades entre os conceitos sociais e a concepção significativa da ação

The expression of meaning in criminal law: divergences and similarities between social concepts and the meaningful conception of action

Guilherme Henrique Gonçalves¹

Universidade Tuiuti do Paraná

Sumário: 1. Introdução; 2. O sentido e o Direito penal; 3. O sentido segundo os conceitos sociais de ação; 3.1. Os conceitos sociais de ação; 3.2. A questão do significado nos conceitos sociais; 3.3. As críticas à relevância social do comportamento; 4. A expressão de sentido segundo a concepção significativa da ação; 4.1. A concepção significativa da ação; 4.2. A determinação do sentido segundo a concepção significativa; 4.3. As críticas à concepção significativa; 5. Entre divergências e similaridades; 6. Conclusões; 7. Referências.

Resumo: Este estudo pretende examinar as diferenças e similaridades entre ideia de significado implementada pelas teorias sociais e pela concepção significativa da ação. Dentro desse contexto, examinam-se os fundamentos de ambas as concepções e se as críticas recebidas por uma ou outra teoria podem ser compartilhadas igualmente entre ambas. Também se apresentaram as diferentes formas de análise da expressão de sentido no Direito penal, relacionados à semântica intencional, objetiva e ao significado enquanto uso. A análise limitou-se a se aprofundar nos escritos de dois defensores de conceitos sociais de ação, Hans-Heinrich Jescheck e Johannes Wessels, bem assim dos estudos de T. S. Vives Antón, quanto à concepção significativa da ação. Isso permitiu identificar divergências substanciais entre ambas as concepções e também evidenciou que é um equívoco compartilhar as críticas entre elas.

Palavras-chave: Direito penal. Concepção significativa da ação. Conceitos sociais de ação. Sentido. Significado enquanto uso.

Abstract: This study aims to examine the differences and similarities in the idea of "meaning" implemented by social theories of action and the meaningful conception of

¹Professor de Direito Penal em nível de graduação na Universidade Tuiuti do Paraná. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Penal e Criminologia, pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal - ICPC. Especialista em Direito e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst. Graduado em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná. Pesquisador no Núcleo Sistema Penal e Controle Social - UFPR. Advogado.

action. Within this context, the foundations of both conceptions were examined and whether the criticisms received by one or the other of the theories can be shared equally between them. The different forms of meaning analysis in criminal law were also presented, related to intentional, objective semantics and meaning as use. The analysis was limited to delving deeper into the writings of two authors who defend social concepts of action, Hans-Heinrich Jescheck and Johannes Wessels, as well as the studies of Tomás Salvador Vives Antón, regarding the significant conception of action. This allowed us to identify substantial divergences between both conceptions and showed that it is a mistake to share criticisms between them.

Keywords: Criminal law. Meaningful conception of action. Social concept of action. Sense. Meaning as use.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por foco examinar as concepções de significado elaboradas pelas teorias sociais e pela concepção significativa da ação. O tema assume relevância em razão de confusões teóricas estabelecidas pelos críticos das teorias, o que ocorre em virtude de tentativas - frustradas, antecipe-se - de conciliar os seus fundamentos teóricos, metodológicos e filosóficos.

E é por isso que este trabalho limitará o seu campo de prova à ideia de significado (ou sentido, que aqui serão empregados enquanto sinônimos) desenvolvidos por ambas as teorias. Tanto a análise dos fundamentos, quanto das críticas, portanto, terão por foco apenas a questão do significado, ainda que outras eventualmente possam ser apreciadas.

Deste modo, em um primeiro momento, procura-se demonstrar a importância - muitas vezes velada - que o sistema de imputação atribui à noção de sentido, seja o da conduta, ou mesmo das demais categorias relacionadas ao conceito jurídico de delito.

Em um segundo momento, apresentar-se-á o conceito de sentido desenvolvido pelas teorias sociais da ação, bem como as suas linhas fundamentais e as críticas que se desenvolveram contra os seus fundamentos e metodologia.

Logo em seguida, apresenta-se a concepção significativa da ação, procedendo-se próximo ao que se realizou no tópico anterior, com a delineação de seus fundamentos e a apresentação das suas críticas.

Por fim, realiza-se um confronto entre as teorias, com o objetivo de verificar quais são os pontos de conexão entre elas e se é possível apresentar-lhes críticas e objeções similares.

2. O SENTIDO E O DIREITO PENAL

Não é recente a preocupação da doutrina penal para encontrar um método adequado para capturar o significado daquilo que pode ser objeto de desvalor jurídico.² Seja no âmbito do conceito de ação, de injusto ou mesmo de culpabilidade, a dogmática

²Por exemplo, Enrique Bacigalupo afirmou que a discussão entre causalistas e finalistas sobre a doutrina da ação se referia ao sentido: "Desde um punto de vista profundo esta discusión se refería al problema del sentido de los comportamientos humanos. Mientras la teoría causal identificaba la acción humana con su aspecto causal naturalístico, la teoría final de la acción se desarrolló en un contexto científico-social en el que el sentido social de la acción dependía de la dirección dada por el autor a su acción y, por lo tanto, de la dirección subjetiva de la misma". In: BACIGALUPO, E. *Derecho penal - Parte general*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 246, n. 492.

se viu em torno da busca por formas de explicar^{3 4} ou interpretar^{5 6} o que pode ser imputado pelo Direito enquanto delito.

A razão por trás dessa preocupação não pode ser ignorada. Afinal, o que se pretende com uma imputação penal é verificar se o sentido da ação praticada pelo autor se acomoda ao sentido do texto definido pelo legislador quando editou o tipo legal. Seguidamente, a referência ao sentido também opera quando se busca determinar se o sentido do tipo de ação pode ser melhor definido enquanto uma forma de ilicitude dolosa ou imprudente, ou mesmo se ele pode também se acomodar em algum tipo permissivo previsto legalmente.

E foi a partir desta preocupação que verdadeiras ideologias de pensamento jurídico-penais⁷ se erigiram. Ao pretexto de atender ao princípio de culpabilidade, algumas delas sustentaram que o significado das condutas humanas - imputáveis ou não - deveria ser perquirido no interior da mente do autor, em termos ônticos ou fenomenológicos, como no conteúdo da sua vontade⁸. Outras, com caracteres mais objetivos, sustentaram que o significado deveria ser buscado atendendo a bases externas ao próprio autor, como ocorre com a "identidade normativa da sociedade"⁹. Mais recentes, porém, são as teorias que

³Veja-se, por exemplo, a posição de Urs Kindhäuser, que constrói sua teoria jurídica com base em um raciocínio explicativo próprio das ciências exatas. In: KINDHÄUSER, U. "Die deutsche Strafrechtsdogmatik zwischen Anpassung und Selbstbehauptung – Grenzkontrolle der Kriminalpolitik durch die Dogmatik", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 121, 2009, pp. 955 e ss.

⁴Uma apreciação crítica deste trabalho pode ser consultada em GONÇALVES, G. H.; ARRAES, R. P. A. & CAUDURO, R. M. O Direito Penal deve ser encarado enquanto ciência? Um breve debate entre as ideias de Tomás S. Vives Antón e Urs Kindhäuser: *A linguagem do sistema criminal*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2024, p. 42 e ss.

⁵Por todos, explicando que a dogmática penal pretende ser uma forma de argumentação ao redor de tópicos: VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos do Sistema Penal*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022, pp. 365-373.

⁶Na edição espanhola, VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del sistema penal, acción significativa y derechos fundamentales*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 484-495.

⁷MARINUCCI, G. *El delito como acción. Crítica de un dogma*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 1998, pp. 63 e ss.

⁸"Para el contenido de sentido de una acción, es indiferente el que la consecuencia dispuesta voluntariamente represente, en la estructura general de la acción, precisamente el fin deseado o sólo el medio empleado, o aún una mera consecuencia concomitante incluida en la voluntad de realización. Una acción final de matar existe no solamente cuando la muerte era la meta de la actividad de la voluntad, sino que también cuando constituía el medio para otro fin ulterior (p. ej., para heredar al muerto) o si era una consecuencia concomitante incorporada a la voluntad de realización (p. ej., la muerte por asfixia de X en el caso anterior). Por ello, una acción final, en razón de su referencia a las diversas consecuencias dispuestas voluntariamente, puede tener un sentido de acción múltiple". In: WELZEL, H. *Derecho penal alemán - Parte General*, Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 57-58.

⁹"El concepto de acción no se busca antes de la sociedad, sino dentro de la sociedad. No es la naturaleza la que enseña lo que es la acción, como pretendía la escuela de v. Liszt con su separación de lo físico y lo psíquico, y el concepto de acción tampoco puede extraerse de la ontología, como comúnmente se sostiene que Welzel intento demostrar con su punto de partida desde la finalidad del actuar humano, sino que en el ámbito del concepto de acción lo decisivo es interpretar la realidad social, hacerla comprensible en la medida en que está relacionada con el Derecho penal. In: JAKOBS, G. "El concepto jurídico-penal", *Estudios de Derecho penal*, (Trad. Cancio Meliá), Madrid, Civitas, 1997, p. 102.

buscaram na ideia de expressão de um sentido^{10 11 12} linguístico^{13 14} o meio para compreender o significado de um comportamento.

Neste conjunto de escolas dogmáticas, e no que interessa ao nosso âmbito de investigação, especialmente duas se preocuparam em extrair o significado a partir da interação do autor com o seu meio social: os conceitos sociais e a concepção significativa da ação. Talvez por essa razão, não raras vezes, alguns autores sustentaram que essas posições definiram a categoria “conduta” desde os mesmos pressupostos teóricos, filosóficos e metodológicos, sendo passíveis, portanto, de receberem as mesmas objeções. Daí porque, nesses casos, seria possível compreender a segunda teoria como um “neoconceito social de ação”.

Essa, porém, parece ser uma conclusão equivocada. Ainda que, em alguma medida, ambas deem maior destaque para o significado no sistema de imputação, suas raízes e metodologias não compartilham de pontos de contato que indiquem uma relação de continuidade entre elas. Por isso, analisaremos as posições seguidamente.

3. O SENTIDO SEGUNDO O CONCEITO SOCIAL

As teorias que buscaram definir a ação a partir da “relevância social” do comportamento procuraram estabelecer alguma forma de relação entre o comportamento humano e a interpretação que dele se faz socialmente.

Disso resulta que, de algum modo, a ideia de relevância social vem associada à uma premissa de significação social.

No entanto, antes de estabelecermos o que tais teorias compreendem por significado, parece fundamental entender os fundamentos sobre os quais tais modelos teóricos se desenvolveram.

3.1. OS CONCEITOS SOCIAIS DE AÇÃO

Tornou-se lugar-comum na literatura penal afirmar que não existe um único conceito social de ação, senão que várias teorias compartilharam de um eixo comum, denominado “relevância social” do acontecimento¹⁵, para criar o seu sistema dogmático.

Embora isso seja correto, não seria adequado concluir dessa afirmação que essas teorias compartilhavam dos mesmos fundamentos teóricos. Isso porque, não raro, os conceitos de ação desenvolvidos pelos defensores de conceitos sociais eram diversos entre si, já que alguns destacavam a relevância social a partir do desvalor da ação, enquanto

¹⁰Com base na filosofia analítica de Austin, J. Tavares chama de “performáticas” (que se opõem às “instrumentais”) as ações que levam em conta o sujeito e a sua relação contextual para com os demais participantes. Dessa forma, as ações performáticas seriam sempre sociais. Como exemplos de modelos performáticos, cita a concepção significativa, de Vives; a ação comunicativa, de Habermas; e a ação estratégica, formulada por Max Weber.

Com base nesses argumentos, destacando que o conceito deve permitir que a conduta seja apreciada desde a norma, sempre com especial destaque ao sujeito que a pratica, define a ação como “conduta volitiva, orientada por parâmetros ou objetos de referência, expressos no injusto e subordinados a um discurso jurídico válido, no âmbito da prática social do sujeito”. In: TAVARES, J. *Fundamentos de teoria do delito*, Tirant lo Blanch, Florianópolis, 2018, pp. 125-135.

¹¹A diferença entre o modelo de Vives e os citados por Tavares pode ser vista no capítulo onze de: VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos do Sistema Penal*, (trad. BUSATO, P.C.), Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022, pp. 376 e ss.

¹²Na edição espanhola: VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema penal, acción significativa y derechos fundamentales*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 503 e ss.

¹³Fundamental, destacando o aspecto linguístico do sentido, que também interessa à ação, VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos do Sistema (...) Ob. Cit.*, pp. 163 e ss.

¹⁴Na edição espanhola, VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, pp. 224 e ss.

¹⁵GUARAGNI, F. A. *As teorias da conduta em direito penal, um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, pp. 199-200.

outros afirmaram que a significação social do comportamento só poderia ser avaliada desde o desvalor de resultado¹⁶.

Bem por isso, parece correto afirmar, de modo geral, que as teorias sociais da ação têm em comum o fato de empregarem a ideia de “relevância social” do fato típico em seus conceitos. Com essa referência, sustenta-se que os seus defensores pretenderam buscar um ponto de conexão entre o finalismo e o causal-naturalismo com o objetivo de superar as suas incompatibilidades mais profundas¹⁷. Nesta mesma linha argumentativa, outros autores também sustentaram que o critério da relevância social seria um elemento capaz de conjugar critérios ônticos e normativos em um único conceito de conduta humana¹⁸.

Isso também parece correto, já que conceitos sociais de ação foram defendidos por autores que sustentavam posições ideologicamente díspares. Alguns, abertamente causalistas, como E. Schmidt ao atualizar o clássico manual de F. von Liszt, que define a ação como sendo uma “conduta levada pela vontade que concerne, através de seus efeitos, à esfera da vida do próximo e se apresenta, sob aspectos normativos, como unidade de sentido social”¹⁹. Outros, reconhecidamente finalistas, como R. Maurach e H. Zipf, ao afirmarem que “uma ação em sentido jurídico penal é uma conduta socialmente relevante, dominada ou dominável por uma vontade final e dirigida a um resultado”^{20 21}.

Logo se percebe que o significado social do comportamento é um elemento volúvel e que poderia se adaptar a diversas ideologias dogmáticas distintas. Talvez, justamente, pela profusão de teorias sociais da ação é que se tenha tais conceitos como dominantes na Alemanha^{22 23}. É essa a razão para que muitos defensores das teorias sociais afirmarem que a significação social é o “elemento chave” hábil a universalizar o conceito de ação, alcançando a tão pueril busca por um supraconceito que seja capaz de unificar tanto ações como omissões sob um mesmo elemento.

Diante do fato de que muitos autores se valeram da teoria social para construir seus sistemas dogmáticos, parece adequado aos reduzidos limites deste trabalho selecionar dois dos principais expoentes de conceitos sociais e desenvolver a argumentação desde as suas contribuições. Por isso, tomaremos por base a doutrina de H.-H. Jescheck e J. Wessels²⁴. Ambos produziram obras de fôlego fundamentadas sobre esse conceito e, bem por isso, podem auxiliar na formulação de um quadro geral da teoria social da ação.

Segundo Wessels e Beulke, a ação é “a conduta socialmente relevante dominada ou dominável pela vontade humana”²⁵. Para além da referência ao sentido (“relevância social”), também é possível extrair um substrato ôntico que não pode ser ignorado: a vontade humana. Trata-se, portanto, de uma concepção que destaca o significado social

¹⁶Cf. MARINUCCI, G. *El delito como acción. Crítica de un dogma*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 1998, pp. 53 e ss.

¹⁷BUSATO, P.C. *Direito penal & ação significativa, uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem*, 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 26.

¹⁸WESSELS, J. & BEULKE, W. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 30 ed., C.F.Muller, Heidelberg, 2000, p. 27, nm. 93.

¹⁹A referência aparece em BUSATO, P. C. *Direito penal & ação significativa, (...) Ob. Cit.*, p. 26.

²⁰ZIPF, H. & MAURACH, R. *Derecho penal. Parte general*, v. 1, Trad. da 7ª ed., alemã por Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 261.

²¹Concorda com essa tendência “finalista-objetiva” MIR PUIG, S. *Derecho penal, parte general*, PPU, Barcelona, 1990, pp. 174-175.

²²HILGENDORF, E. & VALERIUS, B. *Direito penal: parte geral*, Trad. da 2ª ed., alemã por Orlandino Glazer, Marcial Pons, São Paulo, 2019, p. 89.

²³Concorda com a afirmação, no Brasil, TAVARES, J. *Fundamentos de teoria do delito*, Tirant lo Blanch, Florianópolis, 2018, pp. 121-122.

²⁴Também Guaragni optou por essa metodologia em seu trabalho. Ver GUARAGNI, F.A. “As teorias da conduta em direito penal, um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2005, pp. 199-200.

²⁵WESSELS, J. & BEULKE, W. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 30 ed., C.F.Muller, Heidelberg, 2000, p. 27, nm. 93

do comportamento, mas que também defende que esse significado é produto de uma finalidade subjetiva proposta pelo autor e das expectativas normativas da comunidade jurídica frente a sua conduta²⁶.

Diante disso, é possível reduzir o conceito de Wessels e Beulke a três elementos fundamentais²⁷, sem os quais pode-se afirmar uma hipótese de "ausência de ação": em primeiro lugar, que se esteja diante de uma conduta humana; depois, que ela seja dominada ou dominável pela vontade humana; por fim, verificar se nela há relevância social.

Já Jescheck desenvolveu um conceito de "comportamento socialmente significativo" desde um ponto de vista fundamentalmente valorativo, visando reunir nele as formas de comportamento comissivo e omissivo²⁸. Disso resulta que, para Jescheck, ação é "comportamento humano socialmente relevante"²⁹. No entanto, o autor reconhece que não é possível sustentar uma posição estritamente objetiva para os comportamentos comissivos e omissivos, razão pela qual também agrega às ações dolosas a ideia de dirigibilidade, que é própria do conceito de ação estabelecido pelo finalismo, que o autor pretendeu ver superado com a elaboração do seu conceito social³⁰.

Desse modo, o conceito de ação de Jescheck também se vê apoiado em três pilares fundamentais: o comportamento humano, a dirigibilidade (nos delitos ativos dolosos) e a relevância social³¹.

A diferença entre uma e outra concepção está relacionada à ênfase que se dá ao desvalor produzido pela ideia de sentido social. Enquanto Wessels e Beulke apoiam a relevância social no desvalor de resultado, Jescheck parece apoiar o seu conceito em uma espécie de "unidade", já que sugere que o sentido social nasce da interrelação entre ação e resultado³².

Nesse sentido, o que há de comum entre os defensores de teorias sociais é a adição de um elemento valorativo extrajurídico (a significação social) aos já conhecidos elementos naturais, desenvolvidos pelo causal-naturalismo; ou ônticos, sustentados pelo finalismo. Cumpre, então, examinar o que se entende por "significado social" do comportamento para que se comece a verificar se há alguma coincidência entre o conceito social e a concepção significativa da ação.

3.2. A QUESTÃO DO SIGNIFICADO NOS CONCEITOS SOCIAIS

Embora haja uma certa multiplicidade de conceitos sociais, Wessels e Jescheck concordam quanto a definição do elemento "significado social" - ainda que com variações terminológicas - como ponto central que integra os seus conceitos de ação.

Os autores partem da ideia de que comportamentos que não escapem à esfera de interesses individuais ao autor da ação não devem ser considerados relevantes do ponto de vista do Direito penal. Como o aspecto dominante do conceito é a sua característica social, a definição deste sentido deve ser realizada mirando o indivíduo em conjunto ao ambiente em que ele está inserido.

²⁶ WESSELS, J.; BEULKE, W. *Strafrecht (...) Ob. Cit.*, p. 27, nm. 93.

²⁷ Sugerindo essa tripartição: GUARAGNI, F.A. *As teorias da conduta em direito penal, um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*, São Paulo, RT, 2005, p. 200-201.

²⁸ JESCHECK, H.H. *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., Duncker & Humblot, Berlim, 1982, p. 177.

²⁹ JESCHECK, H.-H. *Lehrbuch des Strafrechts, (...) Ob. Cit.*, p. 177.

³⁰ JESCHECK, H.-H. *Lehrbuch des Strafrechts, (...) Ob. Cit.*, pp. 177-178.

³¹ JESCHECK, H.-H. *Lehrbuch des Strafrechts, (...) Ob. Cit.*, pp. 177-179.

³² MARINUCCI, G. *El delito como "acción", Crítica de un dogma*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1998, pp. 53-54.

Assim é que, para Wessels e Beulke, “socialmente relevante é a conduta que afeta às relações do indivíduo para com o seu meio e, segundo suas consequências, desejadas ou não, constitui, no campo social, elemento de juízo de valor”³³.

Os autores citam como exemplo a hipótese de que, durante um passeio em um mercado, duas pessoas entrem em luta corporal. Nesta situação, depois de receber um golpe, uma delas cai sobre cerâmicas expostas à venda pelo proprietário do mercado. Vendo o resultado, o agressor foge do local enquanto o agredido chama as autoridades³⁴. Neste cenário, acrescentam, haverá relevância social na conduta do agressor tanto pela lesão corporal, quanto pelo dano patrimonial produzido, neste caso, porque sua ação prejudicou a propriedade do vendedor, restando apenas investigar se o autor seria capaz de dominar a própria ação naquelas circunstâncias³⁵.

Já para Jescheck³⁶, na mesma linha, a significação social do comportamento está atrelada à transcendência da ação da esfera meramente individual do autor, de modo que afete o seu meio em suas últimas consequências.

A relevância social do comportamento, seja para Jescheck, como também para Wessels, tem a capacidade de fazer com que o conceito de ação cumpra as funções perseguidas pela literatura especializada.

Outra virtude do emprego da relevância social seria a sua capacidade de eliminar problemas dogmáticos de outras categorias do conceito jurídico de delito, aos quais a doutrina custou para encontrar soluções satisfatórias. Dentre eles, destacam-se os chamados “cursos causais imprevisíveis”. Afinal, o fato de que uma mãe tenha dado à luz ao agressor não transforma a sua ação em conduta socialmente relevante para ser imputada – como coautora – pelo tipo legal praticado, anos mais tarde, pelo seu filho. No entanto, a partir dessa afirmação, caberia indagar se seria correto afirmar – segundo tais pressupostos – se o parto em si seria um ato socialmente ou apenas jurídico-penalmente irrelevante.

Percebe-se, desde logo, que os autores colocaram grandes expectativas sobre a ideia de relevância social, ainda que não tenham esclarecido qual seria o conteúdo dessa significação.

Assim, embora os autores não pretendessem apresentar um conceito de “significado socialmente relevante”, ambos buscaram preenchê-lo de conteúdo a partir da ideia de “transcendência” ou de “alteridade”. Busato³⁷ afirma que a principal vantagem dessa formulação é que ela permite uma alternativa para tentar superar o problema do supraconceito de ação.

3.3. AS CRÍTICAS À RELEVÂNCIA SOCIAL DO COMPORTAMENTO

Embora ainda sigam dominantes, sobretudo na Alemanha, os conceitos sociais de ação sofreram duras apreciações críticas da literatura especializada. Elas focaram, sobretudo, na imprecisão conceitual da expressão “significado social”, criticando especialmente a ausência de critérios para valorar este elemento do conceito, bem como a confusão que a partir dela se cria entre as categorias da ação e do tipo penal^{38 39}.

Em primeiro lugar, acusa-se a expressão “relevância social” de genérica e não autoexplicativa⁴⁰. Isso ocorre porque os defensores (sobretudo, Jescheck) do modelo

³³WESSELS, J. & BEULKE, W. *Strafrecht, Allgemeiner (...) Ob. Cit.*, p. 27, nm. 93.

³⁴WESSELS, J. & BEULKE, W. *Strafrecht, Allgemeiner (...) Ob. Cit.*, p. 22, nm. 80.

³⁵WESSELS, J. & BEULKE, W. *Strafrecht, Allgemeiner (...) Ob. Cit.*, p. 27, nm. 93.

³⁶JESCHECK, H.H. *Lehrbuch des Strafrechts, (...) Ob. Cit.*, pp. 178-179.

³⁷BUSATO, P.C. *Direito penal & ação significativa, (...) Ob. Cit.*, p. 30.

³⁸Um detalhamento da crítica em MARINUCCI, G. *El delito como acción: Crítica de un dogma*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 1998, pp. 64 e ss.

³⁹Em português, GUARAGNI, F.A. “As teorias da conduta em direito penal, (...)” *Ob. Cit.*, pp. 215 e ss.

⁴⁰Jakobs disse que este seria um mérito da teoria finalista da ação (JAKOBS, G. *El derecho penal como disciplina científica*, trad. Alex van Weezel, Madrid, Civitas, 2008, p. 72 e ss.), com o que parece concordar Guaragni com o que sugere com a crítica. Já Roxin vê uma “força expressiva” no

social não teriam se preocupado em esclarecer a maneira com que se percebe em cada caso concreto a transcendência da ação ao mundo circundante⁴¹.

Ainda que se conceba que essa percepção deva ocorrer por meio de um juízo de valor, como fazem Wessels e Beulke expressamente, segundo Guaragni⁴², também não fica claro a quem competiria realizar esta valoração: a um observador imparcial (como, por exemplo, o juiz) ou ao sujeito passivo da ação.

Afinal, sugerem os críticos, se a definição do significado social da ação competir exclusivamente ao juiz, em uma operação genuinamente solipsista, tal operação deixaria nas mãos da autoridade um poder definitório proclive a autoritarismos. Isso seria problemático, pois colocaria em xeque as garantias inerentes ao princípio de culpabilidade. Por essa razão, as outras alternativas dogmáticas (como o finalismo, por exemplo) se mostrariam mais consentâneas para adequar a categoria da ação ao citado princípio, já que a operação solipsista ocorreria pelo próprio autor da ação que dirigiria privadamente o curso da causalidade segundo a sua própria finalidade.

Embora a crítica acerte quanto a dificuldade do conceito para explicar o método para verificar a significação social, é necessário dizer que ela se equivoca ao sugerir que seria mais adequado adotar um modelo "solipsista-individual", que colocaria as finalidades individuais em primeiro plano. A despeito de a prática do Direito penal se constituir em uma atividade heterônoma, já que é o Juiz, na sentença, que dará as razões pelas quais se pode afirmar ter o autor agido dolosa ou imprudentemente, parece ingênuo supor que a estrutura lógico-real da finalidade constituiria uma barreira imposta contra a autoridade para definir o comportamento praticado. Na prática, tanto a sugestão feita pela crítica, quanto o próprio conceito social de ação criticado padecem de similares problemas de metodologia.

Para além desse aspecto, a relevância social da ação também foi criticada quanto ao conteúdo do seu conceito. Questionou-se, nesse sentido, se seriam socialmente significativas apenas as condutas "desvaloradas" ou se também o seriam as positivamente valoradas.⁴³ Disso, os críticos concluem que a ausência de uma uniformidade conceitual capaz de superar essas questões preliminares conduziu o conceito social a um "pecado científico" que os seus defensores não se importaram em eliminar⁴⁴.

À margem dessa busca "cientificista" por um conteúdo material à "relevância social", parece correto observar, porém, que todas as teorias sociais transformaram em substrato da ação a capacidade do comportamento de incorporar um sentido social. Com isso, Jescheck e Wessels se limitaram a deixar para um segundo plano - mas não ignorar - as características naturais e ônticas da ação, apenas destacando que elas poderiam receber um significado social^{45 46}.

Com isso, o que define uma ação enquanto tal seria a sua capacidade de receber um sentido social, isto é, os fatos se diferenciariam de ações porque sobre essas há uma compreensão social que nos permite assim identificá-las. Desse modo, Vives conclui que

termo "relevância social". In: ROXIN, C. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, t. 1, 4ª ed., Beck, Berlim, 2006, p. 250, nm. 32.

⁴¹GUARAGNI, F. A. "As teorias da conduta em direito penal, (...)" *Ob. Cit.*, p. 220.

⁴²GUARAGNI, F. A. *As teorias da conduta em direito penal(...)* *Ob. Cit.*, p. 220.

⁴³Disso resulta a afirmação de Roxin de que a "relevância social" não seria uma característica própria da ação, mas do tipo, já que ações sem relevância social não deixariam de ser ações, apenas seriam socialmente irrelevantes. Veja: ROXIN, C. *Strafrecht, Allgemeiner Teil (...)* *Ob. Cit.*, p. 250, nm. 32.

⁴⁴GUARAGNI, F. A. *As teorias da conduta em direito penal, (...)* *Ob. Cit.*, p. 220.

⁴⁵VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos do sistema penal*, Trad. da 2ª ed. por BUSATO, P.C., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022, p. 95.

⁴⁶Na edição espanhola, VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...)* *Ob. Cit.*, p. 134.

"a teoria social da ação esteve prestes a dizer tudo, e ainda assim, por meio de um círculo vicioso, não disse - finalmente - nada"^{47 48}.

A crítica ulterior, de que o conceito dilui a ação na realização do tipo, também mira no sentido social para se desenvolver. Segundo explica Guaragni, "a relevância social da conduta humana - para efeitos jurídico penais - existe a partir do momento em que se opera a seleção desta conduta pelo mecanismo de tipificação, com o bem jurídico"⁴⁹.

Com efeito, se a significação social se caracteriza pelo fato de que a conduta praticada pelo autor transcende ao mundo exterior, isso implica, na prática, que o princípio de lesividade se encontra atendido pela elaboração de um supraconceito pré-jurídico de ação. Com isso, antecipam-se problemas que ora são tratados pela doutrina como elementos materiais da antijuridicidade, ora como elementos materiais da tipicidade.

Ocorre que a seleção do bem jurídico tutelado pelo legislador realiza juridicamente uma valoração que também é feita socialmente, o que revela a inutilidade de se antecipar o que, inexoravelmente, constará do próprio tipo legal.

Vives exemplifica a partir do bem jurídico "honra", afetado pela prática de uma injúria. Diz ele que a significação social de uma determinada emissão sonora só adquire o sentido de uma ação de injuriar a partir de uma interpretação que se faz do próprio tipo de ação, já que ele é a regra básica de interpretação (de sentido) estabelecida pela sociedade^{50 51}.

Desse modo, vê-se que, ainda que se ponha em destaque a relevância social, as teorias sociais insistem em perceber a ação enquanto "substrato", isto é, como um movimento corporal, ou a sua ausência, que é capaz de receber um sentido (social). Dessa forma, o problema da teoria da ação fica reduzido ao da imputação, vale dizer, a "uma questão de definir um substrato conductual ao qual possam ser imputadas diferentes modalidades de sentido"^{52 53}.

O principal problema relacionado ao conceito social não é a propriamente a sua substância - o seu conteúdo -, mas a aplicação de um método inadequado. Ainda que Wessels, Jescheck, mas também Schmidt ou mesmo Maurach, tenham buscado construir conceitos que levem em consideração a significação social que se encontra para além do indivíduo, todos eles o fizeram apenas para buscar um substrato - um suporte para o sentido - para a imputação penal e, com isso, limitaram-se a construir um objeto para a imputação^{54 55}.

Isso nos revela que os autores ainda se apegaram a aplicação de um método atributivo (i.e., o que se preocupa apenas com o substrato da imputação) e que já se provou incapaz de levar à formulação de um conceito geral de ação, deixando de lado a sua capacidade de rendimento prático, já que não se preocuparam em desenvolver um método para identificar o sentido^{56 57}.

Superada a questão em torno das críticas aos conceitos sociais, parece necessário aos fins do nosso trabalho verificar se elas podem ser transportadas à concepção significativa da ação.

⁴⁷VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos do sistema penal*, (...) Ob. Cit., p. 96.

⁴⁸Na edição espanhola, VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema penal*(...) Ob. Cit., pp. 134-135.

⁴⁹GUARAGNI, F. A. "As teorias da conduta em direito penal, (...)" Ob. Cit., p. 224.

⁵⁰VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos do sistema* (...) Ob. Cit., p. 97.

⁵¹Na edição espanhola, VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema*, (...) Ob. Cit., p. 136.

⁵²VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos do sistema*, (...) Ob. Cit., p. 160.

⁵³Na edição espanhola, VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema*, (...) Ob. Cit., pp. 219-220.

⁵⁴VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos do sistema*, (...) Ob. Cit., p. 160.

⁵⁵Na edição espanhola, VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema*, (...) Ob. Cit., pp. 219-220.

⁵⁶VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos do sistema*, (...) Ob. Cit., p. 160.

⁵⁷Na edição espanhola, VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema*, (...) Ob. Cit., pp. 219-220.

4. O SENTIDO SEGUNDO A CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA AÇÃO

Para avaliarmos se as críticas recebidas pelas teorias sociais da ação podem ser simplesmente compartilhadas com a concepção significativa, antes, é necessário estabelecer quais são os pressupostos metodológicos com os quais opera esta concepção. Somente assim se poderá examinar se trata-se de um "neoconceito social da ação".

É oportuno antecipar que trabalharemos, fundamentalmente, com a obra seminal de T. S. Vives Antón, os seus "Fundamentos do Sistema Penal". Ainda que outros autores também tenham se utilizado da construção teórica de Vives^{58 59}, ou mesmo partilhado dos seus fundamentos filosóficos⁶⁰, a exposição tomará em conta os escritos do mestre valenciano, citando outros trabalhos apenas como complementação.

4.1. A CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA AÇÃO

Ao contrário do que pretenderam os conceitos sociais, a concepção significativa da ação busca responder ao problema da delimitação do que pode ser interpretado ou não enquanto conduta para o Direito penal, o que faz ao indagar por que se pode compreender as condutas comissivas e omissivas como formas de "ações"⁶¹.

Segundo Vives Antón^{62 63}, a resposta a isso deve ocorrer à margem de qualquer investigação a respeito de um - nunca alcançado - substrato comum que as formas de comportamento porventura possuam. Renuncia-se, desde logo, a um supraconceito de ação, que foi tão buscado pelos modelos sociais. A premissa básica está firmada sob o solo do sentido, de modo que Vives recusa-se a formular um conceito único, afirmando que as ações são tantas quantos são os seus significados.

O motivo é simples: as críticas aos conceitos de ação elaborados pela dogmática penal, pela filosofia ou pela sociologia^{64 65} já demonstraram não existir um único elemento que seja capaz de definir todos os sentidos possíveis de uma conduta humana - ativos, omissivos, intencionais e não intencionais. A razão para isso está no fato de que não é possível desenvolver uma forma de significado que seja comum a todas as demais formas de significado. Não existe um "significado do significado"^{66 67 68}. No entanto, mesmo que a busca pelo supraconceito constitua uma quimera, ainda assim, socialmente, parece fazer sentido conceber as diferentes formas de comportamento como "tipos de ações". Parece

⁵⁸Como BUSATO, P. C. *Direito penal. Parte Geral*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022, pp. 195 e ss.

⁵⁹E, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa - Parte General*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 33 e ss.

⁶⁰Por exemplo, FLETCHER, G. "The grammar of criminal law", v. 1. Oxford, NY, 2007, pp. 281 e ss.

⁶¹BUSATO, P. C. *Direito penal. Parte Geral*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022, pp. 199 e ss.

⁶²VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos do (...) Ob. Cit.*, pp. 202 e ss.

⁶³Na edição espanhola, VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, pp. 272 e ss.

⁶⁴Sobre esta discussão, VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos do sistema (...) Ob. Cit.*, pp. 115 e ss. (ed. Espanhola, p. 161).

⁶⁵Também, MARINUCCI, G. *El delito como acción. Crítica de un dogma*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 1998, pp. 30-31.

⁶⁶"El preguntar en primer lugar, "¿qué es una explicación de significado?" tiene dos ventajas. En un cierto sentido, se hace caer por tierra la pregunta "¿qué es significado?". Pues, sin duda, para comprender el significado de "significado" es necesario comprender también el significado de "explicación de significado". En pocas palabras: "preguntémonos qué es la explicación de significado, pues lo que esto explique será el significado". El estudiar gramática de la expresión de la palabra "significado" y protegerá contra la tentación de buscar en torno de uno algún objeto al que se podría llamar "el significado". In: WITTGENSTEIN, L. *Los cuadernos azul y marrón*, trad. Rush Rhees, Tecnos, Madrid, 1968, p. 27.

⁶⁷Também, VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos do sistema (...), Ob. Cit.*, p. 162.

⁶⁸Na edição espanhola, VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, p. 221.

que há, entre todas elas, “semelhanças familiares”⁶⁹ que nos permitem concebê-las em conjunto.

Com base no segundo Wittgenstein, Vives sustenta que essas semelhanças não podem ser encontradas em um movimento corporal ou em uma finalidade (subjettiva ou objetiva) compartilhadas. Antes, sua concepção leva em conta que as ações são “interpretações que, segundo os distintos tipos de regras sociais, podem ser dadas ao comportamento humano”^{70 71}. Não são, portanto, substratos, mas sentidos vivenciados e assimilados a partir de processos simbólicos regidos por normas e que se expressam linguisticamente^{72 73}.

Essa primeira abordagem nos permite diferenciar as ações, que possuem significado; dos fatos, aos quais nos limitamos a descrever o que acontece.

Segundo a concepção significativa, a conduta (o significado) não se caracteriza por nenhuma classe de movimento corporal, mas apenas pela característica de que, ao atuar, o autor seguiu uma regra. Ao seguir uma regra social, pode-se dizer que o agir humano expressa um sentido, seja de uma intenção, de um equívoco, de um propósito ou mesmo de uma finalidade. Essa expressão, como não poderia ser diferente, somente ocorre a partir de um determinado contexto intersubjetivo; afinal, não existem linguagens privadas^{74 75}.

Em um exemplo singelo, é possível perceber que uma simples “corrida” praticada por duas pessoas em uma praça pode significar diversas ações distintas, a depender do contexto em que se realizam e das regras linguísticas que são seguidas. Em um primeiro momento, é possível compreendê-las apenas enquanto atividades físicas ou mesmo enquanto um simples passeio familiar. No entanto, alterando levemente o exemplo, se tais pessoas estiverem sendo perseguidas por outras, por exemplo, no plano da significação poderá haver alguma alteração importante: pode-se estar diante de uma corrida de rua, em busca de socorro ou mesmo em uma situação de promoção de fuga de autoridades, portanto, praticando o tipo de ação previsto no art. 351 do Código Penal brasileiro⁷⁶. Tudo depende das regras que o sujeito busca seguir ou que infringe ao usar a linguagem^{77 78}.

A expressão de sentido e a sua captura pelo interlocutor nascem de uma espécie de jogo, a que Wittgenstein denominou de “jogo de linguagem”⁷⁹. Dentro desse jogo, essa expressão de sentido emana do fato de que os seres humanos compartilham determinadas formas de vida, cuja atuação concreta permite a criação de regras e a verificação do seu seguimento – ou infringência – pelos seus semelhantes. Afinal, como refere Vives, “ações e omissões não são formas de descrever o mundo, mas formas de narrar a vida social

⁶⁹ “Não posso caracterizar melhor essas semelhanças do que por meio das palavras ‘semelhanças familiares’; pois assim se sobrepõem e se entrecruzam as várias semelhanças que existem entre os membros de uma família: estatura, traços fisionômicos, cor dos olhos, andar, temperamento etc. etc. – E eu direi: os ‘jogos’ formam uma família”. In: WITTGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas*, trad. MONTAGNOLI, M., Vozes, Petrópolis, 2014, p. 52, nm. 67.

⁷⁰VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos do sistema (...) Ob. Cit.*, p. 161.

⁷¹Na edição espanhola, VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema penal(...) Ob. Cit.*, p. 221.

⁷²VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos do sistema (...) Ob. Cit.*, p. 160.

⁷³Na edição espanhola, VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, p. 221.

⁷⁴KRIPKE, S. A. Wittgenstein. *On rules and private language*, Harvard University Press, Cambridge/Massachusetts, Harvard University Press, 2002, pp. 55 e ss.

⁷⁵Também VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos do sistema (...) Ob. Cit.*, p. 192.

⁷⁶Art. 351 CP - Promover ou facilitar a fuga de pessoa legalmente presa ou submetida a medida de segurança detentiva: Pena - detenção, de seis meses a dois anos. In: BRASIL. *Código Penal*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em: 11 fev. 2024.

⁷⁷VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos do sistema (...) Ob. Cit.*, p. 168.

⁷⁸Na edição espanhola, VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, p. 229.

⁷⁹WITTGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas*, (...) Ob. Cit., p. 51, nm. 66.

como a entendemos: elas não são, portanto, conceitos de objeto, mas formas de entendermos a nós mesmos”^{80 81}.

A referência à linguagem, neste sentido, é esclarecedora. Deve-se ter por sentado que a ação é uma forma de linguagem – talvez, a primeira delas⁸² –, enquanto expressão de sentido, de modo que, assim como ocorre com as palavras, a determinação do significado das ações se dá à margem de qualquer indagação a respeito da intenção subjetiva do interlocutor⁸³. Afinal, se a linguagem é realizada a partir de regras, as palavras e as ações possuem significados objetivos, que não dependem necessariamente da intenção subjetiva do autor. O que se faz ao realizar uma ação ou ao pronunciar uma palavra, é expressar um sentido que capturamos das regras que nos são externas, mas que, ao mesmo tempo, contribuímos para reformulá-las.

Há, certamente, uma objetivação da ação^{84 85}, mas que não implica, absolutamente, em qualquer forma de desprezo ou desrespeito ao princípio de culpabilidade, já que sem intenções subjetivas não seria possível estabelecer as regras linguísticas que nos permitem identificar ações enquanto tais. De modo geral, apenas implica afirmar que a definição da ação pelo interlocutor não depende que ele verifique as intenções subjetivas do autor para compreender o sentido da sua ação. O que se faz ao examinar uma ação está intimamente relacionado à análise do contexto em que se a pratica.

É a partir desses pressupostos que se afirma que as ações “são interpretações que, segundo os distintos tipos de regras sociais, podem ser dadas ao comportamento humano”⁸⁶.

4.2. A DETERMINAÇÃO DO SENTIDO SEGUNDO A CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA

A questão da significação, do sentido, que define a conduta ocupa o centro das atenções da dogmática jurídico-penal, como se viu. E para detalhar a sua concepção, Vives empresta de Habermas três classes de categorias que se propõem a explicar como se captura o significado, segundo ele há “a semântica intencional (o significado reside no que o falante pretende transmitir); a semântica formal, ou objetivista (o significado de uma expressão não é mais que seu conteúdo empírico ordenado de acordo com as regras de sintaxe lógica) e a teoria do significado como uso das expressões”^{87 88}.

De um modo geral, ainda que não intencionalmente, Habermas logrou explicar as formas com que a doutrina penal se utilizou para tentar capturar o sentido das condutas humanas. Algumas se prenderam à intenção subjetiva do autor e tentaram explicar o conteúdo dos movimentos corporais atendendo aos propósitos do agente. Segundo Vives, esta posição falharia, pois, ainda que se possa aceitar que o propósito do autor tenha sua relevância na determinação do sentido de sua ação (ou fala), parece haver uma lacuna na explicação de como um terceiro pode entender o conteúdo expressado pelo autor. Isso só

⁸⁰VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos do sistema (...) Ob. Cit.*, p. 192.

⁸¹Na edição espanhola, VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, p. 259.

⁸²CHRISTIANSEN, M. H. & CHATER, N. E. *O jogo da linguagem: A improvisação que mudou o mundo*, trad. VARGAS, B., Zahar, Rio de Janeiro, 2023, pp. 17 e ss.

⁸³“Nós sabemos que alguém está atuando da mesma forma com que compreendemos o sentido de uma palavra ou de uma frase”. In: FLETCHER, G. “The grammar of criminal law”, Oxford, NY, 2007, v.1, p. 282.

⁸⁴VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos do sistema (...) Ob. Cit.*, p. 192.

⁸⁵Na edição espanhola, VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, p. 259.

⁸⁶MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa - Parte General*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 37.

⁸⁷VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos do sistema sistema (...) Ob. Cit.*, p. 164.

⁸⁸Na edição espanhola, VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema sistema (...) Ob. Cit.*, p. 224.

ocorre por meio de um código linguístico compartilhado entre os interlocutores e que está fora das intenções subjetivas do agente^{89 90}.

Ainda que aceite que a linguagem se estabeleça desde convenções linguísticas (de regras socialmente compartilhadas), a segunda classe de explicação falha ao buscar uma significação que reflita, verdadeiramente, a estrutura física do mundo; isto é, uma perspectiva que renuncia à concepção de linguagem enquanto uso e que se baseia em um método que nos permita aferir se o que é feito (ou dito) designa o que se verifica empiricamente, como uma espécie de tradução linguística da realidade^{91 92}. Uma semântica que opera desde a lógica “objeto-designação” é incapaz de capturar as diversas nuances da noção de sentido, especialmente porque a linguagem se estabelece a partir de contextos sociais específicos.

Aqui o clássico exemplo de George Fletcher⁹³ sobre os guardas no palácio de Buckingham é esclarecedor. Afinal, se encontrarmos aquele guarda em sua icônica posição em frente ao palácio, diremos que ele estará “vigilando”, realizando uma comissão. De outro lado, caso o contexto se altere levemente, e encontremos o mesmo guarda em um bosque, estático, não diremos que ele está “vigilando” ou praticando uma ação comissiva. No entanto, o reflexo do mundo, nos dois casos, é o mesmo.

Em termos dogmáticos, a primeira posição pode ser aproximada à doutrina finalista da ação, por motivos autoexplicativos; a segunda, por outro lado, se acomodaria a todas as teorias que, ainda que se prenam à expressão de sentido para explicar a ação, insistem em aplicar à linguagem uma perspectiva lógica e recorrem a uma pretensão de verdade para explicar o sentido da ação. Isso ocorre, por exemplo, na visão de Jakobs, que pretende que a linguagem reflita a verdadeira expressão normativa da sociedade⁹⁴.

Para Vives, seguindo a filosofia do segundo Wittgenstein, o significado surge de práticas sociais compartilhadas, vale dizer, do uso feito pelos interlocutores. O significado enquanto praxis, assim, faz com que ação e linguagem se fundamentem na ideia de “jogo de linguagem”. À medida em que práticas linguísticas se estabeleçam, formam-se regras linguísticas que são compartilhadas pelos interlocutores. Com a solidificação dessas regras, forma-se um sentido possível de ser examinado objetivamente por terceiros, à margem das intenções do autor ou da reflexão de uma imagem que espelhe a estrutura (pictórica) do mundo. Em termos de prática jurídica, isso implica que, na determinação de correspondência entre uma ação aparente e um tipo de ação específico, participam autor e vítima, acusação e defesa, juiz e partes.

Desse modo, a captura do significado se insere dentro da ideia de “seguimento de regras” linguísticas, que é o que nos permite explicar, avaliar, justificar, definir e interpretar uma ação enquanto tal^{95 96}. Ações e regras se encontram mediadas pela ideia de “liberdade de ação”. A avaliação do seguimento de uma regra linguística não pode ocorrer privadamente, como sustenta o método intencional, sob pena de se afirmar que a formação da linguagem e a determinação do sentido encontram-se isolados no próprio

⁸⁹ VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos do sistema sistema (...)* Ob. Cit., p. 164.

⁹⁰ Na edição espanhola, VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema sistema (...)* Ob. Cit., p. 224.

⁹¹ VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos do sistema sistema (...)* Ob. Cit., p. 164.

⁹² Na edição espanhola, VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema sistema (...)* Ob. Cit., p. 224.

⁹³ FLETCHER, G. “The grammar of criminal law”, v. 1, Oxford, NY, 2007, pp. 271 e ss.

⁹⁴ JAKOBS, G. “El concepto jurídico-penal”, *Estudios de Derecho penal*, (Trad. Cancio Meliá), Civitas, Madrid, 1997, p. 102. Também JAKOBS, G. *El Derecho penal como disciplina científica*, (trad. Alex Van Weezel), Civitas, 2008, p. 22. A posição de Jakobs quanto ao sentido pode ser lida também em seu tratado, JAKOBS, G. *Derecho penal, Parte General*, Fundamentos y teoría de la imputación, Barcelona, Marcial Pons, 1997, pp. 102-103. A crítica à concepção de significado implementada por Jakobs aparece em VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos do sistema (...)* Ob. Cit., pp. 111 e ss, 429-431 (ed. Espanhola, p. 556). Vives destaca que Jakobs pressupõe “partir de um significado sem contexto para cuja determinação seriam suficientes palavras escritas, um dicionário ou uma gramática. Desde esse ponto de partida, o texto da lei não serviria, obviamente, para fixa o significado da regulação, nem, provavelmente, para estabelecer significado algum”.

⁹⁵ VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos do sistema (...)* Ob. Cit., p. 167.

⁹⁶ Na edição espanhola, VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...)* Ob. Cit., p. 229.

autor, o que formaria um “sem-sentido” com o seu meio. No fim, elealaria sozinho⁹⁷. Desse modo, tais regras se encontram fora do próprio autor.

Com isso, assume-se que o agente pode seguir uma regra linguística, como também pode contrariá-la. Vives exemplifica o que afirma do seguinte modo “Minha compreensão de um jogo de futebol depende de que conheça as regras do jogo e, de que, portanto, possa fazer uma correta atribuição de intenções aos movimentos dos jogadores: se ignorar as regras, não sou capaz de inferir e ninguém me explica, não vou entender o jogo e não vou saber, na realidade, o que está acontecendo lá (nem sequer poderei prever o que tenta fazer um jogador na posse da bola). Mas, uma vez que eu os conheça e possa fazer, por conseguinte, as atribuições corretas, nem sempre qualificarei as jogadas (as ações dos jogadores) com base nas intenções que lhes atribuo: por exemplo, se um defensor tem a intenção de limpar, mas ele coloca a bola em seu próprio gol, eu não vou dizer que ele limpou, mas que ele marcou um gol contra”.

Dessa forma, ao se filiar à linguagem enquanto uso – ou praxis –, Vives aceita que o significado venha determinado pela linguagem comum. Ainda segundo Vives, é o uso da linguagem a partir do seu uso comum que nos permite o entendimento mútuo. Afinal, até mesmo para compreender os termos empregados pelo legislador no tipo legal, o interprete deve recorrer à linguagem que todos falamos, ainda que, eventualmente, utilize-se de termos técnicos⁹⁸. Afinal, “o Direito penal diz o que dizem as palavras da lei, de modo que o sentido da lei está dado pelo sentido de suas palavras”⁹⁹. Somente assim se respeita as garantias derivadas do princípio de legalidade em sua integralidade.

Em síntese, Vives parte da ideia de que o significado surge do seguimento de regras, os quais, de seu turno, nascem de usos sociais reiterados, segundo determinadas formas de vida e que pressupõem liberdade de ação do autor. A determinação do sentido, assim, não vem imposta por nenhum ator isolado, como também não busca ser um espelho da realidade; ao contrário disso, ela é fruto de uma construção conjunta entre o autor e o seu meio social. A conformidade do autor com a regra linguística (com o tipo de ação, por exemplo), desse modo, exigirá sempre argumentação forte por parte daqueles que pretendem avaliar a sua conduta.

É esta, aliás, a forma pela qual o legislador cria novos tipos penais (regras sociais convertidas em regras jurídicas). Tomando por hipótese o Direito brasileiro, pense-se na recente definição legal de bullying¹⁰⁰ ou de cyberbullying¹⁰¹, tipos de ação incluídos nos artigos 168-A, e parágrafo único, do Código Penal brasileiro pela Lei 14.811/2024. A determinação do significado dessas condutas, pelo legislador, demandou um

⁹⁷“Por isso, ‘seguir a regra’ é uma prática. E acreditar seguir a regra não é: seguir a regra. E por isso não se pode seguir a regra ‘privatim’, porque, do contrário, acreditar seguir a regra seria o mesmo que seguir a regra. In: WITTGENSTEIN, L. Investigações filosóficas, (...) Ob. Cit., p. 114, nm. 202.

⁹⁸VIVES ANTÓN, T. S. “Lenguaje común, derechos fundamentales”, filosofía y dogmática penal, in GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), *Lenguaje y dogmática penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 228.

⁹⁹VIVES ANTÓN, T. S. “Intervención penal y derechos fundamentales”, in: VIVES ANTÓN, T. S. & CUERDA ARNAU, M. L. *Pensar la libertad, Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 697.

¹⁰⁰Intimidação sistemática (bullying), Art. 146-A CP. Intimidar sistematicamente, individualmente ou em grupo, mediante violência física ou psicológica, uma ou mais pessoas, de modo intencional e repetitivo, sem motivação evidente, por meio de atos de intimidação, de humilhação ou de discriminação ou de ações verbais, morais, sexuais, sociais, psicológicas, físicas, materiais ou virtuais: Pena - multa, se a conduta não constituir crime mais grave. (Incluído pela Lei nº 14.811, de 2024). In. BRASIL. *Código Penal*, idem.

¹⁰¹Intimidação sistemática virtual (cyberbullying): Parágrafo único - Se a conduta é realizada por meio da rede de computadores, de rede social, de aplicativos, de jogos on-line ou por qualquer outro meio ou ambiente digital, ou transmitida em tempo real: Pena - reclusão, de 2 (dois) anos a 4 (quatro) anos, e multa, se a conduta não constituir crime mais grave. (Incluído pela Lei nº 14.811, de 2024). BRASIL. *Código Penal*, idem.

estabelecimento fixo do sentido dessas ações na sociedade, o que ocorre pelo uso reiterado que delas se fez socialmente e que permitiu uma compreensão objetivamente compartilhada a respeito do seu significado. Caso contrário, se o legislador empregasse os termos ignorando o uso comum da expressão, poder-se-ia dizer então que ele infringiu a regra linguística. Somente assim será possível determinar o sentido das expressões e convertê-las em tipos de ação específicos.

É por essa razão que Vives afirma não haver um “conceito” - cientificamente orientado - de significado. Mais uma vez, não há um “significado do significado”. Trata-se de uma concepção plural, pois ações “são tantas quantos são os seus usos”. Na base do seu sistema, portanto, não está a ação em si, mas os vários “tipos de ação” específicos.

Note-se que o significado não nasce na natureza da causalidade, na ontologia da finalidade ou na reflexão da realidade. Tampouco está fundamentado nas normas isoladamente. Ele se forma a partir de uma interrelação entre todos esses elementos nos diversos contextos da vida cotidiana.

Desse modo, para utilizarmos do exemplo do “passeio no mercado”, de Wessels e Beulke, citado acima, a rigor, com o soco desferido contra a vítima, não se pode atribuir ao agressor a prática do crime de “dano”, pois a significação do seu ato nos permite concluir pela existência de uma lesão corporal, bem assim a inexistência de uma regra jurídica que defina a ilicitude imprudente deste tipo de ação. Da mesma forma, tampouco aquele que sofreu o golpe poderá receber uma imputação relacionada à danificação da cerâmica, uma vez que constituiria um verdadeiro “sem sentido” em face da regra jurídica prevista no art. 163, do Código Penal brasileiro¹⁰².

4.3. AS CRÍTICAS À CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA

A concepção significativa da ação também recebeu objeções, como ocorreu com as demais teorias que se propuseram a examinar o tema. Alguns autores se basearam no aspecto da fluidez ou na insegurança da determinação do sentido a partir do uso comum na linguagem; outros, em supostas incongruências verificadas nos fundamentos da concepção significativa e no uso da linguagem comum; e um terceiro grupo, em problemas de substituição do paradigma dogmático e filosófico.

Quanto ao primeiro grupo de críticos, Juarez Cirino dos Santos¹⁰³ objetou às concepções de base comunicativa o fato de que todas elas apenas serviriam para informar como se captura o sentido, não sendo capazes de assimilar o “conteúdo da comunicação” (“o que” se comunica). Segundo a sua visão, o método adequado para alcançar o conteúdo da comunicação seria aquele empregado pela semântica intencional.¹⁰⁴ Como sustenta-se nesse trabalho, isso é equivocado, pois, em poucas palavras, se o que determina o sentido são os usos reiterados que se formam em códigos linguísticos, o “conteúdo da comunicação” vem determinado objetivamente, desde regras linguisticamente compartilhadas. Quando expressamos nossas intenções, ainda que intuitivamente, o fazemos capturando essas regras sociais compartilhadas, pois são elas os instrumentos que nos permitem transmitir o sentido e operam à margem de uma intencionalidade subjetiva, que é inacessível àqueles que devem interpretar a ação ou a fala.

O tipo de ação de “injúria” é um bom exemplo. A imputação do tipo de ação só terá sentido se o que foi expressado pelo autor puder ser interpretado contextualmente como ofensivo. A intenção subjetiva, que é inacessível, nesses casos pouco auxilia na determinação do significado da conduta.

A segunda linha crítica apontou uma dificuldade quanto ao objeto de referência do sistema dogmático de Vives. Assim, embora tenha tratado dos conceitos sociais e da concepção significativa a partir de um mesmo tópico (pelo autor denominado “a proposição

¹⁰²Dano. Art. 163 CP - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. In: BRASIL. *Código Penal*. Idem.

¹⁰³CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito penal: Parte Geral*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2018, pp. 117-120.

¹⁰⁴Ainda que reformulado pelo recurso teórico do “trabalho humano”, veja CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito penal: Parte Geral*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2018, pp. 108-109.

comunicacional e o significado social”), Andreas Eisele criticou a “referência epistêmica” adotada por Vives. Segundo Eisele, haveria uma substituição do objeto do “conceito” - o substrato - de modo que não haveria uma conduta para ser o referente do sentido, já que ela seria o próprio significado. Isso “criaria uma sobreposição abstrata de objetos ideais”¹⁰⁵.

O curioso desta crítica é que ela aponta como uma dificuldade algo que o próprio criador da teoria identificou como a sua principal vantagem. O argumento não é original, pois, o que parece estar na sua base é a crítica à ausência de um supraconceito de ação, estável e não contraditório, que não é o que Vives se propõe a fazer com a sua concepção.

Há autores, como Jakobs, que embora não tenham examinado a concepção significativa em seus fundamentos, acabaram por criticar o recurso à linguagem comum como referência para compreender o sentido dos conceitos dogmáticos. Em seu tratado, o autor afirma que a linguagem comum não leva a nenhum resultado aproveitável, “pois não haveria uma só linguagem comum que produza conteúdos conceituais, acepções”¹⁰⁶. Na prática, o que sugere é que os próprios conceitos científicos seriam os responsáveis por determinar o sentido das proposições formuladas por um Direito penal legítimo e, a partir disso, formar-se a interpretação jurídica¹⁰⁷.

Ainda que seja verdadeiro que a técnica possa contribuir para a formulação de conceitos próprios ao Direito penal ou à vida cotidiana em geral - o que Vives não nega, diga-se -, parece equivocado afirmar que a dogmática ignore a linguagem comum. Caso o fizesse, as palavras da lei poderiam incorrer em verdadeiros “sem sentido” para aqueles que deveriam respeitar as proibições e comandos estabelecidos pelo legislador. A técnica, sim, contribui para a definição do significado comum das palavras, mas não pode ser vista como o ponto de origem do sentido. A ideia de linguagem comum deriva de uma prática compartilhada, o que, a depender do contexto, leva em consideração aspectos mais reduzidos - como o que se produz cientificamente - ou mais amplos da sociedade. Nos termos de Vives, os “usos especializados também fazem parte do uso comum”^{108 109} da linguagem.

Um terceiro campo crítico, declaradamente partidário de uma semântica intencional de base finalista, também criticou a concepção significativa da ação pela insegurança que a adoção dos seus pressupostos traria ao sistema de imputação. Ao contrário da teoria finalista, dizem esses críticos¹¹⁰, que seria simplesmente “verificada e aplicada” nos casos concretos, a teoria significativa se basearia na interpretação e compreensão da ação, o que produziria uma insegurança decorrente de uma possível divergência entre os intérpretes quanto ao significado interpretado.

Próximo desses argumentos estão aqueles que objetaram à concepção significativa o fato de que ela se basearia em uma filosofia do consenso, o que faria com que a determinação do significado ficasse nas mãos do juiz do fato. Desse modo, estaria excluída “a teoria ontológica da verdade como correspondência entre a representação do objeto e o objeto representado”¹¹¹.

¹⁰⁵EISELE, A. *Direito penal, Teoria do delito*, JusPODIVM, Salvador, 2018, p. 226, nota 84.

¹⁰⁶JAKOBS, G. *Derecho penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Barcelona, Marcial Pons, 1997, p. 102.

¹⁰⁷O que se vê claramente em outra publicação: “la actividad científica se ocupa principalmente de la cuestión de la *legitimación* de Derecho penal: la ciencia del Derecho penal debe dar respuesta a la pregunta acerca de cuál Derecho penal es legítimo en una época determinada y cual no lo es. Con otras palabras, debe señalar qué discurso acerca de lo justo y lo injusto, en una época determinada, es un discurso *verdadero*, la *verdadera expresión normativa de la sociedad*”. In: JAKOBS, G. *El Derecho penal como disciplina científica*, (trad. VAN WEEZEL, A.), Civitas, 2008, p. 22.

¹⁰⁸VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos do sistema (...) Ob. Cit.*, p. 415.

¹⁰⁹Na edição espanhola, VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, p. 549.

¹¹⁰FONSECA, P. H. C. *Direito penal & ação significativa*, 2ª ed., Foco, Indaiatuba, 2021, p. 138.

¹¹¹CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito penal: Parte Geral, (...) Ob. Cit.*, p. 120.

Ambos os argumentos parecem opor à concepção significativa o fato de que ela não opera a partir de uma pretensão de verdade, o que é correto^{112 113}.

Inexplicavelmente, porém, não fica claro como uma semântica intencional poderia ser simplesmente verificada e aplicada, nem mesmo como se poderia identificar uma verdade correspondente^{114 115} à intenção subjetiva do autor da ação. Segundo Vives, essa premissa é inadequada porque pressupõe uma imagem cartesiana da mente enquanto substância, isto é, como algo no mundo. Esse argumento mofado incorre em erros categoriais já debatidos na filosofia. O significado não pode ser extraído de volições (baseadas em semântica intencional), como tampouco elas pode ser verdadeiramente correspondidas, já que volições não são passíveis de descrição (ou de verificação), são inacessíveis a terceiros e não há nelas uma clareza sobre a sua relação causal com a execução de movimentos corporais¹¹⁶. Afinal, segundo afirma G. Fletcher, “nós nunca escolhemos ter uma ‘volição’ – e mesmo se escolhêssemos, não saberíamos como reconhecê-las quando ocorressem de forma isolada às nossas ações”¹¹⁷.

E se há tanta insegurança na aplicação dessa semântica, não está bem claro em que medida ela pode superar a adoção de praxis linguísticas ou se poderia prescindir do uso comum da linguagem. No campo prático, exige-se dos atores judiciais que se manifestem a partir de boas razões, o que implica em um dever superior de fundamentação pelas autoridades judiciais, e não em uma simples operação de observação e descrição do conteúdo do sentido, o que afasta a possibilidade de adotar uma pretensão excludente – e pouco esclarecida – de verdade ao sistema de imputação.

5. ENTRE DIVERGÊNCIAS E SIMILARIDADES

Entre a concepção significativa e as teorias sociais da ação existem inegáveis pontos de conexão. De um modo geral, todas elas destacaram que a ação só pode ser compreendida se tomarmos em consideração o contexto social em que surge o sentido do comportamento¹¹⁸.

Dessa maneira, em alguma medida, ambas se orientam pela projeção do aspecto interrelacional da interpretação para a compreensão da ação, deixando a um segundo plano a semântica intencional¹¹⁹. Com isso, a dimensão social da atuação humana ganha destaque, pois se baseia na ideia de ação enquanto transmissão de significado social¹²⁰.

¹¹²Vives destaca ser essa pretensão a fonte de grandes confusões na doutrina. In: VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos do sistema (...) Ob. Cit.*, p. 367-369 (ed., espanhola, p. 487).

¹¹³Wittgenstein diria que essa espécie de confusão nasce porque “*un sustantivo nos hace buscar una cosa que le corresponda*”. In: WITTGENSTEIN, L. *Los cuadernos azul y marrón*, trad. Rush Rhees, Tecnos, Madrid, 1968, p. 27.

¹¹⁴É necessário esclarecer que este argumento parte da filosofia aristotélica que, segundo a versão reformulada por Alfred Tarski, propugna que “a verdade de uma sentença consiste em sua concordância (ou correspondência) com a realidade”. In: TARSKI, A. *A concepção semântica da verdade*, Unesp, São Paulo, 2007, p. 160.

¹¹⁵Sobre o tema, BUSATO, P. C. & SOUZA, E. E. D. “Uma abordagem crítica à noção de verdade jurídico-penal a partir da análise da linguagem”, *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 24, n. 2, 2023, pp. 183 e ss.

¹¹⁶Esses são alguns dos argumentos de RYLE, G. *El concepto de lo mental*, Paidós, Buenos Aires, 1967, pp. 62-63.

¹¹⁷FLETCHER, G. *The grammar of criminal (...) Ob. Cit.*, p. 270.

¹¹⁸COBO DEL ROSAL, M. & VIVES ANTÓN, T. S. *Derecho penal: Parte general*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 290.

¹¹⁹Alguns conceitos sociais, no entanto, permanecem aferrados a noções próprias da semântica intencional, como a dirigibilidade do comportamento, o que é renunciado pela concepção significativa. In: BUSATO, P. C. *La tentativa del delito, Análisis a partir del concepto significativo de la acción*, Juruá, Curitiba, 2011, p. 262.

¹²⁰Não por acaso, neste ponto em especial, Carlos Martínez-Buján Pérez escreva que a concepção significativa “*se inscreve nas orientações da doutrina social da ação*”, o que ocorreu porque ela “*acertadamente havia sublinhado que a ação humana unicamente poderia ser compreendida enquanto tal se tomada em conta o contexto social em que surge*”. In: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.

Isso permite que as teorias ofereçam razões mais adequadas para distinguir “ações” de meros “fatos”. Ambas os diferenciam ao argumento de que “o que nos permite interpretar certos fatos como ações é que lhes atribuímos um significado social”^{121 122}.

No entanto, a alteração de referencial filosófico proposta por Vives não encontra paralelo nas teorias sociais da ação. Aliás, a mudança de paradigma filosófico também nos autoriza a afirmar que as críticas lançadas às teorias sociais não podem, irrefletidamente, serem também oferecidas à concepção significativa.

Dessa forma, podemos diferenciar as teorias a partir de três níveis de críticas: em primeiro, estão aquelas que se insurgiram contra a metodologia de aferição do sentido; em segundo, aquelas que acusaram um solipsismo na aferição do significado e, em terceiro lugar, as que se basearam na substituição da pretensão de verdade a partir da aplicação da ideia de significação.

Quanto ao primeiro grupo, que se preocupou com a metodologia de aferição do significado, parece que não se pode opor à teoria significativa a crítica de vagueza nos critérios para aferir a relevância social do comportamento, tal qual se ainda faz ao conceito social da ação. De fato, Jescheck e Wessels - como também Schmidt e Maurach - não se preocuparam em delinear como se pode aferir a relevância social do comportamento¹²³. Quando muito, Wessels atribuiu à “transcendência” a característica própria da relevância social, o que não explica como capturamos o sentido da ação.

Ao contrário disso, Vives sustenta que para saber se estamos diante de uma ação, ou para extrair o significado de um tipo de ação, deve-se atender às regras que são criadas, seguidas e infringidas mediante práticas sociais reiteradas e que se expressam linguisticamente¹²⁴. Basta pensar nos modos de internalização da linguagem em processos de alfabetização para observar que a linguagem se fundamenta em práticas reiteradas que nos permitem internalizar as suas regras. Tudo ocorre em uma espécie de jogo de linguagem estabelecido entre os interlocutores.

Como disse Vives^{125 126}, vê-se que ao se referir à atribuição de significado social, mas sem uma acurada explicação do método pelo qual se pode alcançar isso, as teorias sociais estiveram perto de dizer tudo, mas caíram em um círculo vicioso que fez com que os seus defensores acabassem não dizendo nada.

E é pela mesma ordem de argumentos que não se pode dizer, como sugeriu Guaragni com relação às teorias sociais, que o significado pode ser determinado individualmente pela autoridade competente para julgar o caso, de forma solipsista. Se o significado nasce dos jogos de linguagem, do uso, isso já implica de antemão que se trata de algo compartilhado. Na fundamentação de uma sentença, portanto, o julgador utiliza das regras socialmente construídas para atribuir o significado da ação. Nesta operação,

Derecho penal económico y de la empresa. Parte General, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 35.

¹²¹“si lo que diferencia a las acciones de los hechos es que a las unas les atribuimos significados y a los otros no, la problemática de la acción ha estado, sencillamente, desenfocada en la doctrina penal. Hemos estado tratando de identificar esa diferencia en alguna entidad o proceso real (físico o psíquico) que la justificase, buscando un sustrato de la imputación de sentido, sin reparar en que, al hacerlo, confundíamos dos cuestiones: la de la capacidad de acción y la de la acción”. In: VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema penal, acción significativa y derechos fundamentales*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 222.

¹²²Na edição brasileira, VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos do sistema penal*, (trad. BUSARO, P.C.), Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022, p. 162.

¹²³Marinucci sustenta que a verificação da relevância social ocorre por meio da análise de violação das regras de perícia e diligência que são próprias dos tipos culposos. Veja em: MARINUCCI, G. *El delito como acción. Crítica de un dogma*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 1998, pp. 64-69.

¹²⁴MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa - Parte General*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 35.

¹²⁵VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos do sistema (...) Ob. Cit.*, p. 96.

¹²⁶Na edição espanhola, VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, p. 134.

ele oferecerá os seus fundamentos, o que o possibilitará verificar se as regras linguísticas empregadas por ele foram efetivamente seguidas, ou se houve uma infringência aos sentidos usualmente estabelecidos.

Como se vê, não se trata de uma operação solipsista, mas integrativa, já que necessariamente deve levar em consideração os usos linguísticos reconhecidos pela comunidade para determinar o sentido do tipo de ação e das proposições jurídicas.

Também não se pode compartilhar o segundo grupo de críticas. Isso porque Vives não apoia o seu sistema em um conceito de ação, tampouco busca por um etéreo supraconceito, como fizeram muitos dos trabalhos que propuseram conceitos sociais. Basta lembrar que nenhum dos autores citados oportunamente ignorou a ideia de ação como substrato, o que fizeram foi identificar este substrato a partir da sua capacidade de incorporar um sentido social (já que estavam em busca de um supraconceito). Ao contrário disso, Vives não desenvolveu um conceito, pois rechaça as tentativas de identificar a dogmática jurídica enquanto "ciência". O que ele constrói é uma "concepção" significativa, algo mais maleável e desprendido de qualquer rigor científico.

Isso faz com que a concepção significativa estruture a sua base na ideia de "tipo de ação", o que elimina, de chofre, todas as críticas que se voltaram à antecipação de problemas de tipicidade à teoria da ação. Não existe um único elemento definidor da ação, já que elas são tantas quantos são os seus significados. Nas palavras de Vives, se os defensores do conceito social estivessem preocupados com o "conteúdo do sentido", e não apenas com o seu suporte (o substrato), dificilmente se poderia propor um conceito social enquanto um supraconceito. O motivo é simples: não há um conteúdo de sentido - que permita o desenvolvimento de um supraconceito social - que seja capaz de reunir significados que são diversos. Não é possível reduzir condutas de "matar", "roubar", "lesionar", "prevaricar", "injuriar" por exemplo, sob um mesmo conceito^{127 128}. Tratam-se de diferentes formas de comportamento e que, por isso mesmo, submetem-se a regras linguísticas distintas^{129 130}.

Por fim, viu-se que também se objetou à ideia de ação como expressão de sentido o fato de que, com ela, se outorgaria à linguagem uma importância que ela não deveria ter, o que traria consigo alguma insegurança na aplicação da dogmática e a afastaria da ideia ontológica da "verdade como correspondência".

Não fica claro na obra dos autores, no entanto, qual seria a segurança que a aplicação de uma semântica intencional traria ao sistema normativo. Aliás, parece bastante perigoso trabalhar com o conceito excludente de verdade como correspondência em um campo tão argumentativo - ou ideológico¹³¹ - como é o Direito penal.

Se a linguagem enquanto prática social compartilhada deve ser substituída por uma semântica intencional, ainda não se esclareceu como o sistema jurídico deve identificar o significado - já que ele residiria exclusivamente nas intenções daquele que atua. A insegurança, aqui, salta aos olhos, pois o significado da ação permaneceria recluso com autor do fato, no passado; enquanto a definição do sentido das proposições jurídicas - e da responsabilização do acusado - caberá à autoridade julgadora, no presente.

Já a preocupação com a teoria ontológica da verdade como correspondência parece uma quimera dificilmente alcançável pelo sistema normativo. Além disso, carrega consigo intrinsecamente uma lógica binária excludente (verdadeiro-falso) e autoritária.

¹²⁷Ao criticar os conceitos sociais da ação, Welzel escreveu que "Sólo mediante la referencia final a un determinado resultado querido (como fin, medio, o efecto concomitante), es posible definir lo que es una acción de "matar", de "apoderarse" de una cosa ajena, una "coacción", una acción de "engañar", etc.; sólo así se obtiene un concepto social de la acción, con un contenido determinado". In: WELZEL, H. *El nuevo sistema del derecho penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, (trad. MIR, C.), B de F, Montevideo, Buenos Aires, 2004, p. 53.

¹²⁸Na citação acima não deixa claro, porém, como é possível acessar a finalidade alheia sem acudir a códigos linguísticos intersubjetivamente compartilhados.

¹²⁹VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos do sistema (...) Ob. Cit.*, pp. 779 e ss.

¹³⁰Na edição espanhola, VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, pp. 999 e ss.

¹³¹Como reconhece CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito penal: Parte Geral, (...) Ob. Cit.*, pp. 459 e ss.

Em outras palavras, implica dizer que um “sentido” é falso, enquanto o outro é “verdadeiro”, incorrendo em uma insustentável linguagem “objeto-designação”.

Como dito, Vives substitui qualquer pretensão de verdade (seja ela por correspondência, por identificação, consensual), por uma atribuição de pretensão de justiça ao sistema normativo, com ganhos de rendimento prático evidentes, já que se trata de uma ideia inclusiva e que demanda discussões baseadas em boas razões¹³².

A justificativa é a renúncia a qualquer pretensão de cientificidade ao sistema penal. Nas palavras de Vives “parece que a pesquisa doutrinária deveria abandonar suas pretensões de cientificidade e substituí-las por outras, relacionadas à melhoria do funcionamento do sistema jurídico. Em outras palavras, deveria se preocupar menos em melhorar a teoria e mais em tornar a prática minimamente suportável; ocupar-se menos dos “conceitos” e dos “dogmas” e mais dos princípios constitucionais e sua eficácia. No campo específico que nos interessa, no da validade do princípio da legalidade, sua tarefa seria identificar as falências do referido princípio que ocorrem na práxis legislativa e judicial e propor soluções que possam gerar usos estáveis que garantam, na medida do possível, segurança jurídica”^{133 134}.

Dessa forma, embora se reconheça alguma proximidade entre a concepção significativa e as teorias sociais, elas se limitam à tentativa de apresentar mais acurados fundamentos para o estabelecimento do sentido no sistema de imputação. Distanciam-se, porém, quanto à capacidade de rendimento e à orientação de suas críticas, que não podem ser simplesmente apresentadas em conjunto para ambas as concepções.

6. CONCLUSÕES

Este trabalho se propôs a realizar uma apreciação das críticas oferecidas a noção de “sentido” ou “significado” opostas aos conceitos sociais e à concepção significativa da ação, buscando analisar se seria possível transportá-los entre uma e outra teoria.

Deste modo, em um primeiro momento, evidenciou-se a importância que a noção de sentido assumiu para a dogmática jurídico-penal. Seja sob o aspecto ontológico, normativo ou comunicacional, várias posições doutrinárias se fundamentaram em distintas formas de capturar o sentido das ações e das proposições jurídicas. Especial destaque conferiram os conceitos sociais de ação e a concepção significativa, que desde logo deixam clara a preferência deste referencial para informar o sistema de imputação penal.

Examinaram-se, em primeiro lugar, os conceitos sociais de ação e o modo com o qual eles analisaram a questão do significado. Viu-se que não existe um conceito social único, mas que são várias as formas de analisar a ideia de ação como algo que possui relevância social. Entre os diversos conceitos, é possível separá-los em dois grandes grupos, um primeiro que coloca a relevância social logo no desvalor de ação; e um segundo, que defende a significação social desde o desvalor do resultado. Destes, por razões metodológicas e de espaço, selecionou-se os trabalhos de J. Wessels e H.H. Jescheck como fontes primárias de análise.

De modo geral, viu-se que ambos os autores utilizaram de substratos conductuais como referenciais para o sentido. Ainda que exista uma referência intersubjetiva para a definição da conduta (o significado social), o conceito se faz dependente de elementos próprios das doutrinas causal-naturalista e finalista da ação. Diante disso, a ação não vem conceituada como o próprio significado, mas como um substrato de um sentido.

Por essa razão, essa concepção recebeu duras críticas doutrinárias, que se focaram na generalidade do elemento “relevância social”, na sua incapacidade para criar um

¹³²BUSATO, P. C. & SOUZA, E. E. D. “Uma abordagem crítica à noção de verdade jurídico-penal a partir da análise da linguagem”, *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 24, n. 2, 2023.

¹³³VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos do sistema (...) Ob. Cit.*, p. 598.

¹³⁴Na edição espanhola, VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, p. 778.

supraconceito de ação, na diluição de problemas de tipicidade no próprio conceito de ação e na capacidade de manipulação do significado do comportamento pelas autoridades constituídas.

De outro lado, apresentou-se a concepção significativa da ação, nos termos desenvolvidos por T. S. Vives Antón, a partir de sua premissa básica de abandonar as tentativas genéricas de desenvolver conceitos herméticos e precisos para o conceito de ação. Em vez disso, Vives propôs que as ações são tantas quantos são os significados, de modo que elas poderiam ser compreendidas como processos simbólicos regidos por normas. A consequência prática é que já não é o conceito de ação, isoladamente considerado, a base do sistema de imputação, mas o tipo de ação.

No que diz respeito à significação, Vives destaca que ela nasce em uma espécie de jogo linguístico, em razão do qual se formam regras a partir de práticas linguísticas, sob o pressuposto da liberdade de ação. Disso se extrai que para afirmar que um determinado comportamento “segue uma regra” ou que a “contraria”, deve-se atender a um contexto e a uma explicitação das regras linguísticas estabelecidas usualmente. Dessa forma, as regras que determinam os comportamentos proibidos são expressadas na forma de tipos de ação, que podem ser seguidos – implicando na consequência jurídica correspondente, a pena, por exemplo – ou contrariados. O mesmo ocorre no plano social. A expressão de um sentido depende de códigos linguísticos que permitem o compartilhamento da linguagem, sem o que as pessoas não se compreenderiam.

As críticas ao modelo significativo se voltaram quanto a uma suposta insegurança da aplicação da linguagem enquanto uso, outras na substituição do paradigma no direito penal e um terceiro grupo se baseou em supostas incongruências sistemáticas, sobretudo fundados na alteração de uma semântica que não leve em conta a verdade como correspondência.

De um modo geral, entre a concepção significativa e as doutrinas sociais há inegáveis pontos de conexão. Sobretudo, como se disse, o uso de um referencial intersubjetivo para a formulação de suas bases teóricas.

No entanto, a despeito disso, as críticas não podem ser compartilhadas entre uma e outra. Não seria adequado, por exemplo, ver a concepção significativa como um novo capítulo – ou um terceiro eixo – dos conceitos sociais. Não se trata de um “neoconceito social”.

A verificação de suas bases teóricas evidenciou, por exemplo, que a concepção significativa não deixa livre à autoridade a capacidade de determinar o sentido das ações e das proposições jurídicas. Se há regras linguísticas socialmente compartilhadas, isso implica que há também formas para controlar a correção ou a incorreção do uso da linguagem. Afinal, a regra linguística pode ser seguida ou infringida. E se isso é assim, a exigência de fundamentação pelas autoridades judiciais, ao fim e ao cabo, permite esse controle. Isso não ocorreria com as teorias sociais, já que Jescheck e Wessels deram por suposto o conceito de “relevância social” e não dedicaram muitas linhas a explicar como ele é formado – pelo uso – ou como ele é capturado – pelo seguimento de regras. Isso abriu flanco à crítica de generalidade quanto ao conteúdo do conceito, tornando-o maleável e proclive a lampejos autoritários na determinação do significado.

7. REFERÊNCIAS

- BACIGALUPO, E. *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- BUSATO, P. C. *Direito penal - Parte Geral*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022.
- BUSATO, P. C. *Direito penal & ação significativa, uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem*, 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.
- BUSATO, P. C. *La tentativa del delito, Análisis a partir del concepto significativo de la acción*, Juruá, Curitiba, 2011.

- BUSATO, P. C. & SOUZA, E. E. D. "Uma abordagem crítica à noção de verdade jurídico-penal a partir da análise da linguagem", *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 24, n. 2, 2023.
- CHRISTIANSEN, M. H. & CHATER, N. E. *O jogo da linguagem. A improvisação que mudou o mundo*, (trad. VARGAS, B.), Zahar, Rio de Janeiro, 2023.
- CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito penal: Parte Geral*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2018.
- COBO DEL ROSAL, M. & VIVES ANTÓN, T. S. *Derecho penal: Parte general*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.
- EISELE, A. *Direito penal, Teoria do delito*, JusPODIVM, Salvador, 2018.
- FLETCHER, G. "The grammar of criminal law", v. 1., Oxford, NY, 2007.
- FONSECA, P. H. C. *Direito penal & ação significativa*, 2ª ed., Foco, Indaiatuba, 2021.
- GONÇALVES, G. H.; ARRAES, R. P. A. & CAUDURO, R. M. "O Direito Penal deve ser encarado enquanto ciência? Um breve debate entre as ideias de Tomás S. Vives Antón e Urs Kindhäuser", in: BUSATO, P. C. & ARRAES, R. P. A. *A linguagem do sistema criminal*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2024.
- GUARAGNI, F.A. "As teorias da conduta em direito penal, um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista", *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2005.
- HILGENDORF, E. & VALERIUS, B. *Direito penal: parte geral*, (Trad. da 2ª ed. alemã por GLAZER, O.), Marcial Pons, São Paulo, 2019.
- JAKOBS, G. *Derecho penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Marcial Pon, Barcelona, 1997.
- JAKOBS, G. *El Derecho penal como disciplina científica*, (trad. VAN WEEZEL, A.), Civitas, Madrid, 2008.
- JAKOBS, G. "El concepto jurídico-penal de acción", *Estudios de Derecho penal*, (Trad. Cancio Meliá), Civitas, Madrid, 1997.
- JESCHECK, H.H. *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., Duncker & Humblot, Berlim, 1982.
- KINDHÄUSER, U. "Die deutsche Strafrechtsdogmatik zwischen Anpassung und Selbstbehauptung – Grenzkontrolle der Kriminalpolitik durch die Dogmatik", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 121, 2009.
- KRIPKE, S. A. *Wittgenstein: On rules and private language*, Harvard University Cambridge/Massachusetts, 2002.
- MARINUCCI, G. *El delito como "acción", Crítica de un dogma*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1998.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- MIR PUIG, S. *Derecho penal, parte general*, PPU, Barcelona, 1990.
- ROXIN, C. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, t. 1, 4ª ed., Beck, Berlim, 2006.
- RYLE, G. *El concepto de lo mental*, Paidós, Buenos Aires, 1967.
- TARSKI, A. *A concepção semântica da verdade*, Unesp, São Paulo, 2007.
- TAVARES, J. *Fundamentos de teoria do delito*, Tirant lo Blanch, Florianópolis, 2018.
- VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos do sistema penal*, (Trad. da 2ª ed. por BUSATO, P. C.), Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022.

- VIVES ANTÓN, T. S. "Lenguaje común, derechos fundamentales, filosofía y dogmática penal", in: GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coord.), *Lenguaje y dogmática penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- VIVES ANTÓN, T. S. "Intervención penal y derechos fundamentales", in: VIVES ANTÓN, T. S. & CUERDA ARNAU, M. L., *Pensar la libertad, Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- WITTGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas*, 9ª ed., (Trad. MONTAGNOLI, M.), Vozes, Petrópolis, 2014.
- WITTGENSTEIN, L. *Los cuadernos azul y marrón*, (trad. RHEES, R.), Tecnos, Madrid, 1968.
- WELZEL, H. *Derecho penal alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.
- WELZEL, H. *El nuevo sistema del derecho penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, (trad. MIR, C.), B de F, Montevideo, Buenos Aires, 2004.
- WESSELS, J. & BEULKE, W. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 30 ed., C.F. Muller, Heidelberg, 2000.
- ZIPF, H. & MAURACH, R. *Derecho penal - Parte general*, v. 1, Astrea, Buenos Aires, 1994.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

Cadernos de Direito Actual Nº 23. Núm. Extraordinario (2024), pp. 136-157
ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

A decisão por íntima convicção e a incomunicabilidade dos jurados como problema do tribunal do júri no Estado Democrático de Direito: democracia deliberativa como proposta viável de solução

The decision by intimate conviction and the incommunicability of jurors as a problem of the jury trial in the Democratic State of Law: deliberative democracy as a feasible proposal for a solution

Gustavo Senna¹

Adriano Sant'Ana Pedra²

Faculdade de Direito de Vitória

Sumário: 1. Introdução; 2. O problema da imposição do silêncio aos jurados no momento dos veredictos: um resquício autoritário absorvido acriticamente pelo senso comum teórico dos juristas; 3. A democracia deliberativa e seu importante papel para o aperfeiçoamento da democracia; 4. A democracia deliberativa como proposta de solução para o problema da incomunicabilidade dos jurados: um caminho necessário para um processo mais justo; 5. Considerações finais; 6. Referências.

Resumo: O presente estudo tem por objetivo discutir os problemas relacionados à regra da íntima convicção e incomunicabilidade vigentes no procedimento do Tribunal do Júri previsto no Código de Processo Penal de 1941. Pretende-se demonstrar que a previsão da incomunicabilidade no Código de Processo Penal é uma imposição arbitrária e uma herança de um regime autoritário, antidemocrática e antiliberal, que acaba reforçando a ideia de que o júri julga pela íntima convicção, não necessitando assim justificar as razões de sua decisão. Assim, com base nos instrumentos da democracia deliberativa, propõe-se o fim do silêncio no momento que antecede à

¹Professor da Faculdade de Direito de Vitória – FDV (graduação e pós graduação). Coordenador da Pós Graduação em Ciências Criminais da FDV. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Doutorando em Direito e Garantias Fundamentais (FDV). Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5600-3310>.

² Professor da Faculdade de Direito de Vitória - FDV (graduação, mestrado e doutorado). Doutor em Direito Constitucional (PUC/SP). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Mestre em Física Quântica (UFES). Pós-doutorado realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Procurador Federal (AGU). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8174-9122>.

votação dos quesitos, permitindo-se uma deliberação entre os jurados, o que acaba contribuindo para a qualidade epistêmica de suas decisões e, por consequência, afastando a ideia de que o júri julga pela íntima convicção, entendimento enraizado do senso comum teórico dos juristas, mas que se revela incompatível com a democracia e a Constituição Federal.

Palavras-chave: Tribunal do Júri; autoritarismo; democracia deliberativa; jurados; incommunicability.

Abstract: This study aims to discuss the problems related to the current rule of intimate conviction and incommunicability in the procedure of the Jury Trial as provided in the 1941 Criminal Procedure Code. It is intended to demonstrate that the provision of incommunicability in the Criminal Procedure Code is an arbitrary imposition and a legacy of an authoritarian, anti-democratic and anti-liberal regime, which ends up reinforcing the idea that the jury judges by intimate conviction, thus not needing to justify the reasons for their decisions. Therefore, based on the tools of deliberative democracy, the end of silence in the moment that precedes the voting of the questions is proposed. This would allow a deliberation between the jurors and ultimately contribute to the epistemic quality of their decisions. Furthermore, this should consequently remove the old idea that the jury judges by intimate conviction: rooted understanding of the theoretical common sense of jurists, but which is incompatible with democracy and the Federal Constitution.

Keywords: Jury Trial; authoritarianism; deliberative democracy; jurors; incommunicability.

1. INTRODUÇÃO

- Senhores jurados. O horror do desprezo, que eu julgava poder enfrentar no momento da morte, me leva a tomar a palavra. Senhores, não tenho a honra de pertencer à sua classe; veem em mim um camponês que se revoltou contra a baixa de sua condição. Não lhes peço graça - continuou Julien, firmando a voz. - Não tenho nenhuma ilusão, a morte me espera: ela será justa. Tive a coragem de atentar contra a mulher mais digna de todo o respeito, de todas as homenagens. A senhora de Rênal tinha sido para mim como uma mãe. Meu crime é atroz e foi premeditado. Mereço então a morte, senhores jurados. Mesmo que eu fosse menos culpado, vejo homens que, sem se deter para contemplar o que minha juventude possa merecer de piedade, vão querer punir em mim e desencorajar para sempre esses jovens que, nascidos numa classe inferior e de certa forma oprimidos pela nobreza, têm a felicidade de conseguir uma boa educação e a audácia de se mesclar àquilo que o orgulho das pessoas ricas chama de sociedade. Esse é o meu crime, senhores, e ele será punido com severidade quando, na realidade, não sou julgado pelos meus pares. Não vejo no banco dos jurados nenhum camponês enriquecido, mas unicamente burgueses indignados...

A epígrafe que abre o presente artigo é do clássico livro "O vermelho e o negro", de Stendhal³, quando o protagonista Julien Sorel, ao ser julgado pelo júri popular, fez sua peroração. Muitas reflexões a respeito do funcionamento do júri podem ser extraídas dessa passagem, mas fica claro que o acusado não confiava nos seus julgadores, muito por conta da sua classe social inferior. Porém, avançando nas reflexões, talvez tal desconfiança pudesse ser minimizada se acaso as decisões dos jurados tivessem uma mínima motivação que permitisse ao acusado compreender os fundamentos utilizados para levar à sua condenação, ainda que não concordasse. E

³STENDHAL. *O vermelho e o negro*, Lafonte, São Paulo, 2020, pp. 501-502.

isso, defendemos, somente é possível por meio de um diálogo entre os jurados sobre o caso julgado, por deliberação, o que se revelaria mais democrático.

Com efeito, num modelo de uma democracia constitucional ou substancial⁴ uma condenação ou absolvição criminal⁵, para ser legítima, reclama uma imprescindível fundamentação, sendo inimaginável uma decisão final sem que exista uma justificativa das razões que levaram ao provimento final, pois sem isso haveria uma patente desconsideração das partes atuantes no justo processo informado pelo princípio do contraditório. Exatamente por essa razão que nos sistemas processuais contemporâneos não se tolera mais decisões judiciais solipsistas e despidas de fundamentação; que não tenham sido baseadas nas provas colhidas nos curso da instrução criminal à luz dos princípios informadores do devido processo legal.

Nessa senda o atual Código de Processo Penal (doravante CPP) brasileiro, em seu art. 156 (com redação determinada pela Lei nº 11.690/2008), estabelece que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial”, consagrando assim a regra do livre convencimento motivado na valoração das provas, em oposição aos métodos da prova legal e da íntima convicção. Logo, de tal artigo nota-se que o provimento final tem que ser construído dialeticamente.

Como é sabido, o método da prova legal, que teve incidência do século XIII ao XVIII, não deixava espaço para a valoração da prova ser realizada livremente pelo julgador, definindo a lei previamente o seu valor e estabelecendo uma rígida hierarquia entre os diversos meios de prova. Portanto, resta claro que esse método engessava o julgador, muito embora argumentasse que era uma decorrência de uma desconfiança que prevalecia em relação ao arbítrio judicial⁶.

Assim, a íntima convicção acabou surgindo como reação ao método legal de apreciação das provas, sendo considerado uma conquista do pensamento iluminista

⁴Incorpora-se aqui as lições de Luigi Ferrajoli: “A constitucionalização de princípios e direitos fundamentais, vinculado a legislação e condicionando a legitimidade do sistema político à sua tutela e satisfação, inseriu de fato na democracia uma dimensão substancial em adendo à tradicional dimensão política ou formal ou meramente procedural. Pretendo dizer que a dimensão substancial de validade no Estado constitucional de Direito se traduz em uma dimensão substancial da própria democracia, da qual representa um limite e ao mesmo tempo um complemento: um limite porque os princípios e os direitos fundamentais se configuram como proibições e obrigações impostas aos poderes da maioria, de outra maneira absolutos; um complemento, porque essas mesmas proibições e obrigações se configuram como outras tantas garantias para a tutela de interesses vitais de todos, contra os abusos de tais poderes que – como a experiência do século recém-passado ensina – poderiam igualmente subverter, juntamente com os direitos, o próprio método democrático”. In: FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, 2ª ed., (Trad. ZOMER SICA, A.P. et al), Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, p. 428.

⁵Que fique claro desde já que tal exigência é válida tanto para condenações como, de igual modo, para absolvições, uma vez que no atual estágio evolutivo da civilização o processo penal não pode ter um olhar exclusivo para os acusados, devendo considerar também o interesse da vítima, que tem o direito fundamental a uma resposta adequada por parte do Estado, que tem em relação a ela obrigações processuais positivas. E isso de modo algum significa diminuir as garantias dos acusados, mas apenas entender que a vítima, como ele, é pessoa. Com efeito, pensamos que o processo penal deve visualizar todos os envolvidos, pois na esteira das observações de Douglas Fischer e Frederico Valdez Pereira: “Não há como se visualizar um processo penal sem levar em consideração, necessariamente, os direitos e os deveres fundamentais de todos os envolvidos na esfera de responsabilidade criminal. A visão não pode ser parcial, unicamente pelo prisma de direitos fundamentais do processo, como normalmente alguns se limitam a defender. Em razão disso, para assegurar o objetivo de uma tutela penal efetiva dos direitos humanos, é fundamental levar em consideração a maneira como foi conduzido o procedimento penal, principalmente para verificar a qualidade do mecanismo de acerto dos fatos posto em prática pelas autoridades investigativas e judiciais”. In: FISCHER, D. & PEREIRA, F. V. *As obrigações processuais penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*, 2ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2019, p. 106.

⁶TARUFFO, M. “Libero convencimento del giudice: I) diritto processuale civile”, in: *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Teccani, Roma, v. XVIII, 1990, p. 1.

e da Revolução Francesa⁷. Através dele o julgador pôde liberta-se dos rígidos preceitos impostos, proporcionando desse modo uma maior autonomia do magistrado na valoração das provas. Logo, de uma certeza legal passou-se para uma certeza moral do juiz, porém abrindo-se as portas para o subjetivismo e as crenças morais do magistrado, o que não deixava de ser também um perigo.

Portanto, é visível que partiu-se de um extremo – da prova tarifada – para outro – a convicção íntima –, ambos insuficientes para um processo penal de cunho acusatório e verdadeiramente democrático. Em vista disso decorreu a prevalência nos sistemas processuais penais contemporâneos da regra do livre convencimento motivado, que procurou introduzir um método mais racional de valoração da prova.

Com efeito, o livre convencimento motivado buscou reduzir a arbitrariedade judicial, afastando-se também de outro antigo método, que é o da íntima convicção, pelo qual o juiz poderia valorar as provas da forma como bem entendesse, a partir de sua convicção moral, podendo assim decidir sem que houvesse qualquer limite balizador, abrindo-se as portas para o arbítrio, o que é incompatível com uma concepção epistêmica de processo⁸ e com os postulados de uma democracia substancial, que é mais adequada para uma proteção mais efetiva dos direitos fundamentais.

Contudo, é importante destacar que a adoção do livre convencimento motivado em hipótese alguma quer significar ausência de racionalidade na apreciação das provas. Como bem observado por Gustavo Henrique Badaró: “O convencimento é livre das regras legais da prova tarifada, mas não é livre para deixar de adotar regras e critérios racionais de determinação da verdade dos fatos”⁹, sendo essa a forma adequada de se compreender tal método de valoração das provas.

Porém, é sabido que ainda persiste um importante resquício da regra da íntima convicção em alguns ordenamentos jurídicos, não sendo diferente no Brasil, onde esse resquício é representado pela secular instituição do Tribunal do Júri, cujas decisões historicamente são pautadas pela íntima convicção.

Muito embora o método de apreciação de provas da íntima convicção não esteja contemplado de forma explícita na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, é possível concluir por sua sobrevivência no ordenamento jurídico brasileiro em vista principalmente dos seguintes motivos: i) em razão do próprio sistema de votação no júri com o depósito de um voto na urna (com sim ou um não) para cada quesito formulado; ii) em vista da ausência de motivação dos veredictos; iii) em razão da incomunicabilidade do júri.

Diante dessa constatação, o presente artigo tem por objetivo questionar principalmente o último motivo, ou seja, a questão da incomunicabilidade, que muitos destacam ser uma decorrência da consagração do sigilo das votações, que encontra previsão na Constituição Federal brasileira (art. 5º, XXXVIII, b), o que pensamos não ser a melhor interpretação.

Assim, pretende-se demonstrar que impor aos jurados o silêncio no momento de decidirem o destino do acusado, impedindo-os de debaterem entre si a causa, além de reforçar o inadequado método da íntima convicção, acaba dando margem a julgamentos solipsistas que podem ocultar eventuais influências de um populismo penal¹⁰, configurando uma postura antidemocrática e antiepistêmica, sem

⁷FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, (...) Ob. Cit., p. 131.

⁸TARUFFO, M. *Simplemente la verdad: el juez e la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 226.

⁹BADARÓ, G.H. *Epistemologia judiciária e prova penal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019, p. 211.

¹⁰Sobre o populismo penal, adota-se no presente artigo a seguinte concepção: “O populismo penal. expressão introduzida pelo jurista francês Denis Salas e retomada por Eduardo Jorge Prats, utiliza-se do tema segurança, com foco no medo, para obter um consenso popular em torno de propostas legislativas que resultam num direito penal máximo. A consequência é um direito antigarantista e ineficaz para aquilo a que se propõe, sobretudo no que se refere à prevenção”. In: SALES, J.E.P. *Autoritarismo e garantismo: tensões na tradição brasileira*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2021, p. 210.

contar que não está em harmonia com a evolução do sentido contemporâneo de democracia e com a própria Constituição Federal.

2. O PROBLEMA DA IMPOSIÇÃO DO SILÊNCIO AOS JURADOS NO MOMENTO DOS VEREDICTOS: UM RESQUÍCIO AUTORITÁRIO ABSORVIDO ACRITICAMENTE PELO SENSO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS¹¹

É lugar comum na doutrina dizer que o júri é o maior exemplo de aplicação de democracia no âmbito do Poder Judiciário, na medida em que o próprio povo tem a oportunidade de julgar o seu igual, sendo essa uma interpretação que foi secularizada e que contribui para enxergar o Tribunal do Júri quase como um mito sagrado e intocável, como pode ser visto inclusive nas manifestações de seus mais ardorosos defensores¹².

Por isso muitos consideram - e aqui concordamos - que o júri é uma conquista dos cidadãos no exercício dos seus poderes soberanos na administração da justiça, o que remonta inclusive às suas origens históricas, em especial a inglesa¹³, onde aparece como um conjunto de medidas em oposição aos ordálios¹⁴ durante o governo do Rei Enrique II.¹⁵ Nessa linha, ao explicar que o júri se transformou em um mito e um defensor da liberdade contra os abusos do poder real, destaca Michelle Taruffo¹⁶: "Essa característica é dada inicialmente pela natureza ordálica de um veredito imperscrutável, baseado no conhecimento individual de determinado jurado: é aceito porque de alguma forma presume-se que o júri exprima a *vox populi*."

Assim, o caráter democrático do Tribunal do Júri é revelado pelo fato de que a atividade judicial pertence a todos e que a instituição possibilita maior garantia para a liberdade de conformidade com uma visão liberal¹⁷, contribuindo ainda para o

¹¹ Como bem destaca Lenio Luiz Streck: "Sem qualquer dúvida, foi Warat quem, além de cunhar a expressão sentido (ou senso) comum teórico dos juristas, melhor trabalhou essa relação dos juristas - inseridos numa espécie de *corpus* de representações - com suas práticas cotidianas. O sentido comum teórico dos juristas é, assim, o conjunto de crenças, valores e justificativas por meio de disciplinas específicas, legitimadas mediante discursos produzidos pelos órgãos institucionais, tais como parlamentos, os tribunais, as escolas de direito, as associações profissionais e a administração pública". In: STRECK, L.L. *Tribunal do júri: símbolos e rituais*, 3ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1998, p. 46.

¹² Nesse sentido são oportunas as seguintes colocações Edilson Mougenot Bonfim ao comentar o júri: "Cada vez mais defendendo-o, restando-me convencido que o problema não é de estrutura jurídico-legal, mas, sem dúvida, de homens. É modelo tipo exportação, incorporado de tal forma à nossa tradição jurídica que, ao extirpá-lo, duro golpe sofreria a democracia e o conceito de justiça". In: BONFIM, E. M. *No tribunal do júri*, Saraiva, São Paulo, 2000, p. 7.

¹³ Não é pacífico na doutrina a questão da origem histórica do júri. Rogério Lauria Tucci observa que "há quem afirme, com respeitáveis argumentos, que os mais remotos antecedentes do Tribunal do Júri se encontram na lei mosaica, nos dikastas, na Hílieia (Tribunal dito popular) ou no Aerópago gregos; nos centeni comitês, dos primitivos germanos; ou, ainda, em solo britânico, de onde passou para os Estados Unidos e, depois, de ambos para os continentes europeus e americanos", In: TUCCI, R.L. "Tribunal do júri: origem, evolução, características e perspectivas", in: TUCCI, R. L. (Coord.). *Tribunal do júri: estudos sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 12.

¹⁴ Também conhecido como "juízo de Deus", que no antigo direito germânico consistia em qualquer tipo de "prova" baseada na crença de que Deus interviria sempre em favor dos inocentes.

¹⁵ RANGEL, P. *Tribunal do júri: visão linguística, social e histórica*, 4ª ed., Atlas, São Paulo, 2012, p. 42.

¹⁶ TARUFFO, M. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*, Marcial Pons, São Paulo: 2012, p. 41.

¹⁷ Nessa linha, conquanto longa, vale transcrever as lições de Luigi Ferrajoli: "Foi em nome desta concepção popular da jurisdição que o pensamento liberal clássico, lembrando dos horrores da Inquisição, alinhou-se principalmente em favor do modelo do 'juiz cidadão'. 'O Poder Judiciário', escreveu MONTESQUIEU, 'não deve ser confiado a um senado permanente, mas sim a pessoas escolhidas dentre o povo, em determinados períodos do ano... É necessário, além disso, que os juízes possuam a mesma condição do acusado, isto é, sejam seus pares, para que ele não possa suspeitar de ter caído nas mãos de pessoas propensas a lhe tratar com

combate ao egoísmo individual¹⁸, com o que concordamos, mas que não deixa de configurar uma visão reducionista do sentido de democracia defendido no presente texto, ou seja, democracia semidireta, mista ou participativa, que é o modelo de democracia representativa acrescido de institutos da democracia direta, como será visto mais adiante.

Sem desconsiderar a legitimidade democrática dos membros do judiciário que - é importante destacar - deriva do modo como a função jurisdicional é exercida e não propriamente do cargo¹⁹, não há discordância em relação ao caráter democrático do júri, pois de fato não se vislumbra na administração da justiça outro modelo tão marcante no qual seja tão presente a participação direta cidadã.

Contudo, como será visto adiante, avançar é preciso, uma vez que o atual modelo acaba proporcionando uma participação democrática imperfeita, pode trazer sérios problemas para um julgamento mais racional e justo, o que deve ser sempre almejado numa democracia que vela pelos direitos do seu povo. Importante destacar que não estamos querendo dizer com tal assertiva que o júri julga sempre de forma irracional, uma vez que não negamos que existe certa racionalidade em suas decisões, especialmente levando-se em conta que já houve um filtro com a decisão de pronúncia do juiz togado na primeira fase do procedimento. Mas isso, conforme será demonstrado, não se revela suficiente do ponto de vista de um processo justo e democrático, ainda que as decisões oriundas do júri em plenário sejam passíveis de controle por meio de eventual apelação, uma vez que a falta de diálogo entre os jurados prejudica um pensamento crítico e epistemologicamente mais aceitável.²⁰

Continuando, é sabido que o júri é uma tradição no sistema brasileiro, tendo sido consagrado em todas as constituições da nossa história, com a única exceção

violência'. 'O povo julga a si mesmo', acrescentou KANT, 'através de seus concidadãos que ele nomeia para esse efeito, com livre escolha, como seus representantes, para cada ato particular'. Por sua vez, FRANCESCO CARRARA quis identificar no instituto dos jurados um dos fundamentos do 'quadrilátero das liberdades' e não hesitou em manifestar 'repugnância' pelos juízes burocratas, assalariados e funcionários do governo, tanto mais se não afeitos a dar conta dos motivos de suas decisões. E LAUZE DI PERET conseguiu chamar 'ordinários' só aos juízes populares ou jurados, em cada um dos quais 'o acusado vê um outro si mesmo' se forem 'seus pares', isto é, 'homens semelhantes a ele', enquanto chamou 'especiais' ou de 'exceção' todos os juízes permanentes ou 'de carreira', 'que não são iguais (pares) ao acusado' e, portanto, na medida em que decidem com base na livre convicção e sem o vínculo das provas legais, equivalem a 'ditadores sem risco público'. Certamente, admitiam CARRARA e LUCCHINI, os juízes populares não têm 'conhecimento legal', o que torna problemática a sua capacidade de apresentar a motivação. Mas os juízes magistrados, acrescentavam, têm o vício mais grave do 'costume', que pode provocar a 'fossilização intelectual', a 'indiferença' e a 'perniciosa desenvoltura no decidir'. FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, (...) Op. Cit., pp. 531-532.

¹⁸Conforme lição de Alexis de Tocqueville, que via no egoísmo individual como uma espécie de ferrugem das sociedades, com um poder para arruinar as nações ainda mais nocivo do que dos exércitos. Desse modo obrigar os homens ao exercício da função de jurado acaba servindo como antídoto contra esse mal, na medida em que os envolve em algo diverso de seus próprios assuntos cotidianos, reforçando o sentido de comunidade. In: TOCQUEVILLE, A.D. *Democracy in America: Historical-Critical Edition of "De La Démocratie en Amérique"*, (Trad. James T. SCHLEIFER, J.T), Liberty Fund, Indianapolis, 2010, pp. 443-444.

¹⁹Nel nostro regime democratic l'obbligo di motivazione diventa allora il nezzo mediante il quale i soggetti investiti del potere giurisdizionale, membri dell'apparato strumentale della volontà Popolare, rendono conto del proprio operato alla fonte da cui deriva la loro investitura". In: AMODIO, E. *Motivazione della sentenza penale*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 188.

²⁰São válidas aqui, mudando o que deve ser mudado, as seguintes observações de Steven Pinker: "Qualquer disciplina será pedagogicamente ineficaz se consistir em um conferencista tagarelando diante de um quadro negro, ou um livro didático em que os alunos sublinhem textos com um marcador amarelo. As pessoas entendem os conceitos somente quando são forçadas a pensá-los em detalhes, a discuti-los com outras pessoas e usá-las para resolver problemas". In: PINKER, S. *O novo iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo*, (Trad. TEIXEIRA MOTTA, L. & MAIA SOARES, P.), Companhia das Letras, São Paulo, 2018, p. 444.

da Constituição de 1937²¹. Na atualidade é consagrado na constituição de 1988, encontrando previsão no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, mais precisamente no inciso XXXVIII do seu art. 5º, que assim dispõe: “É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

Logo, não resta dúvida de que se trata de uma garantia fundamental e, portanto, uma cláusula pétrea, como é fácil perceber pela redação do art. 60, § 4º, IV da Constituição Federal brasileira²², motivo pelo qual é indiscutível que não pode ser abolido por emenda constitucional²³. Porém, isso evidentemente não impede que o instituto seja aprimorado, que é o que se busca refletir.

Seguindo, dentre as características acima referidas interessa para os fins do presente artigo a segunda, isto é, o sigilo das votações, que sempre acompanhou o procedimento do júri, tendo por objetivo principal assegurar a imparcialidade dos jurados, pois a restrição da publicidade acaba funcionando como escudo protetor contra eventuais pressões externas de diversas ordens, especialmente de pessoas envolvidas emocionalmente com o caso a ser julgado, como membros das famílias dos réus e das vítimas, curiosos de toda espécie, além de uma mídia cada vez mais ávida por narrativas que vendam notícias, problema na atualidade agudizado em vista dos modernos meios de comunicação virtual, que possuem um alcance muito além da mídia tradicional e fazem-se cada vez mais recorrentes na sociedade por meio de uma arquitetura digital onipresente, onde os algoritmos passam a moldar o comportamento das pessoas²⁴.

Portanto, uma atenta e ponderada análise da Constituição Federal brasileira permite inferir que em nenhum momento falou-se em incomunicabilidade do júri, muito menos de julgamento pela íntima convicção. Não obstante, em vista da própria origem histórica do Tribunal do Júri, é lugar comum na doutrina e jurisprudência pátria dizer que o júri, além de incomunicável a respeito do fato a ser julgado, julga pela convicção íntima.

Com efeito, no atual Código de Processo Penal a íntima convicção é extraída da exortação contida no seu art. 472, assim destacada: “Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo

²¹Referida constituição, que foi elaborada pelo então ministro da justiça do “Estado Novo”, Francisco Campos, ficou conhecida como “polaca”. De viés nitidamente autoritário, fruto de golpe de Estado, sofreu forte influência do regime fascista italiano. Conforme Marcos Vinícius Oliveira é interessante notar que nos regimes ditatoriais o Tribunal do Júri perde prestígio dentro da organização estatal. Não obstante, a matéria do júri foi regulamentada por meio do Decreto-Lei 167, de janeiro de 1938, porém sem a proteção constitucional. In: OLIVEIRA, M.V. *Tribunal do júri popular na ordem jurídica constitucional*, Juruá, Curitiba, 2002, p. 63.

²²Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais. In: BRASIL. *Constituição 1988*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 27 fev. 2024.

²³Discorda-se, portanto, do posicionamento do ministro do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli, que no dia 29 de junho de 2023, quando em pronunciamento no Plenário por ocasião do julgamento acerca do esquecimento na esfera cível (o caso dos autos tratava de crime contra a vida, uma tentativa de estupro seguida de homicídio), disse: “O segundo registro, que tem tudo a ver com o primeiro, Senhora Presidente, é a falência do tribunal do júri. Evidentemente, falo por mim mesmo - não posso falar pelo Colegiado, falo por mim. Que fique claro que essa é uma opinião individual, que já externei em outros votos. Já externei, no Conselho Nacional de Justiça e no Congresso Nacional - inclusive em audiências públicas -, que teríamos que acabar com o instituto do tribunal do júri, porque ele é um instituto falido”. In: STF. *Recurso Extraordinário 1.010.606 - Rio de Janeiro*, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>, acesso em: 27 fev. 2024.

²⁴Sobre o tema, dentre outros: O’NEIL, C. *Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia*, Rua do Sabão, Santo André, 2020; ZUBOFF, S. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*, Intrínseca, Rio de Janeiro, 2020.

com a vossa consciência e os ditames da justiça". Já a questão da incomunicabilidade encontraria previsão no art. 466 do mesmo diploma legal, em especial o seu § 1º, que assim dispõe: "O juiz presidente também advertirá os jurados de que, uma vez sorteados, não poderão comunicar-se entre si e com outrem, nem manifestar sua opinião sobre o processo, sob pena de exclusão do Conselho e multa, na forma do § 2º do art. 436 deste Código".

Sobre a íntima convicção predomina o entendimento de que não há incompatibilidade, pois sendo os jurados leigos não haveria como exigir dos mesmos uma motivação similar à exigida dos juízes togados, especialmente porque decidem por meio de cédulas contendo apenas os votos sim ou não. Daí porque não precisam dar os motivos de fato e de direito em que basearam a decisão, sendo essa característica o motivo de uma das principais críticas, senão a principal, endereçada contra o júri por parte de determinados setores da doutrina^{25 26}.

Quanto à incomunicabilidade, primeiramente é importante destacar que na sua concepção original ela não existia entre os jurados, tendo sido prevista no atual Código de Processo Penal. Inclusive essa incomunicabilidade teria surgido antes com a entrada em vigor do Decreto-Lei nº 167, de 05 de janeiro de 1938²⁷, sendo que segundo alguns autores seria um produto da psicologia das multidões²⁸.

O que é percebido na doutrina é que a questão da incomunicabilidade é vista de forma superficial como uma "medida acertada"²⁹ e que encontra fundamento no fato de ser um "corolário do sigilo do voto constitucionalmente estabelecido"³⁰, sendo também importante para impedir que um jurado não venha interferir no voto do outro, o que acabaria por macular a imparcialidade. Também é sustentado que é

²⁵ Nessa linha, por exemplo, destaca Aury Lopes Jr.: "A 'íntima convicção', despida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento. Isso significa um retrocesso ao Direito Penal do autor, ao julgamento pela 'cara', cor, opção sexual, religião, posição socioeconômica, aparência física, postura do réu durante o julgamento ou mesmo antes do julgamento, enfim, é mensurável o campo sobre o qual pode recair o juízo de (des)valor que o jurado faz em relação ao réu", *In: LOPES JR., A. Direito processual penal*, 15ª ed., Saraiva, São Paulo, 2018, p. 853.

²⁶ Por óbvio que esse problema apontado por Aury Lopes Jr. na nota acima não é um problema detectado apenas em relação aos julgamentos oriundos do Tribunal do Júri, uma vez que pesquisas empíricas demonstram no sistema de justiça como um todo a questão do recorte minoritário em toda e qualquer decisão judicial, nas mais distintas fases processuais, crimes etc. É notório que o processo penal do homem branco, hétero e da classe superior do estrato social é bem distinto, por exemplo, do processo penal da mulher negra, do pobre, do gay ou do trans. Contudo, é forçoso reconhecer, no procedimento do júri a questão pode ser mais problemática em decorrência da ausência de motivação nos seus veredictos. É disso que se trata.

²⁷ Conforme o seu art. 70, que assim estabelecia: Aos jurados, quando se recolherem à sala secreta ou destinada à descanso, serão sempre entregues os autos do processo, bem como, si o pedirem, os instrumentos do crime, devendo o juiz estar presente para evitar que se exerça influência de uns sobre outros". *In: BRASIL. Câmara dos Deputados*, disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-167-5-janeiro-1938-354984-publicacaooriginal-1-pe.html>, acesso em: 10 fev. 2024.

²⁸ De acordo com alguns teóricos do direito, italianos e franceses (ver, por exemplo, Le Bon (...); Sighele, 1954: em diversas passagens), o júri é uma multidão na qual poderia haver uma 'influência' ou 'sugestão' de um jurado para outro. (...) A cultura brasileira, estando ciente de tais 'riscos' assumidos pela adoção do sistema de júri, proibiu os jurados de se comunicarem entre si, objetivando com isso evitar influências que pudessem levar a veredictos desvirtuados". *In: KANT DE LIMA, R. "Da inquirição ou júri, do trial by jury a plea bargaining: modelos para a produção da verdade e a negociação da culpa em uma perspectiva comparada (Brasil/EUA)", Universidade Federal Fluminense, Tese apresentada ao concurso de professor titular de Antropologia, Niterói, 1995, pp. 153-154.*

²⁹ TOURINHO FILHO, F.D.C. *Processo penal - Vol. 4*, 33ª ed., Saraiva, São Paulo, 2011, p. 200.

³⁰ CHOUKR, F. H. *Júri: reformas, continuísmo e perspectivas práticas*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p. 170.

necessária para garantir a pluralidade das decisões^{31 32}. Não bastasse, há até mesmo quem defenda que com isso evita-se que o réu encontre no Conselho de Sentença um segundo acusador ou um segundo defensor³³.

Aramis Nassif³⁴, por exemplo, depois de ressaltar que o júri decide pela íntima convicção, que não é órgão do Poder Judiciário e que deve ser mantido o preceito constitucional do sigilo das votações, chega a dizer que se houvesse “a possibilidade de comunicação estar-se-ia perdendo uma das características relevantes do Júri brasileiro”. Daí a defesa intransigente de parcela considerável da doutrina brasileira no sentido de que o jurado deve decidir de forma solitária e introspectiva, valendo-se da sua consciência, havendo por isso uma enorme resistência a qualquer quebra dessa incomunicabilidade, como bem aponta Marcella Mascarenhas Nardelli³⁵:

Essa dicotomia é comprovada pela ferrenha oposição de parte da doutrina brasileira à previsão do Projeto de novo Código de Processo Penal, em tramitação na Câmara dos Deputados, de um momento deliberativo entre os integrantes do Conselho de Sentença antes da votação sigilosa dos quesitos. As críticas têm como um de seus principais fundamentos a ideia de que a oportunidade de deliberação violaria o preceito constitucional que garante o sigilo das votações. Além disso, alegam possível prejuízo à imparcialidade, dado que a comunicação entre os membros daria margem para que jurados mais articulados convencessem os demais a mudar de opinião ignorando, por outro lado, que um debate franco e equilibrado entre posições antagônicas é uma das mais relevantes expressões da noção de democracia.

Impressiona o fato de os defensores da incomunicabilidade – e, também, do julgamento com base na íntima convicção – não se atentarem para a origem histórica do atual Código de Processo Penal, implementado em plena vigência do Estado Novo de Getúlio Vargas e da Constituição de 1937, que era considerada por Antonio Sampaio Dória – professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo na década de 30 –, como uma “carta constitucional” de um regime que representava uma ofensa à decência humana^{36 37}. E mesmo diante da existência de alterações posteriores, como a promovida em 2008 por meio da Lei nº 11.689/2008, que alterou o Capítulo II do CPP (relativo ao procedimento do júri),

³¹“Quanto ao sigilo das votações, de se registrar que os jurados devem se manter incomunicáveis ao longo do julgamento, como forma de se garantir a pluralidade de decisões, incomunicabilidade esta que se restringe ao objeto discutido na causa e não a assuntos outros, como política, religião, economia, esporte etc”. In: ALVES, L.B.M. *Manual de processo penal*, 4º ed., JusPodivm, Salvador, 2024, p. 1427.

³² Essa lição, que citamos na nota anterior apenas a título de exemplo, é repetida acriticamente por muitos outros doutrinadores brasileiros, sendo desnecessário elencá-los, pois basta uma rápida passada de olhos nos cursos e manuais sobre processo penal.

³³TORNAGHI, H. *Curso de processo penal – Vol. 2*, Saraiva, São Paulo, 1989, p. 222.

³⁴NASSIF, A. *O novo júri brasileiro: conforme a Lei 11.689/08, atualizado com as Leis 11.690/08 e 11.719/08*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009, p. 111.

³⁵NARDELLI, M.M. *A prova no tribunal do júri: uma abordagem racionalista*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2019, p. 407.

³⁶MELCHIOR, A.P. *Juristas em resistência: memórias das lutas contra o autoritarismo no Brasil*, Contracorrente, São Paulo, 2023, p. 405.

³⁷ Na mesma obra, acima citada, o autor destaca que “Antonio Sampaio Dória recusou-se, após o golpe de 1937 e a imposição da nova Carta Política ao país, a ministrar aulas da matéria. Segundo se conta, fazia parte do curso um breve comentário sobre a Constituição recente, mas o professor Sampaio Dória mandou dizer que ‘não iria nem ler o texto’. (...) Os reiterados posicionamentos críticos à nova Constituição foram interpretados como ‘manifestações contra o Estado Novo’. Em janeiro de 1939, Antonio Sampaio Dória foi compulsoriamente aposentado, como ocorreu com outros professores. O governo invocou o artigo 177 da Constituição de 1º de novembro que, em 16 de maio do ano anterior, havia sido restabelecido pela Lei Constitucional nº 02. De acordo com o dispositivo, os funcionários civis e militares poderiam ser aposentados ou reformados, ‘a juízo exclusivo do governo, no interesse do serviço público ou por conveniência do regime’”. In: MELCHIOR, A.P. *Juristas em resistência* (...) Ob. Cit., pp. 405-406.

a perplexidade continua, pois a mudança não alterou o sentido da regra original que fundamenta as decisões do júri até os dias atuais: a íntima convicção.

Não bastasse, destaca Ricardo Jacobsen Gloeckner³⁸ que a época do advento do Código de Processo Penal de 1941 era também dominada por "um contexto doutrinário anti-democrático e anti-liberal", tendo o Código de Processo Penal clara inspiração no "Código Rocco", o código fascista italiano de 1930, sendo profundas as similaridades entre os diplomas³⁹. Inclusive, para deixar ainda mais evidente a postura antidemocrática e antiliberal, vale lembrar que não obstante a manutenção do júri por lei infraconstitucional a soberania, uma das características mais caras ao júri, foi suprimida. Primeiro por meio do referido Decreto-Lei 167/1938⁴⁰, depois com o Código de Processo Penal de 1941⁴¹, somente sendo restabelecida com a Constituição de 1946 (de cunho democrático).

Assim, mais do que nunca é fundamental despertar alguns juristas para que se libertem das correntes do senso comum teórico que os aprisionam, bem como do conformismo apático no qual se encontram, uma vez que de forma acrítica absorvem regras e procedimentos de um código ainda contaminado por resquícios autoritários, como é o caso de alguns problemas existentes no procedimento do júri, pois mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988 não é raro observar parcela considerável dos juristas aceitar e às vezes até enaltecer o "júri como ele é (ou, mais propriamente, como ele foi recepcionado)", o que representa, à luz do historicismo, 'o continuísmo de valores incorporados e repetidos sem qualquer fator de problematização'"⁴².

Portanto, já que um novo Código de Processo Penal parece ser um sonho distante, é fundamental submeter o atual diploma processual a uma necessária e imprescindível filtragem constitucional, olhando com uma lupa certas regras, em

³⁸GLOECKNER, R.J. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*, Vol. 1, Tirant lo Blanch, Florianópolis, 2018, p. 352.

³⁹As similaridades entre o CPPB de 1941 e o *Codice Rocco* são muito maiores e se dão em um nível bem mais profundo do que grande parte da doutrina atesta. Para os que insistem em apontar as semelhanças sob o enfoque reducionista, recomenda-se uma breve leitura das exposições de motivos de ambos os códigos. Na Exposição de Motivos do CPPB firmada pelo Ministro Francisco Campos é possível reparar não apenas referências a juristas italianos que atuaram diretamente no processo de codificação operado pelo regime fascista, mas também uma estreita aproximação argumentativa e discursiva com suas orientações. Sendo assim, é demasiado reducionista compreender o diploma processual penal brasileiro como uma simples cópia do código elaborado por Vincenzo Manzini, tendo em vista que, independentemente das semelhanças presentes em seus comandos (leia-se regime de ação penal pública, sistemas de competência, de cautelares e de nulidades), a contiguidade entre os diplomas escapam da morfologia dos textos codificados". In: SILVEIRA, F.L. *Para uma crítica da razão fascista no processo penal brasileiro*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2021, pp. 172-173.

⁴⁰Vale trazer à colação parte dos argumentos do então Ministro da Justiça Francisco Campos contidos na exposição de Motivos do decreto: "Já não se pode compreender que alguns cidadãos investidos na função de juízes de fato, se sobreponham, incontrastavelmente, à exigência da justiça penal, na sua finalidade de defesa da sociedade. A lógica do sentimento, que serve às decisões do júri não pode redundar em escandalosa indulgência para com os criminosos, através de veredictos inteiramente aberrantes dos elementos de convicção colhidos nos processos. (...) Para coibir o mal acima referido, um único recurso apresenta-se indicado, embora importe o repúdio de uma das 'ideias consagradas' pela concepção enfática do liberalismo: conceder-se aos tribunais de apelação a faculdade de reforma das decisões do júri quando manifestamente contrárias às provas dos autos. A sujeição do júri à censura dos tribunais de recurso, mesmo no tocante ao mérito dos processos, não é uma providência inteiramente nova; já a adotara o Código de Processo Penal do Ceará, embora não tivesse aplicação, pois (...) fora julgada inconstitucional. Como delegação do Estado, não pode o júri ficar a coberto das limitações que este lhe imponha, inspirado pelo interesse social". In: FIGUEIRA, L.E. *O ritual judiciário do tribunal do júri*, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 2008, p. 164.

⁴¹A mesma ideologia antidemocrática e antiliberal carregada de influências fascistas pode ser observada na Exposição de Motivos do CPP de 1941. In: FIGUEIRA, L.E. *O ritual judiciário (...)*, Ob. cit., p. 165.

⁴²NARDELLI, M.M. *A prova no tribunal do júri: (...)* Op. Cit., p. 237.

especial quando em desacordo com os postulados democráticos, como é o caso da imposição do silêncio aos jurados num dos momentos mais importantes do julgamento perante o Tribunal do Júri, que é inegavelmente o momento da decisão por meio da votação dos quesitos.

No nosso entendimento essa incomunicabilidade acaba por impedir uma maior democratização das decisões do Tribunal do Júri e reforça ainda mais outro grave problema, que é o decidir pela íntima convicção, para nós uma patente contradição com a atual Constituição Federal, que exige inquestionavelmente a fundamentação das decisões judiciais, não havendo nela uma linha sequer que fale de uma necessária incomunicabilidade entre os jurados.

Por óbvio que não se pretende aqui, como já foi destacado, exigir dos jurados um nível de fundamentação semelhante ao exigido dos juízes togados, mas é preciso encontrar caminhos para se buscar maior racionalidade de suas decisões, ainda que sejam leigos. Cabe aqui novamente relembrar as seguintes ponderações de Steven Pinker⁴³:

Qualquer disciplina será pedagogicamente ineficaz se consistir em um conferencista tagarelando diante de um quadro negro, ou um livro didático em que os alunos sublinhem textos com um marcador amarelo. As pessoas entendem os conceitos somente quando são forçadas a pensá-los em detalhes, a discuti-los com outras pessoas e usá-las para resolver problemas.

Com efeito, vejamos agora, para exemplificar, olhando sob a perspectiva das vítimas. É bastante temerário aceitar acriticamente o julgamento de uma pessoa humana pela íntima convicção, uma vez que isso acaba também por desconsiderar o direito fundamental dos familiares das vítimas a uma resposta minimamente aceitável a respeito do poder de matar, que é o que acabam decidindo os jurados quando absolvem alguém⁴⁴. Afinal, “o Estado de Direito não está autorizado a interferir em nossa esfera pessoal sem justificar sua interferência”⁴⁵.

Logicamente que outras mudanças seriam necessárias para o aprimoramento do júri brasileiro, que padece de um problema histórico decorrente do transplante do júri do modelo da *common law* para o nosso ordenamento jurídico sem considerar as diferenças e as trajetórias históricas de cada um dos ordenamentos. Contudo, não temos dúvida em defender que possibilitar aos jurados deliberarem sobre o caso julgado minimizaria o problema da íntima convicção, conferindo aos seus veredictos uma maior qualidade crítica e epistêmica, o que consequentemente acaba por permitir uma maior aceitabilidade dos veredictos. É o que se tentará demonstrar adiante.

3. A DEMOCRACIA DELIBERATIVA E SEU IMPORTANTE PAPEL PARA O APERFEIÇOAMENTO DA DEMOCRACIA

Para avançar é necessário realizar uma breve incursão no atual estágio de evolução da democracia no mundo contemporâneo, uma vez que percorrer esse caminho é importante para se ter um olhar verdadeiramente democrático em relação à secular instituição do júri, que não pode ser visto como um mito, uma espécie de “vaca sagrada” do sistema de justiça que não pode ser tocado, aperfeiçoado.

Seguindo, é inquestionável que os tempos atuais revelam situações de recuos democráticos com o crescimento do populismo em alguns países. Malgrado isso a democracia é o regime que ainda persiste em muitos países do mundo, notadamente os ocidentais. Por essa razão é que compartilha-se aqui do entendimento de que apesar de não ser um regime perfeito é o melhor de todos que surgiram ao longo da história. Com efeito, como destaca Robert Dahl⁴⁶: “É verdade

⁴³PINKER, S. *O novo iluminismo: (...)*, Op. Cit., p. 444.

⁴⁴SCHIRITZMEYER, A.L.P. *Jogo, ritual e teatro: um estudo antropológico do tribunal do júri*, Terceiro Nome, São Paulo, 2012, p. 172.

⁴⁵MOREIRA, J.C.B. “Prueba y motivación de la sentencia”, in: *Temas de derecho procesual: oitava série*, Saraiva, São Paulo, 2004, p. 107.

⁴⁶DAHL, R. *A democracia e seus críticos*, Martins Fontes, São Paulo, 2012, p. 123.

que um regime democrático acarreta o risco de que as pessoas cometam erros. Porém, o risco de errar existe em todos os regimes do mundo real, e os erros mais crassos foram cometidos pelos líderes de regimes não democráticos”.

Enfim, com todas as suas imperfeições, pensamos que é a democracia que fornece condições para que as pessoas aprendam a agir como seres humanos moralmente responsáveis, configurando-se o melhor caminho para se combater a estupidez⁴⁷ e outros sentimentos antidemocráticos que não dialogam adequadamente com os direitos fundamentais.

É verdade que muito desse crescimento do populismo decorre do desgaste que vem sofrendo a democracia ao longo do tempo, especialmente em vista da crescente decepção em relação à política. Contudo, essa decepção reflete de certo modo uma sociedade que ainda não é democraticamente madura, que ignora que a política sempre será em algum grau decepcionante⁴⁸, pois por mais que se tente nunca serão atendidas todas as nossas expectativas.

É óbvio que isso não pode ser um obstáculo para que a sociedade seja politicamente exigente, especialmente em países de modernidade tardia como o Brasil, de tantas carências sociais e desigualdades. Essa decepção, infelizmente, acaba por repercutir em perda da fé na democracia, uma vez que muitos também acabam esquecendo que ela jamais pode ser considerada algo perfeito e acabado.

Por óbvio que não se ignora a pertinência de algumas críticas dirigidas a certos problemas que acabam por degenerar a democracia, mas essa questão não é um obstáculo para reconhecer a democracia como o regime de governo mais adequado para a tutela dos direitos humanos, o que de modo algum significa que se tem a ilusão de que a democracia algum dia possa vir a alcançar a perfeição.

Com efeito, não resta dúvida de que a democracia estará sempre sendo confrontada com uma realidade cada vez mais problemática, sendo por isso um processo inacabável, daí a sua imperfeição. Nessa linha, Daniel Innerarity⁴⁹ destaca que a “democracia é um sistema político decepcionante porque aponta para ideias inalcançáveis. Faz parte da sua própria natureza ser sempre algo inacabado e aperfeiçoável, da mesma forma que o curso da história está sempre em aberto”. Exatamente por isso que a democracia é um horizonte a ser permanentemente construído⁵⁰.

Que fique claro que essa constatação não quer significar que o seu aprimoramento não deva estar sendo buscado permanentemente, ainda que conscientes de que para alguns essa busca não passe de uma utopia. E nessa senda de um projeto inacabado é que é percebido o desenvolvimento da própria democracia ao longo da história, inclusive com o estabelecimento de tipologias, com destaque para a classificação que leva em conta a participação do povo no poder político, dividindo-se em três tipos: direta, indireta e semidireta.

Muito embora o presente artigo não tenha por objetivo aprofundar as diferenças entre esses três tipos de democracia, é possível realizar uma breve síntese sobre os referidos tipos: i) democracia direta - entende-se aquela que exerce diretamente o poder político por meio de reuniões em assembleias plenárias da coletividade; ii) democracia indireta ou representativa - é aquela em que o povo não exerce diretamente o poder, mas sim os representantes eleitos pelo povo, que desse modo exercem o poder em seu nome; iii) democracia semidireta, mista ou participativa - é a democracia representativa acrescida de institutos da democracia direta.

Por meio da classificação acima é possível observar o caráter cambiante da democracia e a sua conseqüente evolução. Desse modo, o passar do tempo revelou

⁴⁷ABBOUD, G. *Democracia para quem não acredita*, Melhoramento, Belo Horizonte, 2021, p. 214.

⁴⁸INNERARITY, D. *A política em tempos de indignação: a frustração popular e os riscos para a democracia*, LeYa, Rio de Janeiro, 2017, p. 164.

⁴⁹INNERARITY, D. *A política em tempos de indignação(...)*, Op. Cit., p. 130.

⁵⁰ROSANVALLON, P. *O século do populismo: história, teoria e crítica*, Ateliê de Humanidades Editorial, Rio de Janeiro, 2021, p. 329.

a impossibilidade de uma democracia direta com exclusividade, especialmente pela complexidade da sociedade moderna. Mas restou também revelado que a democracia representativa não basta por si só, pois como observa Adriano Pedra, “democracia e participação se exigem, não havendo democracia sem participação, sem povo”⁵¹. Com isso surgiu o modelo da democracia semidireta, que acabou encontrando mais legitimidade nas democracias contemporâneas como a brasileira.

E para os objetivos do presente artigo merece especial destaque a ideia de democracia deliberativa, também conhecida como dialógica, consensual, inclusiva ou discursiva, que também pode ser inserida dentro de uma visão mista de democracia⁵².

Esse modelo de democracia acaba por permitir de forma clara uma maior capacidade de empoderamento do cidadão. Sim, pois por meio da democracia deliberativa o povo não é apenas chamado para votar acerca de decisões já tomadas ou a serem tomadas pelos governos, sem ter oportunidade de discutir e dialogar acerca do que está sendo colocado em votação, como ocorre no plebiscito e no referendo, instrumentos importantes, mas que podem ser complementados.

Diferentemente da democracia representativa e, também, participativa, na democracia deliberativa há uma atuação mais ativa do povo, que tem a possibilidade de discutir sobre o que está em deliberação. Assim, ao possibilitar uma multiplicidade de pontos de vista, acaba configurando um modelo mais inclusivo, conferindo maior qualidade epistêmica às decisões governamentais, tornando-as mais racionais e aceitáveis, ainda que não haja concordância de todos os participantes, o que é impossível em uma sociedade plural e democrática onde o dissenso é natural.

Nota-se, portanto, que as noções de discussão, trocas argumentativas e fóruns cidadãos que incidem com mais força no modelo da democracia deliberativa permitem uma abordagem mais qualitativa das discussões, havendo assim uma apreensão mais procedimental da democracia, fundada na visão de um povo deliberante que é desse modo transformado numa comunidade viva⁵³. E é exatamente por esse aspecto que é possível vislumbrar relevantes missões epistêmicas da deliberação⁵⁴.

Resta claro, portanto, que a democracia deliberativa configura uma importante saída para escapar ao paternalismo do Estado fundado no monopólio do saber⁵⁵, que “toma conta dos súditos como se fossem eternos menores de idade e cuida da sua felicidade”⁵⁶. Que fique claro que ela não visa eliminar a representação política, mas sim complementá-la, ciente de que a representação política é um mal necessário⁵⁷.

Logicamente que não está defendendo-se aqui a incidência da democracia deliberativa em todos os assuntos do governo, pois “ninguém pode imaginar um

⁵¹PEDRA, A.S. *A constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa*, 5ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2018, p. 229.

⁵²NINO, C.S. *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 143.

⁵³ROSANVALLON, P. *A contrademocracia: a política na era da desconfiança*, Ateliê de Humanidades Editorial, Rio de Janeiro, 2022, p. 316.

⁵⁴“Si no es posible llegar a un acuerdo, al menos los deliberadores serían capaces de identificar sobre qué y por qué no están de acuerdo. En este sentido, por medio de la revelación de sus puntos de vista, cada participante en este proceso maximiza la información que podría ser útil para decidir. La amalgamación de las preferencias propias sería entonces una alternativa mucho más precaria para adelantar las tareas epistémicas de i) revelación de premisas y ii) recopilación de información. Algunos prefieren esta opción, se detienen aquí y consideran que esto es suficiente, pero otros van más lejos. La deliberación alimentaría la capacidad del grupo para llegar a soluciones no previstas por un individuo solitario. La deliberación sería, por tanto, un iii) activo ejercicio de creatividad. Por último, la deliberación también desempeñaría, mejor que los métodos alternativos, una cuarta y menos modesta misión epistémica: si el proceso deliberativo logra ser, a la vez, un buen desinfectante y un informador competente, se tornaría en un iv) privilegiado instrumento para buscar la verdad”. In: MENDES, C.H. *Cortes constitucionales y democracia deliberativa*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 43-44.

⁵⁵HABERMAS, J. *Facticidade e validade*, Unesp, São Paulo, 2020, p. 497.

⁵⁶BOBBIO, N. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, 16ª ed., Paz & Terra, Rio de Janeiro/São Paulo, 2019, p. 191.

⁵⁷PEDRA, A.S. *A constituição viva: (...)*, Op. Cit., p. 204.

Estado que seja governado mediante contínuo apelo ao povo⁵⁸, o que inclusive poderia dar ensejo a um populismo moral⁵⁹. Porém, não resta dúvida das vantagens de um modelo deliberativo para a democracia, podendo aqui, com fundamento em Pierre Rosanvallon⁶⁰, apontar duas razões para a renovação da democracia pelas práticas deliberativas. A primeira em virtude de a deliberação proporcionar o efeito de uma "cidadania sensível e razoável e fazer recuar as simplificações, que obscurecem as condições de instituição social e o reconhecimento das divisões que o constituem"; a segunda em vista da constatação de que com a deliberação acaba abrindo espaço para uma "participação viva de todos na vida pública".

Também é importante observar que a razão deliberativa reconhece a sua própria falibilidade, uma vez que ela repudia a ideia de um oráculo portador da verdade, o que não quer significar a incorporação de um relativismo moral, mas sim o de conferir um maior caráter democrático à razão deliberativa, já que ela tende a privilegiar mais a inclusão, a empatia e a capacidade de resposta por meio da criação de um espaço onde é possível amadurecer em conjunto⁶¹.

Assim é curial que a democracia deliberativa, como deixa transparecer o título do presente tópico, acaba sendo de suma importância para o fortalecimento da própria democracia. Desse modo é possível defender a aplicação dos seus princípios não só no âmbito da Administração Pública, mas também no âmbito do procedimento do Tribunal do Júri brasileiro, que ainda convive com uma concepção insuficiente de democracia em relação à participação dos jurados no momento dos seus veredictos, o que inclusive, salvo raras exceções, encontra adesão acrítica do senso comum teórico.

4. A DEMOCRACIA DELIBERATIVA COMO PROPOSTA DE SOLUÇÃO PARA O PROBLEMA DA INCOMUNICABILIDADE DOS JURADOS: UM CAMINHO NECESSÁRIO PARA UM PROCESSO MAIS JUSTO

Como foi visto anteriormente, embora imperfeita, a democracia está em constante evolução, não sendo mais sustentável no mundo contemporâneo conformar-se como uma democracia exclusivamente representativa. E é exatamente nessa linha que na atualidade predomina a ideia de uma democracia mista que incorpora elementos tanto da democracia indireta como da direta, uma vez que existem situações em que é salutar e recomendável para o aprimoramento democrático um maior empoderamento do cidadão, permitindo a sua participação para qualificar epistemologicamente certas decisões dentro de um modelo de um povo deliberante, que inclusive funciona como antídoto contra as tendências populistas contemporâneas que crescem dentro de um modelo de democracia que rechaça a discussão e a efetiva participação popular, ao argumento de que o povo em geral não possui capacidade de discutir⁶².

Embora seja o Tribunal do Júri exaltado corretamente como o maior exemplo de democracia no âmbito do Judiciário, uma vez que configura o momento único no qual o cidadão é chamado para desempenhar diretamente o relevante papel de julgar casos penais, tendo assim "oportunidade de vestir a toga e experimentar o peso da

⁵⁸BOBBIO, N. *O futuro da democracia: (...) Op. Cit.*, p. 89

⁵⁹NINO, C.S. *La constitución de la democracia deliberativa (...) Op. Cit.*, p. 165.

⁶⁰ROSANVALLON, P. *O século do populismo: história, teoria e crítica (...) Op. Cit.*, p. 258.

⁶¹A ideia de uma democracia deliberativa chama atenção para a centralidade dos processos e das instituições na formação de uma vontade comum com relação a um modelo de democracia entendida como mera negociação de opiniões e preferências já estabelecidas. A esfera pública é um espaço no qual podemos convencer e ser convencidos, ou amadurecer em conjunto novas opiniões. Os debates servem justamente para gerar uma informação adicional que pode confirmar, mas também modificar nossos pontos de partida. No modelo republicano de esfera pública, o que está em primeiro plano não são os interesses dos sujeitos ou as visões do mundo irremediavelmente incompatíveis, mas os processos comunicativos que contribuem para formar e transformar as opiniões, os interesses e as identidades dos cidadãos". In: INNERARITY, D. *A política em tempos de indignação: (...) Op. Cit.*, pp. 279-280.

⁶²ROSANVALLON, P. *O século do populismo: (...) Op. Cit.*, p. 258.

responsabilidade do Estado na definição do destino de outro cidadão, seu igual, que supostamente transgrediu a ordem jurídica”⁶³, a imposição da incomunicabilidade no momento mais importante do procedimento acaba revelando uma espécie de democracia imperfeita, quando nesse aspecto poderia em muito ser melhorada dentro do processo de constante busca de sua evolução.

Ao que parece não há entre os defensores da incomunicabilidade uma compreensão adequada da democracia e sua evolução ao longo do tempo, pois conforma-se com a participação muda dos jurados, olvidando-se das vantagens epistêmicas de uma participação deliberativa e dialogada, que fomenta uma cidadania mais sensível, crítica e razoável que faz recuar as simplificações. Há com essa imposição do silêncio um claro impedimento para uma verdadeira democratização do Tribunal do Júri.

Sim, pois como foi visto no sistema atual em vigor no Brasil os jurados não podem se comunicar entre si ou com outrem sobre a causa, sendo a decisão dos sete jurados tomadas sem qualquer deliberação prévia entre eles e de forma isolada e individual por meio dos seus respectivos votos dados em sigilo para cada quesito formulado. Assim, não há como falar tecnicamente de um julgamento verdadeiramente colegiado como é desejado, já que os julgadores não podem debater o caso julgado entre si. E isso acaba repercutindo até mesmo na soberania do júri, que por sua vez acaba sendo colocada em dúvida, pois como defender a soberania dos veredictos se não há uma mínima justificativa das decisões dos jurados, que poderia existir caso se permitisse a comunicabilidade.

É uma situação paradoxal, porque apesar de ser dado aos jurados o poder de julgar lhes é retirado o poder de falar e dialogar. São, portanto, uma espécie de juízes mudos que possuem um poder que não é poder em sua totalidade, uma vez que é um poder sem permissão de fala, de linguagem. Decidem com base nos que possuem o poder de fala no plenário, ou seja, os acusadores e defensores. Assim, como bem destaca Ana Lúcia Schrizmeyer⁶⁴, os jurados comportam-se como súditos:

Os jurados, nesse quadro, talvez ocupem a posição mais ambígua, uma vez que, apesar de seu poder de decisão, devem se comportar como súditos. Sua condição de príncipes, portanto, é a menos pronunciada porque, enquanto juiz, promotores e advogados se exibem através de falas e gestos, jurados se mantêm clados praticamente imóveis.

Não resta dúvida que essa imposição do silêncio é um ranço autoritário que consagra um comportamento hierarquizado dos atores a revelar uma espécie de elitismo democrático, sendo insuficiente o argumento de que ao se permitir a comunicabilidade um jurado poderia influenciar o outro. Essa postura acaba por infantilizar a figura dos jurados, que são de fato representados quase como súditos ou discípulos dos “mestres” portadores do conhecimento⁶⁵.

Nesse sentido, a impossibilidade de diálogo entre os jurados acaba por configurar uma forma de paternalismo estatal, uma vez que os considera incapazes de deliberar e discutir racionalmente o caso penal posto sob julgamento após toda uma instrução com a produção de provas e exposição de argumentos das partes em plenário. O arbitrário silêncio imposto aos jurados mais parece um resquício da ideia

⁶³NARDELLI, M.M. *A prova no tribunal do júri: (...) Op. Cit.*, p. 313.

⁶⁴SCHIRITZMEYER, A.L.P. *Jogo, ritual e teatro: (...) Op. Cit.*, p. 175.

⁶⁵Esse processo de infantilização da figura dos jurados pode ser notado no cotidiano dos julgamentos, como bem demonstra Ana Lúcia Schrizmeyer ao recortar o seguinte trecho de uma saudação de um promotor realizada em um julgamento, observando que poderia, com as devidas adaptações, advir de um defensor: “Aos Senhores jurados, desde já, adianto que explicarei os fatos da maneira mais simples e didática possível, pois coloco-me no lugar de Vossas Excelências e imagino como eu me sentiria sendo chamado a atuar, da noite para o dia, numa área profissional que não é a minha e da qual nada conheço. Sei que é difícil para leigos analisar um processo judicial e decidir. Respeito muito o que fazem”. In: SCHIRITZMEYER, A.L.P. *Jogo, ritual e teatro: (...) Op. Cit.*, p. 89.

de guardiania⁶⁶, na qual só podem falar sábios e doutores, pois em relação ao jurado, o homem do povo, predomina uma visão negativa a respeito da sua competência intelectual.

Desse modo, apesar de ser permitida a participação direta do cidadão nos julgamentos, o que temos no Tribunal do Júri brasileiro é mais uma forma de democracia participativa do que deliberativa, já que é vedado o diálogo entre os jurados, o que pensamos não ser o melhor para buscar maior racionalidade e qualidade epistêmica das decisões oriundas do Tribunal do Júri. Essa incomunicabilidade, como já destacado, está em matrimônio com a vetusta ideia de julgamento pela íntima convicção, sem necessidade de justificar suas decisões. E essa "falta de testificação ou refutação induz em uma liberdade plena aos jurados que não responderão, socialmente, pelo resultado alcançado"⁶⁷.

Com isso também perde-se toda a riqueza que poderia advir da ideia do diálogo entre os jurados, pois uma deliberação em conjunto em tese prestar-se-ia para melhor pesar os argumentos da acusação e da defesa, bem como para enquadrar melhor os fatos e determinar, por consequência, o direito aplicável ao caso concreto na visão dos jurados. É verdade, o júri é um colegiado, não restando sobre isso nenhuma dúvida, mas com a impossibilidade de comunicabilidade entre os jurados mais parece uma espécie de colegiado de um só, já que não há uma troca de ideias e impressões entre os julgadores. Cada jurado decide sozinho, perdendo-se a qualidade que ganharia o julgamento se acaso fosse possível a deliberação, como deixa claro Pierre Rosanvallon⁶⁸ ao lembrar Blakstone:

Essa admirável instituição", escreve por exemplo Blakstone, "é a mais disposta para a pesquisa da verdade do que qualquer outro método de investigação empregado no mundo". Com efeito, um grupo deliberativo de umas doze pessoas deixa menos chance ao erro de apreciação de um fato do que a opinião de um só.

A incomunicabilidade também impede os jurados de exercerem um dos aspectos mais importantes a distinguir o ser humano do animal irracional: a linguagem. E como recorda Lenio Luiz Streck⁶⁹, "a linguagem é o que está dado e, portanto, não pode ser produto de um sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*), que constrói o seu próprio objeto de conhecimento".

Não bastasse, essa imposição arbitrária do silêncio aos jurados, ao contrário do que sustentam seus defensores, pode inclusive comprometer ainda mais a imparcialidade, uma vez que não resta dúvida de que a presença de uma pluralidade de julgadores permite em tese um controle recíproco de modo a garantir um grau mais elevado de imparcialidade, já que pode servir como escudo protetor contra influências externas, inclusive preconceitos enraizados em virtude de uma nefasta influência de um populismo penal, especialmente da *mass media* e dos modernos meios de comunicação virtual, que incutem o medo do crime e que cuidam de "canalizar a vingança contra determinados grupos humanos, o que, nos termos da tese de René Girard (...) faz desses grupos humanos bodes expiatórios"⁷⁰.

Com efeito, a decisão solitária do jurado pode ser um fator a contribuir para uma maior incidência nos julgamentos do Tribunal do Júri do nefasto direito penal do autor⁷¹, que infelizmente também existe na atuação de juízes togados, é verdade, mas que no júri resta ainda mais difícil de perceber, uma vez que sob o escudo da incomunicabilidade e da íntima convicção não há como desconsiderar que os jurados

⁶⁶Sobre o sentido de guardiania: PLATÃO. *A república*, (Trad. BINI. E), 2ª ed., Edipro, São Paulo, 2014.

⁶⁷CHAVES, C.T. *O povo e o tribunal do júri*, D'Plácido, Belo Horizonte, 2015, p. 118.

⁶⁸ROSANVALLON, P. *A contrademocracia: (...)*, Op. Cit., p. 232.

⁶⁹STRECK, L.L. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, 4ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013, p. 17.

⁷⁰ZAFFARONI, E.R. *A Apalavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*, Saraiva, São Paulo, 2012, p. 303.

⁷¹Sobre o tema: MARTÍN, V.G. *El derecho penal de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

muitas vezes poderão decidir não em razão do fato praticado e mais por conta de quem é o acusado, numa lógica do “nós contra os outros”.

Desse modo, a imposição do silêncio pode fazer aflorar no íntimo do jurados variados estigmas no momento de suas decisões, inclusive aqueles explorados implacavelmente por uma insanidade dos meios virtuais de comunicação e de uma mídia populista que contribuem para fomentar na sociedade um pânico moral, criando dessa forma os “*folk devils*”, que tornam-se a ameaça do sistema de valores e interesses sociais, como denunciou já na década de 60 Stanley Cohen⁷², e que na atualidade são representados pelas camadas mais vulneráveis da população, em especial a de cor preta e habitante das periferias, os novos *folk devils*, a clientela preferencial do poder punitivo estatal.

Uma outra questão de suma importância que surge como fator negativo da incomunicabilidade é que reforçando o julgamento solipsista pela íntima convicção não pode ser descartado que eventualmente os jurados possam formar seu convencimento com base exclusivamente em elementos inquisitoriais colhidos na fase pré-processual e assim desprovidos de contraditório⁷³, numa clara violação ao princípio do devido processo legal e aos seus corolários, em especial o princípio do contraditório. Resta assim evidente que há uma má compreensão por parte de certos setores da doutrina e jurisprudência em relação ao sigilo das votações, pois ele “deveria ser entendido como ato da manifestação ou construção do provimento final, mas não o alicerce do princípio da íntima convicção”⁷⁴, como claramente vem ocorrendo.

Por fim, é importante destacar novamente que a crítica à incomunicabilidade e ao julgamento pela íntima convicção não representa uma preocupação apenas com a figura dos réus submetidos a julgamento perante o Tribunal do Júri. Também aqui há uma preocupação com as vítimas e seus familiares que esperam e possuem o direito de obter uma resposta adequada do Estado. Sim, “porque a aplicação da sanção, após o devido processo penal, é um direito fundamental da vítima e da sociedade, faz parte do processo civilizador que impediu a vingança privada e é um promessa e dever do Estado”⁷⁵.

⁷²As sociedades parecem estar sujeitas, a cada momento a períodos de pânico moral. Uma condição, episódio, pessoa ou grupo de pessoas surge para definir como uma ameaça aos valores e interesses sociais; sua natureza é apresentada de maneira estilizada e estereotipada pelos meios de comunicação de massa; as barricadas morais são ocupadas por editores, bispos, políticos e outras pessoas de pensamento conservador; especialistas socialmente credenciados pronunciam seus diagnósticos e soluções; formas de enfrentamento são evocadas ou (mais frequentemente) empregadas; a condição então desaparece, submerge ou se deteriora e se torna mais visível”. In: SEMER, M. *Sentenciando tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2020, p. 73.

⁷³Claro que isso pode ser resolvido com a previsão de exclusão dos autos da investigação do processo judicial, como prevê § 3º do art. 3º-C, do Código de Processo Penal (acrescentado pela Lei 13.964/2019), que assim dispõe: “Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado”. Porém, em relação ao referido dispositivo, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305) que questionavam alterações no Código de Processo Penal (CPP) pelo Pacote Anticrime (Lei 13964/2019), declarou a inconstitucionalidade, com redução de texto, dos §§ 3º e 4º do art. 3º-C do CPP, atribuindo interpretação conforme para entender que os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias serão remetidos ao juiz da instrução e julgamento. Não bastasse, cabe lembrar que a figura do juiz de garantias, segundo o STF, não se aplica em relação ao procedimento do júri. In: STF. “Juiz das garantias: STF proclama resultado do julgamento”, disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=512814&ori=1>, acesso em: 10 fev. 2024.

⁷⁴CHAVES, C.T. *O povo e o tribunal do júri (...)*, Op. Cit., p. 349.

⁷⁵BEDÊ JUNIOR, A. *A retórica do direito fundamental à privacidade: a validade da prova obtida mediante filmagens nos ambientes público e privado*, JusPODIVM, Salvador, 2015, p. 107.

Com efeito, a falta de comunicabilidade entre os jurados e o consequente julgamento pela íntima convicção pode levar a uma impunidade motivada por sentimentos de puro preconceito, como o machismo, a xenofobia, homofobia etc., bem como a absolvições injustas motivadas por ideologias de lei e ordem ou de um direito penal do inimigo a promover uma espécie de limpeza social, que não raramente acaba por “justificar” muitas execuções sumárias maquiadas nos famosos autos de resistência da polícia. Em tais casos uma retórica comum utilizada no Tribunal do Júri é trazer a vítima do cemitério e colocá-la no banco dos réus, o que é um absurdo, pois faz embrutecer ainda mais os imputados, na medida em que fomenta que eles neguem a humanidade da vida das vítimas.

Olvida-se que as vítimas e seus familiares, a exemplo dos réus, como seres humanos, possuem ansiedade por justiça, sendo aqui perfeitamente válidas as observações de Ricardo Timm de Souza⁷⁶:

Pois a rigor, qual o sentido do mundo sem a fidelidade na busca da justiça? Parece não haver na história do pensamento nenhuma grande obra que tenha ignorado este fato, esteja ele presente de forma explícita, ou esteja ele implicitamente presente nos conteúdos que se desenvolvem. O ser humano, a condição humana, é, antes de tudo, nesse sentido, ansiedade por justiça. Ansiedade por ser justamente tratado. Ansiedade que, em termos relacionais, significa ansiedade por tratar justamente o que não é si mesmo, para que si mesmo tenha sentido. Justiça, portanto, não é – repita-se, ressalte-se – uma categoria da filosofia, ou da ciência jurídica, ou das ciências sociais, como qualquer outra categoria, mas é o essencial da própria possibilidade da filosofia, das ciências jurídicas, das ciências sociais e humanas, e da ciência em geral. Justiça é o objeto por excelência da ciência e da filosofia, porque é o conteúdo da própria humanidade, sem o qual a humanidade torna-se vazia. Como conceber a condição humana sem a ansiedade por justiça? Há quem consiga pensar fora da ansiedade por justiça? Levada a argumentação neste sentido, não há pensamento e construção humana que não seja expressão, mais ou menos bem sucedida, da reparação desta ansiedade por justiça – inclusive a realização possível da liberdade. E, neste sentido, justiça, ansiedade por justiça é o coração da liberdade.

Seguindo, Michelle Taruffo⁷⁷ constata que “substancialmente, há uma espécie de ato de fé no fundamento da aceitação social do sistema do júri, em virtude do qual a justiça do veredicto é um axioma indiscutível que é aceito *a priori* como tal”. É preciso desmistificar esse mito de que a simples participação popular blindaria o júri, tornando-o democrático.

Como já evidenciado acima, essa é uma visão reducionista do atual significado de democracia. Por isso é fundamental que haja uma necessária comunicação entre os jurados no momento que antecede a votação de cada quesito, para que inclusive possam retirar suas dúvidas e externar de forma democrática as suas opiniões e vontades, aprimorando a qualidade das informações e argumentos que servirão de base à decisão, conferindo um valor epistêmico das suas deliberações.

Assim, por meio de um processo deliberativo os jurados constroem o provimento final de forma verdadeiramente colegiada e não ao modo solipsista, que é terreno fértil para distorções típicas de processos cognitivos que são normais ao processo de tomada de decisão, como é o caso do Tribunal do Júri. Não só, pois a imposição arbitrária da incomunicabilidade consagra o “anonimato do pensamento”⁷⁸, que acaba por matar o contraditório, pois os jurados poderão decidir desprezando totalmente a argumentação e as provas produzidas pelas partes.

E é importante observar que isso de modo algum representaria uma violação ao sigilo das votações, pois tal princípio informador do júri seria mantido para o ato

⁷⁶SOUZA, R.T.D. *Ética como fundamento II: pequeno tratado de ética radical*, Educ, Caxias do Sul, 2016, p. 198.

⁷⁷TARUFFO, M. *Uma simples verdade: (...) Op. Cit.*, p. 41.

⁷⁸CHAVES, C.T. *O povo e o tribunal do júri (...)*, Op. Cit., p. 352.

de elaboração da decisão final. Nesse ponto compartilhamos do entendimento de Charley Teixeira Chaves⁷⁹, que assim observa:

O mérito do julgamento poderia ser discutido entre os jurados, evitando qualquer contradição ou dúvida. Apenas os jurados seriam capazes de apontar a contradição ou dúvida sobre os quesitos ou tese apontada. Daí a importância da comunicação entre os jurados antes da deliberação ou decisão. O ato da decisão (elaboração ou construção do provimento), que será redigido pelo sigilo da escolha de vontades e opiniões daquilo previamente posto pelas partes em contraditório, os jurados decidem em sigilo.

Assim, pensamos ser perfeitamente possível defender uma alteração no Código de Processo Penal para possibilitar que os jurados possam dialogar entre si a respeito do caso em julgamento^{80 81}, não havendo qualquer incompatibilidade com a Constituição Federal, que nessa parte, vale sempre repetir, só fala em sigilo das votações e não em incomunicabilidade, sendo uma interpretação equivocada confundir tais situações. Inclusive essa é uma realidade em outros países que consagram o Júri⁸².

É inexorável, portanto, que se conclua que a permissão de comunicabilidade entre os jurados, além de proporcionar o abandono da perigosa prática de decidir de forma solitária por meio de simples respostas aos quesitos, estimula uma votação mais reflexiva, crítica, serena e comprometida dos jurados, estando inegavelmente em maior sintonia com a evolução da própria democracia. Logo, uma eventual alteração legislativa encontra fundamento na própria Constituição Federal, já que potencializa o princípio da igualdade e um maior respeito aos princípios decorrentes do devido processo legal, com destaque para a presunção de inocência e a motivação das decisões judiciais.

Esse seria um passo importante para que o Tribunal do Júri não permaneça atrelado a um modelo de processo penal autoritário e desconectado da realidade constitucional e da democracia. Com efeito, passou da hora de entender que nos moldes atuais o Tribunal do Júri brasileiro é democrático apenas no discurso jurídico de alguns, porém em muitos momentos revela-se profundamente autoritário na prática. Há que se mudar essa realidade. Lembrando Paulo Freire: “É fundamental diminuir a distância entre o que se diz e o que se faz, de tal forma que, num dado momento, a tua fala seja a tua prática”⁸³.

⁷⁹CHAVES, C.T. *O povo e o tribunal do júri* (...), Op. Cit., p. 351.

⁸⁰Nesse sentido é vale registrar o PL nº 8.045/2010, que prevê originalmente em seu art. 398 uma etapa deliberativa entre os jurados no momento anterior à votação dos quesitos, objetivando assim decisões mais racionais e democráticas: “Art. 398. Não havendo dúvida a ser esclarecida, os jurados deverão se reunir reservadamente em sala especial, por até 1 (uma) hora, a fim de deliberarem sobre a votação. Parágrafo único. Não havendo sala especial, o juiz presidente determinará que todos se retirem, permanecendo no recinto somente os jurados”. In: BRASIL. Câmara dos Deputados, disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152, acesso em 12 fev. 2024.

⁸¹ Ainda que reclame maior clareza redacional e, também, revisão sobre a questão do tempo para deliberação o PL citado na nota anterior não deixa de ser um avanço. Contudo, certamente encontrará enorme resistência em certos setores do doutrina que não percebe essa herança autoritária da incomunicabilidade.

⁸² Destaca-se o exemplo norte-americano com adoção do sistema *adversary* que coloca as partes como titulares da prova e a comunicação ente os jurados; o modelo Francês que possibilita os jurados trocarem opiniões no momento da deliberação; a obrigatoriedade de fundamentação dos jurados leigos, no caso da Espanha, ou misto (leigos e profissionais) no caso do Júri Português, não há como negar que a formação do provimento final será mais adequada. Apenas com estas características, assim, poderá ser reconhecida como modelo democrático a estrutura do júri, afastando da carga inquisitiva secularizada. Ao adotar os exemplos destes países o procedimento se tornará democrático-participativo”. In: CHAVES, C. T. *O povo e o tribunal do júri*, (...), Op. Cit., p. 336.

⁸³FREIRE, P. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*, Paz e Terra, São Paulo, 2003, p. 61.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi visto, apesar de o Código de Processo Penal 1941 prever a incomunicabilidade dos jurados e o julgamento pelo sistema da íntima convicção, a Constituição Federal de 1988, ao consagrar o júri como garantia e direito fundamental, em nenhum momento previu essas características, destacando apenas no seu art. 5º, inc. XXXVIII que no Tribunal do júri são assegurados a plenitude de defesa; o sigilo das votações; a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Apesar de o senso comum teórico dos juristas defender que a incomunicabilidade e o julgamento pela íntima convicção configuram um corolário lógico da consagração do sigilo das votações, essa visão ignora a herança autoritária do atual Código de Processo Penal, que precisa ser filtrado pela Constituição Federal e pelos postulados de uma concepção moderna de democracia, que reclama cada vez mais uma participação direta do cidadão por meio do diálogo deliberativo, o que qualifica epistemicamente suas decisões.

Assim, a imposição arbitrária do silêncio aos jurados, além de reforçar o vetusto julgamento pautado pela íntima convicção, acaba transformando os jurados em súditos mudos desprovidos de um dos atributos mais importantes da pessoa humana - a linguagem, pois o direito de fala no Tribunal do Júri só pode ser exercido pelos portadores do conhecimento técnico-jurídico: acusadores e defensores. Essa imposição é inconstitucional, antidemocrática e antiepistêmica.

Com isso também infantiliza-se a figura dos jurados, que possuem o poder de decidir, mas paradoxalmente não possuem o poder de fala. Guardadas as diferenças, essa imposição arbitrária do silêncio entre os jurados é como se fosse o silêncio imposto aos alunos pelo velho mestre professor em uma sala de aula tradicional, onde somente ele detém o domínio do saber, sendo vedado aos seus discípulos trocar impressões e experiências sobre os ensinamentos repassados, cabendo aos mesmos apenas absorvê-los acriticamente e, na sua solidão, extrair suas conclusões, perdendo-se assim toda a riqueza de um conhecimento adquirido de forma dialogada e deliberativa.

O júri inegavelmente é uma conquista humanitária. Porém, nos moldes em que é disciplinado no Código de Processo Penal brasileiro ele não pode ser visto como um mito, uma espécie de Deus ou Oráculo do sistema de justiça, perfeito e portador da verdade, e por isso intocável e imodificável. Não podemos esquecer que o júri julga a morte de um homem causada por outro homem; que os acusadores, os defensores e os juízes togados que atuam no júri também são homens; que o Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, parafraseando Nietzsche, é formado por humanos, demasiado humanos. Portanto, é preciso reconhecer as imperfeições do júri porque, lembrando o poeta português Fernando Pessoa, "o perfeito é o desumano porque o humano é imperfeito"⁸⁴.

Mas, como foi visto, a democracia também é imperfeita, o que não significa que por isso deva ser descartada. Ao contrário, com todas as suas imperfeições é inegavelmente o sistema de governo que melhor fornece condições para que as pessoas aprendam a agir como seres humanos moralmente responsáveis, sendo o melhor caminho para se combater a estupidez, o que explica o seu estado permanente de evolução, de desconstrução e reconstrução. E assim também deve caminhar o júri, o mais humano dos órgãos do Poder Judiciário.

6. REFERÊNCIAS

- ABBOUD, G. *Democracia para quem não acredita*, Melhoramento, Belo Horizonte, 2021.
- ALVES, L.B.M. *Manual de processo penal*, 4ª ed., JusPodivm, Salvador, 2024.

⁸⁴PESSOA, F. *Livro do Desassossego por Bernardo Soares*, Vol. II, Ática, Lisboa, 1982, p. 404.

- AMODIO, E. *Motivazione dela sentenza penale*, Giuffrè, Milano, 1977.
- BADARÓ, G.H. *Epistemologia judiciária e prova penal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019.
- BEDÊ JÚNIOR, A. *A retórica do direito fundamental à privacidade: a validade da prova obtida mediante filmagens nos ambientes público e privado*, JusPODIVM, Salvador, 2015.
- BOBBIO, N. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, 16ª ed., Paz & Terra, Rio de Janeiro/São Paulo, 2019.
- BONFIM, E.M. *No tribunal do júri*, Saraiva, São Paulo, 2000.
- BRASIL. *Câmara dos Deputados*, disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-167-5-janeiro-1938-354984-publicacaooriginal-1-pe.html>, acesso em: 10 fev. 2024.
- BRASIL. *Câmara dos Deputados*, disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152, acesso em: 12 fev. 2024.
- CHAVES, C.T. *O povo e o tribunal do júri*, D'Plácido, Belo Horizonte, 2015.
- CHOUKR, F.H. *Júri: reformas, continuísmo e perspectivas práticas*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.
- DAHL, R. *A democracia e seus críticos*, Martins Fontes, São Paulo, 2012.
- FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, 2º ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.
- FISCHER, D. & PEREIRA, F.V. *As obrigações processuais penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*, 2º ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2019.
- FIGUEIRA, L.E. *O ritual judiciário do tribunal do júri*, Sergio Antônio Fabris, Porto Alegre, 2008.
- FREIRE, P. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*, Paz e Terra, São Paulo, 2003.
- GLOECKNER, R.J. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*, Vol. 1, Tirant lo Blanch, Florianópolis, 2018.
- HABERMAS, J. *Facticidade e validade*, Unesp, São Paulo, 2020.
- INNERARITY, D. *A política em tempos de indignação: a frustração popular e os riscos para a democracia*, LeYa, Rio de Janeiro, 2017.
- KANT DE LIMA, R. "Da inquirição ou júri, do trial by jury a plea bargaining: modelos para a produção da verdade e a negociação da culpa em uma perspectiva comparada (Brasil/EUA)", *Universidade Federal Fluminense*, Niterói, 1995.
- LOPES JR., A. *Direito processual penal*, 15º ed., Saraiva, São Paulo, 2018.
- MARTÍN, V.G. *El derecho penal de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- MELCHIOR, A.P. *Juristas em resistência: memórias das lutas contra o autoritarismo no Brasil*, Contracorrente, São Paulo, 2023.
- MENDES, C.H. *Cortes constitucionales y democracia deliberativa*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- MOREIRA, J.C.B. "Prueba y motivación de la sentencia", in: *Temas de direito processual: oitava série*, Saraiva, São Paulo, 2004.
- NARDELLI, M.M. *A prova no tribunal do júri: uma abordagem racionalista*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2019.
- NASSIF, A. *O novo júri brasileiro: conforme a Lei 11.689/08, atualizado com as Leis 11.690/08 e 11.719/08*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009.
- NINO, C. S. *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.
- OLIVEIRA, M.V. *Tribunal do júri popular na ordem jurídica constitucional*, Juruá Curitiba, 2002.
- O'NEIL, C. *Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia*, Rua do Sabão, Santo André 2020.
- PEDRA, A.S. *A constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa*, 5º ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2018.
- PLATÃO. *A república*, 2ª ed, Edipro, São Paulo, 2014.
- PESSOA, F. *Livro do Desassossego por Bernardo Soares*, Vol. II, Ática, Lisboa, 1982.

- PINKER, S. *O novo iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo*, Companhia das Letras, São Paulo, 2018.
- RANGEL, P. *Tribunal do júri: visão linguística, social e histórica*, 4º ed., Atlas, São Paulo, 2012.
- ROSANVALLON, P. *O século do populismo: história, teoria e crítica*, Ateliê de Humanidades Editorial, Rio de Janeiro, 2021.
- ROSANVALLON, P. *A contrademocracia: a política na era da desconfiança*, Ateliê de Humanidades Editorial, Rio de Janeiro, 2022.
- SALES, J.E.P. *Autoritarismo e garantismo: tensões na tradição brasileira*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2021.
- SCHIRITZMEYER, A.L.P. *Jogo, ritual e teatro: um estudo antropológico do tribunal do júri*, Terceiro Nome, São Paulo, 2012.
- SEMER, M. *Sentenciando tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento*, 2º ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2020.
- SILVEIRA, F.L. *Para uma crítica da razão fascista no processo penal brasileiro*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2021.
- SOUZA, R.T.D. *Ética como fundamento II: pequeno tratado de ética radical*, Educs, Caxias do Sul, 2016.
- STENDHAL. *O vermelho e o negro*, Lafonte, São Paulo, 2020.
- STF. *Recurso Extraordinário 1.010.606 – Rio de Janeiro*, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>, acesso em: 27 fev. 2024.
- STF. *Juiz das garantias: STF proclama resultado do julgamento*, disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=512814&ori=1>, acesso em 10 fev. 2024.
- STRECK, L.L. *Tribunal do júri: símbolos e rituais*, 3º ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1998.
- STRECK, L.L. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4º ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013.
- TARUFFO, M. *Libero convencimento del giudice: I) diritto processuale civile*, Teccani, Roma, 1990.
- TARUFFO, M. *Simplemente la verdad: el juez e la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- TARUFFO, M. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*, Marcial Pons, São Paulo, 2012.
- TOCQUEVILLE, A.D. *Democracy in America: Historical-Critical Edition of "De La Démocratie en Amérique"*, Liberty Fund, Indianapolis, 2010.
- TORNAGHI, H. *Curso de processo penal*, V. 2, Saraiva, São Paulo, 1989.
- TOURINHO FILHO, F.D.C. *Processo penal*, Vol. 4, 33º ed., Saraiva, São Paulo, 2011.
- TUCCI, R.L. "Tribunal do júri: origem, evolução, características e perspectivas", in: TUCCI, R.L. (Coord.). *Tribunal do júri: estudos sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.
- ZAFFARONI, E.R. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*, Saraiva, São Paulo, 2012.
- ZUBOFF, S. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*, Intrínseca, Rio de Janeiro, 2020.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

Cadernos de Direito Actual Nº 23. Núm. Extraordinario (2024), pp. 158-190
ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Reflexões acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica a partir do caso Pinheiro

Reflections on the criminal liability of legal entities based on the Pinheiro case

Juliana Bertholdi¹

Pontifícia Universidade Católica (PUCPR) e Friedrich Alexander Universität (FAU)

Danielle Anne Pamplona²

Pontifícia Universidade Católica (PUCPR)

Sumário: 1. Introdução; 2. O Paradigmático Caso Pinheiro; 3. O desafio da reparação nas tragédias provocadas por transnacionais - as limitações do atual direito brasileiro a partir do caso concreto; 3.1 As medidas de responsabilização civil; 3.2 As medidas de responsabilização administrativa; 3.3 As medidas de natureza penal; 3.4 Mecanismos de reparação adotados em casos similares; 4. Reparação integral, remédios e a responsabilidade penal da pessoa jurídica; 5. A responsabilidade penal da pessoa jurídica por violações a direitos humanos e o ordenamento jurídico brasileiro; 6. Considerações finais; 7. Bibliografia.

Resumo: Utilizando o Caso Pinheiro como paradigma, o artigo investiga as medidas de responsabilização disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro para situações de graves violações de direitos humanos provocadas por grandes corporações, descrevendo sua aplicação ao caso concreto. Tendo em vista que a prática jurídica não atinge os anseios de justiça em casos de grandes desastres, em especial sob o ponto de vista das vítimas, das normas de direito internacional dos direitos humanos e da necessária proteção de bens jurídicos relevantes, conclui-se que existem razões político-criminais para uma adoção mais abrangente da responsabilidade penal das pessoas jurídicas no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Responsabilidade penal da pessoa jurídica; Política Criminal; Empresas; Direitos Humanos; Direito Penal brasileiro.

Abstract: Drawing from the Pinheiro Case, the article investigates the accountability

¹Doutoranda em Direito Socioambiental na Pontifícia Universidade Católica do Paraná e em Direito Internacional na Friedrich Alexander Universität. Mestre em Direito Ambiental pela PUCPR (2021). Coordenadora do Grupo de Estudos Avançado em Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica do IBCCRIM. Membro dos Grupos de Pesquisa CNPQ "Direitos Humanos e Direito Internacional: convergências e divergências" (PUCPR) e "Sistema criminal e controle social" (UFPR). Advogada Criminalista.

²Professora Titular e Coordenadora do PPGD/PUCPR. Vice-diretora da Academia Latino-americana de Empresas e Direitos Humanos. Pós-doutora pelo Washington College of Law (2015-2016). Visiting Scholar no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg (2019). Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Advogada.

measures available in the Brazilian legal system for situations of serious human rights violations caused by large corporations, describing their application to the specific case. By concluding that legal practice does not fulfill the desire for justice in cases of major disasters, especially from the point of view of the victims, the norms of international human rights law and the necessary protection of relevant legal assets, the political-criminal reasons for a more comprehensive adoption of the criminal liability of legal persons in the Brazilian legal system are established.

Keywords: Corporate criminal liability; Criminal Policy; Business; Human Rights; Brazilian criminal law.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil vem enfrentando uma série de eventos de grande impacto negativo vinculados a empresas transnacionais que causam não apenas prejuízos materiais de grande monta, como também significativos impactos socioambientais, a exemplo do desastre do Rio Doce, ocorrido em Mariana-MG em 2015³ e o desastre de Brumadinho-MG em 2019⁴ ⁵. Ambos os desastres ganharam grande atenção da mídia e vasta produção acadêmica sobre seus desdobramentos. A mesma atenção não vem sendo prestada ao mais recente e notório caso, envolvendo o afundamento da cidade de Maceió-AL. O Caso Pinheiro, como é conhecido, ganhou notoriedade em 2019 e segue em curso, com desdobramentos socioambientais, geológicos, urbanísticos, humanitários, jurídicos e sociopolíticos. Em síntese, diversos bairros da cidade enfrentam o fenômeno da subsidência decorrente de características naturais do solo, somadas a fortes chuvas e a décadas de exploração da sal-gema, extraída de mais de 35 minas localizadas diretamente abaixo da área urbana.

Apontado como o maior desastre urbano causado por uma empresa atualmente em curso no planeta, o Caso Pinheiro demonstra a significativa lacuna de responsabilização das empresas em grandes desastres. Não obstante tenham sido impulsionadas uma série de Ações Cíveis Públicas e algumas medidas administrativas, nenhuma resultou na responsabilização direta da empresa, somente ensejando acordos intermediados pelo Poder Judiciário incapazes de reparar o tamanho da agressão sofrida. A falta de responsabilidade, neste caso, salta aos olhos especialmente diante das inúmeras tentativas no foro internacional de inserir, nos sistemas jurídicos domésticos, a responsabilização de corporações pelos impactos que suas atividades causam em direitos humanos⁶ ⁷.

³Sobre o Caso Rio Doce: BERTHOLDI, J. & PAMPLONA, D.A. "A Feminist Analysis of the Legal Mechanisms of Protection and Repair in the Context of the Brazilian Extractive Industry: The Doce River Case", *Business and Human Rights Journal*, 7(1), 2022, pp. 175-180.

⁴COSTA, G. "Rompimento da barragem em Brumadinho: um relato de experiência sobre os debates no processo de desastres", *Saúde em debate*, 44 (spe2), in: POLIGNANO, M.V. & LEMOS, R. S. "Rompimento da barragem da Vale em Brumadinho: impactos socioambientais na Bacia do Rio Paraopeba", *Cienc. Cult*, 72 (2), pp. 37-43.

⁵JABORANDY, C. "Uma análise crítica do desastre de Mariana", *Veredas do Direito*, 20, p. 155.

⁶Estes debates culminam, em 2011, com a adoção, pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU dos Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos. Estes Princípios, entre outras coisas, preveem que os Estados devem estabelecer claramente as suas expectativas em relação às condutas das empresas, e que para tanto, podem e devem se utilizar de seu poder de regulação (Princípios 2 e 7). Esta regulação pode estar inserida em regimes penais. Vide: ONU. *Conselho de Direitos Humanos da ONU*, A/HRC/17/31, disponível em https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_en.pdf, acesso em: 02 jan. 2024, p. 4.

⁷Em 26 de junho de 2014, o Conselho de Direitos Humanos, por meio da Resolução 26/9, criou o Grupo de Trabalho Intergovernamental aberto sobre Corporações Transnacionais e outros negócios em relação aos Direitos Humanos". Disponível em

A partir do caso concreto e de suas particularidades, reforçadas por casos anteriores, busca-se debater algumas das razões político-criminais para discutir a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica por grandes violações a Direitos Humanos, à margem dos enfrentamentos teórico-dogmáticos⁸, focando especialmente na conveniência de sua adoção, como já propusera Busato ao olhar para a construção histórica do instituto⁹ e Pontarolli ao analisar o tema desde a relevância dos bens jurídicos tutelados¹⁰.

Para tanto, será utilizado o método jurídico exploratório com base em levantamento bibliográfico. Adotar-se-á o método hipotético dedutivo.

2. O PARADIGMÁTICO CASO PINHEIRO

O caso Pinheiro, também conhecido por caso Braskem, tornou-se internacionalmente conhecido em março de 2018, quando foi registrado um significativo tremor de terra em Maceió, capital de Alagoas, localidade em que a empresa realiza extração mineral de sal-gema¹¹. Os tremores, que atingiram 2,4 pontos na escala Richter, causaram rachaduras e fendas em imóveis e nas próprias ruas, além de visíveis afundamentos de solo e enormes crateras, tornando bairros inteiros inabitáveis. O tremor registrado em março foi o ápice, até então, de um processo de erosão experimentado há anos pela região, que já havia se agravado em fevereiro do mesmo ano, quando a cidade foi atingida por um forte temporal. As hipóteses levantadas à época envolviam a acomodação natural do solo e potenciais problemas com a estrutura de esgotamento sanitário.

No mesmo ano de 2018 foram identificados danos semelhantes em imóveis e ruas dos bairros do Mutange e Bebedouro, próximos ao bairro Pinheiro. Em junho de 2019 os moradores do bairro do Bom Parto somaram-se às reclamações. Foi apenas no final de 2019, com a publicação de estudos do Serviço Geológico Brasileiro (CPRM)¹² que a associação da ocorrência dos danos com a exploração de sal-gema pela mineradora Braskem se tornou hipótese mais recorrente, ganhando a atenção dos moradores e algum espaço midiático.

É importante destacar que apesar de não ter sido imediatamente apontada pela mídia como responsável pelo fenômeno de subsidência, a operação em Maceió liderada pela Salgema (que passou a chamar-se Braskem apenas em 2002, quando tornou-se braço de mineração do grupo controlado pela Novonor, antiga Odebrecht¹³)

<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g14/082/52/pdf/g1408252.pdf?token=5bbB7qtZMdjcDvUHMq&fe=true>, acesso em 16 fev 2024, obra integral.

⁸Entende-se que o enfrentamento das questões dogmáticas envolvendo a responsabilidade, não obstante recorrentemente instrumentalizado pelo modelo causal naturalista e o modelo finalista, possui moldura teórica avançada que não poderia ser adequadamente enfrentada neste artigo.

⁹BUSATO, P. C. "Responsabilidade penal de pessoas jurídicas e a ordem das revoluções", *Revista de Estudos Criminais*, 17(70), pp. 45-83.

¹⁰PONTAROLLI, A. L. "Política Criminal e responsabilidade penal da pessoa jurídica", *Revista Justiça e Sistema Criminal*, 10 (18), pp. 99-114.

¹¹O sal-gema produzido em Maceió é utilizado principalmente para a fabricação de PVC, um plástico 100% reciclável, além de soda cáustica. O composto também pode ser usado na cozinha, conhecido por sua coloração rosada. Veja: CAVALCANTE, J. *Salgema: do erro à tragédia*, Cesmact, Maceió, 2020, p. 13.

¹²SERVIÇO GEOLÓGICO DO BRASIL. "Estudos sobre a instabilidade do (...)", Ob. Cit., p. 39.

¹³O Grupo Odebrecht, associado à Lava-Jato e escândalos envolvendo corrupção no governo brasileiro, passou a se chamar Novonor, decorrente da junção das palavras "novo" e "norte". Seguindo a mesma estratégia, alterou o nome de todas as empresas integrantes do grupo, exceto a Braskem, que permanece com o seu nome original. Veja: FOLHA DE SÃO PAULO. "Odebrecht vira Novonor, e sobrenome se torna marca do passado no grupo", disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/12/grupo-odebrecht-muda-o-nome-para-novonor.shtml>, acesso em 15 jan 2024.

sempre foi alvo de preocupações.

Em realidade, a operação foi firmemente questionada por geólogos, biólogos e engenheiros¹⁴ desde os anos 1970, justamente pela característica de instabilidade natural do solo, que poderia ser agravada pela mineração, gerando o afundamento do solo. Apontava-se, ainda, que a realização de extração diretamente sob o espaço urbano geraria riscos à população local. Em 1976, apesar dos alertas de especialistas, foi iniciada a extração local, com total suporte do governo da ditadura brasileira, que adotava uma estratégia agressiva de industrialização desenvolvimentista¹⁵. Desde de 1990, a empresa é exclusivamente responsável pela extração de sal-gema na área metropolitana de Maceió¹⁶.

De caráter transnacional, pois suas diferentes sedes mantém atividades em diferentes países, a brasileira Braskem possui significativa atuação internacional e sedes próprias nos Estados Unidos, México, Holanda, Alemanha e Singapura¹⁷. A qualidade de transnacionalidade é relevante ao presente artigo pois aproxima, ao menos em tese, a atuação da empresa da agenda de Empresas e Direitos Humanos: em seu site, na aba "ESG", a empresa reafirma seu compromisso com os Princípios Orientadores da ONU para Empresas e Direitos Humanos¹⁸ e outras medidas de sustentabilidade, que podem implicar o reconhecimento de responsabilidade cível e criminal¹⁹, inclusive de pessoas jurídicas, por ofensas a direitos humanos.

Apesar dos propagados compromissos com sustentabilidade e direitos humanos e dos alegados investimentos no tema, a Braskem tem sido apontada como diretamente responsável pelo afundamento ocorrido em diversos bairros da cidade de Maceió, com relatórios e estudos produzidos nacional²⁰ e internacionalmente.

O nexos delineado entre a ação empresarial e o resultado danoso é de que a extração vem gerando a "desestabilização das cavidades provenientes da extração de sal-gema, provocando halocinese (movimentação do sal) e criando uma situação dinâmica"²¹. Em outras palavras, a extração está movimentando o sal existente nas camadas subterrâneas da cidade, gerando movimentações que redundam na deformação da superfície em parte dos bairros Pinheiro, Mutange e Bebedouro²². Das

¹⁴DIEGUES, A. C. "Human populations and coastal wetlands: conservation and management in Brazil", *Ocean & Coastal Management*, 42, (4), 1999, pp. 187-210.

¹⁵WELLER, J. *Los retos de la institucionalidad laboral en el marco de la transformación de la modalidad de desarrollo en América Latina*, División de Desarrollo Económico de ONU, Nova Iorque, 1998, pp. 12-20.

¹⁶A Braskem é historicamente responsável pela exploração de sal-gema na região desde o ano de 1990, quando o grupo Odebrecht passa a ter domínio completo da operação que era realizada desde 1966.

¹⁷Não à toa, integrou o Ranking das Multinacionais Brasileiras produzido pela Fundação Dom Cabral como a décima multinacional com o maior nível de internacionalização. In: FDC. *Fundação Dom Cabral – Ranking de Internacionalização das Empresas Multinacionais Brasileiras*, disponível em: https://www.fdc.org.br/conhecimento-site/nucleos-de-pesquisa-site/centro-de-referencia-site/Materiais/Trajectorias_FDC_de_Internacionalizacao_das_Empresas_Brasileiras_2020-2021.pdf, acesso em 16 fev 2024.

¹⁸ONU. *Guiding Principles on Business and Human rights: implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusiness_HR_EN.pdf, acesso em 16 jan 2024.

¹⁹ONU. *Guiding Principles on Business and Human (...) Ob. Cit.*, Princípios 23 e 25.

²⁰SERVIÇO GEOLÓGICO DO BRASIL. "Estudos sobre a instabilidade do terreno nos bairros Pinheiro, Mutange e Bebedouro, Maceió-AL: relatório síntese dos resultados", *CPRM*, nº 1, Brasília, 2019, p. 39.

²¹SERVIÇO GEOLÓGICO DO BRASIL. *Estudos sobre a instabilidade do terreno (...)*, *Idem*.

²²Segundo o laudo do Serviço Geológico do Brasil, "existem 35 cavidades de extração e sal-gema localizadas entre os bairros Mutange, Bebedouro e Pinheiro", justamente os primeiros bairros a apresentarem consequências de subsidência do solo. Não à toa, a Agência Nacional

35 minas de extração de sal-gema alocadas em Maceió, a maior parte delas fica sob os bairros Pinheiro, Bom Parto, Mutange e Bebedouro. De acordo com a comunicação pública da empresa, as atividades extrativistas nas referidas minas foram encerradas em 2019²³.

Dentre as consequências enfrentadas pela população, que se viu diante de um desastre urbano que afetou mais de 20% do território de Maceió, destacam-se os graves danos à propriedade, a migração forçada de milhares de famílias, o fechamento compulsório de pequenos negócios, a desativação de estruturas de serviços essenciais, como escolas, postos de saúde e hospitais. A consequência foi a afetação de direitos fundamentais, como moradia, saúde, propriedade e educação. O documentário "A Braskem passou por aqui" chega a mencionar situações de suicídios e adoecimentos vinculados ao desastre²⁴.

Em um primeiro momento, a Braskem emitiu notas refutando sua responsabilidade e atribuindo o que denominou de "desastre natural" a fenômenos sísmicos sem relação com a atividade da mineração, associado às chuvas enfrentadas na região²⁵. De fato, o bairro Pinheiro teve a situação agravada pelo aumento da infiltração da água de chuva²⁶, cujos efeitos foram sentidos de forma mais importante pelas rachaduras decorrentes da própria erosão causada pela extração, somada à ausência de uma rede de drenagem pluvial efetiva e de saneamento básico adequado²⁷.

Aproveitando-se da correlação realizada com as chuvas, a narrativa empresarial para afastar-se de responsabilidades diretas foi construída com certa coesão e verossimilhança. Como apontado por Nascimento e Sobrinho²⁸, o discurso propagandeado pelos representantes da Braskem acabou por firmar-se na tese de que o desastre teria se tratado de causalidade "natural" (geológica e meteorológica) que levou ao afundamento do solo²⁹. Ao esmiuçar o discurso empresarial a partir do

de Mineração (ANM) solicitou em junho de 2018 que fossem realizados novos levantamentos com sonares. Veja: SERVIÇO GEOLÓGICO DO BRASIL. *Estudos sobre a instabilidade do terreno (...)*, pp. 5-15.

²³Informação disponível em: BRASKEM. "Paralisação das atividades em Alagoas", disponível em: <https://www.braskem.com.br/news-detail/paralisacao-das-atividades-em-alagoas>, acesso em 22 jan. 2024.

²⁴PRONZATO, C. "A BRASKEM passou por aqui", disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=zBOJbOGcBwo>, acesso em 16 fev 2024.

²⁵SOARES, D. "Após relatório da CPRM, Braskem decide paralisar atividades em Alagoas. Medida foi tomada após laudo apontar que a extração de sal-gema é a causadora das rachaduras nos bairros do Pinheiro, Mutange e Bebedouro", *G1*, disponível em: <https://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/2019/05/09/apos-relatorio-da-cprm-braskem-decide-paralisar-atividades-em-alagoas.ghtml>, acesso em: 09 mai. 2019, p. 01.

²⁶O próprio relatório do Serviço Geológico do Brasil realiza essa correlação, ao afirmar que "No bairro Pinheiro, cujo reflexo da subsidência é a formação de uma zona de deformação rúptil, a instabilidade do terreno é agravada pelos efeitos erosivos provocados pelo aumento da infiltração da água de chuva, em função do aumento significativo da permeabilidade secundária (quebramentos). Este processo erosivo é acelerado pela existência de pequenas bacias endorreicas e falta de uma rede de drenagem efetiva e saneamento básico". In: SERVIÇO GEOLÓGICO DO BRASIL. "Estudos sobre a instabilidade (...)", Ob. Cit., p. 39.

²⁷SERVIÇO GEOLÓGICO DO BRASIL. "Estudos sobre a instabilidade (...)", *idem*.

²⁸NASCIMENTO, P. S. & SILVA SOBRINHO, H. F. "A 'língua da mineração'", *Rua*, 28 (1), 2022, pp. 5-25.

²⁹Tais construções discursivas que transmutam desastres em acidentes naturais podem ser observadas em outros casos de grandes desastres envolvendo mineração, como Rio Doce e Brumadinho, além do deslizamento na BR-376, igualmente atribuído no Inquérito Policial que investigava o caso ao "acumulado significativo de chuvas na região". In: BERTHOLDI, J. & RAMOS, S.E.B. "Justiça arquiva inquérito sobre deslizamento no PR que fez dois mortos: Legislação precisa responsabilizar pessoas jurídicas", disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaao/2023/10/justica-arquiva-inquerito-sobre-deslizamento-no-pr-que-fez-dois-mortos.shtml>, acesso em 27 jan 2024, p. 1.

viés da análise do discurso materialista, Nascimento e Sobrinho destacam ainda a recorrente escolha da cor verde e de vocabulário que destaca a agenda socioambiental da empresa, suavizando sua imagem³⁰ e atrelando-a à agenda "ESG"³¹. A estratégia acabou posicionando a empresa como "parceira do Estado" e aliada dos *stakeholders* envolvidos, dentre os quais os poderes executivo e judiciário e a própria sociedade civil afetada.

Para Cavalcante, "a máquina de propaganda e marketing da empresa sempre procurou adotar um padrão: o de amenizar os acontecimentos, propalar normalidade e reiterar a assistência prestada às vítimas"³².

A adoção de tal estratégia discursiva não apenas é extremamente interessante quando refletimos o uso do vocabulário de Empresas e Direitos Humanos e da Sustentabilidade à favor de empresa transnacional implicada em desastre humanitário, como ressoa em outros espaços, a exemplo do Poder Judiciário, que acabou por incorporar a visão de "aliada" da empresa envolvida no desastre, homologando acordos em Ações Cíveis Públicas que resultaram em parcerias com o poder público, defendidas nos sítios do Ministério Público Federal. Em nenhum dos acordos entalhados há qualquer espécie de reconhecimento de responsabilidade por parte da Braskem - pelo contrário, há expressa menção de que o acordo realizado não representa tal assunção.

O discurso promovido pela empresa - e em certa medida replicado pelas instituições executivas e judiciais - é confrontado por uma reação enfática das vítimas do desastre, que deixaram por toda cidade inscrições como "Braskem assassina", "Braskem criminosa"³³, associando constantemente a empresa à criminalidade³⁴.

A frustração com a ausência de responsabilização, incluindo a responsabilização criminal, também resta evidente das entrevistas coletadas no documentário já mencionado³⁵. Na "Carta Aberta das vítimas da Braskem", datada de 23 de dezembro de 2023, a Associação do Movimento Unificado das Vítimas da Braskem (MUVB) denuncia as baixas indenizações pagas pela empresa, além de questionarem abertamente a condução e eficácia dos acordos realizados no bojo das Ações Cíveis Públicas³⁶, que desrespeitaram o princípio da reconstrução melhor, previsto no Marco de Sendai para Redução de Riscos de Desastres³⁷. Replicando o desafio enfrentado em casos anteriores, o caso Pinheiro revela a dificuldade de se empregar a adequada responsabilização em grandes desastres provocados por grandes corporações.

³⁰NASCIMENTO, P. S. & SILVA SOBRINHO, H. F. "A 'língua da (...)", *idem*.

³¹A expressão "ESG" trata-se de acrônimo para "environmental, social and governance", ou, em tradução livre, "ambiental, social e governança", e é utilizada para referir-se a estratégias de governança empresarial que enfrentam de forma transversal os três temas.

³²CAVALCANTE, J. *Salgema: do erro à tragédia*, Cesmace, Maceió, 2020, p. 87.

³³LOPES, C. E. S. "Vidas e lares destruídos": território e memória, uma fotoetnografia após a tragédia causada pela Braskem", *Universidade Federal de Alagoas*, 352f., Monografia (Bacharelado em ciências sociais), 2022, p. 28.

³⁴LOPES, C. E. S. "Vidas e lares destruídos": território e memória, (...)", *Idem*.

³⁵Destacamos a entrevista de uma das lideranças locais concedida a Carlos Pronzato, em que afirma: "Até hoje nenhum diretor, nenhum presidente da Braskem foi para a cadeia. Esse processo criminal ninguém sabe como é que é (...) o processo criminal dessa situação, nós não estamos sequer sabendo se ele existe". In: PRONZATO, C. "A BRASKEM passou (...)", *idem*.

³⁶A carta editada pelas vítimas e firmada por associações de moradores e atingidos está disponível em: <https://midiacaete.com.br/wp-content/uploads/2023/12/Carta-Aberta-das-Vitimas-da-Braskem-06-DEZ-2023.pdf>, acesso em 23 jan 2024, p. 1-10.

³⁷UNDRR. *Sendai Framework for Disaster Risk Reduction 2015-2030*, United Nations, 2015, pp. 21-22.

3. O DESAFIO DA RESPONSABILIZAÇÃO NAS TRAGÉDIAS PROVOCADAS POR TRANSNACIONAIS: AS LIMITAÇÕES DO ATUAL DIREITO BRASILEIRO A PARTIR DO CASO CONCRETO

Durante décadas, tem-se defendido a responsabilidade civil e administrativa como soluções mais adequadas ao desafio da responsabilização empresarial por violações a direitos humanos³⁸. Argumenta-se, em síntese, que a responsabilidade civil seria mais promissora do que a penal, citando fatores como a “dificuldade inerente a responsabilidade penal das pessoas jurídicas”³⁹, o desestímulo às violações por condenações vultuosas, a possibilidade de ser desencadeada diretamente por vítimas e seus representantes e a exigência de provas que indiquem a preponderância da evidência⁴⁰. A responsabilidade administrativa, por seu turno, é utilizada para rechaçar a necessidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica, entendendo-se que as multas e reprimendas administrativas suplantam a necessidade de uma responsabilização de natureza penal.

A prática, ao menos dentro do contexto brasileiro, tem demonstrado a insuficiência de tais instâncias para a adequada responsabilização das empresas e a necessidade de serem estudadas novas soluções, judiciais e extrajudiciais, para a responsabilização empresarial no contexto de grandes desastres, colmatando a lacuna de *accountability*.

No caso concreto, com o nexo causal suficientemente estabelecido pelo relatório do Serviço Geológico do Brasil, a Braskem optou por paralisar imediatamente todas as operações de mineração de sal-gema em Maceió em 09 de maio de 2019, apesar de nunca ter admitido publicamente sua responsabilidade pelo incidente. Os fatos foram objetos de Ações Cíveis Públicas (ACPs) na área cível, notificações e multas na área administrativa e um Inquérito Policial na área criminal, que encontra-se em segredo de justiça. A descrição dos principais processos e procedimentos com acesso público se faz necessária às discussões político-criminais, frente à subsidiariedade do Direito Penal.

3.1. AS MEDIDAS DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

Inicialmente, no que diz respeito à responsabilização civil, o que se observa é a realização de diversos acordos no bojo de Ações Cíveis Públicas que não são capazes de realizar adequada reparação às vítimas ou sequer servir como mecanismo de desencorajamento ao malfeito empresarial. Busca-se demonstrar, com o descritivo realizado, a insuficiência dos acordos judiciais, que apresentam valores baixos para o dano causado às mais de 60 mil pessoas afetadas, bem como a ausência de consequências diretas à empresa responsável, que vem sendo acusada de lucrar com o desastre⁴¹.

No âmbito cível, Ministério Público Federal viabilizou uma série de medidas extrajudiciais⁴², além de três Ações Cíveis Públicas (ACPs) que tornaram-se a espinha

³⁸OLSEN, A. C. L. & PAMPLONA, D. A. “Violações a Direitos Humanos por empresas transnacionais na América Latina: perspectivas de responsabilização”, *Revista Direitos Humanos e Democracia*, 7, (13), 2019, pp. 129-151.

³⁹OLSEN, A. C. L. & PAMPLONA, D. A. “Violações a Direitos Humanos por (...)”, *idem*.

⁴⁰MONGELARD, E. “Corporate civil liability for violations of international humanitarian law”, *International Review of the Red Cross*, 88, (863), pp. 666-667.

⁴¹FRANCO, B. M. “O golfo da Braskem: Desastre ambiental realiza profecia de Graciliano Ramos”, *Jornal o Globo*, 2023, disponível em: <https://oglobo.globo.com/blogs/bernardo-mello-franco/post/2023/12/braskem-pode-lucrar-tres-vezes-com-desastre-ambiental-em-alagoas.ghml>, acesso em: 28 jan. 2024, p. 1.

⁴²Segundo o sítio do Ministério Público Federal, as medidas extrajudiciais conduzidas pelo MPF entre 2018 e 2019, conduzidas por um Grupo de Trabalho especializado, tiveram por foco o suporte às instituições governamentais e condução de políticas públicas, como “ampliação e

dorsal dos processos envolvendo os fatos.

A primeira grande ACP tinha por foco os riscos da paralisação abrupta⁴³, e encerrou-se com sentença majoritariamente favorável ao Ministério Público. As duas ACPs que se seguiram resultaram em acordos alvos de críticas por parte das vítimas e associações de atingidos.

Pôde-se observar a utilização de estratégia judicial que replica a construção discursiva descrita no capítulo anterior: a adoção de uma postura pretensamente colaborativa e que recusa a assunção de responsabilidade pelos resultados danosos; que busca desmontar o clássico antagonismo processual e emprestar aos acordos realizados contornos de benevolência e humanitarismo, em detrimento de indenizações ou reparações por ilícitos.

Por seu turno, o Ministério Público Federal reforça a narrativa ao defender a estratégia de composição adotada sob o argumento de que “a autocomposição é a forma mais célere e efetiva para a resolução da controvérsia”⁴⁴, destacando em muitos materiais a postura “colaborativa” da empresa ré e a presumida dificuldade de obter adequada compensação. O resultado, como se verá, são acordos potencialmente nulos, eis que notoriamente se utilizaram da hipossuficiência das vítimas para abreviar os processos.

Em outubro de 2019 o MPF ajuizou a segunda ACP, de nº 0806577-74.2019.4.05.8000, requerendo a responsabilização ambiental da empresa e a recuperação da área degradada, somada a uma série de medidas emergenciais e danos morais coletivos. Em virtude de seu objeto, a ação foi apelidada de “Ação Socioambiental”. A medida judicial resultou em acordos.

O primeiro deles, assinado em 29 de dezembro de 2020, era focado nas medidas de caráter liminar, no qual a Braskem assumia o compromisso de monitoramento adequado e mais estudos técnicos direcionados a segurança da região⁴⁵. Em 31 de dezembro de 2020, foi entalhado o segundo acordo, denominado “Termo de acordo para extinguir a Ação Civil Pública Socioambiental”⁴⁶. O acordo prevê uma série de medidas de caráter socioambiental, destacando princípios como

prorrogação do Aluguel Social aos afetados; divulgação do Mapa de Setorização de Riscos e garantia de participação da população atingida na audiência pública de apresentação”. Veja mais em: MPF. *Grandes casos: caso Pinheiro*, disponível em <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-pinheiro/atuacao-do-mpf>, acesso em 23 jan. 2024, p. 01.

⁴³A primeira ACP, de nº 0803662-52.2019.4.05.8000, tinha por foco os riscos da completa paralisação das operações de mineração de sal-gema sem o devido estudo dos potenciais impactos que adviriam da medida abrupta. Assim, em maio de 2019, foi ajuizada a ACP com requerimento de tutela de urgência visando a condução responsável da suspensão das atividades. A ação foi julgada parcialmente procedente, determinando que a empresa realizasse estudos de sonar em todas as minas, elaborando a partir destes estudos planos individualizados de fechamento. A mesma ação redundou ainda no cancelamento das licenças ambientais que autorizavam a exploração mineral. Veja mais em: MPF. *Grandes casos: caso Pinheiro*, (...), *idem*.

⁴⁴MPF. *Termo de Acordo Que Celebram As Partes Para Definição de Medidas A Serem Adotadas Quanto Aos Pedidos Liminares da Acp Socioambiental nº 1 - Autos 0806577-74.2019.4.05.8000*, disponível em: https://www.mpf.mp.br/al/arquivos/2021/acordo_liminares.pdf, acesso em 16 fev. 2024.

⁴⁵Segundo o sítio do Ministério Público Federal, ficou acordado que a Braskem realizaria o “levantamento aerogravimétrico da Lagoa Mundaú; dados de interferometria; estudo com sonares; estudos topográficos; manutenção e monitoramento dos poços de exploração de água; poço estratigráfico”. Ainda, a Braskem obrigou-se a implantar, pelo prazo mínimo de 10 anos, uma rede sismográfica para monitoramento de eventual formação de dolinas ou *sinkholes* por colapsos progressivos das cavidades. ”. Veja mais em: MPF. *Grandes casos: caso Pinheiro* (...), *idem*.

⁴⁶MPF. *Termo de acordo para extinguir a Ação Civil Pública Socioambiental - Autos 0806577-74.2019.4.05.8000*, disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-pinheiro/arquivos/acordo-socioambiental>, acesso em 16 fev 2024.

a reparação integral, participação popular e indisponibilidade do interesse público⁴⁷. No âmbito da reparação e compensação sociourbanística, ficou definida a finalidade de restabelecer e compensar a comunidade atingida e a memória dos bairros⁴⁸.

Apesar de mencionar expressamente princípios essenciais às medidas de reparação extrajudicial, os acordos não lançaram mão de qualquer medida que oportunizasse às mais de 60 mil vítimas voz ativa durante a sua construção. As vítimas denunciam que os acordos foram realizados majoritariamente a portas fechadas e não permitiram qual ingerência popular sobre os valores ou metodologia compensatória⁴⁹.

O valor disposto neste acordo totaliza 1,37 bilhão de reais e não inclui as indenizações por realocamentos⁵⁰. No que concerne à recuperação ambiental, foram alocados oitocentos e setenta e dois milhões de reais. Por sua vez, o valor destinado às ações e medidas de compensação social consolidou-se em cento e noventa e oito milhões de reais⁵¹. Finalmente, a indenização por dano moral coletivo foi estabelecida no patamar de cento e cinquenta milhões de reais. Ficou acordada, ainda, a criação do Comitê Gestor dos Danos Extrapatrimoniais, responsável por gerir os recursos destinados ao pagamento dos danos sociais e morais coletivos decorrentes da extração de sal-gema, além de realizar a interlocução com o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de Alagoas. O Comitê é formado por 10 integrantes oriundos da sociedade civil e de órgãos públicos, além de seus suplentes, selecionados por meio de edital.

Ainda em 2019 foi promovida a ACP nº 0803836-61.2019.4.05.8000, que trata da indenização dos moradores diretamente afetados. A ação foi promovida conjuntamente pelo Ministério Público Federal (MPF), Ministério Público Estadual (MPE) e Defensorias Públicas da União (DPU) e do Estado de Alagoas (DPEAL).

Mais uma vez, a ação redundou em acordo judicial. O "Termo de Acordo para Apoio na Desocupação das Áreas de Risco"⁵², formalizado ainda em 2019, contém disposições sobre valores indenizatórios e a determinação de que a desocupação dos bairros e a realocação dos moradores deverá ser feita no menor tempo possível, sendo os custos de tal operação, incluindo as compensações e indenizações, arcadas pela Braskem.

O acordo é descrito pelo MPF em seu sítio digital como "uma possibilidade viável de agilização no recebimento de indenizações"⁵³, renovando o argumento de morosidade no encerramento e execução de ações de natureza cível⁵⁴.

O acordo prevê, em síntese, pagamentos de duas naturezas: o auxílio desocupação, de caráter temporário e emergencial, focado no direito à moradia, e o pagamento por imóveis desocupados, que importa na aquisição da propriedade pela Braskem dos imóveis inabitáveis. Ambos acordos são aplicáveis aos moradores e aos

⁴⁷MPF. *Termo de acordo para extinguir a Ação Civil Pública Socioambiental* (...) Cit., Cláusula 25.

⁴⁸MPF. *Termo de acordo para extinguir a Ação Civil Pública Socioambiental* (...) Cit., Cláusula 51.

⁴⁹A carta editada pelas vítimas e firmada por associações de moradores e atingidos está disponível em: <https://midiacaete.com.br/wp-content/uploads/2023/12/Carta-Aberta-das-Vitimas-da-Braskem-06-DEZ-2023.pdf>, acesso em: 23 jan. 2024, pp. 1-10.

⁵⁰O valor total foi obtido pela soma do valor apontado na cláusula 57 ao valor de contingência disposto na cláusula 52, parágrafo primeiro, que totalizam R\$ 872.000.000,00. In: MPF. *Termo de acordo para extinguir a Ação Civil Pública Socioambiental* (...) Cit., Cláusula 57.

⁵¹O valor está definido na cláusula 64. In: MPF. *Termo de acordo para extinguir a Ação Civil Pública Socioambiental* (...), Cit., Cláusula 64.

⁵²MPF. *Termo de acordo para apoio na desocupação das áreas de risco*, disponível em: <https://www.mpf.mp.br/al/sala-de-imprensa/docs/termo-de-acordo-celebrado-com-braskem/>, acesso em 16 fev 2022.

⁵³MPF. *Grandes casos: caso Pinheiro* (...) Cit., p. 1.

⁵⁴MPF. *Grandes casos: caso Pinheiro* (...) Cit., p.1.

empresários das áreas de risco desocupadas, em modalidades próprias para cada categoria.

Com relação ao auxílio aos moradores, ficou definido que a Braskem pagaria aos moradores dos imóveis a serem desocupados o valor único de auxílio desocupação de cinco mil reais, bem como auxílio aluguel mensal de mil reais pelo prazo de seis meses⁵⁵. Consta ainda a previsão de que a parcela única do auxílio desocupação será devida apenas quando da efetiva desocupação e mediante assinatura de termo por qual a Braskem receba a posse do imóvel. O valor deverá ser pago diretamente ao responsável pelo núcleo familiar, afastando a possibilidade de cumulação dentro do mesmo núcleo. O auxílio aos proprietários de negócios da região ficou acordado em uma parcela única de dez mil reais⁵⁶. O programa formalizado em acordo ainda vigora no sítio digital da empresa⁵⁷.

Por sua vez, o pagamento por imóveis desocupados de moradores e empresários trata-se, na prática, de negócio de compra e venda, pois tem como consequência o registro da propriedade da Braskem nas matrículas dos imóveis. O acordo é contemplado por cláusula que prevê que o montante a ser ofertado deve contemplar o valor da propriedade do terreno e das construções e benfeitorias existentes, o que é afetado pelas condições da propriedade. Ou seja, a empresa adquire as propriedades por um valor baixo, provocado por sua própria atividade empresarial. A consequência do acordo é "a transferência do direito sobre o bem à Braskem, quando transferível"⁵⁸.

Em dezembro de 2020, sobreveio nos mesmos autos o Segundo Termo Aditivo, quando foram incluídas mais áreas, imóveis e vítimas, "independente do nível de criticidade" no Programa de Realocação e Compensação Financeira descrito acima. Este segundo acordo, que novamente empresta a construção dialética de parceria e colaboração, extinguiu a ACP, sendo descrito pelo Ministério Público Federal em seu sítio como responsável por conferir a "garantia de pagamento de indenizações pela empresa aos afetados diretamente pelos danos geológicos". Com isso, restou instituído o Comitê de Acompanhamento Técnico (CAT) para as áreas adjacentes ao mapa de risco, composto por funcionários de corpo técnico da Braskem e das Defesas Cíveis Municipal e Nacional.

Finalmente, a situação do bairro Flexal, isolado geograficamente em virtude do desastre, foi endereçada pelo Ministério Público Federal em 2022, por meio de um novo acordo firmado entre MPF, DPU e MPLA. O "Termo de Acordo para Implementação de Medidas Socioeconômicas Destinadas à Requalificação da Área do Flexal" foi homologado em 26 de outubro de 2022, nos autos do processo nº 0812904-30.2022.4.05.8000, em moldes similares aos anteriores, prevendo execução acompanhada pelas instituições signatárias por meio de documentos emitidos semestralmente tanto pela Braskem, quanto pela Prefeitura de Maceió.

Vê-se que as medidas judiciais realizadas pelo Ministério Público Federal com foco em reparações civis resultaram integralmente em acordos formulados com a empresa Braskem, sob o argumento de que as ações judiciais seriam permeadas por morosidade e pela potencial dificuldade de exequibilidade das sentenças.

Os valores empregados pela Braskem nos acordos, que não atingem dez bilhões de reais, podem torná-la proprietária de uma região avaliada em aproximadamente quarenta bilhões de reais, potencialmente transformando a resposta ao desastre em uma manobra lucrativa. Foi também veiculada a informação de que o governo de Alagoas pretende transformar o local em um parque inspirado no Ibirapuera, o que ensejaria a indenização da empresa, agora proprietária da

⁵⁵MPF. *Termo de acordo para apoio na desocupação das áreas de risco* (...) Cit., Cláusula 10.

⁵⁶MPF. *Termo de acordo para apoio na desocupação das áreas de risco* (...) Cit., Cláusula 13.

⁵⁷BRASKEM. *Migração para Auxílio Aluguel*, disponível em: <https://www.braskem.com/migracao-para-auxilio-aluguel>, acesso em: 30 jan. 2024, p.1.

⁵⁸MPF. *Termo de acordo para apoio na desocupação das áreas de risco* (...), Cit., Cláusula 14.

região, pela desapropriação⁵⁹.

Atualmente, o montante empregado nos acordos a título indenizatório, em especial aqueles direcionados à recuperação de bens da União, como a Lagoa Mundaú, está sendo questionado pelo Tribunal de Contas da União, que determinou prazo para que a Braskem e o governo federal prestem informações sobre as medidas tomadas para calcular os danos e a reparação no escopo das ações civis.

A construção acadêmica em torno do que devem ser os instrumentos que provêm as vítimas de uma resposta adequada acentuam que suas necessidades e perspectivas sejam levadas em consideração na construção de tais instrumentos. Nesse sentido, a centralidade das vítimas significa, entre outras coisas, que os mecanismos de remediação dos impactos negativos aos direitos humanos respondem às suas diversas experiências e expectativas e que um conjunto de remédios preventivos, reparadores e dissuasivos está disponível para eles⁶⁰. Este conjunto de remédios é o que garante a reparação integral, afastando-se de uma reparação que leve em consideração, tão somente, uma compensação financeira. Esta é a construção também adotada no sistema interamericano de proteção de direitos humanos, por meio do voto conjunto de Cançado Trindade e Abreu Burelli, que diz:

El ser humano tiene necesidades y aspiraciones que trascienden la medición o proyección puramente económica. Ya en 1948, hace medio siglo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre advertía en su preámbulo que "el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría"⁶¹. Estas palabras se revisten de gran actualidad en este final de siglo. En el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la determinación de las reparaciones debe tener presente la integralidad de la personalidad de la víctima, y el impacto sobre ésta de la violación de sus derechos humanos: hay que partir de una perspectiva integral y no sólo patrimonial de sus potencialidades y capacidades.⁶¹

A realização de acordos pelas entidades jurídicas e governamentais sem a participação das vítimas, levou a soluções que provêm as vítimas, tão somente, com reparação financeira. A ausência de outras formas de reparação revela a completa ausência dessa centralidade da vítima nos processos civis. Ora, um dos argumentos para a utilização de medidas civis e preterição das penais é o fato de que as medidas civis podem ser desencadeadas por vítimas e seus representantes, resultando em protagonismo processual. Este protagonismo não é suficiente, no entanto, para fazer frente à ausência destas vítimas e de seus representantes nas negociações de um futuro acordo. As necessidades das vítimas não podem ser substituídas pelos representantes do *parquet*. Além disso, a potencialidade de lucro com a operação neste caso concreto, por sua vez, afasta o argumento inicialmente proposto de que as vultosas quantias despendidas em acordos poderiam desestimular violações. Afinal, se os acordos são utilizados para mascarar um ganho futuro, é evidente que não há qualquer desestímulo provocado pelo acordo.

3.2. AS MEDIDAS DE RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

No que diz respeito à responsabilização administrativa, certo é que os próprios mecanismos governamentais de controle e fiscalização não raro apresentam

⁵⁹FRANCO, B. M. "O golfo da Braskem: Desastre ambiental realiza profecia (...)" *Ob. Cit.*, p. 1.

⁶⁰ONU. *Relatório do Grupo de Trabalho da ONU sobre o tema de direitos humanos em empresas transnacionais e outros negócios*, A/72/162, disponível em: <https://www.conectas.org/publicacao/direitos-humanos-e-empresas-no-brasil-relatorio-grupo-de-trabalho-da-onu/>, acesso em 16 fev 2024, par.7.

⁶¹CIDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú - Reparaciones y Costas* - Sentencia de 27 de nov. 1998, Serie C, nº 42, disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf, acesso em: 02 jan. 2024, pp. 05-12.

graves deficiências, que muitas vezes decorrem da falta de investimentos e funcionários nos órgãos de fiscalização e, em última análise, do próprio sucateamento experimentado nas últimas décadas. No caso concreto, estavam diretamente envolvidos o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), a Agência Nacional de Mineração (ANM) e o Instituto do Meio Ambiente de Alagoas (IMA-AL).

Entre 2020 a 2021, a Agência Nacional de Mineração abriu dez autos de infração contra a Braskem, todos relativos à inércia da empresa após a fiscalização dos órgãos federais relativos ao programa de monitoramento de interior de cavernas. Sucede que, à época, o Código de Mineração e suas normas regulamentadoras estabeleciam o teto de quatro mil para multas. Apenas após o desastre de Brumadinho, houve alteração legislativa e administrativa por intermédio do Decreto Regulamentador n. 9406/2018, com vigência iniciada em 2022, ocasião em que as multas puderam ser arbitradas em até 1 bilhão de reais. No caso da Braskem, porém, tem-se que as multas da ANM somam trinta e nove mil e setenta e seis reais e treze centavos⁶².

Por sua vez, o Instituto do Meio Ambiente do Alagoas-IMA/AL autuou a Braskem por degradação ambiental decorrente de suas atividades e pelo risco de desabamento da mina 18. Em razão do sigilo dos autos administrativos, sabe-se tão somente que as multas somam mais de setenta e dois milhões de reais⁶³.

A utilização de tais valores, no entanto, é reservada a iniciativas do poder público essencialmente dedicadas à tutela do meio ambiente, não servindo para indenização das vítimas, daqueles diretamente afetados.

Ao afastar a suficiência das medidas administrativas como argumento contrário à instituição da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, Busato destaca a gravidade dos bens jurídicos usualmente ofendidos pelas corporações, a justificar a intervenção do Direito Penal⁶⁴. Destaca ainda que o uso do direito administrativo supõe um abuso de direito, razão pela qual o modelo jurídico vale-se da presunção de culpabilidade, a aplicação de sanções diretamente pelo Poder Executivo e a inversão do ônus probatório, o que em nossa leitura, de fato, significaria injusto processual. Finalmente, destaca-se ainda que o Direito Administrativo se realiza sob a potestade do Poder Executivo, historicamente mais leniente com os ilícitos empresariais⁶⁵.

3.3. AS MEDIDAS DE NATUREZA PENAL

O sistema penal brasileiro, como é sabido, não comporta a responsabilização penal da pessoa jurídica senão em casos ambientais. A responsabilidade penal até então admitida corresponde, em casos como o presente, àquela dos dirigentes.

A alegada suficiência e melhor adequação da responsabilidade penal individual é argumento recorrente para afastar a necessidade e conveniência da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, construída dogmaticamente em casos

⁶²BRASIL. "Perguntas e respostas - Autuação da ANM no caso Braskem", disponível em: <https://www.gov.br/anm/pt-br/13-12-faq-atuacao-anm-no-caso-braskem.pdf>, acesso em: 28 jan. 2024, p. 1.

⁶³PAMPLONA, N. "Braskem é multada em R\$ 72 milhões por órgão ambiental de Alagoas", *Folha de São Paulo*, São Paulo, publicado em: 5 dez. 2023, disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2023/12/braskem-e-multada-em-r-72-milhoes-por-orgao-ambiental-de-alagoas.shtml>, acesso em: 28 jan. 2024, p. 1.

⁶⁴BUSATO, P. C. *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 65.

⁶⁵Nesse sentido, a doutrina fala de 'captura corporativa' para identificar o poder de influência das empresas para 'afetar o conteúdo de suas obrigações'. In: BILCHITZ, D. *Fundamental Rights and Legal Obligations of Business*, Cambridge Press, Cambridge, 2022, p. 229.

como o presente no contexto da responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por crimes omissivos⁶⁶ e a chamada posição de garante⁶⁷. Alvo de críticas por incongruências internas⁶⁸, a moldura teórica altamente desenvolvida não resultou em exemplos práticos de responsabilização penal individual em casos de grandes desastres - realidade que se repete no Caso Pinheiro.

Sem embargos, as fórmulas que adotam a posição de garantidor enfrentam grande dificuldade na transposição a casos práticos de maior complexidade, sendo desafiador atribuir responsabilidade aos dirigentes de empresas em casos de grandes desastres.

A uma porque “o direito é feito de palavras, ainda que seja verdade que as palavras são todo um mundo”⁶⁹. E o controle discursivo assumido pela Braskem no caso paradigma e recorrentemente empregado em desastres ressoa no espaço jurídico. Não raro, Inquéritos Policiais sobre desastres desaguam na conclusão da impossibilidade de atribuição de responsabilidade penal individual, atribuindo-se os resultados a um grande infortúnio de causas naturais, de origem meteorológica ou geológica⁷⁰.

A duas, porque o resultado danoso experimentado no caso dos desastres, catastrófico e multifacetado, não raro resulta de omissões múltiplas ocorridas no bojo de complexas corporações, cuja construção hierárquica dificilmente permitirá concluir com o juízo de segurança que exige o Direito Penal, quais dirigentes detinham a posição de garante e falharam seu dever de ação para a não-lesão. O que se tem, na prática, é que analisadas em apartado, as ações individuais não seriam capazes de produzir, independentemente, o resultado danoso experimentado.

Neste aspecto, defende Shane Darcy que quando os crimes são cometidos por meio de uma pessoa jurídica, a conduta ilícita da empresa pode ser mais do que a soma de suas partes, e as contribuições individuais podem não ser suficientes para gerar responsabilidade penal por si mesmas - o que serviria também como uma das potenciais justificativas para que pensemos a responsabilização criminal de uma entidade corporativa⁷¹.

No caso Pinheiro, por exemplo, resta evidente que a ocorrência da subsidência é a epítome de cinco décadas de decisões erráticas das diversas

⁶⁶ESTELLITA, H. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*, Marcial Pons, São Paulo, 2017.

⁶⁷Aqui entendidas como condições especiais ocupadas pelo agente que, conjugadas à omissão ao resultado, podem levar à atribuição deste àquele, criando-se um “dever de agir fundado na ideia de não lesão”. In: BOTTINI, P.P. *Crimes de Omissão Imprópria*, Marcial Pons, São Paulo, 2018, pp. 12-17.

⁶⁸(...) como já se observou antes na doutrina, não é possível admitir-se por idênticas duas coisas logicamente distintas, tal como propõe a fórmula da posição de garantidor. Enquanto nos delitos de comissão a responsabilidade penal tem por requisito unicamente a produção do resultado, na conduta omissiva imprópria não bastaria a superveniência do resultado, senão que se faria necessária também especial condição que é a posição de garante.” Em: BUSATO, P. C. “Concepção significativa da ação e sua capacidade de rendimento para o sistema de imputação”, *Revista de Estudos Criminais*, 18 (73), p. 151.

⁶⁹BUSATO, P. C. “Concepção significativa da ação (...)” Ob. Cit., p. 134.

⁷⁰BERTHOLDI, J. & RAMOS, S.E.B. “Justiça arquiva inquérito sobre deslizamento no PR que fez dois mortos: Legislação precisa responsabilizar pessoas jurídicas”, disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2023/10/justica-arquiva-inquerito-sobre-deslizamento-no-pr-que-fez-dois-mortos.shtml>, acesso em 27 jan. 2024, p. 01.

⁷¹DARCY, S. “The Potential Role of Criminal Law in a Business and Human Rights Treaty, Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours”, *Cambridge University Press*, Cambridge, 2017, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2878862, acesso em: 17 jan. 2024, pp. 20-21.

diretorias que assumiram a empresa, que esteve sob controladoras diversas, que se somam às omissões daqueles que ocupavam posição de garante em órgãos de fiscalização.

Na prática, torna-se extremamente desafiador, senão impossível, apontar quem deixou de respeitar seu dever de cuidado e tornou-se pessoalmente responsável pelo resultado danoso. Daqueles que detinham a argumentada "posição de garante", quem pode ser apontado como responsável pela omissão imprópria que gerou a subsidência e deslocou mais de 60 mil pessoas? Por quantas décadas e composições de gestão seria preciso realizar tal escrutínio? É preciso admitir que a dificuldade probatória e teórica experimentada no caso concreto advém, também, de certa fragilidade teórica das próprias construções da omissão imprópria.

A única informação oficial que se tem acerca de um procedimento criminal no caso em apreço se trata de Inquérito Policial advindo de notícia de fato encaminhada pelo Ministério Público Federal à Polícia Federal de Alagoas. O inquérito policial corre em sigilo desde a sua instauração, e segundo a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), tem seu foco na "apuração e individualização das condutas e responsabilização dos envolvidos"⁷². A associação justifica a morosidade do processo no fato de que "a responsabilização penal envolve requisitos mais rígidos que as demais esferas de responsabilidade", afirmando que assim que reunidos os elementos de prova necessários, o Ministério Público Federal, como titular da ação penal, irá adotar as medidas adequadas e contundentes.

3.3. MECANISMOS DE REPARAÇÃO ADOTADOS EM CASOS SIMILARES

As conclusões da análise do presente caso concreto não são isoladas ou casuísticas, sendo reforçadas pela análise de mecanismos de reparação em desastres recentes, como no caso do Rio Doce ou o caso de Brumadinho.

O mecanismo de reparação no caso do Rio Doce foi igualmente criado por um acordo assinado entre as empresas envolvidas e o governo brasileiro, com suporte do Ministério Público Federal, dando origem à Fundação Renova (RENOVA). De propriedade da Samarco, uma *joint-venture* entre a brasileira Vale S.A. e a anglo-australiana *BHP Billinton*, a barragem se rompeu por comprovadas falhas de gestão de segurança, às 16h20m, quando mulheres e crianças encontravam-se em casa, desavisadas pelas sirenes quebradas. O tsunami de lama aniquilou a cidade, matou dezenove pessoas e contaminou uma série de importantes rios⁷³, afetando permanentemente a vida de milhares de pessoas.

Em atuação que se assemelha ao Comitê Gestor dos Danos Extrapatrimoniais do caso Pinheiro, a RENOVA tornou-se responsável por lidar com o registro das pessoas afetadas pelo colapso da barragem. Novamente utilizou-se o argumento de "assistência e compensação imediatas" em oposição às demandas judiciais, que foram consideradas muito "demoradas".

A RENOVA inicialmente impôs um processo de registro socioeconômico para conceder acesso às reparações, alvo de diversas críticas⁷⁴. Nesse processo, apenas os "responsáveis pela família" poderiam acessar os valores, gerando denúncias de mulheres que encontraram dificuldades em serem reconhecidas como tal,

⁷²ANPR. *Nota pública caso BRASKEM*, disponível em: <https://www.anpr.org.br/comunicacao/noticias/nota-publica-caso-braskem>, acesso em: 27 jan. 2024, p. 01.

⁷³IBAMA. *Laudo Técnico Preliminar: Impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais*, disponível em: ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo_tecnico_preliminar_Ibama.pdf, acesso em: 16 fev. 2024, pp. 4-6.

⁷⁴NABUCO, J. & ALEIXO, L. "Rights Holders' Participation and Access to Remedies: Lessons learned from the Doce River Dam Disaster", *Business and Human Rights Journal*, 14(1), 2019, pp. 148-151.

evidenciando vieses de gênero reforçados pela distribuição desproporcional das indenizações entre homens e mulheres (66,3% e 33,7%, respectivamente)⁷⁵. Ainda, muitas atividades econômicas informais deixaram de ser consideradas pela associação para fins de reparação, novamente denotando vieses de gênero e de classe⁷⁶ na concessão dos valores. Existiram ainda muitos questionamentos sobre a suficiência dos valores indenizatórios, que geraram novos processos tanto no Brasil quanto internacionalmente.

Como consequência, 202.600 vítimas decidiram propor uma ação coletiva (*class action*) no Reino Unido, a fim de buscar a efetiva e adequada indenização a que têm direito no exterior, por meio da responsabilização internacional da empresa BHP Billiton. A demanda foi autorizada a prosseguir por decisão da Corte de Apelação de Londres em 8 de julho de 2022⁷⁷. A decisão de prosseguimento enfrenta de maneira lateral a insuficiência das medidas advindas do judiciário brasileiro, reforçando, assim, a fragilidade dos argumentos de superioridade e maior eficácia das soluções processuais cíveis.

Por sua vez, a tragédia de Brumadinho, que completou 5 anos em 24 de janeiro de 2024, agora é debatida na Alemanha. A tragédia do rompimento da Barragem do Feijão foi apontada como evitável. Os acordos realizados estão sendo questionados pelas famílias de duzentas e setenta e duas pessoas mortas, três desaparecidas e centenas de deslocadas pelo desastre⁷⁸. O Tribunal Superior de Munique recentemente admitiu mais 300 vítimas em processo contra a certificadora alemã TÜV SÜD, encarregada de atestar a estabilidade da Barragem do Córrego do Feijão, em Brumadinho-MG, na época do rompimento. Segundo reportado pela mídia internacional, a empresa teria assinado uma declaração de estabilidade falsa que permitiu à mineradora manter as atividades na estrutura, que se encontrava em situação precária. As vítimas pleiteiam uma indenização equivalente a três bilhões de reais.

Seguindo caminho similar, ao menos 11 das vítimas do caso Pinheiro iniciaram um processo judicial em face da subsidiária holandesa da empresa, em virtude dos baixos valores indenizatórios no Brasil. A fragilidade dos acordos formalizados foi enfatizada, ainda, pelas recorrentes tentativas de desconstituição no próprio sistema judiciário brasileiro. Notícias de anulação de acordos ou de descumprimentos por parte da Braskem são recorrentes⁷⁹.

Nesse contexto, questiona-se se o Direito Penal, mais precisamente a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, poderia assumir um papel relevante em casos como o presente, no contexto da reparação integral dos danos causados às vítimas - os remédios.

⁷⁵BERTHOLDI, J. & PAMPLONA, D.A. "A Feminist Analysis of the Legal Mechanisms of Protection and Repair in the Context of the Brazilian Extractive Industry: The Doce River Case", *Business and Human Rights Journal*, 7(1), 2022, pp. 175-180.

⁷⁶CDDPH. Comissão Especial 'Atingidos por Barragens' Resoluções nos. 26/06, 31/06, 01/07, 02/07, 05/07, disponível em https://mab.org.br/wp-content/uploads/2020/06/RELATO%CC%80RIO-DE-DH-Atingidos_relatoriofinalaprovadoemplenario_22_11_10.pdf, acesso em 16 fev. 2024, nota 9, 23.

⁷⁷BERNAZ, N. *Business and Human Rights History, Law and Policy: Bridging the Accountability Gap*, Routledge, Cambridge, 2016, p. 326.

⁷⁸DEUSTCH WELLE. "Brumadinho: ação contra alemã TÜV Süd pede R\$ 3,2 bilhões", disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/brumadinho-a%C3%A7%C3%A3o-contra-t%C3%BCv-s%C3%BCd-na-alemanha-pede-r-32-bilh%C3%B5es/a-68088285>, acesso em: 25 jan. 2024, p. 1.

⁷⁹ALENCAR, C. "MPF pede bloqueio de R\$ 1 bilhão da Braskem para indenizações em Maceió", UOL, disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2023/12/14/mpf-pede-bloqueio-1-bilhao-braskem.htm?cmpid=copiaecola>, acesso em: 29 jan. 2024, p. 01.

4. REPARAÇÃO INTEGRAL, REMÉDIOS E A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

A busca por reparação integral por violações dos direitos humanos relacionadas com atividades de empresas é tema que vem recebendo atenção acadêmica, em especial na área de Empresas e Direitos Humanos (Business and Human Rights - BHR)^{80 81 82 83}. Neste cenário, os Princípios Orientadores de Empresas e Direitos Humanos (POs)⁸⁴ destacam-se como um guia voluntário para entes Estatais⁸⁵, empresas e demais *stakeholders*, assentados em três pilares inter-relacionados: "proteger", "respeitar" e "remediar"⁸⁶. Para além de um guia voluntário que consolidou tratados e convenções de Direito Internacional dos Direitos Humanos direcionando-os à atividade empresarial, o documento funciona como um norte na construção de normas e orientações na área de Empresas e Direitos Humanos, criando "relações de governança"⁸⁷ com as demais produções normativas da área.

Inaugurando o documento, o Princípio Orientador 1 lembra que os Estados devem tomar "medidas apropriadas para prevenir, investigar, punir e reparar"⁸⁸ abusos de direitos humanos relacionados a empresas em seu território e/ou jurisdição, garantindo que a reparação efetiva ocorra e que as vítimas obtenham justiça. A justiça, nesse aspecto, tem um sentido mais amplo do que reparação financeira e engloba todos os instrumentos que podem ser utilizados para tanto, além

⁸⁰BERNAZ, N. *Business and Human Rights History, Law and Policy: Bridging the Accountability Gap*, Routledge, Cambridge, 2016, pp. 239-298.

⁸¹BILCHITZ, D. *Fundamental Rights and Legal Obligations of Business*, Cambridge Press, Cambridge, 2022, pp. 57-216; 217-358; 407-411; e, 420-421.

⁸²ORTEGA, D.; PARRA, A. & SCHÖNSTEINER, J. "Derechos humanos y empresas, Acceso a remédios", *Cuadernos jurídicos de la academia judicial*, 2022, pp. 16-25; 54-69; 80-96; 107-113 e, 116-165.

⁸³RIVERA, H. & PAMPLONA, D. A. La primera década de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: entre impresionismo y claroscuros: *A una década de los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Bogotá, 2022, pp. 17-37 e 25-29.

⁸⁴ONU. *Guiding Principles on Business and Human rights (...)* Cit., pp. 1-39.

⁸⁵O seu caráter voluntário limita-se às condutas que indica devem ser tomadas por empresas, eis que todo o seu conteúdo acerca das obrigações estatais nada mais é do que a reiteração do que já construído no direito internacional dos direitos humanos: os Estados têm dever de proteção de direitos em face das condutas de terceiros. A partir dos Princípios Orientadores, voluntários como são, é impressionante a quantidade de outros esquemas que vão surgindo ou se aperfeiçoando, buscando vincular as atividades das empresas à condutas que não sejam danosas ao meio-ambiente e aos direitos humanos.

⁸⁶Estes princípios são o conjunto de normas mais amplamente aceito com respeito à regulamentação dos impactos da atividade empresarial sobre os direitos humanos, tendo sido aprovados por unanimidade pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas (UNHRC) em 2011 e obtido apoio significativo de ambos Estados e atores comerciais. In: BERTHOLDI, J. "Propostas de redação aos planos nacionais de ação latino-americanos desde uma análise feminista", *Pontifícia Universidade Católica do Paraná*, Curitiba, 2021.

⁸⁷De acordo com Smith, as "relações de governança" são sistemas de comunicação, conhecimento e informação, mediados e baseados em texto, regulamentação, controle e afins. Argumenta-se, assim, que textos e documentos são essenciais para a objetificação de organizações e instituições e como constroem existências sob aquela jurisdição. O conceito de relações de governança aplicado a Empresas e Direitos Humanos diz respeito ao reconhecimento de que as escolhas textuais de documentos referência influenciam as demais documentações produzidas naquela área. Especificamente na área de Empresas e Direitos Humanos, os Princípios Orientadores figuram, atualmente, no topo das relações de governança, sendo seu conteúdo sempre relevante nos debates. Veja mais em: SMITH, D.E. "Texts and the Ontology of Organizations and Institutions", *Studies in Cults., Orgs. And Socs.*, 7, 2001, pp. 159-198.

⁸⁸ONU. *Guiding Principles on Business and Human rights (...)* Cit., p. 5.

da mudança em estruturas sociais, políticas e econômicas⁸⁹. Os diferentes instrumentos previstos nos POs incluem um pedido de desculpas, restituição, reabilitação, compensação e punições (penais ou administrativas, como multas)⁹⁰.

Neste contexto, certo é que após a adoção dos Princípios Orientadores, a maioria dos esforços empreendidos na área de BHR se concentraram nas medidas preventivas⁹¹, traduzidas em especial no Pilar 2 e nas diversas normas de devida diligência em direitos humanos que visam mitigar os resultados danosos de atividades econômicas⁹².

O terceiro pilar, que expressa a necessidade de adoção de mecanismos de reparação e estabelece os critérios que devem atender para que sejam efetivos, foi reconhecido como o 'pilar esquecido', diante da baixa atenção que gerou⁹³. O Grupo de Trabalho da ONU para o tema de direitos humanos, empresas transnacionais e outros negócios reagiu a isso e elaborou o Projeto de Responsabilização e Remediação⁹⁴, ainda em curso, mas que já produziu resultados que ratificam a necessidade de os Estados considerarem sanções penais para empresas que violam direitos humanos.

O acesso a *remedies* (traduzidos como remédios ou recursos efetivos) é um componente essencial dos POs. O conceito adotado para a reparação integral encontra-se alocado no terceiro pilar dos POs, sendo mais amplo que a mera reparação pecuniária dos danos, buscando-se ao máximo a restituição do *status quo ante* e a responsabilização dos envolvidos. Os diferentes instrumentos que buscam remediar as violações de direitos humanos têm objetivos diferentes, quais sejam, prevenir, reparar e evitar novas ocorrências.⁹⁵ Para os Princípios Básicos sobre reparação de vítimas por graves violações de direitos humanos estabelece que as

⁸⁹ONU, *Relatório do Grupo de Trabalho da ONU sobre o tema de direitos humanos em empresas* (...) par. 16.

⁹⁰Comentários ao princípio 25 dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos. In: ONU. *Guiding Principles on Business and Human rights* (...) Cit., p. 22.

⁹¹Exemplo disso são as diferentes legislações exigindo a adoção, por empresas, da chamada devida diligência em direitos humanos, conforme estabelecida pelo Princípio 17, criadas na França (Lei de Vigilance no. 2017-399/2017; Inglaterra, Modern Slavery Act, 2015; Países Baixos, Child Labour Due Diligence Law, 2019; Alemanha, Due Diligence in Supply Chains Act, 2022; entre outros).

⁹²No âmbito das relações entre as atividades empresariais e direitos humanos, a preocupação primeira é sempre de prevenir quaisquer impactos negativos que possam ocorrer. É com este ímpeto que, na atualidade, diferentes jurisdições buscam aprovar legislações que induzam as empresas a adotar procedimentos de devida diligência em direitos humanos e ambientais. Este procedimento é reconhecido, inclusive pelos Princípios Orientadores, como o procedimento mais eficiente para prevenir impactos negativos de atividades empresariais em direitos humanos. Mas a prevenção nem sempre é eficiente e os impactos podem ocorrer. Assim, os procedimentos preventivos também exploram a capacidade e as diferentes opções das empresas em responder e enfrentar os impactos que causem. Estes procedimentos podem estar inseridos nos processos internos da empresa, e precisam, de alguma forma, entregar justiça para as vítimas. Estes esquemas têm sido impulsionados pelos Estados, em sua atividade regulatória, em cumprimento ao primeiro pilar dos Princípios Orientadores. De fato, os Princípios indicam as condutas estatais que devem ser tomadas para que os impactos negativos em direitos humanos sejam evitados, e indicam os cuidados que os Estados devem tomar para que a reparação efetiva ocorra e para garantir que as vítimas obtenham justiça.

⁹³MCGRATH, S. "Fulfilling the Forgotten Pillar: Ensuring Access to Remedy for Business and Human Rights Abuses", *Institute for Human Rights and Business*, disponível em: <https://www.ihrb.org/other/remedy/fulfilling-the-forgotten-pillar-ensuring-access-to-remedy-for-business-and>, acesso em 16 fev. 2024.

⁹⁴Para saber mais sobre o projeto, acesse: OHCHR. Accountability and remedy project, disponível em: <https://www.ohchr.org/en/business/ohchr-accountability-and-remedy-project>, acesso em 19 jan. 2024, p. 01.

⁹⁵ONU. *Relatório do Grupo de Trabalho da ONU sobre o tema de direitos humanos* (...) Cit., par. 40.

formas de reparação são restituição, compensação, reabilitação, satisfação e garantias de não-repetição.⁹⁶ Argumenta-se que a sanção penal é um dos instrumentos que busca a não-repetição⁹⁷, assim como permite a satisfação da vítima⁹⁸.

Mencionados no sítio da Braskem⁹⁹ e de boa parte das empresas transnacionais¹⁰⁰, os POs incentivam o uso de mecanismos de reclamação, judiciais e extrajudiciais, para remediar violações a direitos humanos por corporações.

O que se observa na prática, no entanto, é um grande desafio em realizar tal remediação de forma adequada: as atividades comerciais são conduzidas por estruturas organizacionais multifacetadas e de grande complexidade, estendendo-se além das fronteiras nacionais - o que cria relações entre grupos corporativos, matriz e subsidiárias, e cadeias globais de fornecimento. A complexificação destes papéis representa desafio à garantia de direitos humanos, dificultando e por vezes até inviabilizando pedidos de indenização, dada a dificuldade de estabelecer qual pessoa jurídica é diretamente responsável pelos danos¹⁰¹, o chamado "véu corporativo".

Assim, os esforços acadêmicos enveredados para o Pilar 3 tem por objetivo buscar soluções para se consolidar a responsabilização das empresas, colmatando a lacuna de responsabilização que se apresenta na prática¹⁰². O objetivo de suprir tal lacuna de responsabilização deve ser entendido como o estabelecimento de padrões e a adequada responsabilização das empresas e empresários caso ocorram violações.

Toda a construção teórica sobre o conceito de "remédios" busca colocar os *rightsholders* (detentores de direitos) no centro da reparação e da responsabilização, que, conforme visto acima, segundo os próprios princípios deve ocorrer em todas as esferas, incluindo a criminal¹⁰³ - centralidade¹⁰⁴ esta que vem sendo repetidamente ignorada na condução das Ações Cíveis Públicas, como pudemos observar.

Neste aspecto, visando a reparação integral e entendendo o conceito de remédio para além da reparação indenizatória, os próprios POs mencionam por mais de uma vez, a RPPJ como parte da responsabilização empresarial, destacando a multiplicidade de países que permitem a responsabilidade penal de pessoas jurídicas,

⁹⁶ONU. *Relatório do Grupo de Trabalho da ONU sobre o tema de direitos humanos (...)* Cit., par. 18.

⁹⁷ONU. *Relatório do Grupo de Trabalho da ONU sobre o tema de direitos humanos (...)* Cit., par. 53.

⁹⁸ONU. *Relatório do Grupo de Trabalho da ONU sobre o tema de direitos humanos (...)* Cit., par. 51.

⁹⁹BRASKEM. *Social Responsibility and Human Rights*, disponível em: <https://www.braskem.com.br/social-accountability-and-human-rights>, acesso em: 28 jan. 2024, p. 01.

¹⁰⁰SCABIN, F. et al. *Palinha #6: a série de infográficos do FGV CeDHE: qual o compromisso das maiores empresas operando no Brasil com os Direitos Humanos?*, disponível em: <https://hdl.handle.net/10438/30910>, acesso em: 28 jan. 2024, pp. 01-06.

¹⁰¹ISHANI, I. *Human Rights Violation and the Piercing of Corporate Veil*, 2022, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4175146>, acesso em: 16 fev. 2024, pp. 2-3.

¹⁰²BERNAZ, N. *Business and Human Rights History, Law and Policy: Bridging the Accountability Gap*, Routledge, Cambridge, 2016, p. 326.

¹⁰³"States should warn business enterprises of the heightened risk of being involved with gross abuses of human rights in conflict-affected areas. (...) This may include exploring civil, administrative or criminal liability for enterprises domiciled or operating in their territory and/or jurisdiction that commit or contribute to gross human rights abuses. Moreover, States should consider multilateral approaches to prevent and address such acts, as well as support effective collective initiatives". In: ONU. *Guiding Principles on Business and Human rights(...)* Cit., p. 2.

¹⁰⁴A reparação por violações aos direitos humanos que respeita a centralidade da vítima permite que ela participe na elaboração dos mecanismos, judiciais ou não, de prevenção, evitando que os fatos voltem a ocorrer. In: TRINDADE, A. A. C. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Sergio Fabris, Porto Alegre, 2003, p. 63.

inclusive quando em coautoria ou participação¹⁰⁵ - caso do Brasil, que ao adotar a teoria da autorresponsabilidade, permite que pessoas físicas e jurídicas atuem em coparticipação¹⁰⁶.

A inclusão dos verbos "investigar e punir" nas medidas estatais para reparação, portanto, não foi um descuido textual: como já reconheceu a União Europeia em relatório da Agência de Direitos Fundamentais¹⁰⁷, o acesso à reparação integração perpassa, também, pela responsabilização empresarial integral e consequentemente, pela justiça criminal.

O relatório destaca, ainda, que o acesso a recursos em casos de abuso de direitos humanos relacionados a empresas também é obtido por meio de direito penal, meio indispensável de proteção dos direitos humanos contra graves violações, conforme destacado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (ECtHR) no caso *M.C. v. Bulgária*¹⁰⁸.

O próprio Conselho da Europa já recomendara, em 2016, que os países continentais assegurassem: a) que empresas possam ser responsabilizadas, de acordo com sua legislação penal ou outra legislação equivalente, pela prática de [...] delitos estabelecidos de acordo com tratados [...] ou] outros delitos que constituam graves abusos de direitos humanos envolvendo empresas; e que seja possível que as empresas "sejam responsabilizadas pela participação no cometimento de tais crimes"¹⁰⁹; b) que as investigações de tais crimes atendam aos critérios de eficácia estabelecidos pela CEDH, ou seja, "adequadas, completas, imparciais e independentes, rápidas e conter um elemento de escrutínio público, incluindo a participação efetiva das vítimas na investigação"¹¹⁰.

Entende-se, assim, que o acesso a recursos efetivos inclui não apenas medidas para buscar a reparação indenizatória, mas também as medidas de investigação e punição. Neste aspecto, a responsabilização advinda do direito penal torna-se não apenas importante ferramenta jurídica, mas uma oportunidade de quebra com o domínio discursivo empresarial.

A conclusão pela relevância da intersecção do Direito Penal com a área de Empresas e Direitos Humanos não é uma inovação: em trabalhos pretéritos, Nadia Bernaz já afirmara a importância de se refletir a responsabilização criminal empresarial por violações aos direitos humanos em variados contextos¹¹¹. À época, em argumento também sustentado por autores de Direito Penal Internacional e Empresas e Direitos Humanos¹¹²¹¹³, Bernaz defendeu que a RPPJ em âmbito

¹⁰⁵"As a legal matter, most national jurisdictions prohibit complicity in the commission of a crime, and a number allow for criminal liability of business enterprises in such cases". In: ONU. Guiding Principles on Business and Human rights (...) Cit., p. 4.

¹⁰⁶Sobre o tema, veja: CESTO, M. "Corresponsabilidade penal na atividade empresarial: coautoria e participação de pessoas físicas nos crimes cometidos por pessoas jurídicas", *Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, 2022.

¹⁰⁷UE. *European Union Agency for Fundamental Rights - Opinion*, disponível em: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2017-opinion-01-2017-business-human-rights_en.pdf, acesso em 29 jan. 2024, p. 17.

¹⁰⁸ECtHR. *M.C. v. Bulgária - Caso 39272*, disponível em: coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/resources/M.C.v.BULGARIA_en.asp, acesso em: 16 fev. 2024, p.2-4.

¹⁰⁹ECtHR. *M.C. v. Bulgária (...)*, Cit., Apêndice, para. 4474.

¹¹⁰ECtHR. *M.C. v. Bulgária (...)*, Cit., Apêndice, para. 6.

¹¹¹BERNAZ, N. "The Developing Notion of Corporate Criminal Liability under International Law: a presentation at Copenhagen Business School", 2016, disponível em: <https://rightsasusual.com/2016/05/24/the-developing-notion-of-corporate-criminal-liability-under-international-law-a-presentation-at-copenhagen-business-school/>, acesso em: 29 jan. 2024, p. 01.

¹¹²DARCY, S. "The Potential Role of Criminal Law (...)" Ob. Cit., pp.20-21.

¹¹³SCHABAS, W. "Enforcing international humanitarian law: Catching the Accomplices", *International Review of the Red Cross*, 83, (42), p. 439.

internacional representaria medida importante e simbólica, e poderia ser facilmente incluída no Estatuto de Roma, viabilizando adequada punição às empresas de forma coerente e adequada. De fato, não apenas existiram propostas de emendas ao Estatuto de Roma para inclusão de responsabilidade penal da pessoa jurídica, como os próprios POs recomendam que "as empresas devem tratar esse risco como uma questão de compliance, dada (...) a incorporação das disposições do Estatuto de Roma do TPI em jurisdições que preveem a RPPJ".¹¹⁴

Igualmente, não se trata de inovação na práxis jurídica no direito interno: seguindo tradições internas ou recomendações internacionais, algumas jurisdições possibilitam que as vítimas apresentem as competentes queixas ou notícias criminais a um promotor público, que ficará responsável pela condução processual. A medida viabiliza ainda que o conteúdo do processo criminal - incluindo seus laudos e decisões - possa ser posteriormente utilizado para auxiliar em uma possível recuperação civil posterior. Não há, no entanto, unanimidade na adoção da medida, por isso, justifica-se a menção nos instrumentos internacionais que tratam das relações entre atividades empresariais e direitos humanos, como os POs, acima mencionados.

Nesse sentido, consolidando a tradição de países de *common law*, que possuem há muito maior intimidade com a RPPJ¹¹⁵, os Estados Unidos têm estatutos criminais federais na área de direitos humanos que se aplicam extraterritorialmente e que podem ser invocados contra empresas, ou seja, genocídio, crimes de guerra, tortura e recrutamento forçado de crianças-soldados¹¹⁶, os quais são julgados pela Seção de Direitos Humanos e Processos Especiais do Departamento de Justiça dos Estados Unidos desde sua criação, em 2010.

A legislação de alguns Estados europeus, a exemplo da Suíça e da Alemanha, permite que empresas sejam processadas por violações extraterritoriais de direitos humanos. No entanto, a práxis mostra que os promotores públicos, a quem cabe a decisão de dar prosseguimento aos casos, geralmente hesitam em dar prosseguimento aos processos. A situação é mais complicada no Reino Unido, onde não existe uma lei específica que permita a abertura de processos contra empresas por violações extraterritoriais de direitos humanos¹¹⁷.

Apesar de se reconhecer a relevância do direito comparado, do internacional dos direitos humanos e do direito penal internacional para atingir tal objetivo, não se olvidando as diversas iniciativas políticas e de *soft law* que floresceram nos últimos anos, o presente estudo tem seu foco no direito interno, e como este ser usado e aprimorado para prevenir e reparar violações dos direitos humanos relacionadas com as empresas. Assim, sabendo que os esquemas normativos internacionais de empresas e direitos humanos fomentam a adoção de medidas penais, no tópico seguinte avalia-se as razões para implementação da responsabilidade penal de empresas no país.

¹¹⁴"Business enterprises should treat this risk as a legal compliance issue, given the expanding web of potential corporate legal liability arising from extraterritorial civil claims, and from the incorporation of the provisions of the Rome Statute of the International Criminal Court in jurisdictions that provide for corporate criminal responsibility. In addition, corporate directors, officers and employees may be subject to individual liability for acts that amount to gross human rights abuses". In: ONU. Guiding Principles on Business and Human rights(...) Cit., p. 25.

¹¹⁵BUSATO, P. C. *Tres Tesis Sobre La Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 26.

¹¹⁶SKINNER, G. et al. "The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business", 2013, disponível em: https://corporatejustice.org/wp-content/uploads/2021/04/the_third_pillar_-_access_to_judicial_remedies_for_human_rights_violation.-1-2.pdf, acesso em: 16 fev. 2024, p. 6.

¹¹⁷SKINNER, G., et al. "The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational (...)" Ob. Cit., p. 63.

5. A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS POR VIOLAÇÕES A DIREITOS HUMANOS E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Do exposto nos capítulos anteriores, é evidente que a realidade brasileira reclama efetividade na prevenção e repressão às violações de direitos humanos por grandes corporações.

Ainda que a RPPJ não venha sendo defendida para tal fim nos debates nacionais, as mesmas conclusões sobre evidências empíricas, como já apontado no capítulo 3, levaram organismos internacionais a recomendar a adoção da responsabilidade penal de pessoas jurídicas para tais fins, ao menos desde a década de 1970¹¹⁸¹¹⁹. Mais recentemente, o Grupo de Trabalho da ONU sobre o tema dos direitos humanos, empresas transnacionais e outros negócios, publicou um guia para aprimorar a responsabilidade empresarial e acesso aos mecanismos de reparação judiciais. Nele, estabelece que os regimes nacionais de direito público devem fazer provisões apropriadas para a responsabilidade criminal corporativa para assegurar a adequada resposta às vítimas¹²⁰. O foco, antes centrado exclusivamente na criminalidade econômica e em temas como a corrupção¹²¹, passa assim a ampliar-se.

Dessa forma, é preciso reconhecer a potencialidade de que eventual adoção da RPPJ no contexto brasileiro para proteção de direitos humanos seja pautada também a partir da pressão internacional, seja por instrumentos de *soft law*, a exemplo dos Princípios Orientadores e recomendações de Grupos de Trabalho da ONU, seja por instrumentos cogentes, como o debatido Tratado Vinculante de Empresas e Direitos Humanos.

Ao enfrentar o tema desde uma perspectiva do direito interno, Fábio Guaragni e Andressa Chiamulera destacam diversos fundamentos político-criminais

¹¹⁸Destacam-se as Recomendações do Conselho da Europa, de 28 de setembro de 1977 e de 25 de junho de 1981; as conclusões do VI Congresso da ONU para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquent, de Nova York, entre 9 e 13 de julho de 1979; do XII Congresso Internacional de Direito Penal realizado em Hamburgo, de 1979; e do Congresso sobre Responsabilidade Penal das pessoas jurídicas em Direito Comunitário, em Messina, de 30 de abril a 5 de maio de 1979. Também as conclusões do XIII Congresso Internacional de Direito Penal, realizado no Cairo, em 1984; a recomendação número 18, de 20 de outubro de 1988, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa; o XV Congresso Internacional de Direito Penal, de setembro de 1994, no Rio de Janeiro; a convenção da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), celebrada em 7 de dezembro de 1997 e a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional de 2000, conhecida como convenção de Palermo. Confirmam-se tais dados em: SHECAIRA, S. S. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, pp. 44-46.

¹¹⁹BUSATO, P. C. "O Leviatã de Brumadinho", *Boletim Ibccrim*, ano 27, n. 316, Mar. 2019, pp. 7-8.

¹²⁰ONU. "Improving accountability and access to remedy for victims of business-related human rights abuse", *Conselho de Direitos Humanos*, A/HRC/32/19, Anexo, Princípio 1.2, 10 Mai 2016, disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/093/78/PDF/G1609378.pdf?OpenElement>, acesso em: 16 fev 2024, p. 12.

¹²¹A comunidade internacional, especialmente organismos como o Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI), têm igualmente recomendado que os países adotem medidas para responsabilizar legalmente as empresas por condutas criminosas, desde meados da década de 1990. Esta abordagem ganhou mais atenção e espaço acadêmico. In: *GAFI. Padroes Internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação*, disponível em <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/translations/Recommendations/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf>, acesso em 16 fev. 2024, pp. 9-43.

da responsabilidade penal do ente coletivo, dentre os quais é especialmente relevante o reconhecimento de que a produção de impactos negativos pela atividade empresarial afeta bens supraindividuais "coincidindo com o reconhecimento de direitos [humanos] de segunda e, principalmente, terceira dimensão, afirmados constitucionalmente como destinatários de proteção eficiente, inclusive através do Direito penal"¹²².

Para além de uma "expectativa social não fundamentada na lei"¹²³, evidente do clamor das vítimas do caso Pinheiro, a proteção de bens supraindividuais afetados por atividades empresariais impactantes possui fundamentos político-criminais relevantes. Não se pretende esgotar tais razões neste texto, cuja limitação espacial não permitiria a sua verticalização; certo é, no entanto, que o caso concreto utilizado como paradigma revela relevantes pontos de partida acerca da lesividade das atividades empresariais.

Não à toa, proliferam-se os textos que sustentam que as corporações assumiram a posição de um novo "Leviatã". O termo, utilizado pela primeira vez em 1970 no contexto empresarial e organizacional por Charles Perrow, foi popularizado na década de 1990 por Atílio Borón e posteriormente emprestado nos anos 2000 por Joel Bakan. O que se observa transversalmente nas obras é a abordagem crítica e analítica do papel social das grandes organizações, especialmente as empresas transnacionais.

Charles Perrow já observava, ainda nos anos 1970 em sua obra "Complex Organizations: A Critical Essay"¹²⁴, que as estruturas de grandes corporações podem gerar ambientes propícios às violações de direitos humanos, destacando como a hierarquização e a falta de transparência das atividades poderiam acobertar de forma eficiente tomadas de decisões que priorizem o lucro em detrimento da proteção de direitos humanos, facilitando que sejam negligenciados os direitos trabalhistas, a proteção ao meio ambiente e a exploração de comunidades locais.

Aprofundando tais análises desde a América Latina, Borón destaca que, para além das violações apontadas, as corporações multinacionais muitas vezes exercem influências exacerbadas sobre os governos locais, priorizando seus interesses econômicos em detrimento dos direitos humanos e o bem-estar das populações locais¹²⁵. Estas influências podem imbricar-se nos três poderes, afetando a produção legislativa, as decisões do poder executivo e até mesmo a forma como o poder judiciário opera sobre as violações.

Finalmente, na construção da obra "The Corporation: the pathological pursuit of profit and power"¹²⁶, Joel Bakan examina o comportamento das corporações como entidades jurídicas que, por sua natureza, priorizam o lucro acima de tudo, levando a violações sistemáticas dos direitos humanos, à medida que as corporações buscam maximizar seus ganhos, muitas vezes às custas de trabalhadores, consumidores e comunidades locais. Bakan destaca exemplos de como as corporações exploram mão de obra barata, violam normas ambientais e

¹²²CHIAMULERA, A. & GUARAGNI, F. A. "Autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais: aspectos práticos da atuação do Ministério Público", *Anais do 21º Congresso Nacional do Ministério Público*, disponível em: https://www.conamp.org.br/images/congressos_nacionais/Livro_de_Teses_do_XXI_Congresso_Nacional_do_MP.pdf, acesso em: 09 fev. 2018, p. 95-104.

¹²³BERNAZ, N. "The Developing Notion of Corporate Criminal Liability under International Law (...)" Cit., p. 01.

¹²⁴PERROW, C. *Complex Organizations: A Critical Essay*, Random House, New York, 1970, pp. 178-218.

¹²⁵BORÓN, A. "Os 'novos Leviatãs' e a pólis democrática: neoliberalismo, decomposição estatal e decadência da democracia na América Latina", in: *Pós – neoliberalismo II: que Estado para que democracia*, Vozes, Petrópolis, RJ, 1999, pp. 5-23.

¹²⁶BAKAN, J. "The Corporation: The Pathological Pursuit of Profit and Power", *Free Press*, Nova York, 2005, pp. 15-39.

manipulam mercados para obter vantagens econômicas, resultando em impactos negativos nos direitos humanos.

Inegável, seja a partir do caso paradigma, seja a partir da literatura, que as estruturas de poder e motivações econômicas tem levado grandes corporações a decisões que prejudicam os direitos fundamentais de pessoas e comunidades. Transpondo as reflexões de Bakan para a realidade brasileira do caso Brumadinho, Busato conclui ser inegável que:

a) estamos diante de um crime grave; b) perpetrado por um agente contra o qual a perseguição não tem sido exercida regularmente; c) há mecanismos técnico-jurídicos, tanto de *lege lata* quanto de *lege ferenda* para tanto; e d) os avanços técnicos para contenção de novos eventos dessa natureza passam pela discussão de Direito Penal¹²⁷.

As mesmas reflexões adotadas por Busato no caso Brumadinho podem ser emprestadas ao caso Pinheiro: o deslocamento de mais de 60 mil pessoas, com as trágicas e definitivas consequências descritas, configuram crime grave cuja perseguição não tem sido exercida regularmente.

Assim, assentadas as premissas político-criminais pelas quais defende-se a aplicação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas no contexto de violações aos direitos humanos por empresas, entendendo tal medida como parte integrante do conceito de remédios, busca-se compreender como tal proposta poderia adequar-se ao ordenamento jurídico brasileiro.

Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro admite a responsabilidade penal de pessoas jurídicas tão somente nas hipóteses de violações ambientais, em leitura realizada a partir do artigo 225, §3º da Constituição Federal brasileira, em "cláusula criminalizadora constitucional"¹²⁸. A RPPJ materializou-se no art. 3º da Lei nº 9.605/1998¹²⁹, reforçando a "orientação político-criminal inclinada à materialização da vontade constitucional de realização da RPPJ frente a crimes ambientais"¹³⁰.

A interpretação foi referendada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário 548.181¹³¹, quando reconheceu-se não apenas a constitucionalidade da RPPJ como a adoção da teoria da autorresponsabilidade. O julgamento acabou por afastar, em nossa leitura, o entendimento anterior do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual a perseguição penal de pessoas jurídicas seria possível tão somente se também caracterizada uma ação humana individual.

Em conclusão, a RPPJ para crimes ambientais, prevista na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, referendada pelo STF, parece pacificar o argumento de sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual deixa-se, ao menos neste excerto, de enfrentar as imbricadas construções

¹²⁷BUSATO, P. C. "O Leviatã de Brumadinho", *Boletim Ibccrim*, ano 27, n. 316, mar. 2019, pp. 7-8.

¹²⁸GUARAGNI, F. A. "Responsabilidade Penal do ente coletivo: Pilastras Político-Criminais derivadas das noções de Sociedade de Risco e Alteridade", *Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica*, vol. 2., Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo, São Paulo, 2014.

¹²⁹A 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. In: BRASIL. Lei nº 9.605.1998, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm, acesso em: 16 fev. 2024.

¹³⁰BUSATO, P. C. "A responsabilidade criminal de pessoas jurídicas na história do Direito positivo brasileiro", *Revista de Informação Legislativa Brasília*, a. 55, n. 218, Abr./Jun. 2018, p. 94.

¹³¹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário nº 548.181*, disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313604581&ext=.pdf>, acesso em 16 fev. 2024.

dogmáticas que negam a adequação técnica da RPPJ.

Do acima descrito, poderia-se prematuramente concluir que o constituinte originário definiu inalteravelmente que apenas o meio ambiente seria bem jurídico penalmente relevante para fins de tutela penal das condutas de pessoas jurídicas. Há argumentos, no entanto, que impedem tal conclusão.

Conceitualmente, o Direito Penal é responsável pela tutela dos bens jurídicos mais relevantes e caros à sociedade, tendo por tarefa tipificar como ilícitas as condutas que ferem a ordem e a paz social¹³². Reconhece-se que sua aplicação deve ser subsidiária, limitada às situações em que o bem jurídico protegido não encontra guarida nos demais ramos do Direito ou quando o controle social se mostra ineficiente.

Certo é que diversas lesões a bens jurídicos relevantes, em especial aquelas voltadas a bens jurídicos transindividuais, como já apontado por Guaragni e Busato¹³³, vêm sendo perpetradas por sujeitos coletivos. Os grandes desastres humanitários de responsabilidade de empresas transnacionais seguramente integram esta categoria. Dos esforços descritivos do caso concreto, entende-se ter restado suficientemente demonstrado que o controle social promovido pelo direito civil e pelo direito administrativo na tutela dos direitos humanos vilipendiados por pessoas jurídicas mostra-se, muitas vezes, insuficiente.

Busato discorre sobre as vantagens de se ter o bem jurídico como missão do Direito penal, sustentando, entre outras razões, que "a identificação com a proteção de bens jurídicos filtra a atuação seletiva do legislador penal", criando de maneira mais orgânica e adequada a igualdade tão desejada pela parametrização das teorias causais naturalistas e "coibindo os desvios do arcabouço de princípios que lhe deve servir de base, e oferecendo, ao mesmo tempo, um ponto de referência através da ilicitude material"¹³⁴.

A valoração do bem jurídico penalmente relevante é multifacetada e condensa aspectos de natureza social, axiológica, ideológica e normativa, que passam a integrar a sua unidade conceitual¹³⁵. É possível identificar, historicamente, quais os valores sociais vigentes e as prioridades político-criminais a partir da eleição do bem jurídico penalmente relevante, também ponto de partida para definição das condutas a serem criminalizadas e a proporção adequada da pena.

No Brasil, nem mesmo a inafastável conclusão de que estamos diante de bens jurídicos penalmente relevantes em casos como o paradigma redundou em efetiva busca de maior proteção normativa. De fato, as experiências práticas e recomendações internacionais não resultaram, até o momento, na priorização do tema na academia ou praxis brasileiras, sendo geralmente enfrentado com certa resistência e superficialidade, a raras e louváveis exceções.

Exemplo claro desta conclusão pode ser extraída da análise do projeto de Novo Código Penal (NCP) Brasileiro (PL nº 236/2012)¹³⁶, já analisado sob o viés da

¹³²PONTAROLLI, A. L. "Política Criminal e responsabilidade penal da pessoa jurídica", *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 10, n. 18, Jan./Jun. 2018, pp. 99-114.

¹³³GUARAGNI, F. A. & BUSATO, P. C. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, Juruá, Curitiba, 2012, p. 21.

¹³⁴BUSATO, P. C. "Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo código penal brasileiro", *Liberdades*, Ed. esp., 2012b, disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/13/artigo4, acesso em: 16 fev. 2024, pp. 113-114.

¹³⁵CANTON FILHO, F. R. *A valoração do bem jurídico penal e a Constituição Federal de 1988: a evolução histórica das criminalizações no direito penal brasileiro*, disponível em: <https://www.semanticscholar.org/reader/bb8c4077bb9f2d73363d72701780db700e0e7e4d>, acesso em: 16 fev 2024, pp. 16-25.

¹³⁶BRASIL. *Projeto de Lei nº 236, de 2012 - Dispõe sobre a reforma do Código Penal Brasileiro*, disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>, acesso em: 06 jan. 2024.

RPPJ por Busato¹³⁷, Reis¹³⁸ e Batista¹³⁹. Apesar de representar terreno fértil para a ampliação da RPPJ no cenário brasileiro, replicando tendências internacionais de reconhecimento dos direitos humanos como bens jurídicos penalmente relevantes neste contexto, a RPPJ não foi aplicada para este fim nos textos iniciais, tampouco nas sugestões realizadas até o momento.

Ao adotar a RPPJ no bojo do projeto por maioria de votos, a comissão elaboradora se valeu de postura bastante conservadora e reticente ao desenvolver o tema: ao passo que admite a possibilidade da RPPJ e fundamenta sua adoção, também parece fazê-lo de forma vacilante. A postura é potencialmente resultado de sua adoção por maioria, sendo público que o então relator da parte geral do anteprojeto, Prof. René Ariel Dotti, pretendia extirpar expressamente a RPPJ do bojo do Código Penal.

De plano, ao dirigir-se ao tema da RPPJ, a Exposição de Motivos ressalta que a referência constitucional à RPPJ é meramente exemplificativa, sendo permitida sua distensão para outros campos. Reconhece, expressamente, a realidade criminológica de realização de condutas socialmente danosas, gerenciadas, custeadas ou determinadas por pessoas jurídicas, a justificar tal ampliação.

Neste aspecto, Busato aponta que o texto "parece afirmar (...) o domínio da vontade da pessoa jurídica"¹⁴⁰. De fato, alguns trechos da Exposição de Motivos parecem levar a conclusão de que o anteprojeto optara por se distanciar das teorizações clássicas ontológicas do finalismo, prometendo uma expansão dos campos tutelados pela RPPJ e a complexificação das disposições que viabilizariam sua consolidação normativa. No entanto, as promessas aparentes não se realizam no texto.

A primeira evidência da postura vacilante é a ausência de uma expressa adoção da autorresponsabilidade penal das pessoas jurídicas, separando por completo a responsabilização de empresas e seus dirigentes. Ao analisar o projeto, Busato conclui pela obscuridade da opção:

"em alguns pontos (...) parece pretender afirmar uma autorresponsabilidade, mas em outros, deixa entrever que não admite que a pessoa jurídica seja fonte decisória ou tenha domínio da ação, o que remete à opção contrária".¹⁴¹

Como pode-se concluir do capítulo 2.3, a adoção da heterorresponsabilidade em casos como o presente inviabilizaria por completo a responsabilização do ente jurídico, em virtude da dependência da prévia responsabilização das pessoas físicas - que se mostra difícil, quando não inviável. A preocupação se torna ainda maior quando confrontada com a exigência de que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado, o que entrega a este, sempre, e de antemão, o domínio da vontade - mostrando, por mais uma vez, as incongruências da Exposição de Motivos com o resultado do projeto.

Relevante ainda a exigência de que reste provado que o crime fora cometido "no interesse ou no benefício da entidade". Segundo Busato, o texto pode ser

¹³⁷BUSATO, P. C. *Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo código penal brasileiro*, disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/13/artigo4, acesso em 16 fev. 2024, pp. 113-114.

¹³⁸DOS REIS, W. J. "A responsabilização penal da pessoa jurídica no projeto do novo Código Penal", *Revista Direitos Humanos e Democracia*, 7(14), disponível em: <https://doi.org/10.21527/2317-5389.2019.14.287-292>, acesso em: 16 fev. 2024, pp. 287-292.

¹³⁹BATISTA, V.J.S. "A responsabilidade penal das pessoas jurídicas no projeto do novo Código Penal brasileiro", *HOMA - Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, 3, (1), 2019, pp. 1-12.

¹⁴⁰BUSATO, P. C. "Responsabilidade penal de pessoas jurídicas (...)" Ob. Cit., pp. 113-114.

¹⁴¹BUSATO, P. C. "Responsabilidade penal de pessoas jurídicas (...)" Ob. Cit., pp. 113-114.

interpretado de duas formas: no sentido de que o interesse ou benefício do ente jurídico seja resultado específico derivado do crime ou mesmo que se trate de especial fim de agir¹⁴².

Independente do sentido adotado, tal exigência, aplicada a casos como paradigma analisado, escancara a fragilidade criada. A realização de prova de benefícios diretos como resultado da violação em casos como o Pinheiro certamente representaria um grande desafio. Ainda que não caiba aprofundar tais desafios, algumas reflexões podem ser comportadas.

Inicialmente, caberia superar o desafio de se delimitar o que seria um "benefício específico derivado do crime" e a extensão desta potencial derivação. Apesar da alegação de que a operação poderia gerar lucro para a Braskem, levantada por empresários do ramo imobiliário de Alagoas e replicada na mídia, o caminho para a alegada obtenção de lucro certamente foi construído após a consolidação dos efeitos nocivos, não necessariamente traduzindo "benefício específico" que possa ser considerado diretamente derivado; ademais, há estudos apontando as perdas financeiras enfrentadas pela empresa após 2019¹⁴³, havendo espaço para desconstrução desta narrativa. Abre-se, novamente, um grande espaço de manobras defensivas dentro da construção discursiva.

A adoção da interpretação como especial fim de agir representa um desafio ainda maior, capaz de impossibilitar a punibilidade do delito. No caso concreto, seria o desejo de continuidade da exploração da atividade econômica suficiente para perfectibilizar tal exigência? Caso tal especial fim de agir seja *a priori* identificado, quem deveria atuar orientado por tal finalidade?

Ainda no campo das questões não resolvidas no anteprojeto, há de ser mencionada a ausência de referência à natureza jurídica das consequências do delito praticado pela pessoa jurídica¹⁴⁴, que ora adquirem aparência de penas e ora de medidas de segurança, gerando grande insegurança técnica na aplicação e interpretação da legislação - e abrindo margem para acertadas críticas.

Neste aspecto, entende-se que a ausência de definição sobre questões técnicas essenciais, como as descritas acima, inviabilizaria por si só o Novo Código Penal enquanto ferramenta efetiva de enfrentamento à lacuna de responsabilização de pessoas jurídicas em casos de graves desastres. Mas não é só: a maior limitação, em nossa leitura, advém do recorte material imposto à legislação.

Ainda que tenha reconhecido em sua Exposição de Motivos que a indicação constitucional seria exemplificativa e não-exauriente, permitindo a ampliação no âmbito de incriminação, o texto legislativo optou por um recorte no âmbito da imputação de natureza *ratione materiae*, admitindo tão somente a incriminação de pessoas jurídicas por delitos contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, deixando de enfrentar outros temas e objetos jurídicos socialmente relevantes, como as violações aos direitos humanos.

Tal opção de limitação, além de ser um contrassenso à própria exposição de motivos e à própria relevância que a CF88 empresta ao tema, revela a manutenção de certa indisposição do legislador brasileiro com a criminalização de condutas empresariais. Daí a necessidade de maior internalização das discussões que ocorrem no foro internacional e que concluem pela necessidade de abrir também a possibilidade de responsabilização penal de pessoas jurídicas, permitindo a alteração do direito pátrio.

¹⁴²BUSATO, P. C. "Responsabilidade penal de pessoas jurídicas (...)" Ob. Cit., p. 111.

¹⁴³OMENA, J. L. de. "Gastos da Braskem com o evento geológico ocorrido nos bairros de Maceió: análise dos reflexos nos indicadores financeiros da empresa", *Universidade Federal de Alagoas*, Faculdade de Economia, Maceió, 2022, p. 69.

¹⁴⁴BUSATO, P. C. "Responsabilidade penal de pessoas jurídicas (...)" Ob. Cit., p. 114.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os capítulos iniciais do presente estudo escancaram as limitações do direito civil e do direito administrativo como ferramentas de controle social no caso de graves violações aos direitos humanos por corporações. A partir do caso Pinheiro, é possível identificar como a prática jurídica não atinge os anseios de justiça em casos de grandes desastres, em especial sob o ponto de vista das vítimas, das normas de direitos humanos e da própria proteção de bens jurídicos relevantes.

Além dos acordos insatisfatórios e da ausência de nomeação de um responsável, as respostas oferecidas deixam de proporcionar à população afetada o pleno acesso à justiça, aqui entendida de forma mais ampla para incluir, além da adequada responsabilização jurídica, a simples - porém simbólica - nomeação das empresas responsáveis.

Neste aspecto, ao entendermos o ordenamento jurídico como um sistema de controle social capaz de sancionar violações a direitos, parece-nos lógico que todos os sujeitos capazes de descumprimento de tais normas vejam-se submetidos a idênticas consequências¹⁴⁵, não havendo razões para que as empresas sigam beneficiadas pela lacuna de responsabilização. Há fundamentos político-criminais para justificar o controle penal das violações a direitos humanos, viabilizando o debate acerca do cabimento e utilidade do direito penal para responsabilização de entes coletivos.

Ainda que o estreito debate não tenha permitido endereçar as questões dogmáticas de maior complexidade que atravessam o tema, entendemos que a atual compreensão do Supremo Tribunal Federal, somada aos dispositivos constitucionais vigentes são suficientemente claras quanto à viabilidade da RPPJ no ordenamento jurídico brasileiro.

Fato é que as empresas deflagram atividades que se inscrevem entre as mais gravemente destrutivas dos interesses dos indivíduos em sociedade, incluindo os grandes desastres. Ao optarmos, deliberadamente, por excluir sumariamente as pessoas jurídicas do debate criminal sob o argumento de que as teorias clássicas do delito não admitem que figurem como rés - as privilegiamos com a impunidade.

Espera-se que as presentes reflexões contribuam com os debates políticos-criminais que deveriam nortear os próximos intentos legislativos.

7. BIBLIOGRAFIA

- ALENCAR, C. "MPF pede bloqueio de R\$ 1 bilhão da Braskem para indenizações em Maceió", *UOL*, publicado em: 14 dez. 2023, disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2023/12/14/mp-pede-bloqueio-1-bilhao-braskem.htm?cmpid=copiaecola>, acesso em 29 jan 2024.
- ANPR. "Nota pública sobre o 'caso BRASKEM'", disponível em: <https://www.anpr.org.br/comunicacao/noticias/nota-publica-caso-braskem>, acesso em: 27 jan. 2024.
- BAKAN, J. "The Corporation: The Pathological Pursuit of Profit and Power", *Free Press*, Nova York, 2005.
- BATISTA, V.J.S. "A responsabilidade penal das pessoas jurídicas no projeto do novo Código Penal brasileiro", *HOMA - Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, 3, (1), 2019.

¹⁴⁵BUSATO, P. C. "Concepção significativa da ação e sua capacidade de rendimento para o sistema de imputação", *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 73, 2019, pp. 155-156.

- BERNAZ, N. *The Developing Notion of Corporate Criminal Liability under International Law: a presentation at Copenhagen Business School*, 2016, disponível em: <https://rightsasusual.com/2016/05/24/the-developing-notion-of-corporate-criminal-liability-under-international-law-a-presentation-at-copenhagen-business-school/>, acesso em: 29 jan. 2024.
- BERNAZ, N. *Business and Human Rights History, Law and Policy: Bridging the Accountability Gap*, Routledge, Cambridge, 2016.
- BERTHOLDI, J. "Propostas de redação aos planos nacionais de ação latino-americanos desde uma análise feminista", *Pontifícia Universidade Católica do Paraná*, Curitiba, 2021.
- BERTHOLDI, J. & PAMPLONA, D.A. "A Feminist Analysis of the Legal Mechanisms of Protection and Repair in the Context of the Brazilian Extractive Industry: The Doce River Case", *Business and Human Rights Journal*, 7(1), 2022.
- BERTHOLDI, J. & RAMOS, S.E.B. "Justiça arquiva inquérito sobre deslizamento no PR que fez dois mortos: Legislação precisa responsabilizar pessoas jurídicas", disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opinia0/2023/10/justica-arquiva-inquerito-sobre-deslizamento-no-pr-que-fez-dois-mortos.shtml>, acesso em: 27 jan. 2024.
- BILCHITZ, D. *Fundamental Rights and Legal Obligations of Business*, Cambridge Press, Cambridge, 2022.
- BORÓN, A. "Os 'novos Leviatãs' e a pólis democrática: neoliberalismo, decomposição estatal e decadência da democracia na América Latina", in: *Pós – neoliberalismo II: que Estado para que democracia*, Vozes, Petrópolis, RJ, 1999.
- BOTTINI, P.P. *Crimes de Omissão Imprópria*, Marcial Pons, São Paulo, 2018.
- BRASIL. Lei nº 9.605.1998, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm, acesso em: 16 fev. 2024.
- BRASIL. "Perguntas e respostas - Autuação da ANM no caso Braskem", disponível em: <https://www.gov.br/anm/pt-br/13-12-faq-atuacao-anm-no-caso-braskem.pdf>, acesso em: 28 jan. 2024.
- BRASIL. Projeto de Lei nº 236, de 2012 - Dispõe sobre a reforma do Código Penal Brasileiro, disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>, acesso em: 06 jan. 2024.
- BRASKEM. *Migração para Auxílio Aluguel*, disponível em: <https://www.braskem.com/migracao-para-auxilio-aluguel>, acesso em: 30 jan. 2024.
- BRASKEM. *Paralisação das atividades em Alagoas*, disponível em: <https://www.braskem.com.br/news-detail/paralisacao-das-atividades-em-alagoas>, acesso em 22 jan. 2024.
- BRASKEM. *Social Responsibility and Human Rights*, disponível em: <https://www.braskem.com.br/social-accountability-and-human-rights>, acesso em: 28 jan. 2024.
- BUSATO, P. C. "A responsabilidade criminal de pessoas jurídicas na história do Direito positivo brasileiro", *Revista de Informação Legislativa Brasília*, a. 55, n. 218, Abr./Jun. 2018.
- BUSATO, P. C. "Concepção significativa da ação e sua capacidade de rendimento para

- o sistema de imputação", *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 73, 2019.
- BUSATO, P. C. "O Leviatã de Brumadinho", *Boletim Ibccrim*, ano 27, n. 316, mar. 2019.
- BUSATO, P. C. "Responsabilidade penal de pessoas jurídicas e a ordem das revoluções", *Revista de Estudos Criminais*, 17(70).
- BUSATO, P. C. "Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo código penal brasileiro", *Revista Liberdades*, disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/13/artigo4, acesso em 16 fev. 2024.
- BUSATO, P. C. *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- CANTON FILHO, F. R. A valoração do bem jurídico penal e a Constituição Federal de 1988: a evolução histórica das criminalizações no direito penal brasileiro, disponível em: <https://www.semanticscholar.org/reader/bb8c4077bb9f2d73363d72701780db700e0e7e4d>, acesso em: 16 fev 2024.
- CAVALCANTE, J. *Salgema: do erro à tragédia*, Cesmac, Maceió, 2020.
- CDDPH. Comissão Especial 'Atingidos por Barragens' Resoluções nos. 26/06, 31/06, 01/07, 02/07, 05/07, disponível em <https://mab.org.br/wp-content/uploads/2020/06/RELATO%CC%80RIO-DE-DH> Atingidos_relatoriofinalaprovadoemplenario_22_11_10.pdf, acesso em 16 fev. 2024.
- CESTO, M. "Corresponsabilidade penal na atividade empresarial: coautoria e participação de pessoas físicas nos crimes cometidos por pessoas jurídicas", *Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, 2022.
- CHIAMULERA, A. & GUARAGNI, F. A. "Autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais: aspectos práticos da atuação do Ministério Público", *Anais do 21º Congresso Nacional do Ministério Público*, disponível em: https://www.conamp.org.br/images/congressos_nacionais/Livro_de_Teses_do_XXI_Congresso_Nacional_do_MP.pdf, acesso em: 09 fev. 2018.
- CIDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú - Reparaciones y Costas - Sentencia de 27 de nov. 1998*, Serie C, nº 42, disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf, acesso em: 02 jan. 2024.
- COSTA, G. "Rompimento da barragem em Brumadinho: um relato de experiência sobre os debates no processo de desastres", *Saúde em debate*, 44 (spe2), in: POLIGNANO, M.V. & LEMOS, R. S. "Rompimento da barragem da Vale em Brumadinho: impactos socioambientais na Bacia do Rio Paraopeba", *Cienc. Cult*, 72 (2).
- DARCY, S. "The Potential Role of Criminal Law in a Business and Human Rights Treaty, *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*", *Cambridge University Press*, Cambridge, 2017, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2878862, acesso em 17 jan. 2024.
- DEUSTCH WELLE. "Brumadinho: ação contra alemã TÜV Süd pede R\$ 3,2 bilhões", disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/brumadinho-a%C3%A7%C3%A3o-contra-t%C3%BCv-s%C3%BCd-na-alemanha-pede->

- r-32-bilh%C3%B5es/a-68088285 , acesso em 25 jan. 2024, p. 1.
- DIEGUES, A. C. "Human populations and coastal wetlands: conservation and management in Brazil", *Ocean & Coastal Management*, 42, (4), 1999.
- DOS REIS, W. J. "A responsabilização penal da pessoa jurídica no projeto do novo Código Penal", *Revista Direitos Humanos e Democracia*, 7(14), disponível em: <https://doi.org/10.21527/2317-5389.2019.14.287-292>, acesso em 16 fev. 2024.
- ECtHR. *M.C. v. Bulgária - Caso 39272*, disponível em: coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/resources/M.C.v.BULGARIA_en.asp, acesso em 16 fev. 2024.
- ESTELLITA, H. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*, Marcial Pons, São Paulo, 2017.
- FDC. *Fundação Dom Cabral - Ranking de Internacionalização das Empresas Multinacionais Brasileiras*, disponível em: https://www.fdc.org.br/conhecimento-site/nucleos-de-pesquisa-site/centro-de-referencia-site/Materiais/Trajektorias_FDC_de_Internacionalizacao_das_Empresas_Brasileiras_2020-2021.pdf, acesso em 16 fev. 2024.
- FOLHA DE SÃO PAULO. "Odebrecht vira Novonor, e sobrenome se torna marca do passado no grupo", disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/12/grupo-odebrecht-muda-o-nome-para-novonor.shtml>, acesso em: 15 jan. 2024.
- FRANCO, B. M. "O golfo da Braskem: Desastre ambiental realiza profecia de Graciliano Ramos", *Jornal o Globo*, 2023, disponível em: <https://oglobo.globo.com/blogs/bernardo-mello-franco/post/2023/12/braskem-pode-lucrar-tres-vezes-com-desastre-ambiental-em-alagoas.ghtml>, acesso em: 28 jan. 2024.
- GAFI. *Padrões Internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação*, disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/translations/Recommendations/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf>, acesso em: 16 fev. 2024.
- GUARAGNI, F. A. "Responsabilidade Penal do ente coletivo: Pilastras Político-Criminais derivadas das noções de Sociedade de Risco e Alteridade", *Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica*, vol. 2., Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo, São Paulo, 2014.
- GUARAGNI, F. A. & BUSATO, P. C. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, Juruá, Curitiba, 2012.
- IBAMA. *Laudo Técnico Preliminar: Impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais*, disponível em: ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo_tecnico_preliminar_Ibama.pdf, acesso em: 17 fev. 2024.
- ISHANI, I. *Human Rights Violation and the Piercing of Corporate Veil*, 2022, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4175146>, acesso em: 16 fev. 2024.

- JABORANDY, C. "Uma análise crítica do desastre de Mariana", *Veredas do Direito*, 20.
- LOPES, C. E. S. "'Vidas e lares destruídos': território e memória, uma fotoetnografia após a tragédia causada pela Braskem", *Universidade Federal de Alagoas*, 352f., Monografia (Bacharelado em ciências sociais), Maceió, 2022.
- MCGRATH, S. "Fulfilling the Forgotten Pillar: Ensuring Access to Remedy for Business and Human Rights Abuses", *Institute for Human Rights and Business*, 15 Dec 2015, disponível em: <https://www.ihrb.org/other/remedy/fulfilling-the-forgotten-pillar-ensuring-access-to-remedy-for-business-and>, acesso em: 16 fev. 2024.
- MONGELARD, E. "Corporate civil liability for violations of international humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, 88, (863).
- MPF. Grandes casos: caso Pinheiro, disponível em <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-pinheiro/atuacao-do-mpf>, acesso em 23 jan. 2024.
- MPF. *Termo de acordo para apoio na desocupação das áreas de risco*, disponível em: <https://www.mpf.mp.br/al/sala-de-imprensa/docs/termo-de-acordo-celebrado-com-braskem/>, acesso em 16 fev. 2022.
- MPF. *Termo de acordo para extinguir a Ação Civil Pública Socioambiental - Autos 0806577-74.2019.4.05.8000*, disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-pinheiro/arquivos/acordo-socioambiental>, acesso em 16 fev. 2024.
- MPF. *Termo de Acordo Que Celebram As Partes Para Definição de Medidas A Serem Adotadas Quanto Aos Pedidos Liminares da Acp Socioambiental nº 1 - Autos 0806577-74.2019.4.05.8000*, disponível em: https://www.mpf.mp.br/al/arquivos/2021/acordo_liminares.pdf, acesso em: 16 fev. 2024.
- NABUCO, J. & ALEIXO, L. "'Rights Holders' Participation and Access to Remedies: Lessons learned from the Doce River Dam Disaster", *Business and Human Rights Journal*, 14(1), 2019.
- NASCIMENTO, P. S. & SILVA SOBRINHO, H. F. "A 'língua da mineração'", *Rua*, 28 (1), 2022.
- OHCHR. *Accountability and remedy project*, disponível em: <https://www.ohchr.org/en/business/ohchr-accountability-and-remedy-project>, acesso em: 19 jan. 2024.
- OLSEN, A. C. L. & PAMPLONA, D. A. "Violações a Direitos Humanos por empresas transnacionais na América Latina: perspectivas de responsabilização", *Revista Direitos Humanos e Democracia*, 7, (13), 2019.
- OMENA, J. L. D. "Gastos da Braskem com o evento geológico ocorrido nos bairros de Maceió: análise dos reflexos nos indicadores financeiros da empresa", *Universidade Federal de Alagoas*, Faculdade de Economia, Maceió, 2022.
- ONU. "Improving accountability and access to remedy for victims of business-related human rights abuse", *Conselho de Direitos Humanos*, A/HRC/32/19, Anexo, Princípio 1.2, 10 Mai 2016, disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/093/78/PDF/G1609378.pdf?OpenElement>, acesso em: 16 fev. 2024.
- ONU. Conselho de Direitos Humanos da ONU, *A/HRC/17/31*, disponível em https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_en.pdf, acesso em: 02 jan. 2024.
- ONU. *Guiding Principles on Business and Human rights: implementing the United*

- Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf, acesso em: 16 jan. 2024.
- ONU. *Relatório do Grupo de Trabalho da ONU sobre o tema de direitos humanos em empresas transnacionais e outros negócios*, A/72/162, disponível em: <https://www.conectas.org/publicacao/direitos-humanos-e-empresas-no-brasil-relatorio-grupo-de-trabalho-da-onu/>, acesso em: 16 fev. 2024.
- ORTEGA, D.; PARRA, A. & SCHÖNSTEINER, J. "Derechos humanos y empresas, Acceso a remédios", *Cuadernos jurídicos de la academia judicial*, 2022.
- PAMPLONA, N. "Braskem é multada em R\$ 72 milhões por órgão ambiental de Alagoas", *Folha de São Paulo*, São Paulo, publicado em: 5 dez. 2023, disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2023/12/braskem-e-multada-em-r-72-milhoes-por-orgao-ambiental-de-alagoas.shtml>, acesso em: 28 jan. 2024.
- PERROW, C. *Complex Organizations: A Critical Essay*, Random House, New York, 1970.
- PONTAROLLI, A. L. "Política Criminal e responsabilidade penal da pessoa jurídica", *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 10, n. 18, Jan./Jun. 2018.
- PRONZATO, C. "A BRASKEM passou por aqui", disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=zBOJbOGcBwo>, acesso em: 16 fev. 2024.
- RIVERA, H. & PAMPLONA, D. A. "La primera década de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: entre impresionismo y claroscuros", *A una decada de los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Bogotá, 2022.
- SCABIN, F. & et al. *Palinha #6: a série de infográficos do FGV CeDHE: qual o compromisso das maiores empresas operando no Brasil com os Direitos Humanos?*, disponível em: <https://hdl.handle.net/10438/30910>, acesso em: 28 jan. 2024.
- SCHABAS, W. "Enforcing international humanitarian law: Catching the Accomplices", *International Review of the Red Cross*, 83, (42).
- SERVIÇO GEOLÓGICO DO BRASIL. "Estudos sobre a instabilidade do terreno nos bairros Pinheiro, Mutange e Bebedouro, Maceió-AL: relatório síntese dos resultados", *CPRM*, nº 1, Brasília, 2019.
- SHECAIRA, S. S. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998.
- SKINNER, G. & et al. *The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business*, 2013, disponível em: https://corporatejustice.org/wp-content/uploads/2021/04/the_third_pillar_-_access_to_judicial_remedies_for_human_rights_violation.-1-2.pdf, acesso em: 16 fev. 2024.
- SMITH, D.E. "Texts and the Ontology of Organizations and Institutions", *Studies in Cults., Orgs. And Socs.*, 7, 2001.
- SOARES, D. "Após relatório da CPRM, Braskem decide paralisar atividades em Alagoas. Medida foi tomada após laudo apontar que a extração de sal-gema é a causadora das rachaduras nos bairros do Pinheiro, Mutange e Bebedouro", *G1*, disponível em:

<https://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/2019/05/09/apos-relatorio-da-cprm-braskem-decide-paralisar-atividades-em-alagoas.ghtml>, acesso em: 09 mai. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário nº 548.181*, disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313604581&ext=.pdf>, acesso em: 16 fev. 2024.

TRINDADE, A. A. C. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Sergio Fabris, Porto Alegre, 2003.

UE. *European Union Agency for Fundamental Rights – Opinion*, disponível em: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2017-opinion-01-2017-business-human-rights_en.pdf, acesso em: 29 jan. 2024.

UNDRR. *Sendai Framework for Disaster Risk Reduction 2015-2030*, United Nations, 2015.

WELLER, J. *Los retos de la institucionalidad laboral en el marco de la transformación de la modalidad de desarrollo en América Latina*, División de Desarrollo Económico de ONU, Nova Iorque, 1998.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

Cadernos de Direito Actual Nº 23. Núm. Extraordinario (2024), pp. 191-229
ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Concurso de pessoas na atividade empresarial: análise crítica baseada na ação significativa

Criminal liability for the moral and the natural person: critical analysis based on the meaningful action

Mariana Cesto¹

Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Sumário: 1. Introdução. 2. Sistemas de atribuição de responsabilidade. 3. A identificação do autor conforme a teoria significativa da ação. 3.1. Autoria mediata da pessoa jurídica. 3.2. A coautoria entre pessoa jurídica e pessoas físicas em crimes da empresa. 3.3. A participação entre pessoas jurídicas e físicas. 4. Solução de casos hipotéticos segundo modelo desenvolvido por Martínez-Buján Pérez. 4.1. Exemplo 1: apropriação indébita. 4.2. Exemplo 2: construção de fábrica sem autorização da autoridade competente. 4.3. Exemplo 3: adulteração e venda de produto alimentício nocivo à saúde. 5. Análise dos resultados e crítica. 6. Bibliografia.

Resumo: O objetivo deste trabalho é compreender como se distribui responsabilidade penal entre pessoa jurídica e pessoas físicas em crimes que acontecem na atividade empresarial com base na ação significativa. Para tanto, o trabalho descreve os sistemas de atribuição de responsabilidade e situa o cenário brasileiro nessa controvérsia; a seguir, apresenta a identificação da autoria, observado o marco teórico da ação significativa; ao fim, analisa criticamente como se distribuiria a responsabilidade penal com base na teoria diferenciadora desenvolvida por Martínez-Buján Pérez. Valendo-se de casos hipotéticos para aplicação da teoria, reconhece-se que, por vezes, ela afasta-se dos postulados básicos da ação significativa e, também, do princípio da legalidade. Constata-se que, na verdade, as teorias diferenciadoras usam mecanismos diversos para alcançar um objetivo comum: atribuir para intervenções mais relevantes uma pena mais gravosa e para intervenções menos relevantes, uma pena mais branda. Com isso, conclui-se que, tendo a ação significativa como base, é viável adotar uma perspectiva unitária na identificação dos autores que realizaram o sentido do tipo de ação, desde que observada a relevância de suas contribuições como um critério de pena, o que oferece soluções satisfatórias tanto em cenários de concurso de pessoas em atividades empresariais, como em qualquer outro cenário.

¹Doutoranda e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas Sistema Criminal e Controle Social. Servidora pública federal.

Palavras-chave: autoria e participação; concurso de pessoas; ação significativa; responsabilidade penal da pessoa jurídica; sistema unitário e diferenciador.

Abstract: This work aims to understand how to distribute criminal liability between the moral person and the natural person in crimes that occur in business activities, using the meaningful action conception to achieve this goal. The work starts describing the different systems to attribute liability and indicates where the Brazilian scenario is situated in this controversy; then, it presents how the perpetrator is indicated, using the meaningful action as a theoretical basis; and, at last, the theory developed by Martínez-Buján Pérez, based on the meaningful action conception, was critically analyzed. Using hypothetical cases to apply the theory, it was recognized that, sometimes, it is driven away from the most basic premises of the meaningful action conception and from the principle of legality. Actually, it was perceived that these theories that differ the perpetrator from the accomplice use different methods to one essential goal: to apply a severer penalty to more important contributions and a lighter penalty to less important contributions. Therefore, the conclusion is that, using the meaningful action conception, it is possible to use a perspective that does not differ the perpetrator from the accomplice, if it respects the importance of the contribution as a penalty criterion, which can offer satisfactory solutions both in crimes committed in business activities and in other scenarios.

Keywords: perpetrator and accomplice; multiple perpetrators; meaningful action; corporation criminal liability; unitary and differentiation systems.

1. INTRODUÇÃO

Como distribuir responsabilidade penal quando as pessoas que contribuem para o crime não são apenas pessoas naturais, mas também pessoas jurídicas?

Esta é a pergunta que este trabalho pretende responder, ao analisar como se é possível tratar o concurso de pessoas na atividade empresarial², utilizando como marco teórico a ação significativa³.

Para isso, faz-se necessário um recorte.

A pessoa jurídica será considerada, na análise a seguir, como protagonista das violações a bens jurídicos. Isso não se dá apenas porque potencialmente uma corporação tem uma maior capacidade de violar com mais intensidade e abrangência bens jurídicos, mas também, pela proposta de analisar o concurso de pessoas de um ponto de vista diferente daquele que comumente se faz levando em conta apenas pessoas físicas. Logo, serão analisadas situações em que a pessoa jurídica atua de forma relevante e seria, ao menos, autora ou partícipe, a fim de constatar se, em tais casos, as pessoas físicas poderiam ser seus instrumentos, ser consigo coautoras ou, ainda, ser suas partícipes.

A pretensão, assim, foca-se em verificar crimes da empresa⁴ e não a possibilidade genérica de coautoria e participação de crimes cometidos na empresa – já que existe uma infinita combinação de condutas que pode ou não envolver a pessoa jurídica e, neste último caso, a solução fugiria do tema proposto.

² Este artigo sintetiza parte dos resultados da pesquisa realizada pela autora em seu mestrado. O desenvolvimento completo do tema encontra-se em sua dissertação: CESTO, M. *Corresponsabilidade penal na atividade empresarial: coautoria e participação de pessoas físicas nos crimes cometidos por pessoas jurídicas*, Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2022.

³VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

⁴No sentido de que sua atuação é relevante para o crime e em oposição àqueles crimes que acontecem na atividade empresarial sem qualquer participação sua ou até mesmo contra si.

Parte-se, aqui, da premissa de que é possível responsabilizar a própria pessoa jurídica pelos crimes que comete, sem a necessidade de recorrer ao ato de uma pessoa física para, então, atribuir-lhe responsabilidade⁵. Assim, assumindo uma posição de que a pessoa jurídica pode e deve ser responsabilizada individualmente por seus atos, ainda assim, é inegável que muitas vezes haverá, junto, condutas de pessoas naturais que se somam a ela para alcançar o resultado criminoso.

Essa soma de atuações, como ocorre entre pessoas naturais, pode ter várias nuances. Podem ser expressões de vontade conjuntas, podem ser uma aderência à conduta de outrem, podem ser casos em que uma pessoa usa a outra como instrumento, podem ser auxílios ou persuasões.

Se, nesses cenários de atuações que se somam para gerar um sentido, as responsabilidades fossem analisadas individualmente, sem levar em conta regras de concurso, haveria várias distorções. Nem sempre os fragmentos de conduta individualmente analisados corresponderiam ao sentido que se extrai do todo. Eles poderiam ser “sem sentidos” ou, simplesmente, sentidos diferentes. Além disso, poder-se-ia perder a noção do grau de importância e gravidade de determinadas condutas se não se tivesse a noção de relação entre elas.

Por isso, é importante analisar como se daria a corresponsabilidade entre as pessoas jurídicas e físicas⁶, pois os sistemas legais costumam penalizar de forma diversa as diferentes formas de contribuição no crime⁷ e “no debe olvidarse que la responsabilidad criminal es siempre personal, lo que exige que se precise y pruebe lo que cada uno ha realizado en concreto”⁸.

Para isso, serão necessários alguns passos. Primeiro, será feita uma descrição dos sistemas de atribuição de responsabilidade (unitário e diferenciador) e a análise de qual é o sistema brasileiro. Em segundo lugar, será apresentada a forma de identificação do autor na perspectiva significativa da ação e como, no desenvolvimento de Martínez-Buján Pérez, são delineados os parâmetros de concurso de pessoas. A seguir, serão solucionados casos hipotéticos partindo dessas premissas para, ao fim, analisar-se criticamente quais são as consequências da aplicação de uma perspectiva unitária e de uma perspectiva diferenciadora baseadas na concepção significativa da ação.

2. SISTEMAS DE ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Na atribuição de responsabilidade no concurso de pessoas, inicia-se com uma questão radical: qual é o sistema utilizado?

Essa definição é essencial porque, a depender dela, a metodologia de atribuição de responsabilidade muda.

Se se adota um modelo unitário, todos os que “participam” (num sentido genérico) do delito partem de um mesmo marco de responsabilidade e são

⁵PRAZERES, A. & BUSATO, P.C. “Heterorresponsabilidade e autorresponsabilidade penal de pessoas jurídicas. Especial referência ao fato de conexão”, em VV. AA. (BUSATO, P. C. org.), *Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: anais do III seminário Brasil-Alemanha*, vol. II, Empório do Direito, São Paulo, 2020, pp. 9-34.

⁶Em sentido diverso, Netto, ao afirmar que não haveria relevância prática analisar o concurso de pessoas entre pessoas físicas e jurídicas. In: NETTO, A.V.S. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2018, p. 209.

⁷Górriz Royo, ao analisar o conceito de autor no Direito penal, fez um estudo de diversos sistemas legais e, de seu apanhado, é possível extrair que, mesmo nos sistemas unitários, em que não se diferencia formalmente autor e partícipe, não existe uma pena única, pois a pena relativa às participações de menor importância pode ser menor em relação aos demais sujeitos envolvidos. Assim, por exemplo, na Itália e na Áustria. In: GÓRRIZ ROYO, E.M. *El concepto de autor en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 110 e 133.

⁸ORTS BERENGUER, E. & GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Compendio de Derecho penal: parte general*, 8. ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 289.

considerados autores⁹. Isso significa que há uma etapa prévia, que consiste em verificar quem concorreu para o crime e uma etapa posterior, de análise da relevância da contribuição, que poderá implicar diferenças na pena a depender do sistema¹⁰.

Segundo Górriz Royo^{11 12}, a característica mais básica desse sistema é não discriminar os intervenientes principais dos acessórios, o que leva a um conceito o mais extensivo possível de autor.

Tal sistema normalmente está vinculado à ideia de causa segundo a teoria de equivalência dos antecedentes, como explica Leiria¹³, bem como Busato e Cavagnari¹⁴.

Dessa forma, para o sistema unitário, não existe diferença essencial entre aqueles que concorrem para o delito: tendo concorrido, são considerados autores. Nesse sentido, o autor é um conceito amplo, mais relacionado à causa que a qualquer outro elemento, como a subjetividade de querer como seu aquele crime ou a objetividade de praticar este ou aquele ato específico. A contribuição causal coloca todos os concorrentes numa posição de igualdade.

Constata-se, assim, que o sistema é considerado unitário quando não diferencia a espécie da contribuição para prever o marco penal de que os concorrentes partirão.

Já se o modelo é diferenciador, prevê uma diferença entre autor e partícipe. Isso significa que cada um tem uma definição própria e um marco diverso para sua responsabilidade. Ao ser assim, numa só etapa, identificam-se o autor e o partícipe, e não há outra etapa posterior de análise, pois cada um já foi direcionado ao seu próprio marco¹⁵.

O sistema diferenciador é aquele que prevê diversos marcos penais para as diferentes formas de contribuição^{16 17}, distinguindo, assim, o autor do partícipe¹⁸.

Górriz Royo explica que, nesse sistema, o conceito de autor é o restritivo, pois só alguns dos intervenientes podem receber essa denominação. Além disso,

⁹GÓRRIZ ROYO, E.M. *El concepto de autor en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 104.

¹⁰Dessa maneira funciona o sistema italiano, segundo GÓRRIZ ROYO, E.M. *El concepto de autor en derecho (...) Ob. Cit.*, p. 110.

¹¹GÓRRIZ ROYO, E.M. *El concepto de autor en (...) Ob. Cit.*, p. 104.

¹²A autora ainda esclarece que, usualmente, a doutrina considera que a teoria unitária está relacionada ao “conceito extensivo de autor”, ainda que seja possível compreender a questão de outras maneiras. In: GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor en derecho (...) Ob. Cit.*, p. 231

¹³LEIRIA, A.J.F. *Autoria e participação criminal*, 2. ed, Nuria Fabris, Porto Alegre, 2010, p. 85.

¹⁴BUSATO, P.C. & CAVAGNARI, R. “A teoria do domínio do fato e o Código penal brasileiro”, *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 9, n. 17, jul./dez. 2017, p. 182.

¹⁵GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 136-137.

¹⁶Busato explica que o sistema diferenciador pode ser tanto dualista como pluralista. Neste último, considera-se que “o concurso eventual de pessoas é meramente uma construção jurídica, porque na realidade a multiplicidade de agentes corresponde a uma multiplicidade de crimes. Cada agente deve responder pela sua própria conduta, de modo diferenciado, pelo que trata-se de vários crimes praticados em concurso”. A teoria pluralista é criticada porque “o tipo realizado é um só e as participações dos agentes convergem para uma ação única, com um único resultado”. In: BUSATO, P.C. *Direito penal: parte geral*, Grupo GEN, São Paulo, 2020, p. 531.

¹⁷Referente a citação acima, interessa apenas a perspectiva dualista do sistema diferenciador, que é justamente aquele que distingue o autor do partícipe.

¹⁸GRECO, L. & LEITE, A. “A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. Autoria e participação no projeto de Código Penal (PLS 236/2012)”, in: VV. AA. GRECO, L.; LEITE, A.; TEIXEIRA, A. & ASSIS, A., *Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, Marcial Pons, São Paulo, 2014, p. 172.

nele, aparece a figura do partícipe como uma conduta dependente e acessória da conduta do autor principal¹⁹.

Para se definir qual desses modelos usar, parte-se do sistema legal²⁰, que é onde está a fonte incontornável da atribuição de responsabilidade num Estado democrático de direito.

Ocorre que o Código penal brasileiro não apresenta propriamente um sistema, a redação de seus dispositivos não define claramente suas opções e não se delimitam conceitualmente as figuras que participam do crime²¹.

Dos dois modelos possíveis, o código penal brasileiro parece, num primeiro momento, tender à perspectiva unitária, uma vez que, na disposição seminal sobre o assunto está disposto que: "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade" (artigo 29, caput).

A intenção do legislador era, de fato, adotar essa teoria, porque tendia a um cariz autoritário, que se extrai de muitos dos dispositivos da reforma da parte geral publicada no ocaso da ditadura militar²². Na exposição de motivos do código, constou expressamente que se "adotou neste particular a teoria unitária ou monística do Código italiano, como corolário da teoria da equivalência das causas"²³. Como visto acima, a teoria unitária tem como características comuns tanto a origem na teoria da equivalência das causas, quanto o consequente conceito extensivo de autor.

Segundo Górriz Royo²⁴, o código italiano, com suas disposições nascidas em 1930 – que serviu de expressa inspiração ao brasileiro –, é um dos clássicos exemplos de sistema unitário. O teor autoritário das disposições italianas também é lembrado pela doutrina daquele país, que destaca que o seu intento era justamente alcançar, com o mínimo de requisitos possível, todos os envolvidos no crime, tentando lançar uma ideia de medo àqueles que participam da delinquência em grupo^{25 26}.

Ocorre que, apesar da expressa inspiração em um modelo unitário e do pretense alinhamento a uma tendência autoritária, o código brasileiro faz, já na exposição de motivos, uma ressalva que é contrária à essência da sua escolha, quando consigna que também há previsão de "regras precisas que distinguem a autoria de participação"²⁷, o que evidencia, segundo Busato e Cavagnari, que não há um sistema, uma vez que as propostas de um sistema unitário e de um sistema diferenciador são mutuamente excludentes²⁸.

¹⁹GÓRRIZ ROYO, E.M. *El concepto de autor (...)* Ob. Cit., p. 137.

²⁰GRECO, L. & LEITE, A. "A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. Autoria e participação (...)" Ob. Cit., p. 172.

²¹BUSATO, P.C.; CAVAGNARI, R. "A teoria do domínio do fato e o Código penal brasileiro", (...) Ob. Cit., pp. 69 e 79-80.

²²CESTO, M. "Resíduos autoritários em Direito penal: como encontrá-los?". Em VV. AA. (BUSATO, P. C.; SÁ, P. P. coord.), *Autoritarismo e controle social punitivo*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2021, pp. 49-51.

²³BRASIL. *Exposição de Motivos nº 211, de 9 de maio de 1983*, disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>, acesso em: 21 jan. 2024.

²⁴GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 121-122.

²⁵VASSALLI, G. "The Reform of the Italian Penal Code", *Wayne Law Review*, vol. 20, n. 4, jul. 1974, p. 1043.

²⁶Também Martinelli faz a conexão entre o autoritarismo presente nos momentos de publicação dos códigos brasileiro e italiano. In: MARTINELLI, J. P. "O Código penal e o Código de processo penal de 1941", *Revista Criminalis*, 1. ed., 2021, pp. 23-36.

²⁷BRASIL. *Exposição de Motivos nº 211, de 9 de maio de 1983*, disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>, acesso em: 21 jan. 2024.

²⁸BUSATO, P.C. & CAVAGNARI, R. "A teoria do domínio do fato e o Código penal brasileiro", (...) Ob. Cit., p. 182.

Além disso, ao contrário do que constou na exposição de motivos, não há regras claras previamente positivadas acerca da dita distinção entre autor e partícipe no código. Tanto o parágrafo primeiro quanto o parágrafo segundo referem-se à “participação”. Apesar de a exposição de motivos referir que haveria uma distinção clara, deles não se extraem critérios para isso. Ou seja, do código não se extraem parâmetros prévios, gerais e abstratos para uma diferenciação segura.

Diante desse cenário, Busato e Cavagnari entendem que, ao fim, apesar daquela opção inicial pelo sistema unitário, a legislação brasileira tem um perfil diferenciador, que demanda a distinção entre autores e partícipes²⁹.

Greco e Teixeira também concluem pela necessidade de adoção de uma teoria diferenciadora, mas abordam a questão por um enfoque diferente. Analisam detalhadamente os dispositivos do Código penal relacionados ao tema, a fim de verificar se é possível adotar uma teoria diferenciadora com conceito restritivo de autor³⁰, apesar das ambíguas disposições legais³¹. Inicialmente, constatam que o caput do artigo 29 do Código penal³² tem natureza dúplice, “abarcando, numa formulação vaga (‘concorrer de qualquer modo’), tanto os autores, quanto os partícipes”³³. Então, consideram que o parágrafo primeiro do artigo 29³⁴ não se refere à participação em sentido estrito, mas à possibilidade de valorar a pena (uma vez que o desvalor pode ser maior para alguns partícipes que para determinados autores, a depender da situação); e que, como este, há outros dispositivos que fazem referência a critérios de participação na dosimetria da pena, o que não reflete uma preocupação efetiva com a distinção de quem realizou o tipo, mas tampouco impedem que esta distinção seja feita³⁵. Denunciam, então, as incongruências do parágrafo segundo do artigo 29³⁶, que, ao fim, tampouco serve como argumento contrário ou favorável à adoção de um conceito restritivo de autor³⁷. Consideram que o artigo 30 do Código penal³⁸ seria o único dispositivo que efetivamente demandaria a utilização de um conceito extensivo de autor, confirmando a adoção de uma teoria

²⁹BUSATO, P. C. & CAVAGNARI, R. “A teoria do domínio do fato e o Código penal brasileiro”, (...) *Ob. Cit.*, p. 185.

³⁰E, em última análise, aplicar a teoria do domínio do fato, de que são adeptos, para isso.

³¹GRECO, L.; TEIXEIRA, A. “Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no Direito penal brasileiro”, In: GRECO, L.; LEITE, A.; TEIXEIRA, A. & ASSIS, A. *Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, Marcial Pons, São Paulo, 2014, pp. 47-80.

³²Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. In: BRASIL. *Código penal*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em: 21 jan. 2024.

³³GRECO, L.; TEIXEIRA, A. “Autoria como realização do tipo: uma introdução (...) *Ob. Cit.*, p. 68-70.

³⁴(...) § 1º Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. In: BRASIL. *Código penal*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em: 21 jan. 2024.

³⁵GRECO, L.; TEIXEIRA, A. “Autoria como realização do tipo: uma introdução (...) *Ob. Cit.*, p. 70-72.

³⁶(...) § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. In: BRASIL. *Código penal*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em: 21 jan. 2024.

³⁷GRECO, L.; TEIXEIRA, A. “Autoria como realização do tipo: uma introdução (...) *Ob. Cit.*, p. 72-73.

³⁸Art. 30. Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. In: BRASIL. *Código penal*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em: 21 jan. 2024.

unitária, mas concluem que, por violar frontalmente o princípio da culpabilidade, não pode servir de argumento definitório da questão³⁹. Outrossim, ao analisar o artigo 31 do Código penal⁴⁰, afirmam se tratar de uma manifestação da ideia de acessoriedade e do reconhecimento de que, então, o sistema diferenciador com um conceito restritivo de autor é o mais adequado⁴¹. Ao fim, concluem que os dispositivos legais “não são refratários a uma reinterpretação baseada em um modelo restritivo e diferenciador”⁴².

Dessa forma, conclui-se que, a despeito da pretensão inicial do legislador, o “sistema” brasileiro não é identificado pela doutrina como um modelo unitário que ata o intérprete a uma providência inafastável de considerar todos os concorrentes que participaram do crime como autores e, ao final, afastou-se de certa forma do intento autoritário que parecia guiar sua escolha. Com efeito, em certos momentos, permite e, em outros, reclama a diferenciação entre autor e partícipe.

A conclusão inexorável é que, no panorama brasileiro, exige-se uma diferenciação entre autor e partícipe e, na lei, não há contornos que permitam inferir os parâmetros básicos dessa distinção.

Consequentemente, é preciso construir, no plano teórico, uma distinção que possa servir de diretriz ao intérprete e, segundo a doutrina, trata-se da distinção proposta pelas teorias diferenciadoras. Aqui, a exploração teórica do trabalho converge com a necessidade real do “sistema” legal: é necessária uma teoria que ofereça os critérios que faltam no sistema legal para identificação do autor e sua diferenciação do partícipe.

3. A IDENTIFICAÇÃO DO AUTOR CONFORME A TEORIA SIGNIFICATIVA DA AÇÃO

Como foi mencionado antes, a definição de quem é autor para um modelo de perfil diferenciador deveria decorrer da lei. Em sistemas assim, a tarefa doutrinária seria partir dessas definições para auxiliar o intérprete em seu trabalho, mas a imputação de quem é autor ou partícipe já teria acontecido independente de teorias sobre o assunto.

Viu-se, porém, que o ordenamento brasileiro é incerto quanto aos pontos que é explícito e silente em vários outros, tornando necessária, porém impossível, a tarefa de distinguir o autor e o partícipe com base na lei. Assim, para compreender quem pode ser considerado autor, é necessário o recurso às construções teóricas sobre o assunto.

Ainda que existam diversas construções teóricas sobre o tema, sendo a de maior apelo atualmente a teoria do domínio do fato, como desenvolvida por Roxin⁴³, a proposta deste artigo é utilizar como marco teórico a ação significativa⁴⁴ para o problema do concurso de pessoas na atividade empresarial.

³⁹ GRECO, L.; TEIXEIRA, A. “Autoria como realização do tipo: uma introdução (...) Ob. Cit., p. 73-76.

⁴⁰ Art. 31. O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado. In: BRASIL. *Código penal*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em: 21 jan. 2024.

⁴¹ GRECO, L.; TEIXEIRA, A. “Autoria como realização do tipo: uma introdução (...) Ob. Cit., p. 76-77.

⁴² GRECO, L.; TEIXEIRA, A. “Autoria como realização do tipo: uma (...) Ob. Cit., p. 78.

⁴³ ROXIN, C. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 9. ed, Trad. Joaquín Cuello Contreras, Marcial Pons, Madrid, 2016.

⁴⁴ É necessário ressaltar que Busato, que parte da concepção significativa da ação, compreende que é possível utilizar a teoria do domínio do fato sem constatar incompatibilidades insuperáveis. In: BUSATO, P.C. *Direito penal: parte geral*, Grupo GEN, São Paulo, 2020, p. 539.

O desenvolvimento do conceito de autor na ação significativa parte da teoria objetivo-formal.

A teoria objetivo-formal, em sua versão original, relacionou a autoria à execução. Na segunda, considerada mais moderna, a autoria passou a ser identificada recorrendo-se à parte especial. Para Górriz⁴⁵, as duas versões não são incompatíveis, mas são perspectivas que se complementam e, como se verá adiante, são noções que se compatibilizam de forma natural aos pressupostos da concepção signifitiva da ação.

Outra vantagem da teoria objetivo-formal é que ela sintetiza de forma muito simples – e realmente não é preciso muito além disso – uma ideia que aproxima a identificação do autor ao uso comum da linguagem⁴⁶, de forma que seus resultados levam à observância dos princípios constitucionais⁴⁷.

Essas constatações confluem para dois pontos centrais da ação significativa, que são essenciais para a compreensão de quem será considerado autor.

A primeira delas, é que a ação não é o substrato da conduta, mas seu sentido. Isso tem algumas consequências importantes: não é mais necessário buscar um movimento físico ou corporal para que se possa compreender a ação, pois ela está no significado, que pode ser tanto o de fazer algo como o de deixar de fazer algo, conforme as regras sociais⁴⁸; e, a segunda delas, que, como os significados são distintos em cada tipo de ação, não existe um conceito único de ação que abarque todos esses múltiplos significados⁴⁹.

Essas noções são importantes porque, como explica Vives Antón⁵⁰, a autoria é um problema de ação e a pergunta que se pretende responder ao buscar o autor é “quem realizou a ação típica?”.

Com isso, Vives Antón já afasta algumas questões que podem turbar a compreensão do problema⁵¹. Uma delas é que, muitas vezes, ao tratar de autoria, faz-se a pergunta errada e, aí, obviamente não se obtém uma resposta que atenda ao problema que se tem em mãos. Isso, segundo ele, decorre do fato de que autor é uma palavra polissêmica e que se pode confundir quem faz algo com quem responde por algo.

A linha condutora da correção de rumo das perguntas que devem ser feitas parece encontrar a chave justamente na observância do princípio da legalidade⁵².

O que se busca, ao identificar numa determinada situação quem é o autor, é encontrar quem realizou a ação típica para, daí, derivar outras consequências, como se houve ajuda, se haverá responsabilidade... Mas, se tudo isso depende

⁴⁵GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor (...)* Ob. Cit., p. 424.

⁴⁶GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor (...)* Ob. Cit., p. 425.

⁴⁷GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor (...)* Ob. Cit., p. 432.

⁴⁸CARBONELL MATEU, J. C. “Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, em: VV. AA. (CARBONELL MATEU, J.C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. & ORTS BERENGUER, E. dir.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor T. S Vives Antón*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 316-317.

⁴⁹VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del sistema (...)* Ob. Cit., pp. 326-327.

⁵⁰VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del sistema (...)* Ob. Cit., p. 784.

⁵¹VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del sistema (...)* Ob. Cit., p. 794.

⁵²VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del sistema (...)* Ob. Cit., p. 782.

radicalmente de ter realizado uma ação típica^{53 54 55 56 57 58}, é “quem a realizou?” que deve ser a pergunta essencial.

É nesse sentido que Vives Antón reivindica “el papel nuclear y primario de la realización de la acción u omisión típica, tal y como el legislador la describe, como determinante da autoría”⁵⁹. E acrescenta a óbvia, porém, por vezes, ignorada, afirmação de que “el hecho lo hace quien lo hace y (...) quien lo hace es su autor”⁶⁰.

Daí deriva também a ideia acima referida de que a teoria objetivo-formal traz uma preocupação que se centra exatamente nessa busca, ainda que, em seu desenvolvimento, tenha também incorrido em alguns problemas, igualmente decorrentes de não se perceber que estavam sendo feitas perguntas erradas⁶¹.

Para Vives Antón⁶², esse desfoque sobre a pergunta correta é ainda mais evidente em outras concepções (como foi explorado acima na teoria do domínio do fato). Para que não sejam feitas essas perguntas equivocadas, não se pode esquecer que a sua busca só pode acontecer dentro do princípio da legalidade, ou seja, não se pode buscar ninguém além daquele que realiza o sentido do tipo de ação.

Ocorre que, como se viu, não há um supraconceito de ação. Logo, a conclusão não pode ser diferente para o autor⁶³.

Na concepção significativa, da mesma forma que se admite que é completamente possível compreender a ação sem que exista um supraconceito para todas as ações possíveis, também se parte da ideia de que é possível compreender quem é o autor sem que, para isso, seja preciso construir um supraconceito que abarque todos os autores⁶⁴.

A primeira impressão que causa a ideia de que não há um conceito genérico e único de autor é de uma aparente insegurança e, conseqüentemente, uma vulneração ao princípio que é preciso cumprir, de legalidade. Mas essa insegurança é só aparente, já que a promessa de determinação de sentido que se costuma almejar

⁵³Logo, não é preciso perquirir nem sobre a ilicitude, nem sobre a culpabilidade. Sobre esta última, Górriz, fazendo referência ao sistema legal espanhol, explica que não existe qualquer exigência de que se faça o juízo de reprovação da culpabilidade do agente para que se identifique se é autor. GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 72.

⁵⁴O “sistema” legal brasileiro tampouco vincula a autoria (na sua ampla e imprecisa regulação) à culpabilidade. A expressão “na medida da sua culpabilidade” ao fim do artigo 29 se refere ao merecimento de pena e não à categoria do delito. Assim afirmam: GRECO, L.; TEIXEIRA, A. “Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no Direito penal brasileiro”. Em VV. AA. (GRECO, L.; LEITE, A.; TEIXEIRA, A.; ASSIS, A.), *Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, Marcial Pons, São Paulo, 2014, pp. 69-70.

⁵⁵BUSATO, P. C. *Direito penal: parte geral*, Grupo GEN, São Paulo, 2020, p. 400.

⁵⁶BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito penal: parte geral*, 27. ed, Saraiva, São Paulo, 2021, p. 267.

⁵⁷BRANDÃO, C. *Curso de Direito Penal: parte geral*, 2. ed, Grupo GEN, São Paulo, 2010, p. 300.

⁵⁸SANTOS, J. C. *Direito penal: parte geral*, 9. ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2020, p. 357.

⁵⁹VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, p. 789.

⁶⁰VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, p. 791.

⁶¹Vives menciona que a essa teoria deveria corresponder à acessoriedade mínima, mas que acabou optando por outros critérios de acessoriedade. Com isso, os autores que a adotavam não perceberam que a busca deixou de ser quem realizou a ação típica (sentido gramatical ou lógico da acessoriedade) e passou a ser uma preocupação que deve ser posterior, qual seja, de resolver a distinta gravidade de atribuição de responsabilidade (sentido substantivo). In: VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, p. 791.

⁶²VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, p. 786.

⁶³VIVES ANTÓN, T. S. “Prólogo”. Em: GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 13-20.

⁶⁴VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, p. 785.

é algo inalcançável (é uma ilusão conceitual)⁶⁵ e, como explica Vives Antón⁶⁶, apesar dessa falta de exatidão dos termos, ainda assim conseguimos nos entender. Antes de vulnerar o princípio de legalidade, a inexistência de um conceito genérico de autor é o reconhecimento de que esse princípio será observado. Como não existe uma exatidão em Direito como a exatidão das ciências da natureza, o que é necessário é delimitar “el ámbito de lo prohibido de un modo que resulte suficientemente preciso para que los ciudadanos puedan programar sus acciones sin márgenes intolerables de inseguridad”⁶⁷. E a segurança para o sentido, apesar dessa margem de imprecisão, vem dos seus usos repetidos e da estabilidade desses usos⁶⁸.

Quando alguém pratica uma conduta cujo sentido corresponde, dentro dessa suficiente precisão, a um tipo de ação, consegue-se compreender que é autor. Isso se percebe pelo tipo específico da ação, que tem sentido diverso de todas as outras, ainda que possa se assemelhar a algumas⁶⁹. Quando se admite que a autoria num caso concreto só pode ser compreendida considerando o tipo de ação, assegura-se que será cumprido o princípio de legalidade. O que importa é se a pessoa foi autora daquele tipo de ação e não se parâmetros de um conceito genérico dissociado da lei foram cumpridos.

O ponto de partida deve ser, assim, o tipo de ação expressado na proposição legal⁷⁰, e passa-se a dar verdadeira importância aos casos concretos, que são os únicos que podem ajudar a compreender os termos gerais da lei⁷¹. Buscando o significado do verbo típico e não um conceito comum a eles⁷² é que se poderá identificar quem é autor⁷³.

Este é o acerto da teoria objetivo-formal, segundo Vives Antón⁷⁴: ao remeter sempre à realização da ação típica, essa teoria não oferece um conceito geral de autor.

O que é preciso é, baseando-se nos princípios constitucionais já mencionados, reconhecer este autor num caso concreto. Isso, no entanto, não se dá porque esta ou aquela pessoa se “encaixa” em um conceito de autor, mas, sim, porque é possível compreender, em casos concretos, que esta ou aquela pessoa realizou o sentido expresso pelo tipo de ação. É preciso ter um ponto de partida para identificá-lo, não um conceito⁷⁵.

E, do que vem sendo construído até aqui, percebe-se que, para identificação do autor, é preciso, primeiro, recorrer ao tipo de ação – não só no sentido normativo, mas efetivamente no caso concreto.

Isso porque, ao analisar o tipo abstratamente, a primeira categoria de pessoas que o intérprete encontra não é o autor, mas é o sujeito ativo⁷⁶.

Do tipo legal abstratamente considerado, delimitam-se todos aqueles que podem ser seus autores. Dentro de todas as pessoas possíveis, o tipo faz um primeiro recorte e delimita quais têm a potencialidade de realizá-lo – essa é a categoria do sujeito ativo. Dessa categoria, nos casos concretos, será identificado o autor.

⁶⁵VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, pp. 776-777.

⁶⁶VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, p. 777.

⁶⁷VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, p. 776.

⁶⁸VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, p. 778.

⁶⁹VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, p. 787.

⁷⁰VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, p. 781.

⁷¹VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, p. 785.

⁷²GÓRRIZ ressalta que apesar da profusão de teorias, nunca se chegou a um conceito satisfatório. GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 228.

⁷³VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, p. 786.

⁷⁴VIVES ANTÓN, T. S. “Prólogo”. Em GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 19.

⁷⁵GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor (...) Ob. Cit.*, p. 425.

⁷⁶GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor (...) Ob. Cit.*, p. 76.

A diferença entre o sujeito ativo e o autor está exatamente entre a formulação abstrata do tipo, que mostra quem é o sujeito ativo, e a realização do tipo, que se dá pelo autor⁷⁷. O autor é, portanto, a manifestação concreta de que alguém, dentro do recorte do sujeito ativo, realizou o tipo de ação⁷⁸.

Imagina-se, por exemplo, a violação sexual mediante fraude, na modalidade de "ter conjunção carnal"⁷⁹. O verbo é simplesmente irrealizável por uma pessoa jurídica que, por conseguinte, está excluída como sujeito ativo⁸⁰. Porém, ao analisar o tipo abstratamente, não se conhece o autor. O autor só se identifica se o tipo for realizado. O que se sabe, de antemão, é que, neste exemplo, ele nunca será uma pessoa jurídica.

Em outros, a delimitação levará, notadamente, a pessoas jurídicas. Veja-se o artigo 337-A do Código penal⁸¹, que se refere à sonegação de contribuição previdenciária, consistente em diversas condutas de omissão de informação em folhas de pagamento e outros documentos contábeis. De plano, dentro do círculo dos sujeitos ativos, enxerga-se com facilidade a pessoa jurídica, uma vez que, como tomadora de serviços e empregadora, é quem figura numa das pontas dessas relações na maior parte das vezes. Não bastasse, o parágrafo terceiro dispõe que, se o empregador não for pessoa jurídica, a pena pode ser reduzida. Ora, com isso, explicitamente se reconhece que no mais das vezes o sujeito ativo desse crime pode ser uma pessoa jurídica. Aqui, portanto, o grupo dos potenciais autores – o sujeito ativo – contém as pessoas jurídicas obrigadas ao recolhimento de contribuições e exclui todas aquelas pessoas físicas que não são empregadoras e tomadoras de serviços.

Outro ponto que denota a diferença entre o sujeito ativo e o autor é que, como o sujeito ativo está vinculado à proposição normativa em abstrato, quando se

⁷⁷ GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor (...)* Ob. Cit., p. 76.

⁷⁸ Nesse sentido, ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de Derecho penal: parte general*, 8. ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 285.

⁷⁹ Trata-se do artigo 215 do Código penal brasileiro: Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima(...). In: BRASIL. *Código penal*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em: 21 jan. 2024.

⁸⁰ Outros exemplos são dados por ORTS BERENGUER, E. & GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de Derecho penal: parte general*, 8. ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 285.

⁸¹ Sonegação de contribuição previdenciária Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços; II – deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços; III – omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias: (...) § 1º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal. § 2º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: (...) II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. § 3º Se o empregador não é pessoa jurídica e sua folha de pagamento mensal não ultrapassa R\$ 1.510,00 (um mil, quinhentos e dez reais), o juiz poderá reduzir a pena de um terço até a metade ou aplicar apenas a de multa. § 4º O valor a que se refere o parágrafo anterior será reajustado nas mesmas datas e nos mesmos índices do reajuste dos benefícios da previdência social. In: BRASIL. *Código penal*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em: 21 jan. 2024.

identifica o sujeito ativo, identifica-se a totalidade do fato típico. E não é assim com o autor⁸². Pode ser autor aquele que apenas tenta realizar o tipo e, ainda que não o tenha logrado realizar na totalidade, ainda assim é o autor da tentativa⁸³. Também são autores aqueles que o são junto com outros, dividindo a realização dos elementos do tipo.

A tentativa, aliás, é um elemento relevante para identificação do autor nesta perspectiva⁸⁴. Górriz Royo qualifica o início da execução, a tentativa, como um ponto-chave imprescindível para identificação de quem realiza a ação⁸⁵. Segundo a teoria objetivo-formal, é apenas quando o autor começa a atuar que se identifica a tentativa⁸⁶. Consequentemente, é o começo da realização do fato típico por alguém que inicia a execução e é, a partir deste ponto, que se pode identificar a autoria⁸⁷. A seguinte consequência é de que se pode identificar o partícipe a partir do início da execução pelo autor. Primeiro, porque é aquele que contribuiu, mas não praticou os atos executivos (realizados pelo autor). Segundo, porque, como a participação é acessória à autoria, ela só terá relevância a partir do momento em que o autor começa a execução⁸⁸.

Esse processo se identifica justamente a partir da comunicação da realização de algo – que é o delito a que a tentativa se refere, combinado com a relevância do perigo ao bem jurídico⁸⁹.

Górriz⁹⁰ ⁹¹explica que a “execução” corresponde a levar a cabo determinada conduta (o substrato do sentido), e que, apesar da aparente diferença entre os termos, execução corresponde à realização. Destaca, ademais, que essa importância ao sentido de “realização” não é um formalismo vazio⁹², mas é

... el instrumento más idóneo del que disponen los operadores jurídicos para conectar la Parte general con la Parte especial del Código penal en su tarea de delimitar al autor en sentido estricto. A este respecto no puede pasarse por alto que, sin ser por completo vinculante, el uso común del lenguaje debe ser tenido en cuenta en la interpretación de la Ley (...) ⁹³

Para Górriz, essa é, de fato, a expressão mais clara do princípio da legalidade na busca por uma identificação do autor no caso concreto⁹⁴, pois, ao vincular a sua

⁸² GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor (...)* Idem.

⁸³ Martínez-Buján menciona que se pode dizer que há um elemento subjetivo nesse momento da tentativa que é justamente a pretensão de consumir o fato típico. In: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 38.

⁸⁴ Segundo Martínez-Buján, há uma superposição parcial da problemática da autoria e da tentativa. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 19.

⁸⁵ GÓRRIZ ROYO, E.M. *El concepto de autor (...)* Ob. Cit., p. 443.

⁸⁶ GÓRRIZ ROYO, E.M. *El concepto de autor (...)* Ob. Cit., p. 88.

⁸⁷ GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor (...)* Ob. Cit., p. 88.

⁸⁸ GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 88.

⁸⁹ BUSATO, P. C. *La tentativa del delito: análisis a partir del concepto significativo de la acción*. Juruá, Lisboa, 2011, pp. 324-325.

⁹⁰ GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor (...)* Ob. Cit., pp. 99 e 418.

⁹¹ Detalhada explicação sobre a equivalência das expressões está em MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 19 e, mais detalhadamente, na nota de rodapé 15, da p. 28.

⁹² GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor (...)* Ob. Cit., p. 303.

⁹³ GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor (...)* Ob. Cit., p. 303.

⁹⁴ GÓRRIZ ROYO, E.M. *El concepto de autor (...)* Ob. Cit., p. 421.

identificação à realização de um tipo de ação, as consequências penais derivam especificamente daí e não de qualquer outro critério, parâmetro, conceito etc.

Como havia sido mencionado, para identificação do autor, era preciso um ponto de partida. Esse ponto de partida, nesta concepção, é a realização do tipo de ação. E, dele, extrai-se o núcleo da diferenciação do autor e do partícipe: é autor quem realiza o tipo de ação e, portanto, quem executa os elementos do tipo não pode ser considerado partícipe⁹⁵.

A teoria objetivo-formal dá, assim, a essência do que se busca, no sentido de que é autor quem executa o tipo. Trazendo isso para o desenvolvimento da ação significativa com base na filosofia da linguagem, isso significa dizer que é preciso identificar "quién realiza la conducta cuyo sentido coincide con el fijado para cada tipo de acción"⁹⁶.

Também aqui a filosofia da linguagem afasta a necessidade da criação de critérios para compreender o significado dos elementos do tipo legal. Não é preciso recorrer a parâmetros supralegais para delimitar o sentido, nem é preciso se questionar como imputar normativamente um significado de uma conduta a alguém⁹⁷. Basta compreender o sentido dos elementos do tipo de ação de acordo tanto com o uso comum da linguagem⁹⁸ ⁹⁹, bem como o uso linguístico a partir da prática dos tribunais e, na medida em que estabilizam esse sentido, também na doutrina¹⁰⁰.

Assim, para delimitar a ação típica e a autoria, é necessário, antes de tudo, compreender o sentido da conduta descrita nos tipos penais conforme o emprego constante desses termos na linguagem comum, e que seja adequado ao marco normativo em que esse conceito está inserido¹⁰¹. E isso se faz com base nos casos concretos, que são os únicos que podem ajudar a compreender o uso do termo geral¹⁰²,

... con el fin de determinar a partir de qué momento se da comienzo a la ejecución y quien realiza el sentido inherente a dicha ejecución y, en su caso, qué conductas más alejadas de dicho núcleo comparten también su significado.¹⁰³

Para Martínez-Buján Pérez¹⁰⁴, esta é uma concepção "lógico-gramatical" de autor. Isso significa que a delimitação do autor se faz num plano lógico e não num plano valorativo, ou seja, trata-se de identificar quem levou a cabo o fato descrito no tipo penal, que é "lo único que es susceptible de hacerse"¹⁰⁵. É, assim, um problema vinculado exclusivamente à ação.

Consequentemente, a identificação do autor se dá de maneira objetiva, prescindindo da análise dos elementos subjetivos, como o dolo e a imprudência¹⁰⁶.

Lembra-se que, para a concepção significativa da ação, parte-se de uma pretensão de relevância (formal, relativa ao tipo de ação, e material, relativa à

⁹⁵GÓRRIZ ROYO, E.M. *El concepto de autor (...)* Ob. Cit., p. 425.

⁹⁶GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor (...)* Ob. Cit., p. 437.

⁹⁷GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor (...)* Ob. Cit., p. 443.

⁹⁸GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor (...)* Ob. Cit., p. 444.

⁹⁹No mesmo sentido, MARTÍNEZ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 76-77.

¹⁰⁰GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor (...)* Ob. Cit., p. 443.

¹⁰¹GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor (...)* Ob. Cit., p. 444.

¹⁰²MARTÍNEZ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 19.

¹⁰³MARTÍNEZ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal (...)* Ob. Cit., p. 77.

¹⁰⁴MARTÍNEZ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: (...)* Ob. Cit., p. 18.

¹⁰⁵MARTÍNEZ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: (...)* Ob. Cit., p. 18.

¹⁰⁶MARTÍNEZ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: (...)* Ob. Cit., p. 20.

ofensividade ao bem jurídico), e é a esta pretensão que se vincula à identificação da autoria.

Posteriormente, existem outras pretensões que são verificadas no caso concreto e que são necessárias para se aferir a responsabilidade do sujeito – mas, não se pode esquecer que, neste ponto, já estará delimitada a autoria. Dito de outro modo, a verificação da realização do fato não pressupõe a responsabilidade, coisa que se resolverá posteriormente¹⁰⁷.

Assim, a pretensão de ilicitude, em que se analisam os elementos subjetivos (dolo e imprudência); a pretensão objetiva da ilicitude, em que se analisam as permissões; a pretensão de reprovabilidade, em que se verifica se houve a infração de um dever juridicamente exigível ao sujeito naquelas circunstâncias, são todas análises posteriores que são feitas para aqueles que foram considerados autores ou partícipes. Essa delimitação prévia depende unicamente dessa análise lógico-gramatical e objetiva sobre quem realizou o tipo de ação, afinal, somente com este dado pode-se perquirir sobre qualquer outro elemento. Nesse sentido, Martínez-Buján^{108 109} explica que se trata de uma concepção exclusivamente objetiva, pois não inclui a infração da norma pessoal de conduta¹¹⁰. Como mencionado, ainda existe um caminho posterior para esta verificação.

Percebe-se claramente que é diferente, nesta concepção, identificar o autor e identificar o responsável. Delimita-se claramente quem é o autor antes de se fazerem outros juízos sobre a responsabilidade¹¹¹. Ou seja, há um primeiro corte que delimita o autor e, só a partir dele, outras valorações são feitas. Isso significa que qualquer outra análise posterior não recairá sobre aquele que já não tenha sido identificado como autor (ou, eventualmente, numa conduta acessória, como partícipe).

Recapitulando: na concepção significativa da ação, não há um conceito único de autor. Ele deve ser identificado no caso concreto como aquele que realiza o sentido do tipo de ação¹¹². Essa identificação não se faz por qualquer parâmetro supralegal ou por critérios criados a despeito da lei, mas pela compreensão do sentido dos elementos do tipo legal com base na linguagem de uso comum em cada caso concreto.

Outrossim, o método proposto identifica o autor e, consequentemente, o partícipe, de forma lógico-gramatical e, ainda, objetiva. Isso significa que é o primeiro passo de uma ainda pendente atribuição de responsabilidade, que demandará a análise de outras pretensões da norma.

Partindo de tais pressupostos, analisa-se o concurso de pessoas, ou seja, a autoria mediata, coautoria e participação conforme o desenvolvimento de Martínez-Buján Pérez¹¹³, uma vez que, em obra monográfica sobre o assunto, trabalhou com essas situações justamente sob a perspectiva da ação significativa. Com efeito,

¹⁰⁷MARTÍNEZ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: (...) Ob. Cit.*, p. 112.

¹⁰⁸MARTÍNEZ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: (...) Ob. Cit.*, p. 55.

¹⁰⁹O autor explica que, todavia, essa maneira de identificar a autoria não se confunde com a “imputação objetiva”, pois, na concepção significativa, “solo puede imputarse (objetivamente) al autor em sentido lógico-gramatical la realización de un tipo de acción relevante y ofensivo en el que concurra la predecibilidad general”. In: MARTÍNEZ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal (...) Ob. Cit.*, pp. 110-11.

¹¹⁰O autor lembra, ainda, que na concepção significativa da ação, o injusto é, evidentemente, pessoal e não tem nada que ver com a caracterização da autoria que, frisa-se, está vinculada à realização do tipo de ação e se esgota na antijuridicidade material. MARTÍNEZ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal (...) Ob. Cit.*, p. 58.

¹¹¹MARTÍNEZ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal (...) Ob. Cit.*, p. 112.

¹¹²GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor (...) Ob. Cit.*, p. 448.

¹¹³MARTÍNEZ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

enquanto Górriz Royo¹¹⁴ tem o trabalho mais marcante sobre a (des)construção do conceito de autor até chegar na concepção significativa e na ideia de que não é possível estabelecer um conceito único de autor, Martínez-Buján é quem mais trabalhou no posterior desdobramento da ideia nas situações de concurso.

Serão analisadas três possibilidades de concurso de pessoas (autoria mediata, coautoria e participação) observando o desenvolvimento de Martínez-Buján Pérez, ao mesmo tempo em que se inserirá o objeto deste trabalho nestas bases: um contexto de atuação conjunta de pessoa jurídica e físicas.

A seguir, serão solucionados casos hipotéticos, uma vez que, nem a autoria nem quaisquer outros institutos dela decorrentes podem ter algum tipo de solução se não se analisar o tipo de ação num determinado contexto.

Com a aplicação das diretrizes traçadas por Martínez-Buján Pérez e o exercício de solução de casos, será possível verificar como, nesta perspectiva, se solucionaria o concurso de pessoas na atividade empresarial e, também, se este desdobramento é efetivamente condizente com os princípios que devem nortear a solução deste e de qualquer outro problema penal.

3.1 AUTORIA MEDIATA DA PESSOA JURÍDICA¹¹⁵

Os cenários de autoria mediata parecem ser aqueles mais prosaicos quando se fala sobre pessoas jurídicas. Como elas são capazes de ação, mas não de executar por “suas próprias mãos” o substrato de várias condutas¹¹⁶, muitas vezes realizarão o sentido do tipo de ação utilizando-se de outras pessoas, notadamente de seus empregados subalternos que são, ao fim, aqueles que cumprem e executam a maior parte das decisões tomadas pela empresa.

O autor mediato é, como já se depreende de sua denominação, um autor. Isso significa que ele realiza o sentido do tipo de ação, mas de uma maneira diferente, qual seja, por meio de outra pessoa a que se costuma chamar de instrumento.

Como foi visto acima, para identificar o autor único e imediato, é preciso verificar a concordância entre o que ocorreu e o sentido do verbo típico, de acordo com o uso comum da linguagem, para, com isso, determinar a partir de que momento começou a execução e quem a realiza¹¹⁷. O início da execução é considerado, portanto, um ponto imprescindível para determinar quem realiza o sentido, de forma individual e direta, ainda que não o faça por suas próprias mãos¹¹⁸.

Para o autor mediato, se se reconhece que é, da mesma forma um autor, o critério não pode ser outro. A diferença está, para Martínez-Buján, em reconhecer que esse início de execução ocorre quando o autor – mediato – desencadeia o

¹¹⁴GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

¹¹⁵Uma vez que a pessoa jurídica é protagonista na violação massiva de bens jurídicos e que ela pode ser responsabilizada pelos seus próprios atos, optou-se por limitar a exploração à autoria mediata da pessoa jurídica, utilizando como instrumento pessoas físicas. O contrário (a utilização da pessoa jurídica por uma física) fugiria do escopo proposto, voltado a essa atuação de importância da pessoa jurídica como, em princípio, potencial responsável.

¹¹⁶Nesse sentido, Busato, ainda que adote como fundamento da autoria mediata a ideia de domínio do fato. In: BUSATO, P.C. “Autoria e participação nos delitos de pessoas jurídicas: uma análise crítica da responsabilidade por ricochete adotada pelo Superior Tribunal de Justiça”. Em VV. AA. (CHOUKR, F. H.; LOUREIRO, M. F.; VERVAELE, J. org.), *Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica*, Vol. II, Fecomercio SP, São Paulo, 2014, p. 108.

¹¹⁷GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor (...) Ob. Cit.*, p. 447.

¹¹⁸GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor (...) Ob. Cit.*, p. 447.

processo de execução por meio do instrumento^{119 120}, que é uma pessoa, mas que poderia ser um animal ou uma força da natureza¹²¹.

Martínez-Buján Pérez explica que esse “colocar em marcha” o processo pelo autor mediato deve ser sempre ativo, pois não é possível conceber uma autoria mediata por omissão (casos em que não se estaria usando alguém, mas simplesmente o deixaria atuar livremente). Também pondera que é preciso que o autor mediato desencadeie esse processo com a pretensão óbvia de que ele chegue à consumação do sentido de ação¹²². Isso significa que é preciso que haja uma tentativa pelo autor mediato. A eventual ausência de atuação ou seguimento pelo instrumento não desnatura o autor, mas apenas impede a consumação¹²³.

É importante notar que, partindo dessas bases, esse ponto – o início da execução, que identifica, no mínimo, a tentativa – é crucial para identificar também eventuais partícipes¹²⁴. Enquanto não inicia a execução, não há autor e, como é acessória sua conduta, não há partícipe. Quando inicia, identifica-se o autor; há, pelo menos, tentativa; pode-se identificar o partícipe; pode-se perquirir sobre as demais pretensões da norma.

O instrumento, portanto, também é autor no sentido lógico-gramatical, pois, em regra, realizará o tipo objetivo¹²⁵. Cabe lembrar, entretanto, que, nessa perspectiva, o reconhecimento da autoria não se confunde com o da responsabilidade. Alguém pode ser autor e, ainda assim, não ser castigado porque alguma outra pretensão da norma não foi satisfeita. O instrumento, assim, apesar de executar o verbo típico e, portanto, ser autor em sentido lógico-gramatical, pode não ser responsável. Em regra, haverá sempre um autor por trás do autor, mas num sentido bem diverso daquele assumido pela teoria do domínio do fato que faz essa referência relacionando-a à responsabilidade¹²⁶. Frisa-se: na concepção significativa da autoria e muito claramente no seu desdobramento por Martínez-Buján Pérez, a autoria está dissociada da responsabilidade.

Martínez-Buján¹²⁷, aliás, considera imprescindível que o instrumento não seja responsável para que se constate a autoria mediata. Parte de duas premissas para chegar a essa conclusão: a redação do artigo 28 do Código penal espanhol (“son autores quienes realizan el hecho (...) por medio de otro del que se sirven como

¹¹⁹VIVES ANTÓN, T. S. *Libertad de prensa y responsabilidad criminal: la regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta*. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1977, p. 182.

¹²⁰No mesmo sentido, GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 447 e MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 149.

¹²¹MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 156.

¹²²Martínez-Buján é bastante firme quanto a este critério subjetivo da tentativa, no sentido de que é preciso constatar, para que ela existe, a intenção do sujeito de que o crime se consumasse. Como qualquer outro elemento dessa natureza, a verificação não se dá pela busca infrutífera do que se passava na cabeça do autor, mas pelo que se constata, de modo objetivo, a partir de sua ação, usando para isso as convenções sociais. VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 239.

¹²³MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: (...) Ob. Cit.*, p. 149-151.

¹²⁴MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: (...) Ob. Cit.*, p. 153.

¹²⁵MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: (...) Ob. Cit.*, pp. 165-166/169.

¹²⁶MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: (...) Ob. Cit.*, p. 169.

¹²⁷MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: (...) Ob. Cit.*, p. 174.

instrumento")¹²⁸ e o significado de "instrumento", "por meio de" e de "servir-se". Para o autor, a autoria mediata está sintetizada nos trechos acima transcritos da lei e, portanto, só pode ser reconhecida quando se conjugarem esses elementos de atuação "por meio de", "servir-se" e "instrumento", cujos significados levam à ideia de que o instrumento é equivalente a uma coisa e, conseqüentemente, deve estar isento de responsabilidade criminal.

A consequência disso é que, para reconhecer um autor como mediato, o instrumento deverá, necessariamente, ser penalmente irresponsável – porque é este o sentido de "instrumento". Para Martínez-Buján, se ele for responsável, aí já não é mais um instrumento e, conseqüentemente, já não mais se estará falando de autoria mediata. Seguindo esse raciocínio, dependendo da situação, o autor mediato se converte em um partícipe (se a conduta daquele que seria o "autor mediato" é, na verdade, acessória porque ele contribuiu, mas não realizou o sentido da ação, o que seria aferível apenas quando o "instrumento" é responsável).

Firmadas essas premissas, pode-se perceber que, nos casos de autoria mediata da pessoa jurídica, os empregados poderão frequentemente ser seus instrumentos, quando atuarem em erro porque impossível compreender, na situação, que praticam um crime ou quando não tiverem qualquer possibilidade de recusa¹²⁹.

Com efeito, os empregados subalternos não têm poder de decisão sobre as atribuições que desempenham e, muitas vezes, realizam microtarefas tão pulverizadas que, para si, sequer representam o sentido da macrodecisão tomada pela empresa. Além disso, qualquer argumento tendente a defender uma possibilidade ampla de recusa ao cumprimento de ordens superiores ignora a

¹²⁸ Como já foi dito antes, a legislação brasileira não define autor e quanto menos autor mediato. Não oferece, assim, critérios para identificar quando seria autor aquele que se utiliza de outrem para realizar o sentido da ação. Por isso, há duas maneiras de interpretar esse ponto de partida de Martínez-Buján Pérez, que está calcado na legislação espanhola. Primeiro, que, por tratar este trabalho de uma exploração teórica, serão testados os resultados desta interpretação da lei espanhola em cenários hipotéticos, a fim de verificar se seriam resultados salutareos que poderiam influenciar positivamente a lei brasileira ou a sua interpretação (frisando que, como a ela faltam critérios, acaba-se sempre recorrendo a parâmetros outros para colmatar as suas lacunas). Segundo, que a redação do dispositivo corresponde a uma ideia que parece bastante assentada quanto ao que significa ser autor "mediato". Da mesma forma que Górriz havia explicado que para compreender o sentido de um tipo de ação, deveria se recorrer ao uso comum da linguagem, bem como o uso linguístico a partir da prática dos tribunais e, na medida em que estabilizam esse sentido, também na doutrina (GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 443/444), pode-se transpor essa lição para compreender a autoria mediata. Assim, é possível dizer que, reconhecer como autor mediato aquele que realiza a ação servindo-se de outra pessoa como instrumento é o sentido que, comumente, dá-se a esta figura. No mais, como se extrai das conclusões de Martínez-Buján (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 107-146) sobre o assunto, a lei não oferece critérios ou exigências que já não seriam naturalmente decorrentes da interpretação de cenários que se consideram de autoria mediata. Portanto, não existe qualquer impedimento de, numa abordagem teórica como a proposta, partir dessas mesmas perspectivas.

¹²⁹ Como destaca Martínez-Buján Pérez, "se admite ya usualmente en doctrina y jurisprudencia que la conducta de dichos empleados subalternos, que contribuyen a realizar el hecho típico (v. gr., provocar de modo directo el vertido contaminante), debe quedar al margen de toda responsabilidad penal, siempre que su comportamiento se encuentre por completo fuera de su esfera de competencia y decisión, de tal manera que éstos se limitan a desempeñar su trabajo en términos perfectamente neutros. En otras palabras, se entiende que las conductas 'ordinarias' enmarcadas en una relación laboral (que responden a un rol socialmente adecuado, sin excederse de los términos de ese rol), ajustada a la actividad empresarial, no pueden ser penalmente relevantes". In: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 198.

realidade de subordinação e dependência econômica dos contratos de emprego¹³⁰. Se aqui se defende que é importante analisar todas as situações com atenção ao contexto, aos usos e costumes, bem como à assentada prática jurídica, não se pode esquecer que esta é uma relação diferente e que o Direito desenvolveu inúmeros mecanismos para proteger o trabalhador, justamente porque a relação com seu empregador é assimétrica. Ignorar tais nuances em busca de responsabilizá-los a qualquer custo seria uma busca com resultados e consequências muito discutíveis, ao atrair a atenção a um subalterno, jogando sombra sobre os atos da pessoa jurídica.

Por outro lado, os seus diretores e sócios são pessoas que, em regra, têm ciência do que ocorre e das consequências das suas decisões e das decisões da pessoa jurídica. Por conseguinte, na maioria das vezes, será mais difícil identifica-los como meros instrumentos.

Entre eles, ficam os cargos médios. Se as consequências não são necessariamente as mesmas para os empregados subalternos e para os diretores em todos os casos – mormente se é preciso sempre ter em mente o tipo de ação e o contexto – no caso dos cargos médios é inviável prever o nível de decisão, de ingerência e de conhecimento previamente.

De toda forma, quaisquer dessas situações dependerá, necessariamente, de uma análise contextual e relacionada ao tipo de ação para definir se a pessoa física é, ou não, instrumento.

3.2. A COAUTORIA ENTRE PESSOA JURÍDICA E PESSOAS FÍSICAS EM CRIMES DA EMPRESA

Quando se trata de (co)autoria, de acordo com a base teórica construída, não se pode esquecer que se está a trabalhar no plano da pretensão de relevância. Isso significa que se afere a autoria e, conseqüentemente, a coautoria, de forma lógico-gramatical e num plano objetivo. Ou seja, não pressupõe como presentes, tampouco se demandam as aferições dos planos da pretensão de ilicitude e de reprovabilidade. Como já havia sido dito antes, o que se verifica é o primeiro passo, o primeiro recorte para uma subsequente atribuição de responsabilidade.

Outra consequência que a análise no plano da pretensão de relevância traz é que deve estar bem firmada a premissa de que a ação é um sentido de um substrato, ou seja, a ação não é o substrato da(s) conduta(s). O significado é indivisível¹³¹ e isso é essencial para compreender a coautoria, na medida em que, assim, consegue-se observar com clareza que, apesar das distintas atuações, pode-se compreender que elas, como um todo orgânico¹³², têm um só sentido.

Quando mais de uma pessoa atua, há mais de uma conduta e elas devem ser interpretadas com base no significado – indivisível – do tipo de ação. A interpretação individual e fracionada¹³³, desconectada do sentido do tipo de ação, não oferecerá resposta para o problema de identificar se quem atuou o fez em coautoria.

¹³⁰ Sobre a relação de dependência do trabalhador, CARDONA RUBERT, M. B. "El trabajador". Em VV. AA. (GOERLICH PESET, J. M. dir.), *Derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 108-111. Sobre a limitada aceitação do direito de resistência do trabalhador, BLASCO PELLICER, Á. "La extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario". Em VV. AA. (GOERLICH PESET, J. M. dir.), *Derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 481. Especificamente sobre a situação do *compliance officer* empregado, v. CESTO, M.; BARÃO MARQUES FILHO, L. "A (ir)responsabilidade penal do *compliance officer* empregado por crimes da empresa", *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, v. 14, n. 27, 2023, p. 127-148.

¹³¹ GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor (...) Ob. Cit.*, p. 77.

¹³² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal(...) Ob. Cit.*, p. 263.

¹³³ GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor (...) Ob. Cit.*, p. 447.

Górriz explica que o que é, sim, divisível é a análise da proposição normativa, porque, obviamente, ela pode ser composta de distintos elementos¹³⁴, mas o significado do tipo de ação, ao final, é indivisível.

Nos casos de coautoria, portanto, serão identificadas as pessoas que realizam condutas que possuem, em conjunto, nesse todo orgânico, o sentido que se desprende do tipo de ação¹³⁵.

Além disso, segundo Martínez-Buján¹³⁶, outro ponto importantíssimo na análise da coautoria é a tentativa. Isso porque se, para reconhecer um autor é preciso identificar que ele, ao menos, tenha dado início aos atos executivos, para se reconhecer os coautores, é necessário o mesmo exercício: é necessário que cada um, ao menos, tenha dado início a atos executivos¹³⁷. Para o autor, seria impossível identificar quem realiza o sentido do tipo de ação se não há, ao menos, o início da execução e, se não há, ao menos, o início da ação, não se pode dizer que há um autor ou vários autores.

Objetivamente, portanto, a coautoria pressupõe

... la co-ejecución, esto es, que cada uno de los sujetos realice el hecho típico (...), en el sentido de llevar a cabo (...) cuando menos – una tentativa y que cada una de las aportaciones forme con las demás contribuciones un todo orgánico, portador del sentido específico del tipo penal de que se trate.¹³⁸

Como se viu, a pessoa jurídica pode realizar o sentido de uma ação como autora (ainda que, muitas vezes, seja autora mediata) e, consequentemente, é possível que execute, junto com uma pessoa física, os elementos do tipo.

Mas o elemento objetivo não é suficiente porque, afinal, duas pessoas podem executar de forma concomitante um tipo de ação sem que tenham sequer ideia do que a outra está fazendo e, então, não existe um sentido de todo orgânico, não existe um sentido de atuação em conjunto. O que dá esse caráter é o elemento subjetivo que se exige à coautoria e que não se confunde com outros elementos subjetivos, notadamente, o dolo que, frisa-se, será analisado em outro momento posterior, no plano da pretensão de ilicitude¹³⁹.

Este elemento, segundo Martínez-Buján¹⁴⁰, é a resolução conjunta de realizar o delito ou o conhecimento recíproco dessa atuação conjunta.

Esse acordo mútuo não se restringe a um plano prévio, expresso e detalhado, que certamente é a forma mais clara e evidente dessa resolução conjunta. Pode-se tratar de um acordo mútuo prévio, mas também de um acordo simultâneo à execução; pode ser um acordo expresso escrito ou verbal, ou mesmo um acordo tácito¹⁴¹. E, aqui se acrescenta, além do que traz Martínez-Buján, que, como qualquer elemento subjetivo, quando se fala do ponto de vista da concepção significativa da ação, não se afere pela busca do que se passava na mente de cada (co)autor, mas do que se compreende de modo objetivo, em virtude de convenções, costumes, hábitos ou normas¹⁴².

Aqui está um ponto-chave na compreensão da coautoria entre uma pessoa jurídica e uma pessoa física quando se trabalha com a concepção significativa da ação, que é a desnecessidade de busca de elementos psicológicos que são, de toda

¹³⁴GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor en derecho penal*, (...) *Ob. Cit.*, p. 77.

¹³⁵GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor en derecho penal*, (...) *Ob. Cit.*, p. 437.

¹³⁶MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal*: (...) *Ob. Cit.*, pp. 269-279.

¹³⁷MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal*: (...) *Ob. Cit.*, pp. 269-279.

¹³⁸MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 263.

¹³⁹MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal*: (...) *Ob. Cit.*, p. 296.

¹⁴⁰MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal*: (...) *Ob. Cit.*, pp. 296-297.

¹⁴¹MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal*: (...) *Ob. Cit.*, p. 299.

¹⁴²VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema* (...) *Ob. Cit.*, p. 239.

forma, inalcançáveis. Assim, ao buscar o mútuo acordo entre os coautores, não se busca o que passava na cabeça de cada um, suas intenções internas, que supostamente teriam dado causa a uma manifestação acorde com outro autor. O que se busca é compreender, da manifestação externa de ambos, que havia um acordo mútuo, ainda que tácito, ou um conhecimento recíproco de que estavam atuando de maneira conjunta.

E, de fato, a questão da coautoria, como possivelmente todas as demais que envolvem o delito, demandam um ajuste do raciocínio quando se trata da pessoa jurídica, porque ela atua, ela pode ser responsável, mas ela não age da forma que sempre se pensa para as pessoas físicas. A pessoa jurídica não chama a pessoa física numa garagem para combinar um roubo, a pessoa jurídica não apunhala o inimigo com a pessoa física, a pessoa jurídica não se assusta e atira no morador que, de repente, aparece na casa. Os exemplos que costumam ser usados não ajudam a solucionar problemas que partem de uma tomada de decisão burocrática num órgão colegiado e que são executados de forma muito diferente que os clássicos homicídios, furtos e roubos dos livros. A empresa faz contratos com um parceiro de negócios para vender produtos nocivos; a indústria toma a decisão de poluir um rio com a qual compactuam seus gerentes; a corporação, por meio de seus empregados, e seu presidente subornam funcionários públicos para vencer licitações. A forma de atuação conjunta já não tem o mesmo formato.

Certamente, a concepção significativa da ação, ao se desprender da necessidade de busca de elementos psicológicos e não analisar a ação como um dado ontológico, permite raciocinar com esses problemas de forma muito mais fluida.

3.3. A PARTICIPAÇÃO ENTRE PESSOAS JURÍDICA E FÍSICAS

Assim como não há um conceito de ação, nem um de autor, obviamente, não há um único conceito genérico e abrangente de partícipe, uma vez que suas contribuições podem ser as mais variadas possíveis. Vives Antón explica que

Menos aun puede hablarse de un criterio genérico que delimite la autoría de la participación, pues a la idea de que distintas clases de acciones requieren diversos tipos de realización, hay que sumar la no menos cierta de que el mismo tipo de acción puede ejecutarse de mil maneras distintas y que lo que, en unas sería participación podría calificarse de autoría en otras.¹⁴³

Ainda que reconheça a impossibilidade de se traçar um critério genérico para conceituar o partícipe, aponta que a participação está relacionada à ideia de acessoriedade¹⁴⁴. A conduta do partícipe contribui para que o crime aconteça e é entendida como acessória a uma ação principal, a do autor.

Novamente, como nos demais tópicos, aparece um ponto que vem se repetindo: o início da execução, ou seja, a constatação de, no mínimo, uma tentativa pelo autor, é essencial para a delimitação da participação, como explica Martínez-Buján Pérez:

... para poder castigar al partícipe se requerirá que el autor (en sentido lógico-gramatical) haya dado principio a la ejecución del delito (incluyendo la resolución de consumir el hecho típico).¹⁴⁵

¹⁴³VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, p. 796.

¹⁴⁴VIVES ANTÓN, T. S. "Prólogo". Em: GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor (...) Ob. Cit.*, p. 19.

¹⁴⁵MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: (...) Ob. Cit.*, p. 43.

Antes que alguém inicie a execução dos elementos do sentido do tipo de ação, não há autor e, consequentemente, não há partícipe¹⁴⁶. Qualquer discussão sobre a sua contribuição não tem relevância penal sem a existência de um autor¹⁴⁷.

Assim, para que exista participação de uma pessoa física em crime da pessoa jurídica, é necessário que esta tenha dado, ao menos, início aos atos executivos, inclusive se for na qualidade de autora mediata. Da mesma forma, na situação inversa: a pessoa jurídica só poderia ser partícipe de crime da pessoa física se esta tiver dado início aos atos executivos.

Outro ponto que se desprende deste, nessa concepção, é que quem realiza ações executivas, das quais se extrai o sentido do tipo de ação, só pode ser autor e, portanto, se alguém realizou atos executivos, nunca será o partícipe.

A conduta do partícipe sempre será aferida nessa relação de acessoriedade, que é lógica, e não valorativa. Se ela está nesse plano lógico, junto com a autoria, ela está relacionada à pretensão de relevância. A conduta do partícipe é logicamente acessória à realização do tipo de ação pelo autor¹⁴⁸ (e não à responsabilidade do autor, ao injusto cometido pelo autor, à ação dolosa/imprudente do autor etc.).

Deve-se operar, assim, com a acessoriedade mínima e não com a limitada, o que, segundo Vives Antón, implica a reavaliação do problema da distinção entre autoria e participação¹⁴⁹ (e, como se verá adiante, talvez a reavaliação seja maior do que parece, em princípio). Martínez-Buján Pérez adjetiva, ademais, a acessoriedade como “mínima objetiva”, para diferenciá-la de quem entende como mínima a acessoriedade relativa ao injusto¹⁵⁰.

Assim, para aferir a participação, por este prisma, é desnecessário analisar, por exemplo, se o autor atua com dolo ou imprudência. Outrossim, se se auxilia ou se induz alguém que está atuando lícitamente – sob uma permissão, por exemplo, ainda assim, a conduta do indutor ou do auxiliador pode ser considerada ilícita, uma vez que a norma pessoal de conduta (em que se avaliam as demais pretensões da norma) corresponde apenas ao autor¹⁵¹. Não se pode esquecer, também, que o reconhecimento da acessoriedade mínima objetiva não vincula à consequente e necessária responsabilidade do partícipe ainda que o autor esteja atuando sob uma permissão. A violação à norma pessoal de conduta também será analisada e pode resultar que, ao fim, também fique isento de responsabilidade. Por outro lado, permite responsabilizá-lo caso estejam presentes as demais pretensões da norma com relação a si.

¹⁴⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: (...) Ob. Cit.*, p. 43.

¹⁴⁷ Orts Berenguer e González Cussac lembram que a existência de um autor é diferente de conhecê-lo. In: ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de Derecho penal: parte general*, 8. ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 295.

¹⁴⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: (...) Ob. Cit.*, pp. 21 e 64.

¹⁴⁹ VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, p. 796.

¹⁵⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: (...) Ob. Cit.*, p. 65.

¹⁵¹ VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema penal (...) Ob. Cit.*, p. 795.

Em síntese, a acessoriedade mínima objetiva¹⁵² ¹⁵³ inclui a pretensão de relevância e ofensividade¹⁵⁴.

4. SOLUÇÃO DE CASOS HIPOTÉTICOS SEGUNDO MODELO DESENVOLVIDO POR MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ

Retomando o que foi construído até agora, constata-se que a pessoa jurídica pode ser responsabilizada pelas suas próprias ações e pode realizar o sentido de tipos de ação juntamente com pessoas físicas envolvidas na sua atividade empresarial.

Esse tipo de discussão, porém, não pode se dar de maneira abstrata na busca de critérios gerais. Traçadas as linhas gerais acima, o trabalho “no puede desarrollarse meramente a la altura de los principios sino que debe alcanzar el detalle de los hechos: es preciso, por tanto, bajar a la arena de la discusión”¹⁵⁵.

Parte-se, assim, para uma investigação baseada em tipos de ação específicos, com o intuito de verificar como, naquelas situações, é possível distribuir responsabilidade¹⁵⁶ entre a pessoa jurídica – em atuações relevantes que possam ser qualificadas de autoria ou participação, conforme recorte antes explicado – e as pessoas físicas, a depender do contexto fático e, especialmente, do tipo de ação, com base nas linhas gerais traçadas acima, que partem do desenvolvimento da ideia de autoria e autoria mediata, coautoria e participação por Martínez-Buján Pérez.

Necessário, então, recorrer a exemplos que possam mimetizar situações concretas, em que se possa fazer a análise de tipos de ação específicos.

Como se trata de uma exploração teórica, tratar-se-á de casos que não têm, necessariamente, previsão de responsabilidade para pessoa jurídica no ordenamento brasileiro.

Além disso, a discussão também não excederá o objeto do problema posto, ou seja, não serão debatidas outras questões relativas aos crimes, aos bens jurídicos de referência ou outras derivações possíveis dos exemplos dados. A análise limita-se à dimensão do problema que se pretende explorar: a autoria e a participação das pessoas envolvidas.

¹⁵²ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de Derecho penal: parte general*, 8. ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 289-290.

¹⁵³Nesse sentido, também MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 21.

¹⁵⁴Martínez-Buján explica que, na concepção significativa da ação, a pretensão de relevância inclui tanto a perspectiva formal de subsunção ao tipo, como a perspectiva material de antijuridicidade de ofensividade ao bem jurídico. É por isso que acresce o adjetivo “objetiva” à expressão clássica “acessoriedade mínima”. A versão clássica da expressão designaria apenas a pretensão formal, enquanto a adjetivada incluiria em sua noção, a ideia de que, para haver pretensão de relevância, é preciso identificar também a ofensa ao bem jurídico. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 65.

¹⁵⁵VIVES ANTÓN, T. S. “Prólogo”. Em GORRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 14.

¹⁵⁶Frisa-se que não se olvida que, ao buscar o autor (o coautor, o partícipe etc.) não se identifica, ainda, o responsável. Porém, é indubitável que, para distribuir a responsabilidade aos envolvidos no delito é preciso, primeiro, identificar o autor, o coautor, o partícipe etc. É por isso que aqui se fala de distribuição de responsabilidade, ainda que a discussão, por ora, esteja vinculada apenas ao tipo de ação.

4.1. **EXEMPLO 1: APROPRIAÇÃO INDÉBITA**¹⁵⁷

Este exemplo corresponde ao tipo previsto no artigo 168 do Código penal brasileiro: apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção.

Suponha-se que a empresa Tício Ltda. locou alguns ônibus para transporte de seus empregados até uma das suas fábricas. Os sócios descobriram que os veículos locados tinham um alto valor no mercado e, por isso, cogitaram vendê-los como se fossem da empresa. A ideia surgiu porque a empresa ao lado, Filhos de Caio Ltda., estava enfrentando os mesmos problemas de transporte de empregados até outra planta e seu sócio havia perguntado, há alguns dias, sobre a solução que a Tício Ltda. havia dado para o problema. Já tinham, assim, um possível comprador interessado.

Os três sócios administradores de Tício Ltda., A, B e C, fizeram, então, uma votação para decidir se venderiam, como se fossem seus (da Tício Ltda.), os ônibus locados. O contrato social previa que as decisões da empresa seriam tomadas pela maioria dos sócios administradores.

A se opôs à ideia de vender os veículos. Já B e C votaram pela venda dos veículos que locavam, como se fossem de sua empresa, para Filhos de Caio Ltda. Em suma, a decisão foi de venda dos ônibus locados como se pertencessem a Tício Ltda. e, no mesmo dia, a empresa fez uma oferta dos veículos à vizinha.

Analisa-se, assim, como se poderia solucionar o caso partindo da teoria diferenciadora proposta por Martínez-Buján Pérez.

Apesar de os sócios terem cogitado, numa conversa prévia a venda dos ônibus locados, a decisão sobre isso foi efetivamente tomada pelo colegiado da empresa, momento a partir do qual a Tício Ltda., que tinha a posse lícita dos bens, passou a se comportar como se proprietária fosse.

Trata-se de um delito especial na medida em que somente poderia se apropriar indevidamente do bem quem detinha sua posse originalmente lícita. O sujeito ativo já limita o universo de possíveis autores e, no caso, somente a empresa – e ninguém mais – poderia ser considerada autora da apropriação indébita.

A realização do sentido do tipo de ação, no caso, seria justamente se apropriar de coisa alheia móvel de que tinha posse.

Como o crime se consumou no exato momento em que ela passou a se comportar como proprietária dos bens, pode-se constatar facilmente que, ao decidir vender o bem como se fosse seu, realizou o sentido do tipo de ação de forma completa. Ou seja, nem é preciso verificar se iniciou os atos executivos, pois houve efetiva consumação.

A Tício Ltda. seria, assim, a única autora da apropriação indébita.

E seus sócios?

A votou contra a ideia de vender os bens locados como se fossem da empresa. Logo, não praticou qualquer ato executivo nem contribuiu de alguma forma para que a empresa o fizesse.

A não seria autor nem partícipe.

B e C tampouco praticaram atos executivos. Lembra-se que, para ser autor, é preciso que alguém tenha praticado algum ato executivo que tenha o significado, ao menos, de tentativa. A cogitação que os sócios tiveram na conversa prévia ou mesmo a votação individual de cada um deles (neste caso) não é um ato executivo e, seja por isso, seja porque não detinham a qualidade especial de serem possuidores dos veículos, não podem ser autores.

¹⁵⁷ A escolha do exemplo inspira-se naqueles dados por Martínez-Buján Pérez ao falar de possível coautoria no caso de decisões tomadas por órgãos colegiados. Registra-se que o autor trata da questão por outro ângulo, buscando compreender apenas a possível autoria e coautoria entre os votantes do colegiado, mas não o faz com relação à pessoa jurídica. In: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: (...) Ob. Cit.*, pp. 287-288.

Todavia, votaram a favor da venda e contribuíram, sem dúvida, para a realização do tipo. É possível dizer, inclusive, que sem suas condutas não seria possível à empresa realizar o sentido do tipo. Se se considera participação toda forma de contribuição ao tipo de ação, que não seja uma conduta de execução¹⁵⁸, quem vota a favor e acaba compondo a decisão final da empresa pode ser considerado um partícipe.

Dessa maneira, conclui-se que B e C seriam partícipes da apropriação indébita de Tício Ltda.

Numa outra perspectiva que ignore a diferenciação de autor e partícipe, mas leve em conta a relevância das atuações na realização do sentido do tipo de ação, pode-se dizer que a conduta mais relevante é a da própria empresa, ao tomar a decisão de se comportar como proprietária do bem que não era seu e, num nível apenas um pouco inferior de relevância, estão os votos favoráveis dos sócios. Com efeito, sem seus votos, não se teria chegado na decisão, mas, somente eles, não realizariam o tipo de ação.

4.2. EXEMPLO 2: CONSTRUÇÃO DE FÁBRICA SEM AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE COMPETENTE

Este exemplo se refere ao tipo previsto no artigo 60, da Lei nº 9.605/1998: construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes.

Parte-se do caso elaborado por Busato, com as adaptações que seguem:

As regras de gestão de dita empresa propõem que as deliberações se tomarão por maioria simples em votação aberta e simultânea. Identificado o conteúdo da ata de reunião em que se deliberou pela ampliação da fábrica com a construção do novo edifício, identificou-se que a votação foi fracionada em três etapas, sendo que cada votante, sem conhecer os votos dos demais, nem o resultado das decisões das demais etapas, deveria responder sim ou não a três distintas perguntas: 1ª) Devemos ampliar a fábrica com uma nova construção?; 2ª) Construiremos devastando a vegetação da margem do rio?; 3ª) Devemos pedir autorização do órgão de controle ambiental para realizar o desmatamento em nosso terreno? Na primeira pergunta, A e B votaram pela ampliação da fábrica, que não era desejada por C, que votou contra sua realização; à segunda pergunta, A e C votaram a favor de que tivesse lugar a remoção da mata, construindo-se às margens do rio, tema em que foi vencido B, a quem agradaria que a construção se realizasse em novos andares sobre os já existentes; finalmente, na terceira votação, B e C optaram por não solicitar a licença da autoridade para o desmatamento, uma vez que adotam a política corporativa de não submeter-se a regras administrativas do Estado nem sequer do ponto de vista fiscal e temem que uma solicitação pode levar a uma verificação estatal de outra ordem na empresa, tema em que A foi vencido¹⁵⁹.

A isso, acrescenta-se que, tomada a decisão, sua execução seguiu de forma burocrática pelos diversos níveis da empresa até chegar à equipe responsável pelo corte de vegetação e construção, que eliminou vegetação e construiu a nova área da indústria.

¹⁵⁸MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: (...) Ob. Cit.*, p. 313.

¹⁵⁹ Trata-se de adaptação do caso apresentado por Busato, em: BUSATO, P. C. *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 100-101.

Analisa-se, assim, como se poderia solucionar o caso partindo da teoria diferenciadora proposta por Martínez-Buján Pérez.

Individualmente, não há qualquer dirigente que tenha votado por uma ampliação que causasse desmatamento desautorizado, mas a decisão da pessoa jurídica, ao fim, foi essa.

Diferente da decisão do exemplo anterior, esta manifestação de vontade não correspondeu a um ato executivo (naquele caso, a decisão era, inclusive, o ato consumativo). O mero resultado da reunião, portanto, não implicaria o reconhecimento de autoria de crime algum, no caso, pois sequer haveria tentativa, uma vez que, conforme delimita Martínez-Buján¹⁶⁰, é preciso que haja o início dos atos de execução.

Nessa perspectiva, a verificação da existência de atos executivos e do começo da tentativa, portanto, varia entre a pessoa de trás e a da frente, a depender da responsabilidade desta última¹⁶¹. Se a da frente for responsável, ela que dará início aos atos executivos. Se ela for instrumento irresponsável, o início dos atos executivos estará na sua colocação em marcha.

No caso, pode-se dizer que os empregados que fazem o corte das árvores da mata ciliar têm noção de que estão desmatando o local, mas, segundo explica Martínez-Buján Pérez¹⁶², se a atuação do empregado estiver fora de sua esfera de decisão e a tarefa que desempenhar estiver dentro daquelas de seu rol profissional (como é o corte de vegetação ou a construção para esses empregados), numa típica relação de cumprimento de ordem dada por um gerente a um empregado, então se estará diante de instrumentos irresponsáveis.

Os empregados, como instrumentos e, ainda que irresponsáveis, são autores lógico-gramaticais, porque praticam os atos executivos¹⁶³.

E, como são instrumentos irresponsáveis, a empresa que os mobilizou com a intenção de que o crime se consumasse é autora mediata¹⁶⁴.

A mera decisão da empresa ou mesmo sua tramitação interna não são atos executivos da construção irregular, de acordo com esta perspectiva, que exige uma manifestação positiva de colocação em marcha dos instrumentos que conduzirá à consumação do fato delitivo¹⁶⁵. Ou seja, é quando os trabalhadores recebem a ordem que se inicia a tentativa e ambos: a empresa como autora mediata e os trabalhadores como autores/instrumentos podem ser caracterizados.

Os sócios, como foram todos contrários, não contribuíram para que o tipo de ação fosse realizado e, portanto, não seriam autores nem partícipes.

A empresa seria, assim, autora mediata e os empregados executores seriam autores ao seu lado, mas considerados instrumentos irresponsáveis.

Numa outra perspectiva que ignore a diferenciação de autor e partícipe, mas leve em conta a relevância das atuações na realização do sentido do tipo de ação, pode-se dizer que a atuação dos sócios é irrelevante. A atuação da empresa é a mais importante, porque dela partiu a decisão e a ordem de construção irregular.

Já a atuação dos empregados tem uma relevância relativizada e algo importante deve ser percebido: são vários empregados e está a se tratar de todos como um grupo, como se sua importância fosse necessariamente equivalente. Mais uma vez, a tentativa de criar parâmetros únicos nubla o caminho para a solução do problema. Como grupo, eles podem representar uma coisa completamente diferente do que cada um. Se eles não serão eventualmente responsabilizados em grupo, mas individualmente, tratá-los como grupo, na verdade, impede que se verifique a efetiva

¹⁶⁰MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: (...) Ob. Cit.*, p. 19.

¹⁶¹MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: (...) Ob. Cit.*, pp. 190 e 193 e 172.

¹⁶²MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: (...) Ob. Cit.*, pp. 198-201.

¹⁶³MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: (...) Ob. Cit.*, p. 160.

¹⁶⁴MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: (...) Ob. Cit.*, pp. 155-156.

¹⁶⁵MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: (...) Ob. Cit.*, pp. 150-151.

importância da atuação de cada um. Não se pode comparar aquele empregado que, no primeiro dia em que recebeu a ordem, cortou as araucárias centenárias com motosserra e aquele que foi contratado nos últimos dias da obra sem ter ideia do que havia acontecido antes e colocou as telhas sobre a construção quase finalizada. O primeiro contribuiu para a realização do sentido do tipo de ação, o segundo não, pois já havia uma construção (ele pode ter participado do exaurimento do crime, mas não da realização do tipo).

Agora, pode-se dizer que o primeiro empregado, que cortou as árvores, é mais importante que a própria empresa mesma que deu a ordem? Certamente não porque, apesar de sua conduta, do ponto de vista ontológico, corresponder a um ato executivo que corresponde ao tipo de construção irregular acima transcrito, certamente sua conduta representa algo menos relevante que a decisão da empresa de construir no local indevido sem autorização para a realização de um sentido de realização do tipo. Aqui há outro ponto-chave do que se quer chamar à atenção: ao mesmo tempo em que se compreende a realização do tipo de ação, compreende-se o que contribuiu para que ela acontecesse, independente do nome que se dá a essa contribuição. Se a responsabilidade dessas pessoas que contribuíram de alguma forma, ao final, remanesce porque satisfeitas as demais pretensões da norma, a importância dessa contribuição deve individualizar sua pena.

4.3. EXEMPLO 3: ADULTERAÇÃO E VENDA DE PRODUTO ALIMENTÍCIO NOCIVO À SAÚDE

Este caso trata do tipo previsto no artigo 272 do Código Penal brasileiro¹⁶⁶: corromper, adulterar, falsificar ou alterar substância ou produto alimentício destinado a consumo, tornando-o nocivo à saúde ou reduzindo-lhe o valor nutritivo. (...) Incorre nas penas deste artigo quem fabrica, vende, expõe à venda, importa, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo a substância alimentícia ou o produto falsificado, corrompido ou adulterado.

Suponha-se que o conselho de administração da Mévio S.A., grande indústria de panificação, formado por D, E e F, decide, numa reunião, por unanimidade, acrescentar um composto químico X ao pão e colocá-lo à venda. Na reunião, está presente também M, empresário individual que compõe um grupo econômico com a Mévio S.A., sendo o responsável por gerir as lojas que vendem os produtos da Mévio S.A. em shoppings. Combina com o conselho que colocará os pães mais macios à venda.

O composto químico X é vendido por G, um representante comercial autônomo, que, recebido pelo colegiado, explica que o produto deixa o pão macio por muito mais tempo, mostrando estudos sobre o tema. Não omite que, nesses mesmos estudos, consta que o produto X pode causar enfermidades graves em algumas pessoas, mas convence o colegiado de que os lucros gerados por vender pão macio por muito mais tempo compensam a preocupação com eventuais enfermidades que os consumidores possam ter.

Como os administradores ficaram convencidos e animados com a explicação, o colegiado decide alterar a receita do pão, acrescentando-lhe X. Na fábrica, o empregado responsável ajusta a máquina para acrescentar o novo ingrediente à receita, sem saber do que se trata. Semanas depois, o pão com X é colocado à venda nas lojas de M.

Analisa-se, assim, como se poderia solucionar o caso partindo da teoria diferenciadora proposta por Martínez-Buján Pérez.

Neste caso, aparecem, novamente, as figuras dos administradores que votam a favor da decisão de levar a cabo a conduta delituosa. O simples voto no

¹⁶⁶ Sobre este crime e outros relacionados, com a análise do bem jurídico protegido, da relação de especialidade e do possível concurso entre eles: SÁ, P. P. *Responsabilidade pelo produto*, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2005.

sentido de adulterar a receita do pão, com o acréscimo do composto químico, não inicia ato executivo algum neste caso. Depois da votação, a decisão nesse sentido também está numa fase anterior à tentativa e, portanto, se a decisão não fosse executada, não haveria nem tentativa e, conseqüentemente, nem autor nem partícipes, sendo irrelevante a conduta de G, inclusive (ao menos para este tipo penal).

A decisão, contudo, foi cumprida. O empregado responsável pela máquina que porciona e mistura os ingredientes, acrescentou à receita, conforme memorando que recebeu, o composto químico X. Como já havia tantos compostos, tantos aditivos, tantos produtos cujo nome técnico sequer compreendia, nem suspeitou que estaria colocando ali um produto que poderia fazer mal à saúde de quem comesse o pão.

É, assim, instrumento, seja porque alienado da decisão tomada, seja porque desconhecia o potencial maléfico do composto que estava adicionando¹⁶⁷ (se o erro for inescusável, ele deixaria de ser instrumento¹⁶⁸).

O empregado seria, assim, autor, no sentido lógico-gramatical, mas irresponsável penalmente, porque mero instrumento.

Porém, a empresa, ao fazer chegar nele a ordem, mobilizando-o, deu início aos atos executivos. Lembra-se que se parte da ideia de que a tentativa no caso de utilização de instrumentos é identificada, por Martínez-Buján, pelo momento em que se mobiliza a pessoa da frente, o instrumento¹⁶⁹. A partir daí, identifica-se a autora – mediata –, que seria a empresa. Ela tomou a decisão de assim proceder e deu início aos atos executivos quando seu empregado recebeu a ordem de acrescentar X à receita. Pode-se apreender, daí, o sentido do tipo de ação de adulteração de produto alimentício.

O sentido do tipo de ação também foi realizado pelo empresário individual, parte do grupo econômico, M. Apesar de se tratar de verbos diferentes – adulterar e vender –, “aquele que comete o crime do caput e comete o crime do § 1º-A terá realizado um único delito, pois se trata exatamente do mesmo perigo concreto”¹⁷⁰.

Dessa maneira, pode-se constatar que ambos realizaram atos executivos próprios do tipo de ação. Além disso, Mévio S.A., por meio de seu conselho, e M estão mutuamente cientes de que cada um realiza uma ação que, ao fim, corresponde a um todo orgânico. Estão presentes tanto o elemento objetivo quanto o subjetivo da coautoria.

M seria, assim, coautor, e a Mévio S.A. seria, na verdade, coautora mediata. E com as condutas dos coautores, há condutas acessórias.

Seus administradores, nessa hipótese, contribuíram para que realizasse o tipo de ação. Como houve, no mínimo, tentativa (ao fim, se consumou o delito), as condutas dos partícipes passam a ter relevância.

Da mesma forma que no exemplo anterior, os administradores que votaram a favor da realização do tipo de ação seriam partícipes porque não realizaram nenhum ato executivo, mas contribuíram para que eles acontecessem.

Há, ademais, uma outra figura, que é G, o vendedor autônomo que os convenceu a comprar o produto X e adulterar a receita do pão. Ele também seria partícipe, pois induziu o colegiado e, em última análise, a empresa, a tomar a decisão de adulterar e vender o pão com o aditivo nocivo. Como há coautores, sua conduta acessória, de partícipe, é relevante.

Numa outra perspectiva que ignore a diferenciação de autor e partícipe, mas leve em conta a relevância das atuações na realização do sentido do tipo de ação, pode-se dizer que a atuação de G, que ofereceu o composto químico e fez com que todos os demais atuassem é bastante importante. Também é assim a atuação de

¹⁶⁷MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: (...) Ob. Cit.*, pp. 180 e 198-201.

¹⁶⁸MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal(...) Ob. Cit.*, pp. 178 e 209.

¹⁶⁹MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: (...) Ob. Cit.*, pp. 151-152.

¹⁷⁰BUSATO, P. C. *Direito penal: parte geral*, Grupo GEN, São Paulo, 2020, p. 218.

cada um dos membros do conselho da Mévio S.A., cujos votos contribuíram para se chegar à decisão final. As atuações mais importantes parecem ser a da Mévio S.A. e a de M, que efetivamente decidiram cometer o crime em conjunto. E, neste ponto, está a chave de algo que se tratará adiante: a atuação da Mévio S.A. e de M, com suas decisões de colocar em perigo a saúde dos consumidores, têm certamente o maior nível de importância entre todas desse caso. E elas não perderiam importância alguma se o empregado que colocasse o composto X no pão, seu instrumento, estivesse ciente de que produto está colocando (saindo da situação de erro em que foi colocado no exemplo). Esse empregado tem uma conduta que tem relevância para a realização do tipo de ação, mas já bem menos expressiva que de qualquer das pessoas mencionadas antes.

5. ANÁLISE DOS RESULTADOS E CRÍTICA

Nos tópicos anteriores, buscou-se solucionar diferentes casos, com diferentes tipos de ação e com diversas combinações de condutas de uma pessoa jurídica com pessoas físicas, com base no desdobramento da ideia de autoria que faz Martínez-Buján Pérez, baseado na teoria significativa da ação.

Ocorre que, ao fazer esta análise, além do resultado da aplicação dos delineamentos teóricos de Martínez-Buján sobre autoria mediata, coautoria e participação nas atividades empresariais, surgiram algumas outras reflexões sobre o concurso de pessoas, que colocam em xeque alguns dos resultados oferecidos por este desenvolvimento da teoria.

As questões que se põem ao intérprete do Direito penal exigem o uso de lentes principiológicas, que se referem aos princípios que se consideram mais caros (aqui, neste trabalho, sobressaem a legalidade e a culpabilidade).

Ao solucionar os casos que se propuseram acima, percebeu-se que, em alguns momentos, essas lentes foram esquecidas. Apresentam-se as razões dessa constatação.

O estudo da concepção significativa da ação partiu da ideia de que, para cada tipo de ação e a depender de cada contexto, pode-se obter resultados diferentes para quem é autor e quem é partícipe. Isso é uma consequência natural do ponto de partida teórico da ação significativa: não há um supraconceito de ação, porque se reconhece que cada uma tem um sentido diverso (ainda que possa se assemelhar a outras com um mesmo ar de família¹⁷¹) e não há um conceito único e genérico de autor¹⁷². Isso se evidenciou na solução dos problemas propostos, em que, a depender do tipo de ação e do contexto, pessoas em situações semelhantes ocuparam posições diferentes.

Assim, não há como desenvolver, previamente, critérios fixos, gerais e abstratos de um conceito de autor mediato, de coautor e de partícipe. Se não se pode conceituar o autor porque não há uma característica comum a todos os autores, não há como conceituar um autor qualificado como mediato, nem um que é autor com outro e, tampouco, o partícipe, que dele depende. É inviável traçar conceitos prévios, como numa teoria geral da autoria e da participação, partindo da concepção significativa da ação.

Mas, da mesma forma que, sem um conceito, se reconhece um tipo de ação e se reconhece um autor, como aquele que a realiza, é possível reconhecer quem realiza o sentido por meio de outrem, aqueles que realizam o sentido em conjunto e aqueles que participam, de forma acessória, na realização desse sentido. O sentido é indivisível¹⁷³ e é nessa inteireza que é compreendido, não importa quantas pessoas tenham o realizado.

Como explica Górriz,

¹⁷¹VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, p. 228.

¹⁷²GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de (...) Ob. Cit.*, p. 434.

¹⁷³GÓRRIZ ROYO, E.M. *El concepto de autor (...) Ob. Cit.*, p. 77.

... si no existe un sentido general que pueda definir en todo caso el concepto de acción, sino una multitud de conductas de las que, respectivamente, cabe extraer concretos sentidos, tampoco puede haber un concepto que, con carácter general, nos indique quién realiza dicho sentido.¹⁷⁴

Então, o que se deve fazer não é tentar construir um conceito, mas é buscar “quién realiza el sentido de la acción que se desprende del tipo previsto en la ley”¹⁷⁵. Consequentemente, a busca de quem realiza esse sentido por meio de outra pessoa, ou de quem realiza esse sentido junto com outra pessoa, ou de quem participa da realização desse sentido é muito semelhante. Não há outros parâmetros que devam ser criados para essa identificação. Deve-se compreender o sentido dessas manifestações que, pelas regras que regem o uso da linguagem¹⁷⁶, nos permitem identificá-las.

Essas regras de uso da linguagem permitem também identificar algo mais. Sem que saibamos se alguém seria conceitualmente definido como autor, partícipe ou quaisquer das várias figuras que vão aparecendo nas leis e nas teorias (como o instrumento, o homem de trás, o cooperador etc.), as regras de uso da linguagem permitem compreender a importância da atuação de cada um que contribuiu para a realização do sentido expresso no tipo de ação.

Seguindo este raciocínio, a conclusão é de que não é preciso criar, nem buscar conceitos de autor mediato, de coautores e nem de partícipes. É preciso delimitar quem são esses intervenientes no contexto a fim de que se possa, conforme a lei, atribuir a eles responsabilidade desta ou daquela forma.

Deste exato ponto, segue uma outra questão: é realmente preciso diferenciar um do outro?

Nos sistemas diferenciadores, não há questionamento sobre isso. Se a lei impõe uma diferenciação, é evidente que a imputação parte dela. Mas nos sistemas unitários (ou pretensamente unitário, como o brasileiro), percebeu-se que não há esta necessidade.

Diz-se que, ainda que o sistema legal seja unitário e não exija essa identificação, no momento da aplicação da pena, ela deveria ser feita para garantir uma reprovação adequada¹⁷⁷. De fato, quando se analisaram os sistemas unitários e os diferenciadores, foi mencionado que, tradicionalmente, o sistema unitário é visto como um sistema autoritário, porque parte do mesmo marco penal para todos os intervenientes no crime. O sistema diferenciador, por sua vez, é visto como um sistema mais garantista e democrático, porque, já de plano, permite que se diferencie a conduta do autor e do partícipe, atribuindo a cada um deles um marco de pena próprio, que permite que aquele interveniente de menor importância não parta de um mesmo marco penal daquele interveniente cuja atuação foi mais relevante.

Esse resultado mais satisfatório parece, à primeira vista, estar atrelado justamente à diferenciação entre autor e partícipe, ou seja, supostamente é esta

¹⁷⁴GÓRRIZ ROYO, E.M. *El concepto de autor (...)* Ob. Cit., p. 440.

¹⁷⁵GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor (...)* Ob. Cit., p. 441.

¹⁷⁶VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...)* Ob. Cit., p. 229.

¹⁷⁷ Além das referências que já haviam sido indicadas no tópico que analisou o “sistema” legal brasileiro, que entendem salutar a diferenciação (GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; BUSATO, P. C.; CABRAL, R. L. F. *Compêndio de direito penal brasileiro: parte geral*. Tirant lo Blanch, São Paulo, 2017, p. 272 e, sob outro prisma, GRECO, L.; TEIXEIRA, A. “Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no Direito penal brasileiro”. Em VV. AA. (GRECO, L.; LEITE, A.; TEIXEIRA, A.; ASSIS, A.), *Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, Marcial Pons, São Paulo, 2014, p. 47-80), também, por exemplo, BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito penal: parte geral*, 27. ed, Saraiva, São Paulo, 2021, p. 200.

diferenciação que refletiria uma garantia de um resultado mais justo na aplicação da pena.

Ocorre que um olhar mais atento revela que a essência do que se busca não é a diferenciação com marcos penais diversos, mas é que, para intervenções mais relevantes seja atribuída uma pena mais gravosa que para intervenções menos relevantes, que merecem pena mais branda.

Isso fica muito claro quando se percebe quais os mecanismos que cada uma das concepções estudadas usa para, ao mesmo tempo em que se mantém fiel às suas premissas, alcançar o resultado que espera quanto à pena das intervenções que considera mais gravosas.

Veja-se, por exemplo, o caso em que há alguém responsável por trás de um executor também responsável.

Nesses casos, a teoria do domínio do fato, mais difundida, recorre à ideia dos aparatos organizados de poder, em que, se uma ordem cujo cumprimento é entregue a executores fungíveis, não teria havido apenas instigação, mas autoria mediata dos fatos realizados¹⁷⁸. O domínio do fato é um conceito aberto, a partir do qual, em grupos de casos, criam-se parâmetros. Obedecidos os parâmetros criados para estes grupos, consegue-se identificar, mesmo em casos de executores responsáveis (autores, portanto), também um autor por trás (mediato, o chamado homem de trás). A ideia de domínio do fato serve como uma ferramenta para chegar no resultado esperado: que uma intervenção que se considera relevante no crime, a desse homem de trás, receba uma pena condizente, ou seja, tão gravosa quanto se considera a relevância de sua atuação. A relevância, no caso, para esta teoria, passa a estar vinculada à ideia de autoria (uma conduta mais relevante deveria equivaler à autoria) que, conseqüentemente, partiria de uma ideia de pena maior que uma de participação.

Martínez-Buján Pérez soluciona o problema de maneira diversa. Como parte do pressuposto de que o autor é delimitado em sentido lógico-gramatical, somente seria autor aquele que pratica atos executivos relacionados ao tipo de ação. E, como visto, nesse ponto, faz uma importante diferenciação: é autor mediato apenas aquele que atua por meio de um instrumento, o que pressupõe a irresponsabilidade deste último e a vinculação do início dos atos executivos pelo autor mediato com a mobilização do instrumento para realização do tipo de ação. Quando se atua por meio de um executor responsável, o início da execução muda de lugar, tanto no aspecto subjetivo como no aspecto temporal. Nesses casos, para Martínez-Buján, o início da execução está vinculado ao executor responsável, que realizará o sentido do tipo de ação. E, nessa hipótese, a figura do homem de trás muda: ele deixa de ser autor mediato e passa a ser um partícipe, porque não teria, nesse caso, realizado nem uma tentativa, ou seja, não teria realizado algum ato executivo. Ocorre que, para Martínez-Buján¹⁷⁹, esse partícipe é um cooperador necessário ou indutor o que, na legislação espanhola, leva à aplicação de uma pena equivalente à de autor¹⁸⁰.

A teoria do domínio do fato cria parâmetros que constroem a ideia de um autor onde não houve execução imediata pela pessoa. Já no desenvolvimento da concepção significativa, por Martínez-Buján, considera-se esta pessoa um partícipe que merece a pena de um autor.

Isso significa que, apesar dos diferentes caminhos que cada concepção percorreu para identificar se a pessoa atrás do executor responsável era um autor

¹⁷⁸GRECO, L.; LEITE, A. "A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. Autoria e participação no projeto de Código Penal (PLS 236/2012)". Em VV. AA. (GRECO, L.; LEITE, A.; TEIXEIRA, A.; ASSIS, A.), *Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, Marcial Pons, São Paulo, 2014, p. 27.

¹⁷⁹MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: (...) Ob. Cit.*, p. 190.

¹⁸⁰BERENGUER, E. & GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de Derecho penal: parte general*, 8. ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 296.

ou um partícipe, ambos convergem na conclusão de que essa pessoa merece o maior marco penal previsto no sistema.

Tal fato levanta, com relação à concepção de Martínez-Buján, duas questões importantes e que já foram opostas por Vives Antón¹⁸¹, à teoria do domínio do fato.

Primeiro, a necessidade de se recorrer a critérios judiciais. Usando a sua concepção, esse recurso não se daria para identificar o autor ou o partícipe, uma vez que parte de uma premissa firme de que somente é autor quem realizou, no mínimo, tentativa, ou seja, algum ato executivo, sendo partícipes os demais intervenientes sem esta característica. O recurso aos critérios do juiz, porém, se dá, depois, quando é preciso definir entre os tipos de cooperação. É inegável que, apesar de estar fortemente vinculado à perspectiva lógico-gramatical e de defender de forma expressa que a verificação da autoria é diferente da aferição da responsabilidade e do merecimento de pena, acaba por reconhecer, em determinados pontos, que o partícipe merece a mesma pena de autor, ou seja, deve partir de um marco penal mais gravoso. É o que faz claramente na hipótese acima, da autoria mediata. Assim, ainda que, em princípio, pareça estar muito mais vinculado a critérios seguros e exclusivamente legais para definição do autor e do partícipe, em algum momento também relega à apreciação do intérprete, a questão de se deve seguir o marco penal gravoso de autor ou o marco penal brando de partícipe. Faz isso quando explica que haverá hipóteses em que, lógico-gramaticalmente, o interveniente não é autor, mas é cooperador necessário. Na legislação espanhola, a figura do cooperador necessário é a de um partícipe que parte do mesmo marco penal de autor¹⁸². Com isso, admite, por um lado, que o que realmente importa, ao fim, é o quanto se considera importante a contribuição de alguém e, por outro, relega ao juiz esta aferição, na medida em que a diferença entre um cooperador necessário (que parte do marco penal de autor) e de um cooperador simples (que parte do marco penal de cúmplice) é extraordinariamente complexa na prática¹⁸³.

A segunda crítica – que à sua construção também é oponível, na mesma toada da teoria do domínio do fato – é a de que acabou se preocupando com tantos critérios para que a teoria “fechasse” em todos os pontos, que acabou se afastando do pressuposto de observância legal. O que aparece já, de plano, é a identificação do autor seguidamente relacionada ao início dos atos executivos. Ainda que a perspectiva seja válida para a aferição, por exemplo, de se é preciso perquirir sobre autoria e participação se o crime sequer chegou a ser tentado, ela acaba se sobrepondo ao critério essencial que havia sido traçado por Górriz Royo e que estava verdadeiramente atrelado ao cumprimento do princípio da legalidade: o de verificar a autoria como a realização do sentido do tipo de ação. Não é que a tentativa não seja importante, é que o foco nos atos de execução em detrimento da realização do sentido também acaba criando uma dependência ontológica que havia sido abandonada quando se falou que a ação era o sentido e que isso deveria ser uma premissa inafastável de toda a análise.

Outro ponto em que se percebe a prevalência dos critérios teóricos é o da diferenciação da autoria mediata (com o instrumento irresponsável) com o do partícipe indutor/cooperador necessário (atrás do executor responsável).

Vives Antón¹⁸⁴ explica que a suposta impossibilidade de explicar a autoria mediata decorre justamente de uma confusão entre atos executivos e atos

¹⁸¹ VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, pp. 783-789.

¹⁸² ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de Derecho penal: parte general*, 8. ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 145.

¹⁸³ ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Introducción al Derecho penal: parte general*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 145.

¹⁸⁴ VIVES ANTÓN, T. S. *Libertad de prensa y responsabilidad criminal: la regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta*. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1977, p. 181-186.

consumativos¹⁸⁵. De fato, como afirma, é difícil imaginar que o autor mediato leve a cabo os atos consumativos da respectiva figura legal. Os atos consumativos normalmente correspondem ao instrumento. Porém, como lembra, os atos executivos não são necessariamente consumativos e, ainda assim, não perdem seu caráter típico. Exemplifica com um caso em que uma mulher resolveu ministrar veneno ao ex-marido, entregando à empregada deste um pó, mentindo que se tratava de um “pó do amor” e lhe pedindo que o colocasse na sopa de seu ex-marido. Vives mostra que, neste caso, a mulher, ao entregar o veneno para a empregada colocar na sopa, deu início aos atos executivos, da mesma forma que teria dado início aos atos executivos se ela mesma tivesse entregado o pó ao próprio ex-marido dizendo-lhe que era um condimento. Evidencia, ainda, que esta situação é muito diversa de uma hipótese em que tentasse convencer a empregada a usar o veneno. Então, conclui que o autor mediato também toma parte direta na execução do fato, pois sua conduta tem relação direta com a tentativa do delito que pretende realizar¹⁸⁶.

Neste caso, a cozinheira foi induzida em erro. Pressupondo que o erro fosse escusável, a cozinheira seria irresponsável e, com base na construção de Martínez-Buján, a ex-esposa seria autora mediata. Como a autoria mediata está vinculada à colocação em marcha do instrumento, a tentativa corresponderia ao momento em que a cozinheira foi mobilizada para a tarefa pela ex-esposa, não importando se, depois disso, a empregada desistiu, se o vidro de pó caiu etc. para se considerar autora a ex-esposa, no mínimo, da tentativa.

Se, por outro lado, a cozinheira tivesse consciência de que se tratava de veneno, a mulher nunca seria considerada autora porque, neste caso, não se consideraria que ela usou um instrumento e, portanto, a mesma conduta de entregar o veneno para que a empregada o colocasse na sopa seria um mero ato preparatório, especialmente ao imaginar que a cozinheira, a seguir, desistisse. Como, nessa situação, se consideraria que somente a cozinheira poderia realizar atos executivos, o mesmo ato de pedir para que colocasse o pó na sopa teria um sentido diverso, de mera participação e deslocaria no tempo e com relação ao sujeito o momento da tentativa. No primeiro caso, a tentativa ocorreria com a mobilização da cozinheira, pela ex-mulher, para colocar o pó na sopa. No segundo, a tentativa ocorreria quando a cozinheira adicionasse o pó à sopa. Antes disso, não haveria autora e a ex-mulher não seria punida, uma vez que, sendo partícipe, a relevância de sua atuação estaria vinculada a algum ato executivo da cozinheira.

Acrescenta-se, ainda, um grão de sal (ou de veneno) a este exemplo: e se a cozinheira não soubesse que era veneno quando este lhe foi entregue, mas tivesse percebido isso antes de colocá-lo na sopa? Ela seria instrumento ou seria executora responsável? A ex-esposa trocaria de posição no momento em que ela percebesse? Em que momento teria começado a tentativa?

No início do trabalho, foi pontuado que muitos dos exemplos partem dos crimes mais comuns e de condutas exclusivas de pessoas físicas e que isso faz com que, toda vez que tenha que se analisar um cenário de atividade empresarial, a tarefa pareça inusitada e difícil. Por isso, estende-se aqui a análise aos cenários de atividade

¹⁸⁵Nesse mesmo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 29. É por essa razão também que Martínez-Buján acrescenta que é preciso afastar-se da noção da teoria objetivo-formal na concepção que considera que pode ser autor qualquer pessoa que leva a cabo uma conduta que, causalmente, influa no resultado. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 78.

¹⁸⁶VIVES ANTÓN, T. S. *Libertad de prensa y responsabilidad criminal: la regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta*. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1977, p. 180-189.

empresarial. Nos casos dos exemplos que foram usados para trabalhar a concepção de Martínez-Buján, percebe-se que os problemas são os mesmos.

No caso da adulteração do pão: a autoria da empresa deveria depender do conhecimento ou não do empregado que alterou a receita na máquina? Se o empregado que fez a alteração for trocado por uma bioquímica que reconhece a fórmula de X, a empresa deixa de ser autora e se torna partícipe? E como ficaria M, seu coautor? Continuará sendo coautor, agora da bioquímica, ou será mais um partícipe?

Percebe-se, com isso, que foram criados critérios que se afastam da ideia de que é autor aquele que realiza o sentido que se desprende do tipo penal¹⁸⁷, pois não é concebível que o sentido de realização do tipo de ação por essas pessoas de trás mude a cada vez que muda alguma questão relativa à responsabilidade da pessoa da frente.

Nota-se, também, que a tentativa e a consequente identificação do autor mediato acabaram por ficar vinculadas a um critério estático, o do momento de mobilização do instrumento. Mas se são diferentes os sentidos dos tipos de ação, criou-se um critério que não se vincula ao sentido do tipo de ação.

Além disso, esses critérios, como construídos, afastam-se da premissa de análise lógico-gramatical da autoria. Se é preciso verificar a responsabilidade ou não do homem da frente, a relação já não é mais lógico-gramatical, mas já passou a se preocupar com outras pretensões da norma e, ao fim, a preocupação, que deveria originalmente ser apenas com relação à objetividade da pretensão de relevância, se estendeu por toda a aferição de responsabilidade. Não bastasse, se é preciso fazer toda essa análise que excede a perspectiva lógico-gramatical, não se buscaria mais o significado que se expressa na ação e que permite identificar o autor quem a realiza, mas se buscariam outros critérios tanto ontológicos como normativos para sua identificação, escapando da simplicidade de observar o princípio da legalidade.

Além disso, em alguns momentos, a relação de acessoriedade parece se converter em uma relação de subordinação. A participação da pessoa de trás que, por vezes, já é bastante relevante num cenário real, depende – só nos casos de pessoa da frente responsável – de que esta atue. Porém, imagine-se um prefeito que tentou fraudar a licitação usando de um funcionário público que percebeu o problema e cessou a continuidade do procedimento. A atuação do prefeito não teria relevância alguma porque o autor lógico-gramatical (o funcionário responsável) não deu início aos atos executivos? Mas já não haveria a compreensão de que houve tentativa do sentido de ação, quando ele, após combinar a fraude com terceiro tentou movimentar a máquina pública para atingir o resultado? Há uma relação invertida de subordinação, em que uma contribuição bastante importante passa a ter sua relevância subordinada à atuação de outrem.

Percebe-se que, no desenvolvimento dessas teorias diferenciadoras, houve diversos momentos em que foram esquecidas aquelas lentes que deveriam sempre ser usadas para resolver os problemas. Constata-se um apreço maior à teoria e à uma pretensão de perfeição técnica, que leva ao cientificismo¹⁸⁸ e afasta-se da pretensão de justiça¹⁸⁹.

De tudo isso, extraem-se algumas conclusões.

A constatação de que o desenvolvimento da ideia de autoria e participação feito por Martínez-Buján Pérez não oferece o rendimento esperado, deve reconduzir à atenção aos postulados básicos que traçou Górriz Royo para a autoria como realização do sentido do tipo de ação, que estão firmemente atrelados ao cumprimento do princípio de legalidade.

¹⁸⁷ GÓRRIZ ROYO, E.M. *El concepto de autor en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 441.

¹⁸⁸ BUSATO, P.C. "Crítica à ciência jurídico-penal a partir da linguagem wittgensteiniana", *Revista de estudos criminais*, v. 19, n. 78, 2020, p. 103-129.

¹⁸⁹ VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, p. 490.

O outro princípio que deve guiar a solução desses problemas é o da culpabilidade. E, aqui, dentre as inúmeras garantias que dele decorrem, destaca-se a de “dotar de dimensão pessoal a imputação de responsabilidade” e “da pena”¹⁹⁰. Nota-se que, quando se coloca, como dito acima, que a diferenciação entre autor e partícipe são a solução para o problema de se atribuir a adequada responsabilidade a cada um dos intervenientes do crime é ao princípio da culpabilidade que se faz referência, no sentido de que o que se pretende é que a responsabilidade e a pena da pessoa sejam efetivamente condizentes com o fato, ou melhor, com a sua contribuição para o fato.

Percebeu-se, porém, que a essência dessa diferenciação se refere de forma muito mais forte e sensível à diferença da relevância da intervenção e uma pena a ela proporcional, que propriamente à diferenciação entre autor e partícipe.

Tanto é assim que as diferentes teorias vão se construindo e se moldando de forma a justificar como contribuições que são mais importantes podem ser consideradas autoria e como contribuições menos relevantes e mais marginais podem ser consideradas participação. E, quando em construções, como a de Martínez-Buján Pérez, a perspectiva lógico-gramatical atribui ao instrumento a qualificação de autor e ao homem de trás a qualificação de partícipe nos casos do homem da frente responsável, necessariamente se segue a isso uma correção, um ajuste: o instrumento é autor, mas não nos preocupemos, ele não é responsável; o homem de trás é partícipe, mas não nos preocupemos, ele receberá a mesma pena de autor. Claro que essa acomodação não acontece só na sua construção. Toda a ideia de domínio do fato busca traduzir a sensação de quem é importante – central – deve ser autor por meio de um critério supralegal. E, ao fazer isso, o que ambas construções buscam é justificar que o que se considera como uma intervenção mais importante deve merecer uma pena maior.

Tal forma de proceder, antes de confirmar a necessidade de se diferenciar o autor e o partícipe em sistemas que seriam, em princípio unitários, como o brasileiro, a fragiliza. Porque, se ao fim, o que interessa é dar uma pena mais gravosa àquela contribuição que se considera mais importante e toda a construção que se faz para diferenciar autor e partícipe, ou trabalha para colocar o autor nessa posição principal, ou trabalha para que o partícipe nessa posição principal tenha a pena de autor, então, se reconhece, ao fim, que o que importa não é a diferenciação conceitual de autor e partícipe, mas a adequada atribuição de pena de acordo com a relevância da contribuição.

A questão está muito mais relacionada a uma necessidade político-criminal de atribuir penas diferentes a intervenções diversas na realização do tipo de ação, que com qualquer delimitação teórica e dogmática sobre as formas de contribuição. Afinal, o papel da dogmática não é de se retroalimentar para conseguir as soluções mais lógicas de um ponto de vista interno, mas, sim, de ser coerente com os anseios político-criminais, dando soluções racionais.

Dessa forma, partindo da ideia de que a autoria deve ser reconhecida como a realização do sentido do tipo de ação e que esse sentido, por vezes, se compreenderá não pela análise do que uma pessoa fez, mas do que várias pessoas fizeram em conjunto, é possível se pensar num ponto de partida unitário que respeite o princípio da legalidade. E, ao atribuir a cada uma dessas pessoas penas que são diferentes de acordo com o que se considera uma contribuição mais ou menos importante, depois de aferida sua responsabilidade, será respeitado o princípio da culpabilidade.

Outra consequência disso é que a faceta autoritária dos sistemas unitários não está vinculada à não diferenciação entre autor e partícipe, mas à não diferenciação entre as penas que recebem intervenções que se consideram

¹⁹⁰ BUSATO, P.C. *Fundamentos para um Direito Penal Democrático*, 5. ed, Atlas, São Paulo, 2015, p. 209.

relevantes e contribuições menos importantes. Numa alternativa como a que se enxerga aqui, esse caráter autoritário não mais existiria.

Outrossim, frisa-se que, por mais que se tente colocar garantias legais em todo esse caminho da responsabilidade penal para evitar que nele se interponham teorias ou de que nele prevaleça o sentimento de justiça material do juiz, sempre haverá pontos que não foram completamente cobertos pelas amarras legais e que, em algum momento, deixarão o caminho aberto a interpretações próprias. O que é preciso para evitar discricionariedades e arbitrariedades é que, nestes pontos, não se esqueçam aquelas lentes principiológicas pelas quais devem ser vistos todos os problemas do Direito penal, oferecendo argumentos racionais que busquem uma pretensão de justiça¹⁹¹.

5. CONCLUSÃO

Os exemplos estudados demonstram que a atuação da pessoa jurídica é sempre permeada de atuações de pessoas físicas, fazendo necessário o estudo sobre a distribuição da responsabilidade penal.

Para isso, foi preciso analisar qual seria o sistema de concurso de pessoas utilizado no Código penal brasileiro. Apresentaram-se, assim, as linhas gerais dos sistemas unitários (que não diferenciam os marcos penais das diversas contribuições para o crime) e diferenciadores (que partem de um marco penal diferente para autores e partícipes) e como a doutrina brasileira compreende o cenário legislativo. Como se parte da ideia disseminada de que o sistema diferenciador, por conter marcos penais diversos para as diferentes contribuições dos intervenientes, é mais garantista e democrático, a doutrina defende que, frente às disposições legais brasileiras, é preciso utilizar uma teoria diferenciadora, pois não é de todo repelida pelo código e ofereceria resultados mais salutares.

Seguindo essa ideia, apresentou-se a teoria objetivo-formal, que é a base do desenvolvimento da perspectiva de autoria da ação significativa. A teoria objetivo-formal está vinculada ao critério de identificar o autor como aquele que realiza o tipo (o verbo núcleo do tipo) e recorre, inclusive, aos tipos da parte especial para explicar a autoria. Na perspectiva da ação significativa, quem desenvolveu o tema do conceito de autor, ou melhor, da inexistência de um conceito de autor foi Górriz Royo, cuja obra serviu de base para compreender a delimitação de autor. Nessa concepção, como não existe um supraconceito de ação, porque cada ação tem um sentido, é impossível reuni-las sob um único conceito, tampouco há um conceito de autor. Se somente se compreende o autor por meio da ação realizada e os sentidos são tantos quantos são as ações, seria inviável buscar um ponto comum que conceituasse o autor. O que é possível é delimitá-lo no caso concreto, compreendendo quem realizou o sentido que se desprende do tipo de ação. Essa contribuição de Górriz Royo está firmemente conectada à premissa de que a ação não é o substrato de conduta, mas é o sentido. Essa constatação de que o autor é quem realiza o sentido do tipo de ação é imprescindível para se compreender a questão do concurso de pessoas, uma vez que, nele, há uma multiplicidade de condutas que, ao fim, somam-se para realizar o sentido do tipo de ação, que é indivisível.

Seguindo, assim, a necessidade, apontada pela doutrina, de que se utilizasse uma teoria diferenciadora para solucionar os problemas de concurso de pessoas, passou-se à análise do desdobramento teórico que propôs Martínez-Buján Pérez com relação a autoria mediata, coautoria e participação. Trata-se de um desenvolvimento baseado no marco teórico aqui proposto e que parte do sistema diferenciador espanhol. Como se trata de uma exploração teórica e se parte da ideia de que o sistema brasileiro reclama uma teoria diferenciadora para colmatar suas lacunas e afastar suas contradições, essa opção deveria ser testada.

¹⁹¹ VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, p. 489.

Foram traçadas as linhas gerais sobre as situações mencionadas de autoria mediata, coautoria e participação, inserindo nelas alguns matizes relativos à atividade empresarial, como o papel dos empregados subalternos, a importância da atuação de pessoas com poder de decisão na empresa e a diferente maneira de se interpretar o acordo mútuo entre uma pessoa jurídica e uma física (ponto em que a compreensão da ação como sentido auxilia bastante na solução do problema).

Assim, foram analisados casos hipotéticos de concurso na atividade empresarial, que tentaram mimetizar situações possíveis, a fim de testar como seriam os resultados aplicando o que propõe Martínez-Buján Pérez.

Desse exercício, foram se evidenciando alguns pontos bastante relevantes: a forte recorrência ao critério do início da tentativa para delimitação do autor sobrepôs-se à premissa da concepção significativa da ação de que a identificação do autor deveria se dar pela constatação de quem realizou o sentido do tipo de ação; a ideia de instrumento vinculada a um critério inafastável de irresponsabilidade penal causou distorções na identificação da pessoa de trás e no momento da tentativa; a necessidade de análise da responsabilidade do instrumento fez avançar às demais pretensões da norma, quando a identificação do autor deveria estar relacionada apenas à análise lógico-gramatical da pretensão de relevância; ao final, se criaram critérios e se buscaram soluções que se vincularam mais ao balanço técnico da teoria que à pretensão de justiça.

No entanto, a mais relevante das conclusões extraída desse exercício é que, de todos os exemplos, era possível identificar, sem recurso à classificação conceitual de autor ou partícipe, quais eram as condutas mais relevantes para a realização do sentido do tipo.

Analisando a essência das teorias diferenciadoras, percebeu-se que os mecanismos que utilizam para justificar o posicionamento de alguém como autor ou os ajustes que criam para elevar as penas dos partícipes e vice-versa têm origem na necessidade político-criminal de que as contribuições que se reconhecem como importantes sejam punidas de forma mais gravosa e de que as contribuições que se reconhecem como menos importantes sejam punidas de forma mais branda. Se é isso que importa ao final, todo o esforço dogmático de diferenciar o autor de um partícipe fica fragilizado e perde o sentido num ordenamento como o brasileiro. Não é preciso recorrer a uma teoria diferenciadora; é preciso apenas ter diretrizes de modulação de pena que permitam impor pena mais gravosa às contribuições mais importantes e pena mais branda às demais. Tais possibilidades, aliás, estão previstas em nosso ordenamento e, afinal, parece que ele, além de ser menos autoritário do que pretendia, também é menos insatisfatório do que comumente se diz.

Outrossim, poder-se-ia levantar a necessidade de criar critérios para delimitar a importância da contribuição de cada um dos intervenientes. Porém, dos exercícios feitos com os exemplos, este critério já ficou claro: é a compreensão da relevância da contribuição de cada um para o crime.

E como reconhecê-la? A importância da contribuição se reconhece da mesma maneira que se reconhece o sentido da ação: pelos usos, costumes e práticas sociais que permitem que se identifique, primeiro, que mais de uma pessoa, em conjunto, realizou o sentido de um tipo de ação e, segundo, se essa contribuição foi importante para aquele tipo, naquelas circunstâncias. Afinal, se não há um supraconceito de ação, nem um de autor, tampouco é possível construir uma teoria geral de autoria (e participação). Mas, se é possível, sem o conceito, compreender o sentido de uma ação e reconhecer o autor (ou os autores) que o realizaram, também é possível, pelos usos e práticas sociais, delimitar nos casos concretos a importância de suas contribuições.

Além disso, como visto acima, um sistema diferenciador, apesar de parecer, inicialmente, mais seguro, porque haveria menos espaço de decisão ao juiz quanto à imputação penal, sempre encontra a necessidade de acomodação de seus conceitos com relação à importância da contribuição, permitindo equiparações ou

abrandamento/agravamento de pena, por critérios legais ou supralegais teóricos. Ao fim, os sistemas acabam oferecendo essas possibilidades, ante a inexorável necessidade de adequação da reprovação. Não diferenciar o autor do partícipe e permitir, independente disso, o ajuste pode oferecer respostas político-criminais mais adequadas, desde que observados os princípios de aplicação da lei penal. Se o sistema não oferecesse qualquer espaço para o juiz adaptar as consequências ao caso concreto, bastaria um autômato para aplicar a pena e se fecharia qualquer espaço à sensibilidade necessária para interpretar o contexto.

De toda a exploração teórica construída, conclui-se que, tendo a ação significativa como base, é viável adotar uma perspectiva unitária na identificação dos autores que realizaram o sentido do tipo de ação desde que observada a relevância de suas contribuições como um critério de pena, o que oferece soluções satisfatórias tanto em cenários de concurso de pessoas em atividades empresariais, como em qualquer outro cenário. Essa solução respeita os princípios da legalidade, ao observar a realização do tipo de ação como premissa da imputação, e da culpabilidade, ao individualizar a pena independente da necessidade de subsunção conceitual, mas atenta à necessidade político-criminal de atribuir penas mais gravosas para as atuações mais importantes e mais brandas, às demais.

6. BIBLIOGRAFIA

- BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito penal: parte geral*, 27. ed, Saraiva, São Paulo, 2021.
- BLASCO PELLICER, Á. "La extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario", em: VV. AA. (GOERLICH PESET, J. M. dir.), *Derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- BRANDÃO, C. *Curso de Direito Penal: parte geral*, 2. ed, Grupo GEN, São Paulo, 2010.
- BRASIL. *Código penal*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em: 21 jan. 2024.
- BRASIL. *Exposição de Motivos nº 211, de 9 de maio de 1983*, disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>, acesso em: 21 jan. 2024.
- BUSATO, P.C. "Autoria e participação nos delitos de pessoas jurídicas: uma análise crítica da responsabilidade por ricochete adotada pelo Superior Tribunal de Justiça", em VV. AA. (CHOUKR, F. H.; LOUREIRO, M. F. & VERVAELE, J. org.), *Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica*, Vol. II, Fecomercio SP, São Paulo, 2014.
- BUSATO, P.C. "Crítica à ciência jurídico-penal a partir da linguagem wittgensteiniana", *Revista de estudos criminais*, v. 19, n. 78, 2020.
- BUSATO, P.C. *Direito penal: parte geral*, Grupo GEN, São Paulo, 2020.
- BUSATO, P.C. *Fundamentos para um Direito Penal Democrático*, 5. ed, Atlas, São Paulo, 2015.
- BUSATO, P.C. *La tentativa del delito: análisis a partir del concepto significativo de la acción*. Juruá, Lisboa, 2011.
- BUSATO, P.C. *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- BUSATO, P.C.; CAVAGNARI, R. "A teoria do domínio do fato e o Código penal brasileiro", *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 9, n. 17, jul./dez. 2017.
- CARDONA RUBERT, M.B. "El trabajador". Em VV. AA. (GOERLICH PESET, J. M. dir.), *Derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 109-138.
- CARBONELL MATEU, J.C. "Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", em VV. AA. (CARBONELL MATEU, J. C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. & ORTS BERENGUER, E. dir.). *Constitución, derechos*

- fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- CESTO, M. *Corresponsabilidade penal na atividade empresarial: coautoria e participação de pessoas físicas nos crimes cometidos por pessoas jurídicas*, Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2022.
- CESTO, M. "Resíduos autoritários em Direito penal: como encontrá-los?", em: VV. AA. (BUSATO, P. C. & SÁ, P.P. coord.), *Autoritarismo e controle social punitivo*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2021.
- CESTO, M. & BARÃO MARQUES FILHO, L. "A (ir)responsabilidade penal do *compliance officer* empregado por crimes da empresa", *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, v. 14, n. 27, 2023.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; BUSATO, P. C. & CABRAL, R. L. F. *Compêndio de direito penal brasileiro: parte geral*. Tirant lo Blanch, São Paulo, 2017.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GRECO, L.; LEITE, A. "A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. Autoria e participação no projeto de Código Penal (PLS 236/2012)", em VV. AA. (GRECO, L.; LEITE, A.; TEIXEIRA, A. & ASSIS, A.), *Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, Marcial Pons, São Paulo, 2014.
- GRECO, L. & TEIXEIRA, A. "Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no Direito penal brasileiro", em: VV. AA. (GRECO, L.; LEITE, A. & TEIXEIRA, A. & ASSIS, A.), *Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, Marcial Pons, São Paulo, 2014.
- MARTINELLI, J. P. "O Código penal e o Código de processo penal de 1941", *Revista Criminalis*, 1. ed., 2021.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *La autoría en Derecho penal: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- NETTO, A. V. S. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2018.
- LEIRIA, A. J. F. *Autoria e participação criminal*, 2. ed, Nuria Fabris, Porto Alegre, 2010.
- ORTS BERENGUER, E. & GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de Derecho penal: parte general*, 8. ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- ORTS BERENGUER, E. & GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Introducción al Derecho penal: parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- PRAZERES, A. & BUSATO, P. C. "Heterorresponsabilidade e autorresponsabilidade penal de pessoas jurídicas. Especial referência ao fato de conexão", em: VV. AA. (BUSATO, P. C. org.), *Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: anais do III seminário Brasil-Alemanha*, vol. II, Empório do Direito, São Paulo, 2020.
- ROXIN, C. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 9. ed, Trad. Joaquín Cuello Contreras, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- SÁ, P. P. *Responsabilidade pelo produto*, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2005.
- SANTOS, J. C. *Direito penal: parte geral*, 9. ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2020
- VASSALLI, G. "The Reform of the Italian Penal Code", *Wayne Law Review*, vol. 20, n. 4, jul. 1974, p. 1031-1072.
- VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

VIVES ANTÓN, T. S. *Libertad de prensa y responsabilidad criminal: la regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1977.

VIVES ANTÓN, T. S. "Prólogo", en: GÓRRIZ ROYO, E. M. *El concepto de autor en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

Cadernos de Direito Actual Nº 23. Núm. Extraordinário (2024), pp. 230-244
ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

La responsabilidad penal de la empresa absorbente en Brasil: consideraciones a partir del caso "Seara"

The criminal liability of the absorbing company in Brazil: considerations from the "Seara" case

Mariana de Aguiar Buerger¹

Universitat de València

Sumário: 1.Introducción; 2. El Caso "Seara": extinción de punibilidad por absorción; 2.1 Línea del tiempo: adquisición y absorción; 2.2. Contexto procesal; 2.3 La decisión final del Superior Tribunal de Justicia; 3. Operaciones societarias en especie: la absorción; 3.1 Consideraciones iniciales; 3.2 La sucesión en todos los derechos y obligaciones; 3.3 Extinción jurídica de la absorbida: ¿analogía a la muerte de la persona natural?; 4. Extinción de punibilidad de la empresa absorbida; 4.1 El régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas en Brasil; 4.2 Reglas de extinción de punibilidad: omisión del legislador; 4.3 Principio de culpabilidad y garantía de personalidad de la pena; 4.4 Alternativas en el derecho comparado; 5.Conclusiones; 6. Bibliografía.

Resumen: Este trabajo analiza críticamente la posibilidad de sucesión de la responsabilidad penal de la empresa absorbida por la empresa absorbente en Brasil, a partir del estudio del caso "Seara", juzgado por el Superior Tribunal de Justicia. Tras el examen del caso, el artículo discurre sobre los presupuestos de derecho privado que sustentan las operaciones de absorción y distingue entre la declaración de extinción de la absorbida y la muerte de la persona natural para fines penales. Finalmente, se analiza el sistema brasileño de responsabilidad penal de empresas y se investiga la compatibilidad entre una previsión legal específica de sucesión de responsabilidad, el principio de culpabilidad y la garantía constitucional de la no trascendencia de la pena.

Palabras-clave: Responsabilidad penal de empresas. Absorción. Punibilidad. Sucesión.

Abstract: This paper critically analyzes the possibility of criminal liability succession by the absorbing company, based on the study of the "Seara" case, judged by the Brazilian Superior Court of Justice. After examining the case, the article revises private law premises that underlie absorption operations and distinguishes between the declaration of extinction of the absorbed company and the death of the natural

¹Doctoranda en Derecho, Ciencia Política y Criminología (2023-2028) de la Universitat de València, Máster en Garantías Penales y Delitos Socioeconómicos por la misma institución, graduada en Derecho por la *Universidade Federal do Paraná*, Brasil. Abogada y consultora en programas de cumplimiento.

person for criminal purposes. At last, the article analyses the Brazilian corporate criminal liability system as well as investigates compatibility between a specific legal provision for succession of liability, the principle of guilt, and the constitutional guarantee of non-transcendence of punishment.

Keywords: Criminal liability of companies. Absorption. Punishability. Succession.

1. INTRODUCCIÓN

El legislador brasileño introdujo en la Constitución Federal de 1988 y, más específicamente, en la Ley n. 9605/1998² la responsabilidad penal de las personas jurídicas (RPPJ) para los delitos practicados contra el medioambiente. En este mismo diploma legal, están previstas las especies de penas para personas jurídicas, incluso las restrictivas de derechos, de servicios a la comunidad y de liquidación.

No obstante, nada dispuso el legislador sobre supuestos específicos de extinción de la punibilidad de la persona jurídica, tampoco de traslado o extensión de la responsabilidad penal en el contexto de operaciones de M&A. En consecuencia, bajo el actual régimen de RPPJ, la solución de casos depende de la interpretación de los tribunales por analogía al artículo 107 del Código Penal (CP), que dispone sobre la extinción de punibilidad de las personas naturales.

En ese escenario, el año 2022, el Superior Tribunal de Justicia declaró la extinción de punibilidad de la empresa Agrícola Jandelle S/A (Jandelle), que fuera absorbida por la empresa Seara Alimentos Ltda. (Seara) después del ofrecimiento de la denuncia, equiparando la absorción al supuesto del art. 107, I, CP, que determina la extinción de punibilidad cuando sobreviene la muerte del agente.

Bajo estas premisas y a partir del caso concreto, este artículo analiza preliminarmente la responsabilidad penal de la empresa absorbente, o aún, la extinción de la punibilidad o la transferencia de responsabilidad penal de la empresa absorbida. Para tanto, el primer capítulo discurre sobre los hechos narrados en el caso “Seara”, las operaciones de adquisición y absorción de Jandelle y los fundamentos de la decisión del Superior Tribunal de Justicia. Enseguida, el segundo capítulo examina los presupuestos de Derecho privado en los que se erguen las operaciones de absorción en Brasil. Al final, el último capítulo analiza propiamente la posibilidad de traslado de responsabilidad penal a la empresa absorbente y su compatibilidad con los principios de legalidad y de la personalidad de la pena, recurriendo al derecho comparado para soluciones legislativas o interpretativas.

2. EL CASO “SEARA”: EXTINCIÓN DE PUNIBILIDAD POR ABSORCIÓN

El año 2018, en agosto, la empresa Agrícola Jandelle S/A fue acusada por el Ministerio Público de la práctica del delito tipificado en el artículo 54, §2º, V, de la Ley n. 9.605/1998³. Según la denuncia, el día 17 de julio de 2008, la empresa habría causado contaminación mediante la liberación de residuos sólidos, consistentes en material particulado, derivado de maíz y soja, incumpliendo las exigencias establecidas en leyes y regulaciones, en cantidad suficiente para causar daño a la salud humana.

Cuando llegó el momento de responder a la acusación, el nombre “Jandelle” ya no existía más: la empresa fuera absorbida por Seara Alimentos Ltda., miembro del Grupo JBS, compuesto también por su última controladora, JBS Aves Ltda.

En este primer capítulo, se examinará la línea del tiempo de las operaciones de adquisición y absorción que envolvieron Jandelle a partir de la fecha de los hechos

²BRASIL. Ley n.º 9605/1998, disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm, acceso en: 10 feb. 2024.

³BRASIL. *Proceso n. 0000031-44.2012.8.16.0045/PR*, disponible en: <https://www.tjpr.jus.br/consulta-1grau-criminal>, acceso en: 25 feb. 2024.

denunciados, así como el desarrollo procesal del caso hasta la decisión final del Superior Tribunal de Justicia, que declaró extinta la punibilidad de la persona jurídica absorbida, por analogía al artículo 107, I, del Código Penal⁴.

2.1. LÍNEA DEL TIEMPO: ADQUISICIÓN Y ABSORCIÓN

El año 2008, Jandelle recibió un acta de infracción ambiental del “Instituto Ambiental do Paraná”, el órgano de fiscalización medioambiental del Estado de Paraná, donde operaba la empresa. Según el acta de infracción, Jandelle habría lanzado irregularmente partículas de maíz y soja, que habrían contaminado la atmósfera del municipio. Cuando realizada en nivel suficiente para que pueda resultar en daños a la salud humana, la mortandad de animales o la destrucción significativa de la flora, ese supuesto de polución atmosférica puede configurar el tipo previsto por el artículo 54 de la Ley n. 9.605/1998.

Seis años después, en noviembre de 2014, la empresa JBS Aves Ltda. (JBS Aves), del Grupo JBS, adquirió la totalidad de la participación societaria de Jandelle, pasando por tanto a ejercer control sobre la empresa adquirida. En esta primera operación de adquisición, no hubo la absorción de Jandelle por JBS Aves, sino simplemente la transferencia de integralidad de las cuotas de la primera a la segunda, de manera que Jandelle mantenía su personalidad jurídica, aunque controlada por JBS Aves.

Al final, en noviembre de 2018, dos meses después de la denuncia del Ministerio Público y diez años tras el acta de infracción ambiental, Jandelle, hasta aquel punto controlada por JBS Aves, fue absorbida por otra empresa del Grupo JBS: Seara Alimentos Ltda. En esta segunda operación, como veremos en el segundo capítulo, Agrícola Jandelle S/A fue declarada extinta, hecho que posibilitó que la empresa absorbente – o incorporadora – solicitase el reconocimiento de la extinción de su punibilidad.

2.2. CONTEXTO PROCESAL

La tesis de extinción de la punibilidad de Jandelle fue presentada por primera vez en el proceso por la absorbente Seara, al responder a la acusación en nombre de la empresa extinta⁵. En este momento, se alegó la ilegitimidad pasiva de la acción penal, puesto que la empresa acusada fuera extinta debido a la operación de absorción. Aunque el legislador no haya previsto específicamente la extinción de punibilidad de la persona jurídica en casos de escisión o absorción, se sostuvo la aplicación análoga del supuesto del artículo 107, I, CP, que determina la extinción de punibilidad cuando sobreviene la muerte del agente.

Tras una decisión desfavorable en primera instancia, Seara llevó el caso al examen del Tribunal de Justicia del Estado de Paraná por intermedio de un mandato de seguridad⁶. El Tribunal de Justicia, a su vez, aceptó las razones de Seara y declaró extinta la punibilidad de Jandelle, sostenido en dos fundamentos:

1. La operación de absorción implica la extinción de la empresa absorbida, lo que se puede equiparar a la muerte de la persona natural, para efectos de aplicación del artículo 107, I, CP;
2. Las penas son regidas por el principio de personalidad o intrascendencia, o sea, son intransferibles a terceros.

⁴Desde luego, es importante destacar que, por elección metodológica, no serán objeto de este estudio ninguna otra cuestión de hecho, tampoco de derecho material o procesal, sino únicamente la extinción de la punibilidad de la empresa absorbida y la posibilidad de transferir dicha responsabilidad a la empresa absorbente.

⁵Para una mejor comprensión general del proceso penal brasileño; BADARÓ, G.H. *Processo Penal*, 11^o ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2023.

⁶BRASIL. *Processo* n. 0038170-25.2020.8.16.0000/PR, disponible en: <https://www.tjpr.jus.br/consulta-2o-grau-nova>, acceso en: 25 feb. 2024.

De esa manera, según la interpretación del Tribunal local, si se extingue la absorbida, la absorbente es considerada, para fines penales, un tercero que no se puede responsabilizar por los hechos de la persona figurativamente “muerta”.

En oposición a dicha decisión, el Ministerio Público se insurgió con un recurso especial para que el Superior Tribunal de Justicia, guardián de las leyes federales en Brasil, se pronunciase sobre la correcta interpretación de los preceptos del artículo 107, I, CP, e de los artículos 4 y 24 de la Ley. 9.605/1998. Según el Ministerio Público, el principio de intranscendencia o personalidad de la pena debía restringirse a las personas naturales por su incompatibilidad con la naturaleza ideal de las personas jurídicas. Además, el recurso especial defendió que las sanciones patrimoniales, las que se aplican a las personas jurídicas, no estarían cubiertas por la garantía de intranscendencia.

2.3. LA DECISIÓN FINAL DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

El carácter inédito y absolutamente relevante de la materia atrajeron la atención del Superior Tribunal de Justicia, que transfirió la competencia para juzgamiento a la Tercera Sección, el colegiado criminal soberano del tribunal. La votación fue decidida por el voto de minerva del presidente, que negó procedencia al recurso ministerial por cinco votos contra cuatro. Abajo se sintetizan los principales aspectos de las dos posiciones adoptadas por el Tribunal.

El voto vencedor empezó por equiparar el acta de absorción a una sentencia de muerte ideal de la absorbida y afirmar la incidencia analógica del artículo 107, I, CP⁷. Enseguida, se consideró el tiempo procesal – más específicamente, la ausencia de sentencia condenatoria – como justificativa para que no se operase la transferencia de responsabilidad. Al final, se hizo una salvedad a los supuestos de fraude, en los que se declararía la ineficacia de la absorción de modo a garantizar el alcance por la pena del patrimonio absorbido, y a la transmisibilidad total de los efectos extrapenales de naturaleza civil.

En contrapartida, con un ejemplo bastante preciso, el voto vencido se opuso a la exigencia de detección de fraude para admitir la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica, porque sería perfectamente legítimo que los responsables por determinada empresa deliberasen por su venta o absorción debido a la inviabilidad o poco retorno de la actividad de la empresa frente a la imposición de una multa elevada o de la pena de suspensión de contratos con el poder público. En ese contexto, si es legítimo que uno decida por una operación de absorción para dejar de sostener una empresa que sufre un encargo judicial, dicho encargo habría de ser conscientemente asumido por aquél que absorbe la sociedad.

El voto de desempate trujo, aun más, el argumento de que las penas, “al tener naturaleza sancionatoria, representativa del *jus puniendi* del Estado, poseen así naturaleza personalísima”. Es decir, de acuerdo con la interpretación mayoritaria del Superior Tribunal de Justicia, el fundamento para la naturaleza personalísima de las penas sería su carácter sancionatorio, representativo del *jus puniendi*. Esa justificativa, sin embargo, ya no se compatibiliza con los preceptos del Derecho administrativo sancionador en el ámbito de la Ley Anticorrupción (Ley n. 12.846/2013), como veremos en los capítulos siguientes.

Así, tenemos que el Superior Tribunal de Justicia de Brasil declaró la extinción de punibilidad de la empresa absorbida con fundamento en cuatro principales premisas:

1. La pena no se encuadra en la categoría de derecho u obligación, de manera que no se aplica lo dispuesto en el Código Civil;

⁷BRASIL. Ley n.º 2.848/1940 - Código Penal-, disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acceso en: 10 feb. 2024

2. Sobre la pena incide el principio de intranscendencia o personalidad, que es una garantía constitucional;
3. La extinción declarada en la absorción es, para la persona jurídica, análoga a la muerte de la persona natural;
4. No había indicios de fraude en la operación de absorción;
5. La operación de absorción y la consecuente declaración de extinción de punibilidad ocurrieron solamente dos meses tras el ofrecimiento de la denuncia, de manera que el proceso estaba aún en fase de instrucción.

Al final, la decisión dejó abierta la interpretación respecto a los efectos extrapenales de una eventual sentencia condenatoria, al disponer que “la responsabilidad civil por los daños causados al medioambiente o a terceros, así como los efectos extrapenales de una sentencia condenatoria eventualmente ya proferida cuando realizada la absorción, son transmisibles a la absorbente”. No queda claro, en el texto de la decisión, si el traslado de responsabilidad depende del juicio final antes de la absorción o si basta una sentencia recurrible para que se opere la transferencia.

Así, con una decisión no unánime, el Superior Tribunal de Justicia de Brasil definió que el artículo 107, I, CP⁸, que determina la extinción de punibilidad por la muerte del agente, se aplica a los supuestos de operaciones de absorción no fraudulentas, si la absorción se formaliza antes de una sentencia condenatoria en detrimento de la absorbida.

Una vez conocidos los fundamentos de la decisión, en el segundo momento, nos conviene dar un paso atrás, para que analicemos no apenas la adecuación del proveimiento judicial a las categorías del delito o a los principios de la pena, sino también los pilares de Derecho privado sobre los que se levantan las operaciones de absorción.

3. OPERACIONES SOCIETARIAS EN ESPECIE: LA ABSORCIÓN

Aunque el objetivo del presente artículo sea el análisis de la responsabilidad penal de la empresa absorbente, antes de adentrar el estudio de las reglas de extinción de punibilidad y del principio de personalidad de la pena, cumple reconocer que, para estudiar la RPPJ, estos preceptos de Derecho penal necesitan integración a los conceptos civiles y mercantiles. Es decir, la interpretación de las leyes penales no admite la opción a la carta de las consecuencias jurídicas de las modificaciones societarias, de manera que es imprescindible realizar un recorrido por el marco normativo que las reglamenta.

Por eso, en este segundo capítulo, se examinan los presupuestos de derecho privado que sostienen las operaciones de absorción, sobre todo el concepto de sucesión de la sociedad absorbente en todos los derechos y obligaciones de la absorbida y la posibilidad de interpretación de la operación, para fines penales, como la muerte de la persona jurídica absorbida.

3.1. CONSIDERACIONES INICIALES

Diferentemente de lo que ocurre en los países de la Unión Europea – subordinados a las Directivas (UE) 2017/1132 y 2019/2021 del Parlamento Europeo y del Consejo –, las operaciones de absorción no corresponden a una especie de fusión en Brasil. En realidad, las absorciones reciben tratamiento autónomo en el Código Civil brasileño, que prescribe tres operaciones societarias que dependen de la disolución o liquidación de al menos una de las sociedades implicadas: la fusión, la escisión y, por fin, la absorción⁹.

⁸BRASIL. *Ley nº 2.848/1940 - Código Penal-*, Idem.

⁹En portugués, “fusão, cisão e incorporação”. Se optó por la nomenclatura “absorción” en lugar de “incorporación”, debido a la similitud a la operación societaria que se denomina en España

La absorción societaria está bastante delimitada en la ley brasileña. En efecto, el artículo 1.116 del Código Civil (Ley n. 10.406/2002) dispone que “en la absorción, una o varias sociedades son absorbidas por otra, que les sucede en todos los derechos y obligaciones, debiendo todas aprobarla, en la forma establecida para los respectivos tipos”¹⁰. De igual manera, el artículo 227 de la Ley de las Compañías de Acciones (Ley n. 6.404/1976) afirma que “la absorción es la operación por la que una o más sociedades son absorbidas por otra, que las sucede en todos los derechos y obligaciones”.

En seguida, el artículo 1.118 del Código Civil y el artículo 227, §3º, de la Ley de las Compañías de Acciones disponen que el marco de la operación es el “acta de incorporación”, por la cual la empresa absorbente declara extinta la absorbida. De esa manera, la sociedad absorbente aumenta su capital social en igual medida del patrimonio recibido de la absorbida, y los socios de la primera pasan a ser socios de la segunda¹¹.

Ocurre que, como explica Coelho¹², la operación de absorción – o incorporación – también se utiliza para potenciar las capacidades de la empresa absorbente, ya que puede representar, por ejemplo, la ampliación de su cuota de mercado o la reducción de los costes de producción mediante la eliminación de un elemento de la cadena logística. De esa manera, a partir de la absorción, una empresa puede absorber no solo un competidor, sino también un proveedor de materia prima, sin necesariamente cambiar la estructura o la operación de la absorbida, lo que mantendría una cierta continuidad económica. En cualquier caso, la ficción jurídica de la empresa absorbida será extinta.

En otras palabras, aunque las actividades de la empresa absorbida sean mantenidas exactamente como estaban el día anterior a la absorción, se opera la discontinuidad jurídica de todos sus derechos y obligaciones, puesto que la sociedad absorbida pierde su personalidad jurídica tras la extinción declarada en el acta de incorporación. Como veremos adelante, en todos esos derechos y obligaciones le sucede la empresa absorbente.

3.2. LA SUCESIÓN EN TODOS LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES

Cómo ya se dispuso anteriormente, el artículo 1.116 del Código Civil establece claramente que, en la absorción, la sociedad absorbente sucede a la(s) absorbida(s) en todos los derechos y obligaciones. Eso significa que los acreedores de la empresa absorbida extinta ejercen su derecho de crédito contra la absorbente.

En lo que respecta al Derecho procesal civil, en consecuencia, se opera la sucesión procesal. En las palabras de Arruda Alvim (*et. al.*), “visiblemente ocurrirá, en los procesos existentes que envuelven la absorbida, la sucesión procesal, asumiendo la absorbente la calidad de parte litigante, ahora, en nombre propio y derecho propio”¹³. O sea, la causa de pedir y el pedido sometido al Poder Judicial permanecen idénticos, pero la absorbente sucede la absorbida, asumiendo su

“fusión por absorción”. Para un análisis de los criterios de configuración de la fusión por absorción y sus consecuencias penales. In: SCHULLER RAMOS, S.S. *Responsabilidad penal de la empresa adquiriente* (Análisis del artículo 130.2 del Código Penal), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023 pp. 131 y ss.

¹⁰En el original: “na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos”, traducción de la autora. In: BRASIL. *Ley n° 10.406/2002 – Código Civil* -, disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm.

¹¹COLETTI, R. M. & CZELUSNIAK, V.A. “Sistemática de proteção de credores nas operações de fusão e incorporação de empresas envolvendo sociedades anônimas”, *Revista Thesis Juris*, vol. 6, n° 1, Jan-Abr. 2017, pp. 144.

¹²COELHO, F.U. *Curso de Direito comercial: Direito de empresa*, vol. 2, 22ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2023, p. 462.

¹³ARRUDA ALVIM, T.; ARRUDA ALVIM, E.; THAMAY, R.F.G. & QUEIROZ, F.C. *Aspectos processuais da incorporação societária*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 86.

posición: el proceso es modificado tan solo subjetivamente, y su objeto permanece restringido a la relación jurídica material que una vez mantuvo la absorbida, ahora extinta.

De igual manera, la Ley Anticorrupción brasileña (Ley n. 12.846/2013), un poco menos distante de la realidad de la RPPJ, al paso que dispone sobre la responsabilidad civil y administrativa de las personas jurídicas por la práctica de hechos contra la administración pública, establece que “subsiste la responsabilidad de la persona jurídica en la hipótesis de modificación contractual, transformación, absorción, fusión o escisión societaria”. Sin embargo, dicha sucesión se restringe a las multas y al pago del daño, respetado el límite del patrimonio que le fue transferido de la absorbida – no se comunican, por ejemplo, las penas de prohibición de recibimiento de incentivos o subsidios públicos, de interdicción de actividades o de disolución compulsoria.

En ese contexto, se puede afirmar que en el Derecho privado la empresa absorbente sucede la absorbida en todos sus derechos y obligaciones. Por otra parte, en el Derecho administrativo, dicha sucesión no es universal a todas las sanciones, sino solamente la específica de multa, más allá de la obligación de reparar los daños al erario.

Una vez observadas las primeras consecuencias jurídicas de la absorción con respecto a los derechos, obligaciones y sanciones de la empresa absorbida, pasamos a analizar la pertinencia de la equiparación de la absorción a la muerte de la persona natural.

3.3. EXTINCIÓN JURÍDICA DE LA ABSORBIDA: ¿ANALOGÍA A LA MUERTE DE LA PERSONA NATURAL?

La equiparación de la extinción de la empresa absorbida a la muerte no es una innovación de la doctrina penal. De hecho, el Superior Tribunal de Justicia colecciona juzgados en los que se refiere a la absorción como la muerte de la absorbida¹⁴.

No obstante, la analogía a la muerte no es siempre adecuada. Eso, porque en algunos supuestos de absorción, aunque ocurra la extinción del nombre y del registro de la empresa absorbida, su cuerpo social y operacional (personas y patrimonio) se mantiene vivo, sin que ello signifique un fraude bajo cualquier interpretación¹⁵. En ese escenario, ¿se ha realmente muerto un conjunto o unidad económica que sigue produciendo el mismo material, con los mismos empleados y dirigentes, exclusivamente porque se cambiaron su nombre y sus socios?

En lo que respecta a esa cuestión, argumentaron los ministros vencidos en el caso Seara que, para que la absorción pudiese ser debidamente comparada a la muerte de la persona natural, sería necesario que hubiese el cesar completo e irretractable de todas las actividades de la empresa absorbida.

En un primero análisis, para la finalidad específica de la aplicación del Derecho penal, me atrevo a decir que dicha declaración de “muerte”, ni siquiera en estos términos, no sería fiable.

No lo sería porque, a decir la obvia verdad, empresas no se mueren. Ni se nacen. Ni se casan. Ni se divorcian. Si lo hiciesen, no existiría la necesidad de un Derecho mercantil que dispusiese sobre operaciones societarias, bastaría la interpretación analógica del Derecho de familia y sucesiones.

Ahora bien, de la misma manera, está claro que las personas jurídicas no cumplen pena de prisión, ni son inimputables por no haber completado 18 años en

¹⁴STF. AgRg no REsp 895.577/RS (rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 27.10.2010), disponible en: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102163534&dt_publicacao=25/06/2013, acceso en: 10 feb. 2024.

¹⁵Por esa razón, parte de la doctrina brasileña defiende que ni siquiera ocurre sucesión, sino que transformación. In: MAMEDE, G. *Direito societário*, 14ª ed., Atlas, Barueri, 2022, p. 171.

el momento del hecho, ni tienen la “consciencia” necesaria para configurar la “potencial consciencia de la ilicitud”. Precisamente por eso, el legislador dispuso sobre penas y presupuestos específicos para responsabilizar criminalmente a las personas jurídicas. En ese contexto, para extinguir la punibilidad o determinar la transferencia de responsabilidad a la empresa absorbente, la aplicación analógica de un dispositivo que prescribe una hipótesis de muerte de la persona natural es evidentemente insuficiente.

Es decir, si el legislador pretende responsabilizar criminalmente a las personas jurídicas, es necesario que fornezca a los tribunales unos parámetros suficientemente objetivos para delimitar dicha responsabilidad, y esos parámetros han de ser compatibles con los fundamentos y finalidades del Derecho penal, pero también con la naturaleza y las particularidades de las personas jurídicas.

La singular necesidad de una discusión sobre la incidencia analógica del precepto del artículo 107, I, CP sobre las personas jurídicas demuestra las importantes brechas en el sistema de RPPJ en Brasil, específicamente en el ámbito de la punibilidad, que pasamos a analizar en el próximo capítulo.

4. EXTINCIÓN DE PUNIBILIDAD DE LA EMPRESA ABSORBIDA

Conforme a los capítulos anteriores, en el actual sistema brasileño de responsabilidad penal de personas jurídicas, la extinción de punibilidad de la empresa absorbida depende de la aplicación analógica del artículo 107, I, del Código Penal. Eso se debe, principalmente, al hecho de que la RPPJ en Brasil, diferentemente de lo que ocurrió en diversos países europeos y latinos de *civil law*¹⁶, no se instituyó a través de una reforma en el Código Penal, sino simplemente en una ley específica de delitos ambientales.

En este sentido, para que hablemos de las hipótesis de extinción de punibilidad de la empresa absorbida y busquemos alternativas legislativas o jurisprudenciales en el derecho comparado, es necesario que en un primer momento comprendamos el panorama del régimen brasileño de RPPJ.

4.1. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS EN BRASIL

La Constitución de 1988 revivió¹⁷ el tema de la responsabilidad penal de personas jurídicas al ordenamiento jurídico brasileño en los artículos 173, §5º, y 225, §3º. En este último dispositivo, para fines de tutela del medioambiente, el legislador constituyente equiparó las personas jurídicas a las personas naturales desde el punto de vista sancionatorio: “las conductas y actividades consideradas lesivas al medioambiente sujetarán los infractores, personas naturales o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar los daños causados”.

En consecuencia a dicha previsión específica sobre la tutela del medioambiente, el primer diploma que reglamentó el tema de la RPPJ fue la Ley de Delitos Ambientales (Ley n. 9.605/1998), cuyo artículo 3º dispone que “las personas jurídicas serán responsabilizadas administrativa, civil y penalmente conforme al dispuesto en esta Ley, en los casos en que la infracción sea cometida por decisión de su representante legal o contractual, o de su órgano colegiado, en el interés o beneficio de la entidad”.

¹⁶Como Francia, España y Peru, por ejemplo. SCANDELARI, G.B. *Compliance e Prevenção Corporativa de Ilícitos: inovações e aprimoramentos para programas de integridade*, Almedina, São Paulo, 2022, p. 74-77.

¹⁷Para un panorama de la RPPJ en la historia del Derecho positivo brasileño; BUSATO, P.C. “A responsabilidade criminal de pessoas jurídicas na história do Direito positivo brasileiro”, *RIL Brasília*, año 55, n. 218, abr./jun. 2018, pp. 85-98.

Como se infiere de la lectura del dispositivo legal, en una redacción muy similar a la del artículo 31 bis 1 del CP español, el legislador brasileño optó por un modelo responsabilidad penal que conecta la conducta delictiva de la persona física (representante legal o contractual o miembro del órgano colegiado) a la empresa a cuyos intereses sirve.

De esa manera, el sistema brasileño de responsabilidad penal de personas jurídicas depende de un hecho de conexión, una acción de un representante legal, contractual o órgano colegiado que haya beneficiado la persona jurídica o haya sido practicada en su interés – aunque no dependa, simultáneamente, de la acusación de una persona física para que se configure el delito de la persona jurídica.

Sin embargo, a pesar de esa similitud inicial, al revés del esfuerzo codificador español, que adecuó los diversos institutos a la naturaleza y a las particularidades de las personas jurídicas en la parte general del Código Penal, la previsión de RPPJ en Brasil se restringió a solo ese diploma de ley penal especial. Más allá de la previsión de la RPPJ en ella misma, la Ley de Delitos Ambientales establece tan solo las especies de penas para personas jurídicas, incluso las restrictivas de derechos, de servicios a la comunidad y de liquidación.

En ese contexto, a partir del caso examinado en el primer capítulo y de los preceptos de derecho privado desarrollados anteriormente, este último capítulo se dedica al análisis de la posibilidad de sucesión de responsabilidad penal de la empresa absorbida por la empresa absorbente, en observancia al principio de culpabilidad y a la luz de la experiencia en el derecho comparado.

4.2. REGLAS DE EXTINCIÓN DE PUNIBILIDAD: OMISIÓN DEL LEGISLADOR

Como se infiere del apartado anterior, la introducción de la responsabilidad penal de personas jurídicas al ordenamiento brasileño por intermedio de una ley especial (Ley de los Delitos Ambientales), en detrimento de una codificación específica del tema, resultó en algunas omisiones.

Por ejemplo, diferentemente de varios países que admiten la RPPJ¹⁸, el sistema brasileño no establece la exención o atenuación de pena a la persona jurídica que desarrolle un programa de cumplimiento. En efecto, la Ley Anticorrupción (Ley n. 12.846/2013) y la práctica del tribunal administrativo de la competencia (CADE) establecen que los programas de cumplimiento atenuarán sanciones en el ámbito administrativo y civil, pero no hay disposición similar en el ordenamiento jurídico-penal.

Lo mismo se verifica con las causas que extinguen la punibilidad. Prevista por el artículo 107 del Código Penal, la extinción de la punibilidad es regida por una redacción de 1984, anterior a la Ley de los Delitos Ambientales. Eso significa que no se añadió ningún supuesto de extinción de punibilidad específico para personas jurídicas desde que se admitió su responsabilidad penal, de manera que los tribunales no tienen opción sino recurrir a aplicaciones analógicas, tal como ocurrió en el caso Seara.

En efecto, el caso Seara reveló un significativo fallo en los presupuestos del sistema brasileño de RPPJ, puesto que la posibilidad de traslado de responsabilidad a la empresa absorbente provocó una divergencia importante en el Tribunal guardián de las leyes federales, desamparado por la ausencia de previsión legal adecuada a la naturaleza del ente denunciado. En este sentido, la necesidad por una previsión específica, adecuada a los preceptos del derecho penal y a la naturaleza de las personas jurídicas, es urgente.

¹⁸Como en España, Argentina, Italia, Colombia, Perú, Ecuador, Chile y Estados Unidos, por ejemplo. Por todos, SCANDELARI, G.B. *Compliance e Prevenção Corporativa de Ilícitos*, Ob. Cit., pp. 74-77.

4.3. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y GARANTÍA DE PERSONALIDAD DE LA PENA

Para concebir una solución legislativa para el problema de la extinción de punibilidad de la empresa absorbida, es necesario que tengamos claro que, independientemente de la clasificación doctrinaria de la fórmula como de auto o heterorresponsabilidad, cualquier sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas debe obedecer a los principios irrenunciables que gobiernan el Derecho penal.

Con respecto al tema de la posibilidad de extender de la responsabilidad penal a la empresa absorbente, una garantía puesta en jaque es la de la personalidad o intranscendencia de la pena. Esa premisa central de las penas está dispuesta como garantía fundamental en la Constitución brasileña, en su artículo 5º, XLV: "ninguna pena pasará de la persona condenada, pudiendo la obligación de reparar el daño y la declaración de decomiso de bienes ser, en los términos de la ley, extendidas a los sucesores y contra ellos ejecutadas, hasta el límite del valor del patrimonio transferido".

Puesto ese mandamiento, alguna previsión legal posterior que determinase la transferencia de la pena de manera genérica a toda y cualquier empresa adquiriente o absorbente padecería por inconstitucionalidad. Como garantía constitucional, la personalidad de la pena, que camina de la mano con el principio de culpabilidad, impide que cualquier pena sea transferida a tercero que no concurrió al cometimiento del delito. Ese, como ya se mencionó anteriormente, fue uno de los fundamentos utilizados por el Superior Tribunal de Justicia para extinguir la punibilidad de la empresa absorbida: si la absorción declara extinta la absorbida, no puede la absorbente responder por las acciones de la absorbida.

Igualmente, la RPPJ ha de satisfacer la exigencia del principio de culpabilidad, o sea, a nadie se castiga por la ejecución de un hecho antijurídico si no lo practicó dolosamente o, en los casos expuestos en ley, si no ha obrado culpablemente. De hecho, sobran críticas a la adecuación de la RPPJ misma al principio de culpabilidad¹⁹, principalmente en los sistemas que optaron por la fórmula de heterorresponsabilidad²⁰.

Ahora bien, para fines retóricos, se supone que uno podría decir que el traslado de responsabilidad para terceros que no concurrieron en la práctica delictiva ya es inherente al sistema brasileño de responsabilidad penal de personas jurídicas. Es decir, podría argumentarse que, si el legislador opta por la vinculación de la RPPJ a un hecho de conexión, de manera que la persona jurídica no responde por hecho propio, sino que de un tercero, persona natural, que actúe en su beneficio, de esa manera, no habría óbice a una segunda transferencia de responsabilidad (al ente adquirente o absorbente).

Con todo, esa lógica no merece prosperar. En primer lugar, porque la constatación de una eventual violación de garantías no podría justificar una segunda. Pero principalmente, en segundo lugar, porque como sostiene González Cussac, el hecho de conexión vincula la persona jurídica normativa, objetiva y subjetivamente, al hecho principal ejecutado por la persona física. Es decir, aunque pueda existir cierta similitud entre la RPPJ y una "regla general de la extensión de la punibilidad"²¹ o a las modalidades de participación accesorias, eso no significa la viabilidad de la

¹⁹MIR PUIG, S. "Las nuevas 'penas' para personas jurídicas, una clase de 'penas' sin culpabilidad", en: VICENTE REMESAL et. al. (dir.), *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, vol. 2, Editorial Reus, Madrid, 2020.

²⁰Según Busato el único modelo legítimamente de autorresponsabilidad sería basado en la concepción significativa de acción. In: BUSATO, P.C. *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas*, Tirant delictos, Valencia, 2020.

²¹GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. "La capacidad de acción de la persona jurídica", en: LEÓN ALAPONT, J. (Coord.). *Estudios jurídicos en memoria de la profesora doctora Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 439.

transferencia indiscriminada de responsabilidad a uno que no haya participado de cualquier manera en el delito.

En este aspecto, es importante destacar que la búsqueda por un sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas por hecho propio, a partir de la concepción significativa de la acción, es un ideal importante para el avance de la dogmática penal²². Todavía, aunque la auténtica autorresponsabilidad a través de la acción significativa sea solamente una perspectiva de futuro, la mera percepción de deficiencias técnicas en la legislación brasileña bastaría para justificar una previsión legislativa de traslado automático de responsabilidad tras cualquier operación de M&A.

Así, es imprescindible que las reglas generales de extinción de punibilidad en nuestro sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas observen al principio de culpabilidad y a la garantía de personalidad de las penas, sin, todavía, perder de vista la función de tutela de bienes jurídicos como el criterio justificante de las penas. En otras palabras, respetadas todas las garantías penales, tampoco se puede permitir que las operaciones de M&A se conviertan en un vehículo de impunidad, de manera que el escape de un delito ambiental de proporciones gravísimas sea simplemente la incorporación de la investigada o acusada por otra empresa del mismo grupo corporativo.

En este punto, cumple destacar que el principio de personalidad de la pena no se comunica con la, ahora sí, obligación de reparar los daños causados al medioambiente. Aunque prevalezca la tesis de equiparación de la absorción a la muerte de la persona física, cuando se muere la persona natural, sus herederos le suceden en dicha obligación, respetado el límite del patrimonio heredado, y se traslada igualmente la consecuencia accesorio de decomiso. ¿Por qué sería diferente en el supuesto de una empresa que decide absorber otra, que practicó un delito ambiental?

En síntesis, si no nos alejamos del enfoque en la tutela de bienes jurídicos como justificativa de la pena, la reparación de los daños al medioambiente y la orden de decomiso deben ser innegociables y, principalmente, independientes del momento procesal en que ocurra la absorción. Supongamos que determinada empresa facture un millón de reales con la actividad de pesca en local prohibido (artículo 31 de la Ley de Delitos Ambientales) y, enseguida, sea absorbida por otra, que incorpora a su patrimonio los bienes que provienen de ese ilícito. Si se extingue automáticamente la punibilidad de la absorbida, porque “se murió”, no subsiste fundamento para un decreto de decomiso y se alarga la discusión en la esfera civil para la reparación de los daños al medioambiente.

Las razones de la inadecuación de la aplicación analógica del 107, I, CP a los supuestos de absorción quedaron claras en el subcapítulo 2.3. Sin embargo, si la punibilidad no se puede extinguir por analogía a la muerte de la persona natural y si la pena no puede pasar de la persona condenada, ¿cómo se puede mantener la tutela firme del bien jurídico medioambiente sin afrontar al principio de culpabilidad? El derecho comparado ofrece algunas alternativas.

4.4. ALTERNATIVAS EN EL DERECHO COMPARADO

En la jurisprudencia estadounidense, fue predominante la doctrina del *successor liability*, que afirma que la disolución de la sociedad no implica, necesariamente, la extinción de su responsabilidad penal – a depender de las normas de cada Estado. Sin embargo, la sucesión de responsabilidad no significa la persecución estatal automática: acuerdos bien compensados son una solución posible para las empresas que realizan *due diligence* detallada durante el proceso de adquisición o absorción y denuncian.

²²BUSATO, P.C. “Concepción significativa de la acción y su rendimiento crítico para el sistema de imputación”, en: GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), *Lenguaje y dogmática penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 49-57.

En líneas generales, esa doctrina se apoya en un pilar fundamental, que defiende que es preferible que la empresa superveniente sea responsabilizada por delitos que no conoce, que admitir la impunidad²³. De esa manera, la empresa absorbente sucede la absorbida no solamente en sus derechos y obligaciones, sino hereda también la responsabilidad penal y administrativa.

Actualmente, después de la publicación del Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), la norma general estadounidense consiste en exigir responsabilidad tan solo a la empresa adquirida, siempre que la empresa adquiriente denuncia e impide la continuidad de las infracciones y siempre que la investigación gubernamental comience antes de la operación. En este sentido, la Guía del FCPA²⁴ contiene recomendaciones estrictas para *pre-adquisition due diligence*, de implementación de programas de cumplimiento y de formación de directivos y empleados de las empresas adquiridas o absorbidas en materia del FCPA.

Aunque no se descarte de pronto la doctrina americana, ni la *successor liability*, ni el FCPA explican la compatibilidad entre el principio de culpabilidad y la sucesión de responsabilidad. Al revés, la lógica que sustenta la doctrina es preeminentemente utilitaria, de combate a la impunidad, aunque pueda significar la imposición de pena a una empresa que desconoce el ilícito que la provocó.

En este sentido, en un primer análisis, la importación de la doctrina estadounidense para fundamentar la previsión de sucesión de responsabilidad penal de empresas en Brasil podría representar una violación a la garantía constitucional de personalidad de la pena, porque se habla propiamente una sucesión de responsabilidades entre dos (o más) empresas diferentes. Es decir, una responderá por las acciones de la otra, lo que se veda constitucionalmente.

Por otro lado, quizás la solución más apropiada al caso del traslado de responsabilidad entre personas jurídicas se encuentre en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que extendió la aplicación del concepto de "continuidad económica", originado del Derecho de la competencia, al Derecho penal en un supuesto de un país cuyas leyes penales, así como en Brasil, no disponían específicamente sobre la extinción de punibilidad en supuestos de M&A²⁵.

En síntesis, el TJUE se concentra en la realidad fáctica y establece que, si existe una continuidad económica de facto, es decir, si las actividades de la empresa predecesora o absorbida corresponden a las de la sucesora, la mera extinción de personalidad jurídica o su sustitución por otra no impiden la atribución de responsabilidad.

Para que se comprenda la empresa como una unidad económica y, por tanto, para que la empresa absorbente suceda la absorbida, fue necesario que se conceptuara la empresa como una entidad que ejerza actividad económica, con independencia de su naturaleza jurídica y de modo de financiación. En este mismo contexto, la responsabilidad – y la identidad misma – de la empresa corresponde más a sus activos económicos y organizacionales que a la ficción jurídica de su personalidad, su número y nombre de registro. De esa manera, cuando se mantiene la actividad económica de la absorbida tras la operación de absorción, el tribunal entiende que no afronta la personalidad de la pena la imputación de responsabilidad penal a la empresa absorbente, porque la sociedad absorbente no debe ser considerada distinta de la sociedad que se incorpora.

Ya en España, recorriendo el camino contrario al del legislador brasileño, el artículo 130.2 dispone expresamente que "la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o

²³BECKER, B.R. "Corporate Successor Criminal Liability: The Real Crime", *American Journal of Criminal Law*, v. 19. n. 3, spring 1992, pp. 436-437.

²⁴FCPA. *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, disponible en: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download>, acceso en: 10 feb. 2024.

²⁵STEDH. Caso Farrefour France v. France (nº 37858/14). Decisión de 1 de octubre de 2029, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-12635>, acceso en: 11 feb. 2024.

absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión” y, además, que la disolución encubierta o meramente aparente tampoco extingue la responsabilidad penal.

Tan amplia es la complejidad del dispositivo, que solo su análisis fue objeto de la notable tesis de Sandra Schuller Ramos, quien defiende que la exégesis constitucional del 130.2 del CP español impone que la transmisión de responsabilidad dependa, al menos, de una identidad sustancial entre la entidad originaria y la remaneciente tras una transformación societaria. Según la autora, la entidad “sucesora” tras la fusión o escisión “se subroga en la posición jurídica de la entidad originariamente responsable del delito”²⁶. Es decir, si hay transferencia de la unidad económica “contaminada”, aquella donde se cometió el delito, la responsabilidad será transferida a la empresa que asumió la unidad contaminada. Por otro lado, en los supuestos de adquisición o fusión parcial, cuando la unidad contaminada no integre el proyecto, la entidad absorbente asumirá el papel de tercera ajena al hecho y no podrá responder por él.

Eso puesto, la idea de unidad económica defendida por Schuller, y la misma doctrina de continuidad económica del TJUE, parecen adecuarse con alguna facilidad a los dispositivos de ley brasileños anteriormente transcritos. Es decir, si concebimos la supervivencia de la sociedad absorbida – a pesar de su extinción formal – porque subsisten su unidad económica, sus actividades, a veces incluso su personal y maquinaria, creamos la posibilidad de una propuesta de *lege ferenda* que admita la sucesión de responsabilidad en estos supuestos. De esa manera, el legislador no más recurriría a analogías inviables, como la muerte, para solucionar los casos de operaciones de absorción que interfieran en cuestiones de Derecho penal.

Sin embargo, otro elemento de la práctica española – también presente, y aún más expresivo, en la estadounidense – que puede ser incorporado al sistema brasileño de RPPJ son las reducciones de pena para los casos en que la empresa absorbente conduzca una diligencia atenta y denuncie espontáneamente. Precisamente en este sentido, González Cussac²⁷ defiende que la medida de la responsabilidad subjetiva debe residir en el grado de cumplimiento del deber de diligencia en el proceso de fusión – o, en este caso específico, de absorción –, particularmente durante los procedimientos de *due diligence*. Eso porque el Código Penal español, como es notorio, vincula la responsabilidad penal de la persona jurídica a los programas de cumplimiento²⁸, todavía otra omisión del legislador brasileño.

Sumándose las experiencias estadounidense y española, una alternativa interesante al legislador brasileño para compatibilizar las garantías penales a la tutela del bien jurídico del medioambiente serían, simultáneamente: a) la previsión específica de extensión de responsabilidad en los supuestos en que, como sugiere Sandra Schuller, se verifique una identidad entre las empresas absorbente y absorbida (garantía penal de la personalidad de la pena); b) la previsión de una causa especial de disminución de pena para la empresa que, en un procedimiento riguroso de *due diligence*, identifique y denuncie el delito, así como se comprometa al reparo del daño.

²⁶SCHULLER RAMOS, S.S. *Responsabilidad penal de la empresa adquiriente – (...) Ob. Cit.*, p. 525.

²⁷GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020. pp. 226-267.

²⁸ La doctrina penal no es unánime con relación a la clasificación de los programas de cumplimiento como causa de atipicidad o como eximentes o atenuantes. Por todos, GALÁN MUÑOZ, A.; NÚÑEZ CASTAÑO, E. *Manual de Derecho penal económico y de la empresa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, y LEÓN ALAPONT, J.: “Criminal Compliance: análisis de los arts. 31 bis 2 a 5 CP y 31 quater CP”, *Revista General de Derecho Penal*, no 31, mayo 2019, p. 5.

5. CONCLUSIONES

1. El legislador brasileño, al establecer la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas, no dispuso específicamente sobre causas extintivas de punibilidad compatibles con su naturaleza de entes morales. En ese contexto, el Superior Tribunal de Justicia decidió que las operaciones de absorción son equiparables al supuesto del artículo 107, I, del Código Penal, que determina la extinción de punibilidad cuando sobreviene la muerte del autor.

2. La ausencia de dicha disposición legislativa representa una deficiencia importante en el sistema brasileño de RRPJ y una fuente de inseguridad jurídica en el ámbito penal, principalmente porque las consecuencias de las operaciones de M&A son claramente previstas en el Derecho privado y en el Derecho administrativo, incluso en la Ley Anticorrupción.

3. La analogía entre la absorción y la muerte de la persona jurídica es de todo insuficiente para fines penales, pero, preliminarmente, el criterio temporal utilizado por la decisión del Superior Tribunal de Justicia – la consideración sobre la proximidad entre las fechas de absorción y de denuncia – es incoherente con el fundamento utilizado para extinguir la punibilidad. Eso, porque si la absorción de la persona jurídica fuese análoga a la muerte de la persona natural y si la transferencia de responsabilidad a la absorbente fuese incompatible con el principio de intranscendencia de la pena, entonces, poco importaría si el hecho fuese denunciado o si hubiese juicio final condenatorio. El tiempo de la operación de absorción es irrelevante para fines penales, excepto si es un elemento objetivo que indique un potencial fraude.

4. La sucesión de la empresa absorbente en todos los derechos y obligaciones de la absorbida no tiene relevancia penal, puesto que no se puede equiparar la pena a ninguna de esas categorías. Sin embargo, la previsión específica de transferencia de sanciones administrativas en supuestos de absorción por la Ley Anticorrupción sugiere la incorporación de los preceptos de sucesión de responsabilidades por el Derecho público.

5. El concepto de unidad económica, tal como ofrece el Tribunal Europeo y defiende Sandra Schuller, se presenta como posible excepción para una proposición de *lege ferenda* para la extinción de punibilidad de las personas jurídicas en los supuestos de absorción.

6. Más allá de la excepción por la continuidad económica, se sugiere que la sucesión de responsabilidad sea: a) limitada al patrimonio de la absorbida incorporado por la absorbente, sin perjuicio del reparo del daño; b) disminuida si la absorbente realiza una *due diligence* exigente durante el proceso de absorción y denuncia espontáneamente.

6. BIBLIOGRAFIA

- ARRUDA ALVIM, T.; ARRUDA ALVIM, E.; THAMAY, R. F. G. & QUEIROZ, F. C. Aspectos processuais da incorporação societária, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.
- BADARÓ, G. H. Processo Penal. 11. ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2023.
- BECKER, B. R. "Corporate Successor Criminal Liability: The Real Crime", *American Journal of Criminal Law*, v. 19. n. 3, spring 1992.
- BRASIL. Ley nº 2.848/1940 - Código Penal-, disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acceso en: 10 feb. 2024.
- BRASIL. Ley nº 9.605/1998, disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm, acceso en: 10 feb. 2024.
- BRASIL. Ley nº 10.406/2002 - Código Civil -, disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm, acceso en: 10 feb. 2024.

- BRASIL. *Proceso n. 0000031-44.2012.8.16.0045/PR*, disponible en: <https://www.tjpr.jus.br/consulta-1grau-criminal>, acceso en: 25 feb. 2024.
- BUSATO, P. C. *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas*, Tirant delitos, Valencia, 2020.
- _____. "Concepción significativa de la acción y su rendimiento crítico para el sistema de imputación" en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coord.) *Lenguaje y dogmática penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- _____. "A responsabilidade criminal de pessoas jurídicas na história do Direito positivo brasileiro", *RIL Brasília*, año 55, n. 218 abr./jun. 2018, https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p85.pdf.
- COELHO, F.U. *Curso de Direito comercial: Direito de empresa*. vol. 2. 22. ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2023.
- COLETTI, R. M.; CZELUSNIAK, V. A. "Sistemática de proteção de credores nas operações de fusão e incorporação de empresas envolvendo sociedades anônimas." *Revista Thesis Juris*, vol. 6, no. 1, Jan.-Apr. 2017, pp. 144+, *Gale Academic OneFile*.
- GALÁN MUÑOZ, A.; NÚÑEZ CASTAÑO, E. *Manual de Derecho penal económico y de la empresa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento", Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- _____. "La capacidad de acción de la persona jurídica", en LEÓN ALAPONT, J. (Coord.) *Estudios jurídicos en memoria de la profesora doctora Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch, 2020
- LEÓN ALAPONT, J.: "Criminal Compliance: análisis de los arts. 31 bis 2 a 5 CP y 31 quater CP", *Revista General de Derecho Penal*, nº 31, mayo 2019
- MAMEDE, G. *Direito societário*, 14ª ed., Atlas, Barueri, 2022.
- MIR PUIG, S. "Las nuevas 'penas' para personas jurídicas, una clase de 'penas' sin culpabilidad", en VICENTE REMESAL et. al. (dir.) *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, vol. 2, Editorial Reus, Madrid, 2020.
- SCANDELARI, G. B. *Compliance e Prevenção Corporativa de Ilícitos: inovações e aprimoramentos para programas de integridade*, Almedina, São Paulo, 2022
- SCHULLER RAMOS, S. S. *Responsabilidad penal de la empresa adquirente. Análisis del artículo 130.2 del Código Penal*, Tirant monografías, Valencia, 2023.
- STF. AgRg no REsp 895.577/RS (rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 27.10.2010), disponible en: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102163534&dt_publicacao=25/06/2013, acceso en: 10 feb. 2024.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdereitoactual.es

Cadernos de Direito Actual Nº 23. Núm. Extraordinário (2024), pp. 245-268
ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Algunos retos teóricos de la justicia penal negociada. Una crítica al modelo de acuerdo de no persecución en el proceso penal brasileño

*Some theoretical challenges of negotiated criminal justice. A
critique of the non-persecution agreement model in the
brazilian criminal procedure*

Paulo César Busato¹

Universidade Federal do Paraná

Sumário: 1. Introducción; 2. En que consiste o acuerdo de no persecución penal brasileño; 3. Breves notas sobre el distinto desarrollo de los sistemas penales en Europa, en cuanto a la disponibilidad persecutoria; 3.1. La escasa influencia canónica en sistema penal inglés; 3.2. La larga interferencia canónica en el sistema penal continental; 4. Un panorama del proceso continental actual; 5. El acercamiento de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos; 5.1. El acercamiento de sistemas en el Derecho penal material; 5.2. El acercamiento de sistemas en el Derecho procesal penal; 6. El problema – la incompatibilidad de la importación del acuerdo de no persecución frente al modelo jurídico de proceso continental; 7. Ajustes necesarios a la construcción de una justicia penal negociada en el proceso penal de matriz continental; 7.1. El cambio de la pretensión de verdad por una pretensión general de justicia; 7.2. Un efectivo proceso de partes; 7.3. El espacio limitado del negociador público; 7.4. Las limitaciones impuestas por el principio de legalidad; 7.5. El límite de la libertad; 7.6. Estructura de control sobre la actuación del interviniente público; 8. Consideraciones finales; 9. Bibliografía.

Resumen: El texto parte del acuerdo de no persecución recién introducido en el proceso penal brasileño, como referente para discutir el actual fenómeno de acercamiento entre los dos grandes sistemas jurídicos occidentales y la importación de institutos entre los sistemas penales respectivos. A partir de ello, se procede la crítica a la forma en que dicha importación ocurre en el proceso penal brasileño, tomando por base el mismo acuerdo de no persecución, para establecer cuáles son los retos generales para el establecimiento de un espacio de justicia penal negociada en el proceso penal de matriz continental.

Palavras-chave: Acuerdo de no persecución – justicia penal negociada – sistemas jurídico-penales – proceso penal.

¹ El autor es profesor de Derecho penal de la Universidade Federal do Paraná (UFPR), Doctor en Problemas Actuales del Derecho Penal por la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla y Fiscal del Ministerio Público del Estado de Paraná, Brasil.

Abstract: The text is based on the non-prosecution agreement recently introduced in the Brazilian criminal procedure, as a reference to discuss the current phenomenon of rapprochement between the two great Western legal systems and the import of institutes between the respective criminal systems. From this, it proceed to criticize the way in which said importation occurs in the Brazilian criminal process, based on the referred non-persecution agreement, to establish what are the general challenges for the establishment of a negotiated criminal justice space in continental criminal proceedings.

Keywords: Non-prosecution agreement – negotiated criminal justice – criminal legal systems – criminal procedure.

1. INTRODUCCIÓN

El aparecimiento del acuerdo de no persecución en el Proceso penal brasileño puso de relieve, por una parte, el fenómeno de importación de institutos del *common law* por el Derecho continental como síntoma de acercamiento de los grandes sistemas jurídicos occidentales contemporáneos, pero, igualmente, los problemas que conlleva su adopción sin los adecuados ajustes de estructuras generales del mismo sistema procesal. La identificación de dichos ajustes constituyen el objetivo de este escrito.

2. EN QUE CONSISTE O ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN PENAL BRASILEÑO

Una de las grandes “novedades” de la Ley 13.964 de 24 de diciembre de 2019, sobre nombrada de “*Paquete Anticrimen*” ha sido el llamado acuerdo de no persecución, que se acerca al *plea bargaining* estadounidense².

Se trata de la introducción en el Código de Proceso penal del artículo 28-A³ y consiste en una negociación entre el Ministerio Público y el reo – representado por abogado – en dónde, a cambio de no perseguir el delito con un juicio, en casos en que no quepa el sobreseimiento, ni sean delitos realizados con violencia o grave amenaza y cuya pena privativa de libertad no exceda los cuatro años, el reo se somete a condiciones y confiesa el delito.

²Aunque haya discusión sobre dicho acercamiento, es opinión sostenida por un estudio específico sobre el tema: CASTRO, A.L.C.D. *Plea bargain: Resolução penal pactuada nos Estados Unidos*, D’Plácido, Belo Horizonte, 2021, p. 10.

³Art. 28-A: Si no es el caso de sobreseimiento y habiendo el investigado confesado formal y circunstancialmente la práctica de infracción penal sin violencia o grave amenaza y con pena mínima inferior a 4 (cuatro) años, el Ministerio Público podrá proponer acuerdo de no persecución penal, desde que necesario y suficiente para la reprobación y prevención del delito, mediante las siguientes condiciones ajustadas cumulativa y alternativamente: I - reparar el daño o restituir el objeto a la víctima, salvo la imposibilidad de hacerlo; II - renunciar voluntariamente a bienes y derechos indicados por el Ministerio Público como instrumentos, producto o provecho del delito; III - prestar servicios a la comunidad o entidades públicas por periodo correspondiente a la pena mínima conminada al delito disminuida de uno a dos tercios, en lugar a ser indicado por el juicio de ejecución, en la forma del art. 46 del Dec.-Ley nº 2.848, de 7 de diciembre de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestación pecuniaria, a ser estipulada en los términos del art. 45 del Dec.-Ley nº 2.848, de 7 de diciembre de 1940 (Código Penal), a entidad pública o de interés social, a ser indicada por el juicio de ejecución, que tenga, preferencialmente, como función, proteger bienes jurídicos iguales o semejantes a los aparentemente lesionados por el delito; o V - cumplir, por plazo determinado, otra condición indicada por el Ministerio Público, desde que proporcional y compatible con la infracción penal imputada. En: BRASIL. *Código Penal*, disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acceso en: 28 feb. 2024.

Las condiciones a que se somete – bajo pena de que su persecución ocurra – son equivalentes al cumplimiento de algunas de las penas restrictivas de Derecho del rol de penas del Código penal brasileño⁴ a las cuales se añade consecuencias extrapenales.

La redacción del texto del artículo no es de las mejores, conteniendo contradicciones internas, como las referencias a acumulación y alternatividad de las condiciones, vaguedad de conceptos como lo que se estime suficiente y necesario para prevención y retribución delictivas y la exigencia de confesión del reo sobre el delito, anticipando la última etapa de la producción de prueba en el proceso y terminando por imponer pena sin proceso^{5 6}.

Impone, entre las condiciones el cumplimiento de verdaderas penas restrictivas de derecho, sin que se pueda hablar en culpa formal.

Además de ello, es largo el rol de problemas que aparecen en los párrafos que rigen su forma de ejecución⁷, tema de que se ha ocupado largamente la doctrina

⁴Art. 43 - Las sanciones restrictivas de derechos son: I – prestación pecuniaria; II - pérdida de bienes y valores; III - limitación de fin de semana; IV - prestación de servicios a la comunidad o entidades públicas; V - interdicción temporal de derechos [...]. En: BRASIL. *Código Penal*, idem.

⁵Criticando específicamente la exigencia de confesión del hecho como condición del acuerdo, LUCCHESI, G.B. & OLIVEIRA, M.A.D. "Sobre a discricionariedade do Ministério Público no ANPP e o seu controle jurisdicional: uma proposta pela legalidade", *Boletim Especial Justiça Penal Negocial*, Ano 29 – nº 344, julho de 2021, IBCCrim, São Paulo, 2021, p. 27.

⁶Respecto de la imposición de pena sin proceso, véase JUNQUEIRA, G.M. "Breves Notas sobre o cabimento ou não do acordo de não persecução penal após o recebimento da denúncia", *Boletim Especial Justiça Penal Negocial*, Ano 29 – nº 344, julho de 2021, IBCCrim, São Paulo, 2021, p. 18.

⁷Art 28-A: (...) "§ 1º Para computar la pena mínima conminada al delito a que se refiere el *caput* de este artículo, se llevará en cuenta las causas de aumento y disminución aplicables al supuesto en concreto; § 2º Las disposiciones del *caput* de este artículo no se aplican en los supuestos siguientes: I - si cabe transacción penal de competencia de los Juicios Especiales Criminales en los términos de la ley; II - si el investigado es reincidente o si existen elementos probatorios que indiquen una conducta delictiva habitual, reiterada o profesional, salvo que los delitos anteriores sean insignificantes; III - haber sido el agente beneficiado en los 5 (cinco) años anteriores a la comisión de la infracción, por un acuerdo de no persecución penal, transacción penal o suspensión condicional del proceso; IV - en delitos cometidos en el ámbito de violencia doméstica o familiar, o cometidos en contra de mujeres por razones de su condición de sexo femenino, en favor del agresor. § 3º El acuerdo de no persecución penal será formalizado por escrito y firmado por el miembro del Ministerio Público, el investigado y su defensor. § 4º Para aprobar el acuerdo de no persecución penal, será celebrada una instrucción en la que el juez deberá verificar su voluntariedad, mediante la declaración personal del investigado en presencia de su defensor, y su legalidad. § 5º Si el juez considera inadecuadas, insuficientes o abusivas las condiciones previstas en el acuerdo de no persecución penal, devolverá el caso al Ministerio Público para que se reformule el acuerdo propuesto, con el de acuerdo del investigado y su defensor. § 6º Homologado judicialmente el acuerdo de no persecución penal, el juez devolverá los expedientes al Ministerio Público para que inicie su ejecución ante el juicio de ejecución penal. § 7º El juez podrá rechazar la homologación del acuerdo que no cumpla con los requisitos legales o cuando no se realice la adaptación a que se refiere el § 5º de este artículo. § 8º Si se rechaza la aprobación, el juez devolverá los expedientes al Ministerio Público para que analice la necesidad de complementar las investigaciones o inicie la acusación formal. § 9º Se notificará la víctima respecto de la homologación judicial del acuerdo de no persecución penal y su incumplimiento. § 10. Si alguna de las condiciones previstas en el acuerdo de no persecución penal no se cumple, el Ministerio Público deberá informar al juicio, a los efectos de su cancelación y posterior apertura de la acción penal. § 11. El incumplimiento del acuerdo de no persecución penal por parte del investigado también podrá ser utilizado por el Ministerio Público como justificación para no ofrecer la suspensión condicional del proceso. § 12. La celebración y el cumplimiento del acuerdo de persecución no penal no se incluirán en el certificado de antecedentes penales, excepto para los fines previstos en el III del § 2º de este artículo. § 13. Cumplido totalmente el acuerdo de no persecución penal, el juicio competente decretará la extinción de la punibilidad. § 14. En caso de negativa del Ministerio Público a proponer el acuerdo de

especialmente en lo que refiere a la libre actuación del Ministerio Público y el control judicial de legalidad^{8 9 10}, pero, que no es el objeto del presente escrito.

Aquí se pretende apuntar para los orígenes de dichos problemas que, a mi sentir, se ubican bastante antes de la promulgación de la ley, en la adopción del instituto sin previa reflexión sobre las diferencias existentes entre los dos grandes sistemas jurídicos de matriz europea desde sus fundamentos y realizar un análisis crítico sobre el inexorable, pero, poco cuidadoso, acercamiento ocuriente entre ellos.

3. BREVES NOTAS SOBRE EL DISTINTO DESARROLLO DE LOS SISTEMAS PENALES EN EUROPA, EN CUANTO A LA DISPONIBILIDAD PERSECUTORIA

Aunque tanto el Derecho romano cuanto el Derecho germánico hayan tenido influencia en la formación del derecho continental y del mismo *common law*, hay hondas diferencias que resulta necesario señalar para comprender las distancias que han marcado las dos fórmulas de realización del control social punitivo en lo que refiere a la disponibilidad persecutoria.

Aunque se pueda reconocer en ambos un origen común romano-germánico¹¹ es cierto que en el continente, la presencia de la influencia canónica se ha realizado de manera muy distinta y ello ha marcado diferencia en lo que refiere a las consecuencias para la iniciativa persecutoria penal.

El derecho romano ha conocido diferentes perspectivas cuanto a la iniciativa de persecución.

Durante la monarquía o periodo *regio* (754 a.C. a 510 a.C.), había la diferenciación entre los *delicta*, actos sancionados por el *jus civile*, que incluían la injuria, el hurto y el robo cuya iniciativa persecutoria era privada con intervención

persecución no penal, el investigado podrá solicitar el envío del caso a un órgano superior, en los términos del art. 28 de este Código. En: BRASIL. *Código Penal*, idem.

⁸Véase LUCCHESI, G.B. & OLIVEIRA, M.A.D. "Sobre a discricionariedade (...) Cit., pp. 26-29.

⁹DA SILVA DE FRANCO, I.C. "O Ministério Público e a Justiça Negocial no Brasil: entre a obrigatoriedade e a discricionariedade", *Boletim Especial Justiça Penal Negocial*, Ano 29 – nº 344, julho de 2021, IBCCrim, São Paulo, 2021, pp. 20-22.

¹⁰Y: DE ALMEIDA CAMARGO, P.L. "O risco de *Overcharging* na prática negocial do processo penal brasileiro", *Boletim Especial Justiça Penal Negocial*, Ano 29, nº 344, julho de 2021, IBCCrim, São Paulo, 2021, pp. 29-31.

¹¹Señala Foucault que hubo una "[...] larga serie de peripecias que caracteriza las relaciones entre este Derecho Germánico y el Derecho Romano: relaciones de rivalidad o competencia a veces, y otras, de abierta complicidad. Entre los siglos V y X de nuestra era se produjeron penetraciones, roces y conflictos entre ambos sistemas de derecho. Cada vez que sobre las ruinas del Imperio Romano comienza a esbozarse un Estado y empieza a nacer la estructura estatal, el Derecho Romano, viejo derecho de Estado, se revitaliza. Fue así que en los reinos merovingios, sobre todo en la época del Imperio Carolingio, el Derecho Romano se impuso al Derecho Germánico. Por otro lado, cada vez que se disuelven estos embriones o lineamientos de Estados el Derecho Germánico reaparece. Cuando se desmorona el Imperio Carolingio en el siglo X, triunfa el Derecho Germánico y el Derecho Romano cae en el olvido, permaneciendo así durante varios siglos hasta que renace a finales del siglo XII y en el curso del XIII. Es así que el derecho feudal es esencialmente germánico, no presenta ninguno de los elementos de los procedimientos de indagación, establecimiento de la verdad de las sociedades griegas o el Imperio Romano". Cf. FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas*, (trad. JARDIM, E. & MACHADO, R.), 4ª ed., Nau Editora, Rio de Janeiro, 2013, pp. 61-62.

del Estado tan sólo como árbitro y los *crimina* que eran tan los que interesaban al Estado, los más graves, en que la persecución era pública^{12 13 14}.

En la segunda etapa, la llamada *República* (510 a.C. a 27 a.C.), la persecución era pública, de oficio, sin partes, apenas con el acusado y el magistrado a su libre albedrío, en el ejercicio del *imperium*. La base era el proceso comicial, que era instaurado por el magistrado que llamaba al acusado para comparecer al proceso y, convencido, al final, de la culpabilidad del reo, le condenaba. A partir de ello, era permitido al condenado el ejercicio del *provocatio ad populum*, a través del cual el pueblo era reunido en asamblea (*comitia*) para confirmar o rechazar la decisión del magistrado, si la consideraba abusiva^{15 16}.

En el final del periodo republicano, las antiguas *delicta* han sido incorporadas a la condición de *crimina* y se ha creado la *quaestio* para apurar los casos de concusión, en una forma de acusación pública^{17 18}. El juez es separado de la función persecutoria y se maneja la *accusatio*, consistente en la iniciativa de la víctima, que demandaba directamente o por un *accusatore* frente a un juicio ejercido por un magistrado¹⁹. Dicha separación establece el origen del modelo acusatorio.

Finalmente, el período del *Imperio* (27 a.C. a 284 d.C.), se retoma la iniciativa persecutoria pública, de oficio, por un magistrado, a través de la llamada *Extraordinaria Cognitio*^{20 21 22 23}. En este nuevo modelo se encuentra la base del proceso inquisitivo, pues se confiere un amplio poder al magistrado incluso con el abandono de las formalidades procesales y garantías formales^{24 25 26}.

Por su turno, el derecho germánico, de las tribus, gozaba de un sistema de persecución principal movido por iniciativa privada, dentro de la lógica de venganza privada, en el cual no era rara la permisividad amplia de acuerdos, como la figura de la *compensatio*^{27 28}. Como refiere Eberhard Schmidt, el pensamiento jurídico germano "no admitía como una imposición pública fundamental la protección jurídica y la administración de la justicia"²⁹.

¹²Sobre ello, véase TUCCI, R.L. *Lineamentos do processo penal romano*, Editora da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1976, pp. 35-36.

¹³FRANCISCI, P.D. *Síntesis histórica del derecho romano*, Editorial Revista de derecho privado, Madrid, 1954, p. 176

¹⁴Y: WEDY, M.T. & LINHARES, R.M. "Processo penal e história. A origem dos sistemas processuais penais acusatório e inquisitivo", *Doutrinas essenciais Direito penal e Processo penal*, Vol. 1, (BADARÓ, G.H. org.), Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 745.

¹⁵Cf. PRADO, G. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*, 3ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, pp. 74-75.

¹⁶Y: WEDY, M.T. & LINHARES, R.M. "Processo penal (...) Cit., pp. 748-749.

¹⁷Cf. TUCCI, R.L. *Lineamentos (...) Cit.*, pp. 149-150.

¹⁸Y: WEDY, M.T. & LINHARES, R.M. "Processo penal (...) Cit., pp. 750-751.

¹⁹Cf. WEDY, M.T. & LINHARES, R.M. "Processo penal (...) Cit., p. 751.

²⁰Véase, respecto de ello, MAIER, J.B.J. *Derecho procesal penal, Tomo I, Fundamentos*, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, pp. 269-272.

²¹BARONA VILAR, S. *Proceso penal desde la historia desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 46-48.

²²Y: WEDY, M.T. & LINHARES, R.M. "Processo penal (...) Cit., pp. 754-758.

²³Un buen resumen también aparece en CABRAL, R.L.F. *Manual do Acordo de não persecução*, 4ª ed., JusPodivm, Salvador, 2023, pp. 22-23.

²⁴Véase PRADO, G. *Sistema acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais*, 3ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, p. 76.

²⁵TUCCI, R.L. *Lineamentos (...) Cit.*, p. 84.

²⁶Y: WEDY, M.T. & LINHARES, R.M. "Processo penal (...) Cit., pp. 754-755.

²⁷Sobre el tema véase BARONA VILAR, S. *Proceso penal (...) Cit.*, pp. 46-48

²⁸Y: ANITÚA, G.I. & BORINSKI, M.H.. "Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos", *Sistemas Procesales Penales comparados*, (HENDLER, E. S. org.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 455.

²⁹SCHMIDT, E. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal*, (trad. DE NÚÑEZ, J.M), 2ª ed., Lerner, Córdoba, 2006, p. 17.

Simplemente no existía la acción pública, a nadie era dado el poder de representar la sociedad para hacer acusaciones a los individuos^{30 31}. Para existir un proceso El recurso a la reclamación a una intervención "judicial" – la *busse* – era demandada sin obligatoriedad por el ofendido o su familia, sin intervención de ningún representante de la autoridad³².

El proceso penal del Derecho Germánico era, en palabras de Foucault, "una forma singular y reglada de conducir una guerra entre los individuos y de encadenar los actos de venganza [...] una forma reglada de hacer la guerra"³³.

Pero, dicha guerra se podría acabar por simple iniciativa de los guerreros, siempre se admitía el acuerdo entre las partes. La solución privada consistía en una indemnización, en dinero, pero que no consistía en el rescate de una falta, sino en el rescate del derecho a la paz, a escapar de la venganza del oponente³⁴.

En realidad, la fórmula germánica no tenía por objetivo el aclarar de los hechos y su responsabilidad – es decir, no se trata de una investigación sobre la verdad³⁵ –, sino únicamente resolver el conflicto, buscar la recuperación de la paz social turbada por la perturbación generada por la conducta delictiva^{36 37}.

La marcada diferencia entre los dos sistemas viene de la influencia del Derecho canónico³⁸, especialmente de la Inquisición, en el alta Edad Media, que ha sido muy diferente en la isla y en el continente. Mientras que en el sistema inglés la persecución seguía anclada en la iniciativa de la víctima – como previsto en el sistema germánico – en el continente, el delito ha pasado a considerarse algo que sobrepasaba el interés del ofendido y alcanzaba el interés público en la figura de Dios y del soberano^{39 40}.

3.1. LA ESCASA INFLUENCIA CANÓNICA EN SISTEMA PENAL INGLÉS

De hecho, aunque el Imperio romano haya estado en Inglaterra del Siglo I, con el Imperador Claudio al Siglo V, lo cierto es que "el proceso de aculturación ha sido poco intenso, en especial en lo que refiere a la asimilación del derecho y de las instituciones jurídicas"^{41 42}.

De hecho, desde el Siglo V, con las invasiones de los anglos, sajones y daneses, se instalan reinos germánicos que imponen a fuerza sus reglas y costumbres^{43 44} de un modelo de solución de conflictos en el plan privado, con escasa regencia del soberano.

³⁰La excepción, presentada por Foucault. En: FOUCAULT, M. *A verdade e as formas (...) Cit.*, p. 60.

³¹Sobre la cita anterior: eran los casos de traición y homosexualidad, cuando curiosamente "la comunidad intervenía considerándose lesada" y el Derecho Germánico admitía acción pública para su reparación.

³²FOUCAULT, M. *A verdade e as formas (...) Cit.*, pp. 59-60.

³³FOUCAULT, M. *A verdade e as formas (...) Cit.*, p. 60.

³⁴FOUCAULT, M. *A verdade e as formas (...) Cit.*, p. 61.

³⁵FOUCAULT, M. *A verdade e as formas (...) Cit.*, p. 61.

³⁶En ese sentido PRADO, G. *Sistema acusatório: (...) Cit.*, p. 67.

³⁷Una amplia descripción del proceso penal germánico: véase en: BATISTA, N. *Matrizes ibéricas do Sistema Penal brasileiro – I*, Freitas Bastos Editora, Rio de Janeiro, 2000, pp. 41-55.

³⁸El derecho canónico es reconocido por la doctrina como el gran impulsor del modelo inquisitivo de inspiración romanística del período Imperial. En ese sentido PRADO, G. *Sistema acusatório (...) Cit.*, p. 81.

³⁹Cf. PERRODET, A. "O acusador público", *Processos penais da Europa*, (DELMAS-MARTY, M. Org.), Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, pp. 433-434.

⁴⁰Y: CABRAL, R.L.F. *Manual (...) Cit.*, pp. 24-25.

⁴¹PRADO, G. *Sistema acusatório (...) Cit.*, p. 88.

⁴²La misma opinión aparece en DAVID, R. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, (trad. DE CARVALHO, H.A.), Martins Fontes, São Paulo, 2002, p. 356.

⁴³Cf. DAVID, R. *Os grandes sistemas (...) Cit.*, p. 356

⁴⁴Y: PRADO, G. *Sistema acusatório (...) Cit.*, p. 88.

La invasión normanda, en el Siglo XII termina por instaurar definitivamente una estructura de solución de conflictos que mezcla las costumbres locales anglosajonas, las costumbres normandas y la *lex mercatoria*⁴⁵.

Ha sido Guillermo II, El Plantageneta el que finalmente ha logrado la unificación definitiva de Inglaterra, con su reconocimiento como soberano sobre todos los Lores. Pero, dicha imposición se ha logrado con la ayuda de la implantación de un sistema jurídico que quitaba parte del poder de los Lores implantando el sistema de la *rule of King*, consistente en el juicio por un tribunal del jurado (*Trial by Jury*) compuesto de ciudadanos que juzgaban según una regla general impuesta por el rey (*common law*)^{46 47}.

Con ello, lograba competir con la regla de la ley (*rule of law*) formada por las costumbres locales, cuyo juicio era dictado o por las asambleas de los hombres libres (*County Court* o *Hundred Court*) o por el mismo *landlord* (*Courts Baron*, *Court leet* o *Memorial Courts*)⁴⁸.

Las reglas impuestas por el *Trial by Jury*, preservadas por un representante del rey eran procesales y tenían tan sólo por objetivo la preservación de la orden en disputa entre acusador y acusado, mientras que el derecho material era dictado por el jurado, según la costumbre local⁴⁹.

Así, el proceso penal inglés, se construye como un auténtico patrón, un modelo de proceso como disputa entre partes, con plenitud de contradictorio^{50 51} y, de consecuencia, esencialmente sujeto a la disponibilidad por las mismas partes.

A parte de la implantación de un sistema jurídico distinto por cuestiones políticas, otro aspecto igualmente relevante de la historia de Inglaterra ha alejado de modo más incisivo la influencia del derecho canónico: el gobierno de Henrique VIII.

Con su conocida pretensión de anulación de su boda con Isabel, la Católica, rechazada por el Papa, Henrique ha optado por fundar su misma religión, la *Anglicana* y autodeclararse sumo pontífice de dicha religión⁵².

La providencia no vino sola, sino que el rey ha tratado de atacar la Iglesia Católica con medidas jurídicas, sacándoles privilegios. Bajo el dominio del catolicismo, resultaba imposible al Estado inglés castigar cualquier delito practicado por el clero, pero, Henrique VIII ha acabado con tales inmunidades, en especial para los delitos de traición, asesinato y felonía. Igualmente ha suprimido los privilegios de los santuarios en donde, hasta entonces, incluso las personas no pertenecientes a la Iglesia podrían alojarse sin que el Estado les pudiera arrestar^{53 54}.

Como ha observado David Hume, las intervenciones de Henrique VIII han conducido prácticamente a la "supresión del Derecho canónico"⁵⁵.

Mientras que en el derecho isleño las fórmulas de *rule of law* y *rule of King* han hecho prevalecer las costumbres locales, la composición en búsqueda de

⁴⁵Cf. PRADO, G. *Sistema acusatório (...) Cit.*, p. 88.

⁴⁶Cf. COUTINHO, J.N.D.M. *Observações sobre os sistema processuais penais*, Observatório da Mentalidade Inquisitória, Curitiba, 2018, pp. 118-119

⁴⁷Y: PRADO, G. *Sistema acusatório (...) Cit.*, p. 89.

⁴⁸Cf. DAVID, R. *Os grandes sistemas (...) Cit.*, p. 359.

⁴⁹Cf. COUTINHO, J.N.D.M. *Observações (...) Cit.*, p. 119.

⁵⁰En ese sentido DIAS, J.D.F. *Direito processual penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1984, p. 247.

⁵¹Y: COUTINHO, J.N.M.C. *Observações (...) Cit.*, p. 52.

⁵²Toda la historia del incidente es relatada en detalles en: CHURCHILL, W. *A História dos povos de língua inglesa*, vol. 3, (trad. DE CAMARGO, E.), IBRASA, São Paulo, 2006, pp. 56-75.

⁵³Tales medidas aparecen bien descritas por David Hume en: HUME, D. *História da Inglaterra, Da invasão de Júlio César à Revolução de 1688*, (trad. DE PIMENTA, P.P.), 2ª ed., Unesp, São Paulo, 2017, pp. 168-169.

⁵⁴Y también en CHURCHILL, W. *A História (...) Cit.*, pp. 77-88.

⁵⁵HUME, D. *História da Inglaterra (...) Cit.*, p. 169.

solución del conflicto, la iniciativa privada y la participación popular en la decisión por el jurado, la realidad continental ha sido completamente otra⁵⁶.

3.2 LA LARGA INTERFERENCIA CANÓNICA EN EL SISTEMA PENAL CONTINENTAL

En el continente, la influencia del Derecho canónico – especialmente de la Inquisición – ha llevado el interés persecutorio a ubicarse más allá de los simples intereses del ofendido, en la búsqueda de la verdad⁵⁷ que suponía una clase de garantía en contra de injusticias⁵⁸. Y dicha garantía se ubicaba en la misma figura del inquisidor, que a un solo tiempo era acusador y juez de la causa, con total libertad para buscar la verdad⁵⁹. El *Malleus Maleficarum* proponía un método detallado para llegar a la verdad, regulando desde la forma de dar inicio a un proceso⁶⁰, cómo interrogar testigos y la acusada⁶¹, hasta los puntos a tener en cuenta por el juez para ejecutar tortura⁶².

Ha sido exactamente en Portugal y España donde la Inquisición ha mantenido lazos más estrechos con el poder del Estado, permitiéndosele a la Iglesia mantener tribunales en todo el territorio ibérico⁶³.

En España, la prevalencia del modelo inquisitorial visó de la revocación de la legislación visigótica (los *Fueros*), por la ley de las Siete Partidas, de Alfonso X, en el Siglo XII, seguido del Ordenamiento de Alcalá, en 1349, alcanzando su punto álgido con los Reyes Católicos en el Siglo XV-XVI, con la instalación, al lado de la justicia común, del Tribunal del Santo Oficio⁶⁴.

En Alemania, ha sido la jurisdicción del Imperio Romano-Germánico que ha proporcionado la instauración del modelo jurídico romano imperial y el consecuente ingreso de la misma Inquisición en territorio alemán, en el paso del Siglo XV al XVI, después de la instalación del Tribunal de Cámara Imperial, en 1495 y con la pretensión de creación de un derecho unificado para los *Länder* con la *Constitutio Criminalis Bambergensis* en 1507 y la *Constitutio Criminalis Carolina*, en 1532^{65 66}.

Lo mismo ha pasado en Francia, en donde la ordenanza de 1254 de Luís IX, ha sido editada a partir del modelo romano-canónico⁶⁷, incluso con apuración de infracciones penales de oficio, alcanzando la Inquisición su punto máximo con la ordenanza de 1670⁶⁸.

Este pensamiento medieval es el que va formando la idea de que la administración de justicia es deber de los poderes públicos⁶⁹, con lo cual, la iniciativa

⁵⁶En ese sentido ilustra Prado que "La forma de actuación de los mecanismos de resolución de conflictos de intereses adoptada en Inglaterra, como consecuencia lógica de la técnica utilizada para postular las jurisdicciones reales, ha alejado el derecho inglés del modelo romano-canónico imperante en el resto de Europa [...]". En: PRADO, G. *Sistema acusatório (...) Cit.*, p. 89.

⁵⁷Observa Foucault que el dato marcante que está en la base de los procedimientos inquisitoriales es la búsqueda de la verdad. Cf. FOUCAULT, M. *A verdade e as formas (...) Cit.*, p. 21.

⁵⁸Cf. SILVEIRA, F.L.D. *Para uma crítica da razão fascista no processo penal brasileiro*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2021, p. 27.

⁵⁹Cf. WEDY, M.T. & LINHARES, R.M. "Processo penal (...) Cit.", p. 763.

⁶⁰KRAMER, H. & SPRENGER, J. *Malleus Maleficarum: O martelo das feiticeiras*, (trad. DE FRÓES, P; MURARO, R.M. & BYINGTON, C.), Bestbolso, Rio de Janeiro, 2015, p. 409.

⁶¹KRAMER, H. & SPRENGER, J. *Malleus Maleficarum (...), Cit.*, pp. 418 y ss.

⁶²KRAMER, H. & SPRENGER, J. *Malleus Maleficarum (...), Cit.*, pp. 440 y ss.

⁶³Cf. LAZZARI DA SILVEIRA, F. *Para uma crítica...cit.*, p. 24.

⁶⁴Cf. PRADO, G. *Sistema acusatório (...) Cit.*, p. 84.

⁶⁵PRADO, G. *Sistema acusatório (...) Cit.*, pp. 84-85.

⁶⁶Y CABRAL, R.L.F.C. *Manual (...) Cit.*, p. 24.

⁶⁷Cf. PRADO, G. *Sistema acusatório (...) Cit.*, p. 85.

⁶⁸En ese sentido CORDERO, F.. *Procedimiento pena*, vol. 1, Temis, Bogotá, 2000, p. 21.

⁶⁹En ese sentido SCHMIDT, E. *Los fundamentos teóricos (...), Cit.*, pp. 17-18.

persecutoria es igualmente un deber público y no un derecho privado. "El monopolio de la justicia por el Estado es un correlativo del deber del Estado de garantizarla"⁷⁰.

Con ello, la persecución de carácter inquisitivo en el derecho continental quedaba en manos del Ministerio Público en representación del poder público⁷¹.

Aunque durante el período de la revolución francesa, las sucesivas iniciativas de composición de un nuevo proceso que alejara el carácter autoritario del *Ancien Régimen*, las distintas iniciativas legislativas⁷² que han terminado en el *Code d'instruction criminelle* han preservado las dos principales herencias metodológicas de la inquisición: el carácter público del proceso y la creencia en la verdad⁷³. La necesidad de control público ya no se justificaba por razones religiosas sino por la idea misma de sumisión de todos a la voluntad general expresada en la ley (principio de legalidad). La búsqueda de la verdad ya no se basaba en razones metafísicas sino en la creencia en sistema de prueba legal⁷⁴.

En realidad, como puso de relieve Binder⁷⁵, el Estado *bonapartista* ha asumido la pretensión de se encargarse – a través del Ministerio Público – de todos los casos penales, los cuales ya no son graves por el daño provocado por el hecho, sino por la desobediencia estatal que representan.

La rotura promovida por la Ilustración con el modelo canónico ha sido de vincularse a un Estado laico, pero, preservando la doble herencia de la Inquisición: el modelo de búsqueda de la verdad y la obligatoriedad persecutoria. Los reformadores como Filangieri, Romagnosi e Carrara han, de hecho, pretendido a conformación de un sistema penal científico^{76 77}, pero no han abandonado la justificación central del sistema, consistente en el objetivo final de llegar a una verdad. Hubo una falsa emancipación del dogma a partir de la sustitución de una verdad divina por otra verdad igualmente incuestionable, ubicada en el paradigma científico: la fe en lo divino ha sido sustituida por la fe en la ciencia⁷⁸.

La evidencia de dicha preservación está en las observaciones de Romagnosi⁷⁹ sobre el proceso penal, entendido por él como un instrumento destinado a la búsqueda de la verdad y que tiene como objetivo la defensa social.

Es decir: la secularización ha alterado la matriz política, la fuente de legitimación del sistema punitivo, pero no su forma de operación⁸⁰.

Dicho paso ha sido facilitado por la misma metodología de la inquisición, que se ha constituido como "un método-técnica de investigación empírica guiado por la búsqueda de la verdad sobre el supuesto de hecho, pero, igualmente destinado a producir verdad y a legitimar el secuestro estatal de los conflictos privados [...]"⁸¹.

⁷⁰SCHMIDT, E. *Los fundamentos teóricos (...)*, Cit., p. 19.

⁷¹Cf. CABRAL, R.L.F. *Manual (...)*, Cit., p. 26.

⁷²Rodrigo Leite Ferreira Cabral refiere específicamente a la ley procesal de septiembre de 1791; al *Code des délits et des peines*, de 1795 y la ley de 1801, que ha creado la figura del Ministerio Público. Cf. CABRAL, R.L.F. *Manual (...)*, Cit., pp. 27-28.

⁷³Sobre este código, véase larga descripción en MAIER, J.B.J. *Derecho procesal penal (...)* cit., pp. 351-360.

⁷⁴MAIER, J.B.J. *Derecho procesal penal (...)* cit., p. 352.

⁷⁵BINDER, A. *Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal*, Empório do Direito, Florianópolis, 2017, p. 155.

⁷⁶En ese sentido BARATTA, A. "Filosofia e Direito penal: Notas sobre alguns aspectos do desenvolvimento do pensamento penal italiano desde Beccaria aos nossos dias", *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 1, nº 53, (Trad. GIAMBERARDINO, A.), Curitiba, 2011, p. 13.

⁷⁷Una larga disertación sobre la evolución y el paso de la base religiosa para la secular-científica en materia de pruebas, sin perder el eje de búsqueda de la verdad aparece en MITTERMAIER, C.J.A. *Tratado da prova em matéria criminal*, (trad. HEINRICH, H.W.), Bookseller, Campinas, 1997, pp. 16-33.

⁷⁸No mesmo sentido LAZZARI DA SILVEIRA, F. *Para uma crítica (...)* Cit., p. 28.

⁷⁹Véase ROMAGNOSI, G.D. *Genesi del Diritto Penale*, Vol. II, 3ª Ed., Dalla Tipografia di Felice Rusconi, Milano, 1823, p. 91.

⁸⁰LAZZARI DA SILVEIRA, F. *Para uma crítica (...)* Cit., p. 39.

⁸¹LAZZARI DA SILVEIRA, F. *Para uma crítica (...)* Cit., p. 29.

Es decir, la verdad era circularmente una meta y un resultado del mismo proceso de búsqueda, siempre ajeno a los implicados, como un objeto singular, apartados.

Como bien ha aclarado Felipe Lazzari Silveira:

“Es innegable que, con el final de los regímenes absolutistas y el avance de los ideales ilustrados liberales, el pensamiento inquisitivo ha perdido fuerza. Pero, el hecho de que los liberales no hayan abandonado las estructuras inquisitoriales después del advenimiento del Siglo de las Luces, sino que tan sólo las hayan readecuado, ha sido determinante para que los regímenes siguientes, tanto los totalitarios y autoritarios del principio del Siglo XX como los democráticos aparecidos después de la Segunda Guerra, siguieran teniendo sus sistemas de justicia criminal, principalmente sus modelos procesales, marcados por características arbitrarias propias del pasado inquisitorial”⁸².

En ese sentido, la observación de Eberhard Schmidt de que “en la historia de la administración de la justicia penal alemana, el reconocimiento absoluto del deber del Estado de impartir justicia es una consecuencia del desenvolvimiento estatal que se ha operado paulatinamente en el tránsito de la Edad Media a la Edad Moderna”⁸³.

Y ni siquiera el advenimiento del idealismo alemán ha quitado la idea de obligatoriedad persecutoria, de una búsqueda por la verdad en el proceso, como bien expresa la teoría *kantiana* de los imperativos categóricos del *Rechtslehre* de 1797-1798⁸⁴, según la cual, siempre que ocurriera un delito sería imperativa la aplicación de la pena.

A partir de ello, si el delito se verifica a partir de la violación de una norma legal, el imperativo de la pena demanda la intervención persecutoria para que se logre su imposición.

Y el paso siguiente de afirmación de una asociación entre la legalidad y la obligatoriedad persecutoria aparece en la construcción de Feuerbach de la teoría de la coacción psicológica.

Las ideas de que 1) toda imposición de pena presupone una ley (*nulla poena sine lege*); 2) sólo la conminación legal del mal fundamenta la posibilidad jurídica de una pena; 3) la imposición de una pena está condicionada a la existencia de la acción conminada (*nulla poena sine crimine*) y que es la ley que vincula la pena al hecho, como presupuesto jurídicamente necesario^{85 86}, que expresan en Feuerbach la legalidad, por una parte representan el límite de decir que no hay posibilidad de castigo sino en la previsión legal, pero, por otra, impone que, presente la violación de la norma jurídica, se imponga la sanción, lo que vuelve obligatorio el manejo del aparato procesal persecutorio.

⁸²LAZZARI DA SILVEIRA, F. *Para uma crítica (...) Cit.*, p. 35.

⁸³SCHMIDT, E. *Los fundamentos teóricos (...) Cit.*, p. 17.

⁸⁴Véase, KANT, I. *Doutrina do direito.*, 4ª ed., Ícone, São Paulo, 2013, especialmente pp. 51-52.

⁸⁵El carácter impositivo de la persecución, es decir, la preservación del imperativo categórico en la obra de Feuerbach aparece claramente cuando afirma que “Toda forma de lesión jurídica contradice el objetivo del Estado, o sea, *que en el Estado no tenga lugar ninguna lesión jurídica*. Por ende, el Estado tiene el derecho y el deber de hallar institutos mediante los cuales se impidan las lesiones jurídicas”. En: FEUERBACH, J.P.A.V. *Tratado de derecho penal*, (trad. ZAFFARONI, E.R. & HAGEMEIERS, I.), Hammurabi, Buenos Aires, 2007, pp. 55.

⁸⁶La conexión entre legalidad y obligatoriedad persecutoria en la obra de Feuerbach es bien por sus comentaristas, como, por ejemplo, en GRECO, L. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach, Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 55.

Evidentemente, sólo sería posible mantener la teoría de la prevención general negativa – elaborada por Feuerbach – a partir de la certeza acerca de la existencia de la persecución siempre que estuviera presente el delito. La amenaza de pena sólo podría ser tomada en serio si no hubiera delitos sin pena que le corresponde. Y, si la pena sólo se impone a partir del derecho y el derecho incluye el debido proceso legal, la persecución es un deber del cual al Estado no es dado apartarse.

4. UN PANORAMA DEL PROCESO CONTINENTAL ACTUAL

Así, la sumisión de la voluntad divina del soberano por la voluntad popular expresa en la ley, sin cambio metodológico, trajo para el proceso penal continental de nuestros días, la preservación de una obligación de búsqueda de una verdad que constituye verdadero deber del Estado.

Actualmente, se puede decir que en el ámbito del Proceso penal continental prevalece, como regla, el proceso misto, con parte inquisitiva y parte acusatoria, pero, la intervención jurídica persecutoria de un agente del Ministerio Público, que demanda al Tribunal la causa penal es un deber indeclinable del Estado⁸⁷.

Suele existir un acusador principal público con deberes persecutorios, una vez descubiertas evidencias de práctica delictiva⁸⁸. El Ministerio Público está obligado a proceder los actos procesales que, con arreglo a la ley procesal le son 'permitidos'⁸⁹.

Se organiza la producción y gestión probatoria alrededor de una pretensión de verdad, aunque secular, científica.

Además, la obligatoriedad como expresión de legalidad es la regla sobre la iniciativa persecutoria en el proceso penal continental.

En ese sentido, realizando exactamente un estudio de derecho comparado entre los modelos procesales continentales y los del *common law*, Anitúa y Borinsky⁹⁰ han dejado clara la conexión entre legalidad y obligatoriedad persecutoria, a la cual se opone el principio de oportunidad como contraposición teórica.

De hecho, la oportunidad, regente de modelo anglosajón, en el proceso penal continental se fue construyendo como excepción a la regla, justamente delante de la asociación de la obligatoriedad con la legalidad, llegando a un término muy bien resumido por el comentario de Hassemer según el cual, en el modelo continental habrá "tanta legalidad como sea posible; tanta oportunidad como sea necesario"⁹¹.

⁸⁷En ese sentido SCHMIDT, E. *Los fundamentos teóricos (...)* Cit., p. 57.

⁸⁸Refiriendo al deber del Ministerio Público de instaurar la investigación criminal preliminar, existiendo una sospecha y el deber de acusar, si presente la sospecha suficiente en el Derecho procesal penal alemán, véase GRECO, L. "Introdução", en: WOLTER, J. *O inviolável e o intocável no direito processual penal*, Marcial Pons, São Paulo, 2018, p. 59.

⁸⁹Cf. SCHMIDT, E. *Los fundamentos teóricos (...)* Cit., p. 66.

⁹⁰"[...] frente a los llamados delitos de acción pública se ha considerado que el Ministerio Fiscal debe ejercer obligatoriamente la acción y que el objeto del proceso penal es indisponible, de lo que surge entonces que, por decisión política del legislador, se ha puesto énfasis en la búsqueda y determinación de la verdad histórica, en desmedro de la voluntad de las partes respecto a la existencia y límites de la imputación. Como consecuencia, este modelo de actuación, regido por el principio de legalidad, impide al Ministerio Público abandonar la pretensión penal del Estado, en tanto se mantengan los presupuestos materiales que le dieron origen. Así, el principio de legalidad puede ser entendido como el deber que tienen ciertos representantes estatales (el Ministerio Público, pero también, limitadamente, los órganos de policía) de promover y mantener la investigación de todo hecho con suficiente apariencia delictiva, en la búsqueda de una resolución de carácter jurisdiccional que ponga fin a dicha investigación y, en su caso, atribuya responsabilidades". Cf. ANITÚA, G.I. & BORINSKI, M.H. "Principios de legalidad (...)" Cit., p. 449.

⁹¹HASSEMER, W. "La persecución penal: legalidad y oportunidad", *Revista Jueces para la Democracia, información y debate*, nº 4, EDISA, Madrid, 1988, p. 10.

De hecho, se puede notar que en Alemania^{92 93}, Italia^{94 95 96}, Portugal^{97 98} y España^{99 100}, la regla sigue siendo la indisponibilidad de la acción penal, por el agente persecutor público como expresión de legalidad, mientras, como excepción, se admite la oportunidad. Se apunta como el modelos híbridos, en donde más hay interferencia del principio de oportunidad en el proceso penal continental, los modelos belga y francés^{101 102 103 104}.

No hay ninguna duda acerca de que la estructura del proceso penal brasileño sea una herencia del modelo ibérico¹⁰⁵ y es sabido que la influencia del Tribunal del Santo Oficio ha alcanzado Sudamérica y mantuvo su influencia hasta su abolición en 1834¹⁰⁶, determinando la persecución de oficio y teniendo como expresión jurídica equivalente en Brasil, las *Ordenaciones Manuelinas y Filipinas*¹⁰⁷. Por lo tanto, no es un acaso que justamente en Brasil el modelo pautado por la búsqueda de la verdad haya superado un proceso de partes y alejado, lo más posible, la disponibilidad del proceso penal.

Es en este escenario que se pretende avanzar en dirección a la ampliación de los mecanismos de evitación de la persecución penal a través de acuerdos entre el agente persecutor público y el reo.

5. EL ACERCAMIENTO DE LOS GRANDES SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS.

No es ninguna novedad que la existencia de riesgos globales conectados a actividades delictivas – la llamada globalización del delito – ha producido nuevos retos para el Sistema penal contemporáneo^{108 109}.

⁹²Cf. ANITÚA, G.I. & BORINSKI, M.H. "Principios de legalidad (...) Cit., pp. 463-466.

⁹³Para detalles sobre el sistema procesal penal alemán, véase JUY-PIRMANN, R. "O sistema alemão", en *Processos penais da Europa*. (DELMÁS-MARTY, M. Org.), Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, pp. 7-73.

⁹⁴Cf. ANITÚA, G.I. & BORINSKI, M.H. "Principios de legalidad (...) Cit., pp. 467-469.

⁹⁵Para detalles sobre el sistema procesal penal italiano, en la misma obra, véase MOROSI, G; PÉREZ LANCE, A; POSSE, F. & RAFECAS, D. "El sistema procesal penal italiano" en *Sistemas Procesales Penales comparados*. (HENDLER, E.S. org.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 133-208.

⁹⁶Y PERRODET, A. "O sistema Italiano", en *Processos penais da Europa*, (DELMAS-MARTY, M. Org.), Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, pp. 341-425.

⁹⁷Cf. ANITÚA, G.I. & BORINSKI, M.H. "Principios de legalidad (...) Cit., p. 469.

⁹⁸Para detalles sobre el sistema procesal penal portugués, en la misma obra, véase BUNGE CAMPOS, L.M. "El sistema procesal penal de Portugal" "El sistema procesal penal español", en *Sistemas Procesales Penales comparados*, (HENDLER, E. S. org.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 329-380.

⁹⁹Cf. ANITÚA, G.I. & BORINSKI, M.H. "Principios de legalidad (...) Cit., pp. 466-467.

¹⁰⁰Para detalles sobre el sistema procesal penal español, en la misma obra, véase ÁVILA, C; BORINSKI, M.H; FERNÁNDEZ, E. & LAGO, D. "El sistema procesal penal español", en *Sistemas Procesales Penales comparados*, (HENDLER, E. S. org.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 51-132.

¹⁰¹Cf. PERRODET, A. "O acusador público" (...) Cit., p. 465.

¹⁰²Y ANITÚA, G.I. & BORINSKI, M.H. "Principios de legalidad (...) Cit., pp. 470-472.

¹⁰³Para detalles sobre el sistema procesal penal francés, en la misma obra, véase DIAS, H.L; LOUSTEAU, M. & TEDESCO, I.F. "El sistema procesal penal francés" en *Sistemas Procesales Penales comparados*, (HENDLER, E.S, org.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 209-266.

¹⁰⁴Y DERVIEUX, V. "O sistema francés", en *Processos penais da Europa*, (DELMÁS-MARTY, M. Org.), Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, pp. 149-242.

¹⁰⁵Una obra completa sobre dicho desarrollo es BATISTA, N. *Matrizes ibéricas (...)* Idem.

¹⁰⁶PRADO, G. *Sistema acusatório (...)* Cit., p. 84.

¹⁰⁷PRADO, G. *Sistema acusatório (...)* Cit., p. 87.

¹⁰⁸Véase, respecto de ello, los artículos compilados en FARALDO CABANA, P. (Dir.). *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

¹⁰⁹Sobre una descripción de los riesgos de la llamada modernidad reflexiva, véase BECK, U. *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*, (trad. DE NAVARRO, J; JIMÉNEZ, D. & BORRÁS, M.R.), Paidós, Barcelona, 1998, pp. 199 y ss.

La dificultad se ubica en un fenómeno de desajuste bastante claro: mientras la producción de resultados socialmente muy desvalorados ocurre en el plan empírico, sin reconocer límites o fronteras, la dimensión del control correspondiente a ello – en especial en lo que refiere al sistema penal – es algo que sigue mayormente vinculado a actividades internas al llamado Estado-nación.

Aunque no se ignore la existencia de estudios muy avanzados en el plano teórico acerca de un Derecho penal global intercultural a partir de una república mundial¹¹⁰, lo cierto es que la tarea de ejercicio de control social penal se sigue ejerciendo principalmente en el plano interno del Estado-nación.

Como se ha visto, ha sido distinto el desarrollo del derecho occidental, especialmente en Europa, que produjo sistemas jurídicos completamente distintos como el anglosajón (*common law*) y el del derecho continental (*civil law*).

Por otra parte, la facilidad de circulación del conocimiento en la era de la comunicación permite, igualmente, que las medidas jurídicas tomadas por cada Estado, en el objetivo de realización del control social penal, sean conocidas a nivel global.

Dicha "mirada al otro" lado no está restringida al plan político, sino que alcanza el mismo plan legislativo, produciendo soluciones y – a la vez – problemas de adaptación. El mayor conocimiento mutuo sobre las instituciones jurídicas ha propiciado el despertar de tendencias de importación de instituciones originadas y construidas en un sistema a otro.

5.1. EL ACERCAMIENTO DE SISTEMAS EN EL DERECHO PENAL MATERIAL

En el Derecho penal material, es sabido que mientras el sistema continental ha desarrollado, principalmente a partir de autores alemanes, un modelo de *teoría del delito* que condujo a la solución de problemas a partir de conceptos generales aplicados a situaciones particulares, al sistema *anglosajón* se ha organizado a partir del debate sobre *attributions vs. justifications and excuses* a partir de interpretaciones derivadas de un sistema de precedentes, en una fórmula que Fletcher ha calificado de *razonamiento plano*, cuando comparado con el modelo alemán de un *razonamiento estructurado*, que parte de un orden sucesivo de análisis de tipicidad, ilicitud y culpabilidad^{111 112}.

No obstante, hay en la doctrina anglosajona, avances en el sentido del ofrecimiento de algún modelo sistemático de solución equitativa de supuestos a partir de criterios generales. Es bastante conocido el avance impulsado en el Derecho americano por los escritos de George P. Fletcher, cuyo camino hacia la Filosofía del Lenguaje como punto de evolución implicó cuestionar las formulaciones del Derecho Penal consuetudinario a partir de sus conocimientos del Derecho Penal continental, especialmente el alemán, muy explícito en su obra^{113 114 115}.

Por otra parte, también en el ambiente del Derecho penal continental, los fundamentos filosóficos de matriz anglosajona, especialmente la llamada *linguistic turn*, ha sido objeto de atención de los penalistas para una revisión y actualización del sistema de imputación.

¹¹⁰Sobre ello, HÖFFE, O. *Derecho intercultural*, (trad. DE SEVILLA, R.), Gedisa, Madrid, 2008, pp. 217 y ss.

¹¹¹Véase, respecto de ello, FLETCHER, G.P. "The Right and the Reasonable" en (Eser, A. y Fletcher, G.P. Org.) *Rechtfertigung und Etschuldigung*, Max Plank Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg, 1987, pp. 67-119.

¹¹²Hay versión en español publicada en Argentina como FLETCHER, G.P. *Lo justo y lo Razonable*, (trad. BUSATO, P. C. & MUÑOZ CONDE, F.), Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

¹¹³Se trata de FLETCHER, G.P. *Basic Concepts in Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 1998.

¹¹⁴FLETCHER, G.P. *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2000.

¹¹⁵Y FLETCHER, G.P. *The Grammar of Criminal Law, Vol. 1*, Foundations, Oxford University Press, New York, 2007.

De hecho, la filosofía del lenguaje ha sido reconocida como el eje necesario para componer una nueva revisión del sistema penal¹¹⁶.

El estudio de las bases teóricas y filosóficas utilizadas por el *common law* fue la gran inspiración que llevó Tomás Vives Antón a proponer una revisión de los fundamentos del sistema de la teoría del delito a partir de la Filosofía del Lenguaje¹¹⁷.

5.2. EL ACERCAMIENTO DE SISTEMAS EN EL DERECHO PROCESAL PENAL

En el ámbito del proceso penal es que el acercamiento resulta más evidente, pero, igualmente, más problemático. Las razones son obvias y se ubican en las diferencias de las herencias de estructuras básicas entre los dos sistemas procesales referidos. Por una parte, tanto en el sistema de justicia penal continental, cuanto, en el sistema anglosajón, la atribución de responsabilidad depende de un procedimiento formal que constituye la garantía fundamental del acusado frente al Estado. Así, en el proceso no hay ninguna distinción metodológica, sino al revés. En ambos sistemas, los principios son similares, es decir, también en el sistema anglosajón vige el principio de legalidad¹¹⁸. Y precisamente eso es lo que condujo a un intercambio de institutos más intenso, hasta el punto de que algunos elementos muy característicos de un sistema se desplazan a otro, como es el caso de las soluciones de justicia penal negociada, como, por ejemplo, el acuerdo de no persecución, recientemente implantado en el sistema procesal penal brasileño, objeto de este estudio.

Aunque se sepa que este instituto no representa un caso aislado, sino que, mejor, corresponde a una tendencia cada vez más presente en el proceso penal de matriz continental, de expansión del espacio de consenso¹¹⁹, cierto es que, muy al revés de la fórmula de acercamiento planteada en el ámbito del Derecho penal material, la *importación de institutos* en el ambiente procesal – al menos en el Proceso penal brasileño – vino desacompañada de la correspondiente reflexión sobre sus fundamentos, lo que constituye un evidente error¹²⁰.

De hecho, en Brasil, hubo una adhesión a una tendencia internacional de soluciones negociadas de Derecho penal¹²¹, que ha empezado por los llamados “delitos de menor potencial ofensivo”, con los institutos de *transacción*, *composición civil* y *suspensión condicional del proceso* de la mano de la ley 9.099 de 26 de septiembre de 1995; tuvo una segunda etapa volcada a una justicia premial dirigida hacia la producción probatoria en supuestos de criminalidad organizada, con la *colaboración premiada* de la ley 12.850, de 02 de agosto de 2013 y ha llegado ahora a una tercera y muy extendida etapa con el *acuerdo de no persecución penal*, de la ley 13.964, de 24 de diciembre de 2019¹²².

¹¹⁶En ese sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. La "concepción significativa de la acción" de T.S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº. 1, Universidad de Granada, Granada, 1999; disponible en: http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_01-13.html, acceso en: 22 feb. 2024.

¹¹⁷Aunque el modelo haya sido adoptado por Vives en varios escritos, resulta seminal con amplia influencia en España y Sudamérica su VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del Sistema penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

¹¹⁸Cf. CASTRO, A.L.C.D. *Plea bargain* (...) *Cit.*, pp. 23-24.

¹¹⁹La expresión aparece en VASCONCELLOS, V.G. *Acordo de não persecução penal*, Thomson-Reuters Brasil, São Paulo, 2022, p. 18.

¹²⁰De ello se ha percatado LOPES JR., A. "A crise existencial da justiça negocial e o que (não) aprendemos com o JECrim", *Boletim do IBCCrim*, ano 29, nº 344, julho de 2021, IBCCrim, São Paulo, 2021, p. 5.

¹²¹Los impulsos dictados por normativas internacionales aparecen referidos en VASCONCELLOS, V.G. *Acordo* (...) *Cit.*, pp. 19-23.

¹²²Ese movimiento va bien descrito en WUNDERLICH, A. & LIMA, C.E.D. "Primeira introdução – dimensões da justiça penal consensual no Brasil", en: *Acordo de não persecução penal e*

Se lo advertía ya Geraldo Prado en el momento del apareamiento de la llamada *transacción penal*¹²³ a los peligros de una *justicia penal consensual*, según la cual se le concede al investigado el contradictorio “derecho a ser punido”¹²⁴, bajo un discurso utilitarista de que “no hay nada más saludable y justo que la convergencia de intereses entre dos sujetos que están en posición antagónica”¹²⁵, pero se olvida que una de las partes de dicha convergencia es el Leviatán estatal.

En aquel momento, el autor¹²⁶ ya refería a la existencia de proyectos de ley en curso con pretensiones de replicar fórmulas de *plea bargaining* estadounidense.

La adaptación de dicha clase de institutos no siempre ocurre por la composición de un *tertium genus* que corresponde a una adaptación atenta a las exigencias sistemáticas, sino que, a veces, lo que ocurre es simple reproducción de un instituto fuera de su contexto, sin preocupaciones claras con el ajuste a los principios directivos del proceso, ni con el núcleo estructurante del sistema, como ha sido exactamente el caso del acuerdo de no persecución penal en el proceso penal brasileño.

6. EL PROBLEMA – LA INCOMPATIBILIDAD DE LA IMPORTACIÓN DEL ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN FRENTE AL MODELO JURÍDICO DE PROCESO CONTINENTAL

De hecho, la discusión sobre la posibilidad y adecuación del uso de instrumentos procesales de justicia penal negociada en el sistema continental invita a una reflexión bastante más vertical sobre la misma idea de obligatoriedad vs. disponibilidad persecutoria. No se trata de simplemente rechazar la fórmula negocial, sino comprenderla en sus implicaciones fundamentales. No se puede ser completamente contrario al espacio de consenso en el proceso penal, sino que importa poner de relieve que dichos espacios sólo pueden funcionar si están en armonía con el sistema general de proceso penal que permita la existencia de dicho espacio¹²⁷.

El análisis de las *fórmulas negociables de proceso penal* es bastante más compleja de lo que parece a una primera mirada. De manera general, se puede decir, de entrada, que en un sistema jurídico basado en la legalidad estricta existe una incompatibilidad latente en la afirmación de la culpa *stricto sensu*, condición indispensable para autorizar cualquier recorte de la libertad y la lógica que rige el mecanismo negociable, esencialmente dispositivo.

No es posible plantear en serio soluciones de una justicia penal negociada sin precedente adopción de un modelo acusatorio completo, esencialmente “de partes”. Es que la disposición de la acción penal significa dispensar la intervención del Estado en la realización del control social punitivo y dicha dispensa es incompatible con el principio inquisitivo.

En ese sentido, hay que tener en cuenta a quien pertenece, efectivamente la iniciativa persecutoria.

Es evidente que no se puede pensar en la realidad económicamente desigual de Brasil en una acusación controlada totalmente por la iniciativa privada. Un país que no tiene una defensoría pública que se pueda tomar en serio no puede

colaboração premiada após a lei anticrime (WUNDERLICH, A. et al), Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022, pp. 19-21.

¹²³El mecanismo, introducido por el artículo 79 de la ley 9.099/95, consiste en un acuerdo entre el Ministerio Público y el supuesto autor de un delito considerado “de menor potencial ofensivo”, en el cual, dicho acusado se somete a una pena no privativa de libertad, a cambio de que no se inicie la persecución judicial.

¹²⁴PRADO, G.. “Transação penal: alguns aspectos controvertidos”, en *Processo penal: leituras constitucionais*, (BONATO, G. org.), Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003, p. 118.

¹²⁵PRADO, G.. “Transação penal: alguns (...) Cit., p. 119.

¹²⁶PRADO, G.. “Transação penal: alguns (...) Cit., pp. 120-121.

¹²⁷En ese sentido la opinión de WUNDERLICH, A. & LIMA, C.E.D. “Primeira introdução (...) Cit., pp. 21-22.

pretender entregar la tarea persecutoria totalmente a la víctima, sin estar consciente de estar impulsando un proceso de victimización secundaria.

Además, aunque no fuera así, en el mundo del Siglo XXI no es más posible negar la condición de bienes jurídicos fundamentales para el desarrollo de los individuos, ciertos bienes colectivos, que no permiten identificación individual de las víctimas, como es el caso del ambiente, por ejemplo.

De ser así, si no es posible admitir una persecución exclusivamente privada y el control que se pretende ejercer sobre las conductas consideradas intolerables se realiza necesariamente con intervención del Estado, que debe de funcionar como un amortiguador del conflicto, carece de una justificación muy alargada la decisión de abandonar el ejercicio del control social punitivo a partir de un *negocio jurídico*, que es composición entre el Estado y el autor del delito.

Pero, no es sólo eso.

El echar mano de la persecución frente la existencia de evidencias de la efectiva existencia de un delito supone desistir, igualmente, de la pretensión de verdad que constituye la esencia del proceso penal continental, por justificaciones de corte utilitarista.

Además, al exigir – como en el caso del ANPP – la confesión respecto del hecho investigado como condición de la realización del negocio jurídico, contraria directamente la supuesta pretensión de verdad del sistema penal, una vez que se abandona la persecución de un culpable asumido.

Y si la pretensión de verdad secularizada es anclada en el principio de legalidad, ya no se puede justificar la subversión de la regla general del proceso penal, de reservar la manifestación del imputado para después de la producción de la prueba en su contra, sin admitir que se viola el mismo principio de amplia defensa, revelando rasgos autoritarios.

Así, hay que tomar en serio todos estos problemas y desarrollar una estructura compensatoria de los sesgos autoritarios que aparecen en ella.

7. AJUSTES NECESARIOS A LA CONSTRUCCIÓN DE UNA JUSTICIA PENAL NEGOCIADA EN EL PROCESO PENAL DE MATRIZ CONTINENTAL.

El punto de partida para hablar de las posibilidades de una justicia negociable en materia penal es un cambio general de objetivos y de estructura en el mismo sistema penal, como fórmula de *reducción de daños*¹²⁸.

7.1. EL CAMBIO DE LA PRETENSIÓN DE VERDAD POR UNA PRETENSIÓN GENERAL DE JUSTICIA.

Si el sistema penal es un sistema integral que debe incluir tanto la estructura material de imputación cuanto el mecanismo procesal de viabilidad persecutoria, ambos tienen que estar integrados en un mismo propósito.

Ya se conoce de las lecciones de Vives Antón¹²⁹ que el sistema de imputación debe rebajar sus ambiciones y reconocerse como simple estructura argumentativa. Para tanto, hace falta abandonar su pretensión científica de afirmación de una verdad – ya sea empírica o por equivalencia – y sustituirla por una pretensión general de justicia.

En el ámbito procesal, esta reorientación de perspectivas asume todavía más protagonismo. Si es que se pretende un proceso penal libre de una perspectiva autoritaria, lo primero es abandonar la idea de que su objetivo final es la afirmación de una verdad (*verdictum*). Ha sido justamente en nombre de la verdad que se ha cometido – como antes apuntado –, los peores abusos que la historia del proceso penal ha conocido.

¹²⁸La expresión es de VASCONCELLOS, V.G. *Acordo (...) Cit.*, p. 35.

¹²⁹VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos (...) Cit.*, p. 489.

Finalmente, la búsqueda de la verdad – que se suele llamar *verdad real*¹³⁰
¹³¹ – termina constituyendo la justificación para una persecución de carácter absoluto, indeclinable. Si es que se pretende afirmar la verdad sobre el delito a través del proceso penal, no es admisible que el mismo proceso abandone dicha búsqueda a cambio de un acuerdo.

Perspectiva muy distinta se puede reconocer cuando el objetivo del debido proceso legal es la producción de un resultado más justo posible. La proposición de una pretensión de justicia en el proceso tiene como punto de partida el hecho de que no existe una justicia absoluta, sino tan sólo un resultado que puede ser reconocido por los involucrados como tal. Es decir, una vez que se llega a un resultado satisfactorio para las partes en disputa procesal, a que ambas puedan someter su voluntad, se ha alcanzado una pretensión general de justicia procesal.

No se desconoce la idea de que la búsqueda por la verdad es de una verdad procesal, por lo tanto, una verdad posible y no absoluta y que el uso consagrado del término justificaría su preservación¹³² ¹³³y además, sería justamente esta verdad el camino para alcanzar una pretensión de justicia.

Se puede, todavía, respecto de ello, añadir un argumento de refuerzo, de orden lógico, en favor de la elección de una pretensión de justicia, que tiene que ver precisamente con la esencia del Derecho. Si el derecho no es otra cosa que no lenguaje (al final, no se hace nada con derecho además de hablar, oír, leer e escribir), aunque proyecte sus efectos hacia afuera, es lógicamente imposible pretender que el término *verdad* sea un “camino” para alcanzar el sentido del término *justicia*.

Ocurre que una expresión *referencial e inclusiva* como es la *justicia* (*no hay el justo absoluto, sino solamente lo que es más o menos justo, comparativamente a otro*) no puede depender del paso por otro término precedente que sea intrínsecamente *excluyente y absoluto*, como es el caso de la *verdad* (*si algo es verdadero, todo lo demás es falso*).

Si, de entrada, descartamos opciones falsas y afirmamos sólo *una verdad*, no es posible pretender generar, a partir de ello, una elección entre *opciones* por el resultado *más justo posible*.

Importa percatarse que, de esta forma, una solución negociable no esta fuera del espectro de posibilidades de lo que puedan las partes considerar un resultado justo para el debido proceso legal, con lo cual.

7.2. UN EFECTIVO PROCESO DE PARTES

La segunda cuestión es que la desvinculación entre obligatoriedad y legalidad pasa por la adopción de un proceso verdaderamente acusatorio, es decir, una opción por un proceso de partes, en donde el juez ocupa su papel, distante y arriba de las partes, como guardián de la legalidad.

En un proceso de carácter acusatorio al juez no es dado ni intervenir en la producción de la prueba y ni tampoco condenar más allá de lo que el acusador – sea público o privado – le haya demandado.

Y es justamente esta condición: la imposibilidad de imponer persecución y condena en donde el acusador no la quiere, que vuelve posible la quiebra de la

¹³⁰El término es de uso común en la doctrina penal (véase los comentarios que asocian el término a un ejercicio de poder en KHALED JR., S. *Ambição de verdade no processo penal*, Juspodivm, Salvador, 2009, p. 30.

¹³¹Y remite a la tesis de Zubiri, como “la intelección en cuanto aprehende el real presente como real”. Véase ZUBIRI, J. *Inteligencia y realidad*, (trad. NOUGUÉ, C.), Realizações Editora, São Paulo, 2011, p. 166; Y para entender toda su construcción de lo que él llama “verdad real”, lo mismo, pp. 166-178.

¹³²Véase críticamente, sobre los sucesivos intentos de concebir una fórmula jurídica de verdad KHALED JR., S. *Ambição de verdade (...) cit.*, pp. 29-104.

¹³³Y, en defensa del empleo de una fórmula de verdad en el proceso penal, integralmente STILBEN, H. *Processo Justo e Pretensão da Verdade*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2023.

obligatoriedad sin perjuicio de la preservación del principio de legalidad, en el caso, específicamente el debido proceso legal.

En lo que refiere propiamente al acuerdo, la decisión del juez debe de tener naturaleza exclusivamente homologatoria, siempre y cuando se estructure estrictamente en los límites enmarcados por la ley. Evidentemente, remanece al juez la posibilidad de rechazar el acuerdo si sobrepasa lo que sea establecido como límite por la ley procesal.

7.3. EL ESPACIO LIMITADO DEL NEGOCIADOR PÚBLICO

La actividad del Ministerio Público en el acuerdo debe de ser limitada de diferentes formas.

En primer lugar, parece no existir espacio para el acusador público en acuerdos alrededor de delitos relativos a bienes jurídicos disponibles y ello por distintas razones.

En primer lugar, al menos *de lege ferenda*, la misma persecución respecto de delitos en contra de bienes jurídicos disponibles debe depender de una autorización de la víctima, aunque realizada por el agente público. Así, si la víctima manifiesta su interés en la persecución, autorizando el agente público a realizarla, no parece lógico que este, a su libre albedrío, la bloquee con el acuerdo de no persecución. Por otra parte, si la misma víctima queda satisfecha con el acuerdo de no persecución como resultado más justo para el caso penal, ella es quien debe decidirlo.

Además, en lo que refiere específicamente al acuerdo de no persecución penal del proceso brasileño, una de las condiciones que se puede imponer es la de *reparar el daño o restituir el objeto a la víctima, salvo la imposibilidad de hacerlo* (Art. 28-A, I), con lo cual, parece lógico que sea la misma víctima la que evalúe si el reparar el daño o la restitución del objeto es el resultado más justo posible para el caso penal.

7.4. LAS LIMITACIONES IMPUESTAS POR EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

De otra parte, las limitaciones a la actuación del acusador público no se deben de restringir únicamente a cuáles casos intervenir, sino igualmente debe estar vinculada a estrechos límites de legalidad en los mismos casos en que le toca actuar. Es decir, la actuación del Ministerio Público en casos de delitos vinculados a bienes jurídicos indisponibles debe de estar sometida al principio de legalidad en su más estrecha forma justamente para evitar, tanto cuanto posible, los abusos y espacios de arbitrariedad¹³⁴.

Ello significa que el acuerdo firmado por el agente público no puede imponer penas distintas del límite señalado por el delito que el caso investiga (*lex prævia*), por ejemplo, no es aceptable para un delito en donde no se aplica la pena pecuniaria, imponerla por la vía del acuerdo.

Aun así, el sistema debería enmarcar estándares (*guidelines*) para el contenido del acuerdo, para evitar proposiciones discrepantes para autores de delitos similares, si no por fuerza de la amplia disponibilidad del agente del Ministerio Público, por tratarse de agentes diferentes actuando en supuestos distintos que, aunque refieran a casos similares podrán discrepar mucho en contenido, violando el principio de culpabilidad en su vertiente de igualdad^{135 136}.

¹³⁴En ese sentido concurre la opinión de VASCONCELLOS, V.G. *Acordo (...) Cit.*, p. 25.

¹³⁵Lo advierte VASCONCELLOS, V.G. *Acordo (...) Cit.*, pp. 25-26.

¹³⁶El problema ya ha sido advertido incluso en los Estados Unidos de Norteamérica, en donde los plea son práctica corriente hace muchos años. Cf. McCANNON, B.C. "Prosecutors and plea bargains" e (EDKINS, V. & REDLICH, A. eds.), *A system of pleas*, Oxford University Press, New York, 2019, pp. 56-79.

Específicamente en lo que refiere al acuerdo de no persecución de la ley brasileña, ello significa la completa invalidación del dispuesto en el Art. 28-A, V, por evidente violación de la legalidad (*lex certa*).

Aún refiriendo al acuerdo de no persecución del proceso penal brasileño, hemos visto que él prevé como *condición* el adelanto de la *confesión formal y material* del delito por el investigado. Y es más. La confesión en el acuerdo constituye efectiva prueba en contra del investigado a ser utilizada en el proceso ya que los mismos autores involucrados en la creación del instituto advierten cuidarse de una *ventaja procesal* para el Ministerio Público^{137 138}.

Supóngase que las condiciones del acuerdo sean violadas por el investigado después de homologado el acuerdo. La consecuencia es, a tenor de lo dicho en el art. 28-A § 10, el inicio del proceso penal, de la efectiva persecución en juicio del investigado, por su delito.

Pero, en este caso, estará violada, por obligado, la regla mas elemental de la estructura de la amplia defensa del Código de Proceso penal brasileño: el art. 400¹³⁹ que establece el orden de producción de las pruebas en el juicio y establece como último acto, el interrogatorio del imputado.

Ello se justifica porque sólo a partir de conocer todas las pruebas producidas por la acusación, el reo puede realizar su auto-defensa. Así, el acuerdo de no persecución subvierte la misma instrucción, violando la legalidad estricta (*lex scripta*), escapando a los límites enmarcados por la ley, afectando, además, la misma idea de amplia defensa.

7.5. EL LÍMITE DE LA LIBERTAD

Otro punto innegociable en un sistema penal democrático es la imposibilidad de imposición de pena de prisión por la vía del acuerdo.

Aunque se pueda vislumbrar en dicha exigencia cierto grado de paternalismo, lo cierto es que la libertad es un valor que no se puede someter a un negocio jurídico. Menos, todavía, en un negocio jurídico que, tomado en la acepción civilista del término, contiene muchos de los vicios que conllevan a su invalidación.

La intervención jurídico-penal en un Estado social y democrático de derecho solamente puede limitar derechos fundamentales de la persona constitucionalmente garantizados – como es el caso de la libertad – presente una necesidad extrema y mediante un alto grado de formalización, con reglas y principios muy bien definidos, incluso el más amplio derecho de defensa, en donde parece no existir espacio para el negocio jurídico o el acuerdo.

La dinámica de la legalidad impone al Proceso penal su conformación como garantía de ausencia de sorpresas, basada, por una parte, en la amplia oportunidad de debate discursivo procesal según las reglas establecidas, en la búsqueda de imponer la fuerza del mejor argumento y; por otra, en conocer anticipadamente las consecuencias del fracaso en el debate procesal (los límites de la pena).

Además, un acuerdo es una modalidad de *negocio jurídico*, en el cual dos o mas sujetos de derecho, limitados por las normas jurídicas intercambian intereses generando derechos y obligaciones mutuas.

Pero, en primer lugar, la limitación de la libertad de un ciudadano *no* es ninguna clase de *derecho* del Estado. De hecho, en sus relaciones internas, el Estado

¹³⁷Es la expresión utilizada por Rodrigo Cabral, uno de los redactores de la resolución que ha inspirado el texto de la ley. Cf. CABRAL, R.L.F. *Manual (...) Cit.*, pp. 128-129.

¹³⁸El carácter probatorio de la confesión del acuerdo de no persecución es ámpliamente criticado en WUNDERLICH, A. et. all. *Acordo de não persecução penal e colaboração premiada após a lei anticrime*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022, pp. 60-69.

¹³⁹Art. 400. En la juicio de instrucción, que se celebrará en el plazo máximo de 60 (sesenta) días, se tomarán declaraciones a la parte ofendida, se interrogarán a los testigos llamados por la acusación y la defensa, en este orden, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 222 de este Código, así como aclaraciones de peritos, careos y reconocimientos de personas y cosas, interrogando luego al imputado.

quiera es sujeto de derechos, pues, ide ser así se instalaría la paradoja de un sujeto que genera sus mismos derechos! Lo que tiene el Estado, frente a los ciudadanos, en materia penal, es un deber – una *potestas* – de ejercicio del control social de lo intolerable.

Por ello, no es razonable llamar *acuerdo* a una situación jurídica en donde una de las partes acepta el recorte de un derecho fundamental a la libertad, mientras que la otra no hace más que librarse del cumplimiento de un deber.

En segundo lugar, un acuerdo es una clase de *negocio jurídico* bilateral en donde, teóricamente, hay libre manifestación de voluntad de las partes.

Pero, el acuerdo de no persecución no es un *negocio jurídico* entre partes igualmente libres, por dos razones. La primera y más fundamental es que hay una asimetría básica entre las dos partes, porque una de ellas es el Estado *Leviatán* y otra es el ciudadano. La segunda es que justamente la parte que está en inferioridad es la que está presionada en su voluntad por la amenaza del proceso.

La coacción es, sabidamente, uno de los vicios del consentimiento que invalida cualquier negocio jurídico. ¿Cómo se puede hablar de *negocio jurídico* si una de las partes del acuerdo actúa bajo amenaza persecutoria por parte de la otra?

Además, la coerción al investigado genera la tendencia a la aceptación del acuerdo, ampliando la posibilidad de imposición de pena a inocentes¹⁴⁰ que no optan por asumir el riesgo del proceso, incluso, el de despertar la furia de los agentes estatales en lograr su condena a una pena más grave^{141 142 143}.

Cabe lembrar la contundente crítica de Alschuler:

“Los observadores que niegan que la negociación de culpabilidad pueda dar lugar a la condena de inocentes suelen ser excepcionalmente ingenuos o excepcionalmente cínicos. Los excepcionalmente ingenuos simplemente sostienen que una persona inocente nunca se declararía culpable, cualesquiera que sean las concesiones que se le hayan ofrecido. [...] Los excepcionalmente cínicos, por el contrario, no niegan que la negociación de declaraciones de culpabilidad está bien diseñada para producir la condena de acusados inocentes. Simplemente niegan que haya acusados inocentes”¹⁴⁴.

Al acuerdo de no persecución siquiera puede apoyarse en la justificación de acercarse al objetivo de pacificación del conflicto tal como en el Derecho germánico, porque, como visto, en este, el acuerdo era celebrado entre *partes iguales*, mediado por el agente público, mientras que en el acuerdo de no persecución del proceso brasileño el Estado es una de las partes del acuerdo.

7.6. ESTRUCTURA DE CONTROL SOBRE LA ACTUACIÓN DEL INTERVINIENTE PÚBLICO

Por último, hay que poner de relieve que la misma idea de principio de legalidad, posee una dimensión política¹⁴⁵, que significa la prevalencia del legislativo, justificada por el control popular ejercido por la fórmula representativa.

En el proceso penal, la dimensión política de la legalidad es exactamente la gran defensa frente a la posibilidad de privilegios y desigualdad, como bien ha destacado Figueirado Dias:

¹⁴⁰LOPES JR., A. “A crise existencial (...) Cit., p. 5.

¹⁴¹En ese sentido LOPES JR., A. “A crise existencial (...) Cit., p. 4.

¹⁴²LANGBEIN, J.H. “Torture and Plea bargaining, *The University of Chicago Law Review*, v. 46, n 1., 1978, pp. 12-13.

¹⁴³Y VASCONCELLOS, V.G. *Acordo (...) Cit.*, pp. 26-27.

¹⁴⁴ALSCHULER, A.W. “The changing plea bargaining debate”, *California Law Review*, nº 69, 1981, p. 715.

¹⁴⁵He desarrollado la idea de una dimensión política del principio de legalidad en BUSATO, P.C. *Direito penal. Parte Geral 1*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022, pp. 55-57.

"[...] preserva uno de los fundamentos esenciales del Estado de derecho, en cuanto pone a la justicia penal a salvo de sorpresas y tentaciones de parcialidad y arbitrio. Si fuera posible a los órganos públicos encargados del procedimiento penal apreciar la 'conveniencia' de su ejercicio y omitirlo por 'inoportuno', crecería el peligro del apareamiento de *influencias externas*, del orden más diverso, en la administración de la justicia penal y, aún cuando tales influencias no logran imponerse, el peligro de disminuir (o hacer desaparecer) la confianza de la comunidad en la incondicional objetividad de aquella administración"¹⁴⁶.

Y completa el catedrático portugués: "Por esta vía, el principio de legalidad se conecta con una máxima tan importante cuanto la igualdad en la aplicación del derecho"¹⁴⁷.

Ocurre que el agente del Ministerio Público en el modelo procesal continental es un agente público que ingresa en su cargo por oposiciones y le ocupa, al menos en Brasil, indefinidamente y con estabilidad en el cargo.

En sentido completamente contrario, el *Prosecutor* del modelo estadounidense – fuente innegable del instituto debatido – es un ocupante de cargo provisional, sometido a periódicas elecciones, por tanto, a periódico control popular, actuando claramente con sesgo político¹⁴⁸.

Ello porque la estructura acusatoria – propia del proceso de partes del *common law* – se monta sobre un concepto básico: los mismos ciudadanos eligen los agentes persecutorios según perfiles que se corresponden con sus aspiraciones sociales. En ese contexto, la disponibilidad acerca de las consecuencias de la no intervención debe de ser plena.

Que el acuerdo de no persecución que se celebre esté al albedrío de un agente público no sometido a periódicas elecciones resulta un campo fértil para la instalación de privilegios a los que gocen de buenas relaciones con dichos agentes, una debilidad evidente del sistema¹⁴⁹.

8. CONSIDERACIONES FINALES

No se puede pretender la importación de institutos de justicia negociada organizados a partir del *common law* para sistemas procesales del derecho continental, sin ajustes generales mínimos del sistema. Dichos ajustes incluyen el cambio de la pretensión de verdad por una pretensión general de justicia como objetivo general de la decisión penal; un efectivo proceso de partes, de corte acusatorio; un espacio limitado para negociador que es agente público; una estricta obediencia al principio de legalidad; no negociar ninguna condición que implique privación de la libertad y el desarrollo de una estructura concreta de control sobre la actuación del negociador público.

9. BIBLIOGRAFÍA

ALSCHULER, A.W. "The changing plea bargaining debate", *California Law Review*, nº 69, 1981.

¹⁴⁶DIAS, J.D.F. *Direito processual penal (...) Cit.*, p. 128.

¹⁴⁷DIAS, J.D.F. *Direito processual penal (...) Cit.*, p. 128.

¹⁴⁸En ese sentido, CASTRO, A.L.C.D. *Plea bargain (...) Cit.*, p. 9.

¹⁴⁹El riesgo es reconocido incluso por los defensores del acuerdo de no persecución. En ese sentido véase la advertencia de Cabral, que entiende que esta es una faz de la obligatoriedad que debe de ser preservada. Cf. CABRAL, R.L.F. *Manual (...) Cit.*, pp. 36-37.

- ANITÚA, G.I. & BORINSKI, M.H. "Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos", *Sistemas Procesales Penales comparados*, (HENDLER, E. S., org.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- ÁVILA, C; BORINSKI, M.H; FERNÁNDEZ, E. & LAGO, D. "El sistema procesal penal español", *Sistemas Procesales Penales comparados*, (HENDLER, E. S. org.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- BARATTA, A. "Filosofia e Direito penal: Notas sobre alguns aspectos do desenvolvimento do pensamento penal italiano desde Beccaria aos nossos dias", *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 1, nº 53, (Trad. GIAMBERARDINO, A.), Curitiba, 2011.
- BARONA VILAR, S. *Proceso penal desde la historia desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- BATISTA, N. *Matrizes ibéricas do Sistema Penal brasileiro – I*, Freitas Bastos Editora, Rio de Janeiro, 2000.
- BECK, U. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, (trad. NAVARRO, J; JIMÉNEZ, D. & BORRÁS, M.R.), Paidós, Barcelona, 1998.
- BUNGE CAMPOS, L.M. "El sistema procesal penal de Portugal" "El sistema procesal penal español", *Sistemas Procesales Penales comparados*, (HENDLER, E. S. org.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- BUSATO, P.C. *Direito penal, Parte Geral 1*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022.
- CABRAL, R.L.F. *Manual do Acordo de não persecução*, 4ª ed., JusPodivm, Salvador, 2023.
- CASTRO, A.L.C.D. *Plea bargain. Resolução penal pactuada nos Estados Unidos*, D'Plácido, Belo Horizonte, 2021.
- CHURCHILL, W. *A História dos povos de língua ingles.*, vol. 3, (trad. CAMARGO, E.), IBRASA, São Paulo, 2006.
- CORDERO, F. *Procedimiento penal*, vol. 1, Temis, Bogotá, 2000.
- COUTINHO, J.N.D.M. *Observações sobre os sistema processuais penais*, Observatório da Mentalidade Inquisitória, Curitiba, 2018.
- DAVID, R. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, (trad. CARVALHO, H.A.D.), Martins Fontes, São Paulo, 2002.
- DE ALMEIDA CAMARGO, P.L. "O risco de *Overcharging* na prática negocial do processo penal brasileiro", *Boletim Especial Justiça Penal Negocial*, Ano 29, nº 344, julho de 2021, IBCCrim, São Paulo, 2021.
- DERVIEUX, V. "O sistema francês", *Processos penais da Europa*, (DELMÁS-MARTY, M. Org.), Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.
- DA SILVA DE FRANCO, I.C. "O Ministério Público e a Justiça Negocial no Brasil: entre a obrigatoriedade e a discricionariedade", *Boletim Especial Justiça Penal Negocial*. Ano 29 – nº 344, julho de 2021, IBCCrim, São Paulo, 2021.
- DIAS, H.L; LOUSTEAU, M. & TEDESCO, I.F. "El sistema procesal penal francés", *Sistemas Procesales Penales comparados*, (HENDLER, E.S. org.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- DIAS, J. de F. *Direito processual penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1984.
- FARALDO CABANA, P. (Dir.). *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- FEUERBACH, J.P.A.V. *Tratado de derecho penal*, (trad. ZAFFARONI, E.R. & HAGEMEI, I.), Hammurabi, Buenos Aires, 2007.
- FLETCHER, G.P. "The Right and the Reasonable" en: ESER, A. & FLETCHER, G.P. Org., *Rechtfertigung und Etnschuldigung*, Max Plank Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg, 1987.
- FLETCHER, G.P. *Basic Concepts in Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 1998.
- FLETCHER, G.P. *Lo justo y lo Rasonable*, (trad. BUSATO, P.C. & MUÑOZ CONDE, F.), Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- FLETCHER, G.P. *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2000.
- FLETCHER, G.P. *The Grammar of Criminal Law, Vol. 1, Foundations*, Oxford University Press, New York, 2007.

- FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas*, (trad. JARDIM, E. & MACHADO, R.), 4ª ed., Nau Editora, Rio de Janeiro, 2013.
- FRANCISCI, P.D. *Síntesis histórica del derecho romano*, Editorial Revista de derecho privado, Madrid, 1954.
- GRECO, L. "Introdução", en: *O inviolável e o intocável no direito processual pena*, (WOLTER, J.), Marcial Pons, São Paulo, 2018.
- GRECO, L. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach, Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- HASSEMER, W. "La persecución penal: legalidad y oportunidad", *Revista Jueces para la Democracia, información y debate*, nº 4, EDISA, Madrid, 1988.
- HÖFFE, O. *Derecho intercultural*, (trad. SEVILLA, R.), Gedisa, Madrid, 2008.
- HUME, D. *História da Inglaterra: Da invasão de Júlio César à Revolução de 1688*, (trad. PIMENTA, P.P.), 2ª ed., Unesp, São Paulo, 2017.
- JUNQUEIRA, G.M. "Breves Notas sobre o cabimento ou não do acordo de não persecução penal após o recebimento da denúncia", *Boletim Especial Justiça Penal Negocial*, Ano 29 – nº 344, IBCCrim, São Paulo, 2021.
- JUY-PIRMANN, R. "O sistema alemão", en *Processos penais da Europa*, (DELMÁSMARTY, M. Org.), Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.
- KANT, I. *Doutrina do direito*, 4ª ed., Ícone, São Paulo, 2013.
- KHALED JR., S. *Ambição de verdade no processo penal*, Juspodivm, Salvador, 2009.
- KRAMER, H. & SPRENGER, J. *Malleus Maleficarum, O martelo das feiticeiras*, (trad. DE FRÓES, P; MURARO, R.M. & BYINGTON, C.), Bestbolso, Rio de Janeiro, 2015.
- LANGBEIN, J.H. "Torture and Plea bargaining, en *The University of Chicago Law Review*, v. 46, n 1, 1978.
- LAZZARI DA SILVEIRA, F. *Para uma crítica da razão fascista no processo penal brasileiro*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2021.
- LOPES JR., A. "A crise existencial da justiça negocial e o que (não) aprendemos com o JECrim", *Boletim do IBCCrim*, ano 29, nº 344, IBCCrim, São Paulo, 2021.
- LUCCHESI, G.B. & OLIVEIRA, M.A.D. "Sobre a discricionariedade do Ministério Público no ANPP e o seu controle jurisdicional: uma proposta pela legalidade", *Boletim Especial Justiça Penal Negocial*, Ano 29 – nº 344, IBCCrim, São Paulo, 2021.
- MAIER, J.B.J. *Derecho procesal penal, Tomo I, Fundamentos*, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. La "concepción significativa de la acción" de T.S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº. 1, Universidad de Granada, Granada, 1999.
- McCANNON, B.C. "Prosecutors and plea bargains" en (EDKINS, V. & REDLICH, A., eds.), *A system of pleas*, Oxford University Press, New York, 2019.
- MITTERMAIER, C.J.A. *Tratado da prova em matéria criminal*, (trad. HEINRICH, H.W), Bookseller, Campinas, 1997.
- MOROSI, G; PÉREZ LANCE, A; POSSE, F. & RAFECAS, D. "El sistema procesal penal italiano" en: *Sistemas Procesales Penales comparados*, (HENDLER, E.S. org.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- PERRODET, A. "O acusador público", en *Processos penais da Europa*, (DELMÁSMARTY, M. Org.), Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.
- PERRODET, A. "O sistema Italiano", en *Processos penais da Europa*. (DELMÁSMARTY, M. Org.), Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.
- PRADO, G. "Transação penal: alguns aspectos controvertidos", en *Processo penal: leituras constitucionais*. (BONATO, G. org.), Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003.
- PRADO, G. *Sistema acusatório, A conformidade constitucional das leis processuais penais*, 3ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.

- ROMAGNOSI, G.D. *Genesis del Diritto Penale, Vol. II*, 3ª Ed., Dalla Tipografia di Felice Rusconi, Milano, 1823.
- SCHMIDT, E. *Los fundamentos teoricos y constitucionales del Derecho procesal penal*, (trad. NÚÑEZ, J.M), 2ª ed., Lerner, Córdoba, 2006.
- STILBEN, H. *Processo Justo e Pretensão da Verdade*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2023.
- TUCCI, R.L. *Lineamentos do processo penal romano*, Editora da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1976.
- VASCONCELLOS, V.G. *Acordo de não persecução penal*, Thomson-Reuters Brasil, São Paulo, 2022.
- VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del Sistema penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- WEDY, M.T. & LINHARES, R.M. "Processo penal e história. A origem dos sistemas processuais penais acusatório e inquisitivo", en *Doutrinas essenciais Direito penal e Processo penal*, Vol. 1, (BADARÓ, G.H. org.), Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.
- WUNDERLICH, A. et. all. *Acordo de não persecução penal e colaboração premiada após a lei anticrime*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022.
- WUNDERLICH, A. & LIMA, C.E.D. "Primeira introdução – dimensões da justiça penal consensual no Brasil", en *Acordo de não persecução penal e colaboração premiada após a lei anticrime* (WUNDERLICH, A. et All), Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022.
- ZUBIRI, J. *Inteligencia y realidad*, (trad. NOUGUÉ, C.), Realizações Editora, São Paulo, 2011.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

Cadernos de Direito Actual Nº 23. Núm. Extraordinario (2024), pp. 269-284
ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Los tres usos de la palabra omisión en el derecho penal: Reflexiones iniciales sobre la disolución entre acción y omisión a la luz de la filosofía del lenguaje

The three uses of the word omission in criminal law: Initial reflections on the dissolution between action and omission in the light of the philosophy of language

Rodrigo Leite Ferreira Cabral¹

Universidade Estadual de Ponta Grossa

Sumário: 1. Introducción. 2. Omisión propia. 3. Omisión impropia (comisión por omisión). 4. La estructura típica de los delitos omisivos (propios e impropios). 4.1 Situación típica (peligro). 4.2 La no realización de la acción requerida por el tipo. 4.3. Capacidad individual de acción. 4.4 La imputación objetiva del resultado. 4.5 Posición de garante. 5. El debate sobre la posición de garante. 5.1 El criterio formal. 5.1.1 La obligación legal de cuidado, protección o vigilancia. 5.1.2 La Asunción de responsabilidad de impedir el resultado. 5.1.3 Comportamiento anterior criador del riesgo de resultado (injerencia). 5.2 Críticas al criterio formal. 5.3 Criterio material. 5.3.1 Dominio sobre el desamparo del bien jurídico (posición de garante de protección o custodia). 5.3.2 Dominio sobre el foco del peligro (posición de garante de vigilancia o aseguramiento). 6. Los tres usos de la palabra omisión en derecho penal. 6.1 El primer uso lingüístico de la expresión omisión: en los delitos de acción. 6.2 El segundo uso lingüístico de la expresión omisión: en los propios delitos de omisión. 6.3 El tercer uso lingüístico de la expresión omisión: en los delitos de omisión impropia. 7. Conclusión. 8. Referencias bibliográficas.

Resumen: El presente artículo tiene por objetivo – además de hacer una explosión panorámica sobre la situación actual de la omisión – también iniciar una reflexión crítica sobre los efectos que la filosofía del lenguaje tiene en la distinción entre acción y omisión en Derecho Penal, propugnando la disolución de esta diferencia, así como defendiendo que la omisión puede tener tres usos en Derecho Penal.

Palabras clave: Derecho Penal. Acción. Omisión. Filosofía del Lenguaje. Teoría de la Acción Significativa.

¹Doctor en Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad Pablo de Olavide. Máster en Criminología y Ciencias Forenses por la misma Universidad. Fue investigador visitante en el Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Es Profesor del Máster de la Universidad Estatal de Ponta Grossa y Profesor del Programa de Doctorado en Ciencias Penales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad San Carlos de Guatemala. Es Fiscal del Ministerio Público del Estado de Paraná (Brasil).

Abstract: The purpose of this article – in addition to providing a panoramic overview of the current situation of omission – is also to initiate a critical reflection on the effects that the philosophy of language has on the distinction between action and omission in Criminal Law, advocating the dissolution of this difference, as well as defending that omission can have three uses in Criminal Law.

Keywords: Criminal law. Action. Omission. Philosophy of Language. Theory of Meaningful Action.

1. INTRODUCCIÓN

En Derecho Penal existe una distinción tradicional que divide los delitos omisivos en dos modalidades: la omisión propia y la omisión impropia. Esas modalidades comparten una estructura típica común, pero tienen también distinciones en la configuración del tipo penal.

En este trabajo, busco compartir reflexiones iniciales, con base en las perspectivas de la filosofía del lenguaje y en la teoría de la acción significativa, de Vives Antón, señalizando que las clasificaciones que tenemos por omisión, en verdad, pueden ser dividida en tres modalidades (los tres usos distintos de la palabra omisión).

Antes de entrar en ese debate, sin embargo, pretendo hacer una contextualización bastante panorámica sobre la omisión, exponiendo las principales características de la omisión propia y impropia, para, entonces, entrar en el debate arriba indicado.

2. OMISIÓN PROPIA

Los delitos omisivos propios son los cuales en que existe un tipo penal específico, que incrimina un determinado no hacer. El delito prevén las conductas omisivas suficientes para la caracterización del tipo objetivo.

Esos delitos describen un deber jurídico, una acción que es impuesta a todas las personas, poco importando su calidad personal. Esos delitos son de mera conducta (o, más precisamente, de mera inactividad), una vez que su configuración típica ocurre con la simple no realización de la acción determinada. No hay, por lo tanto, vinculación con un resultado naturalístico. La incriminación por omisión propia, desde una perspectiva subjetiva, ocurre normalmente a título de dolo, no existiendo normalmente la punición por imprudencia (aunque eso sea teóricamente posible)².

La conducta impuesta al agente – lo que debe hacer para no cometer el delito – viene descrita de forma explícita en el tipo penal³.

El principal ejemplo de omisión propia en el Derecho Penal brasileño – a ejemplo de lo que ocurre en otros países – es el delito de omisión de socorro, tipificado pelo art. 135 do Código Penal brasileiro (CPBr):

“Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa”.

²LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 581.

³CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal*, Parte Geral, 9ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2020, p. 212.

Existen algunos tipos omisivos propios en que hay una delimitación del círculo de autores, pues no se destinan a todas las personas, sino que a determinados agentes. En ese sentido, son los delitos de abandono material (CPBr, 244), abandono intelectual (CPBr, art. 246), omisión de notificación de enfermedad (CPBr, art. 269).

La existencia de un resultado, normalmente, es irrelevante para la mayoría de los delitos omisivos propios, aunque puedan caracterizar eventualmente una forma cualificada del delito, dada la existencia de un injusto más grave, como es la previsión del citado tipo penal de omisión de socorro (art. 135, CPBr)⁴.

Hay, sin embargo, algunos tipos penales omisivos propios que no son de mera conducta (o inactividad), pero son delitos de resultado material, una vez que describen específicamente la omisión que puede causar el resultado⁵. Como ejemplo, el delito contra la orden tributaria, previsto en el art. 1º, inciso I, da Ley n. 8.137/90 (Br), en que la omisión de prestar informaciones a la administración tributaria debe causar la supresión o reducción en el pago de tributo.

3. OMISIÓN IMPROPIA (COMISIÓN POR OMISIÓN)

Los delitos de omisión impropia son así denominados pues se fundan en un tipo penal que no describe una omisión, pero sí una acción⁶. Por lo tanto, no describen explícitamente un no hacer, sino que una acción y un resultado, que pueden ser realizados por intermedio de una omisión.

Esa modalidad de injusto no tiene tipos penales exclusivamente destinados a ella. Así, en los delitos omisivos impropios, el intérprete toma prestada la incriminación prevista en los delitos de resultado - como, por ejemplo, los delitos de homicidio (CPBr, art. 121) y los delitos lesión corporales (CPBr, art. 129) - y los aplica a los casos de omisión.

Sin embargo, solamente es posible aplicar esa modalidad de incriminación por omisión cuando se hacer presente la figura del garante, que es la persona que debe cumplir un deber específico de actuar. La tipicidad subjetiva - en la omisión impropia - puede ser a título de dolo o de imprudencia, de acuerdo con lo previsto en el tipo penal⁷.

El ejemplo clásico es el de la madre (o padre) que no alimenta su hijo recién nacido. Siendo los padres garantes, el hecho de no darle alimento al niño, resultando en su muerte, cuando podían y debían, puede generar responsabilidad por el delito de homicidio (doloso o culposo, según sea el caso), utilizándose el tipo penal del homicidio (art. 121 con la típica extensión del art. 13, § 2, ambos, del Código Penal brasileño).

4. LA ESTRUCTURA TÍPICA DE LOS DELITOS OMISIVOS (PROPRIOS E IMPRÓPRIOS)

La estructura de los tipos de omisión propia e impropia es formada, a ejemplo de lo que ocurre en los delitos de acción, también por el tipo objetivo y subjetivo.

El tipo objetivo de la omisión impropia tiene cinco elementos. Tres son coincidentes con los de la omisión propia⁸.

En otras palabras, existe un tipo objetivo que es el mismo, tanto para la omisión propia, cuanto para la omisión impropia. Son los siguientes: a) la situación

⁴BUSATO, P.C. *Direito Penal*, Parte Geral, 6ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022, p. 219.

⁵MUÑOZ CONDE, F.; & GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal*, Parte General, 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 220.

⁶ROXIN, C. *Derecho Penal*, Parte General, Tomo II, Thomson Reuters, Madrid, 2014, p. 759.

⁷CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal*, (...) Ob. Cit., p. 212.

⁸ROXIN, C. *Derecho Penal*, (...) Ob. Cit., p. 813-814.

típica (peligro para el bien jurídico); b) la no realización de la acción requerida por el tipo (*aliud agere*) y c) el poder concreto de actuar.

Por otro lado, son requisitos exclusivos de la omisión impropia: d) la imputación objetiva del resultado (resultado típico) y e) la posición de garante del sujeto.

Vamos a tratar de todos esos requisitos, a la continuación.

4.1 SITUACIÓN TÍPICA (PELIGRO)

El primer requisito para la caracterización de los delitos omisivos es la existencia de una situación típica que exija una intervención. En los delitos omisivos propios, esa situación esta explícitamente prevista en el tipo penal. Por ejemplo, en la omisión de socorro, el artículo 135 (ya citado) describe las siguientes situaciones típicas: niño abandonando o extraviado; persona inválida o herida; al desamparo o en grave y eminente peligro.

Ya en los delitos omisivos propios, la situación típica es substanciada solamente por la situación de peligro de la ocurrencia del resultado, que, normalmente, está implícita en la descripción del tipo penal de acción. Por ejemplo, en el delito de homicidio (CPBr, art. 121), la situación típica está presente cuando una persona pueda morir (peligro de muerte) sin la intervención del garante^{9 10}.

4.2 LA NO REALIZACIÓN DE LA ACCIÓN REQUERIDA POR EL TIPO

La no realización de la acción requerida significa el incumplimiento del deber jurídico de actuar, que es extraído del tipo penal. Así, el agente simplemente no actúa, permanece estático o actúa de forma diferente (*aliud agere*) del que es determinado en la descripción típica. Como ya dicho, en los delitos omisivos propios, la acción esperada se encuentra expresamente prevista en el tipo penal, mientras que, en los delitos omisivos impropios, la acción que debe emprender el agente deriva de lo que sea necesario para evitar el resultado delictivo¹¹.

4.3. CAPACIDAD INDIVIDUAL DE ACCIÓN

Solamente existe omisión típica cuando el agente tiene la capacidad para realizar la acción esperada (explícita o implícitamente) por el tipo penal. Esa capacidad concreta de realizar la acción mandada (esperada o necesaria) debe ser comprendida de acuerdo con la naturaleza de la acción y de las condiciones personales del agente. La realización debe ser personalmente posible^{12 13}, debe estar dentro de las posibilidades físico-reales del agente.

La imposibilidad personal de actuar puede ocurrir cuando el sujeto se omite (i) por incapacidad personal de acción corporal (v.g. en una colisión de vehículos, el agente se encuentra atrapado en el auto y no puede salvar a la víctima); (ii) por la distancia espacial, cuando el agente se encuentra distante de la situación de peligro y no puede realizar la acción; (iii) por falta de recursos (v.g. falta de un móvil para llamar ayuda), de aptitud (v.g. no sabe nadar) o de conocimientos técnicos (v.g. no tiene los conocimientos médicos necesarios para hacer una traqueotomía y salvar la

⁹ROXIN, C. *Derecho Penal*, (...), Ob. Cit., p. 814.

¹⁰CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal*, (...) Ob. Cit., pp. 218-219.

¹¹ROXIN, C. *Derecho Penal*, (...), Ob. Cit., p. 814.

¹²CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal*, (...) Ob. Cit., pp. 218-219.

¹³En ese sentido, el artículo 13 § 2º, CPBr, consigna expresamente que: "A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado".

víctima asfixiada) para realizar la acción esperada^{14 15 16}.

4.4 LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO

Los delitos omisivos impropios son materiales. Para su consumación, es imprescindible la ocurrencia de resultado, en virtud de la no realización de la acción requerida por el tipo penal (nexo causal), lo que presupone la existencia de imputación objetiva, consistente en la realización de un riesgo no permitido¹⁷. Ese es uno de los requisitos que, en general, solamente existen para los delitos omisivos impropios.

4.5 POSICIÓN DE GARANTE

El segundo requisito exclusivo para los delitos omisivos impropios es la existencia de un garante. Es que solamente determinadas personas están sujetas a un deber especial de protección a los bienes jurídicos ajenos. Dada su importancia, ese requisito del tipo objetivo de la omisión impropia será tratado, con más detalle, en el próximo tópico.

Por fin, vale resaltar que el tipo subjetivo de la omisión propia es el dolo, mientras que de la omisión impropia puede ser tanto el dolo, cuanto la imprudencia, desde que, en ese último caso, obviamente, exista expresa previsión en el tipo penal de la modalidad imprudente.

5. EL DEBATE SOBRE LA POSICIÓN DE GARANTE

Solamente la persona que ostenta la posición de garante es que, en los delitos omisivos impropios, tiene un deber especial de actuar para evitar la lesión a los bienes jurídicos de determinadas personas.

Así, la gran cuestión que se presenta cuando se estudia la posición de garante es saber cuáles criterios deben ser utilizados para la identificación de esas personas. En ese sentido, existen básicamente dos posiciones. Las que adoptan un criterio formal o clásico y las que adoptan un criterio material. A la continuación se explicará esos dos criterios.

5.1 EL CRITERIO FORMAL

La tesis de que la posición de garante está fundamentada en el deber jurídico de actuar ya era encontrada en Feuerbach¹⁸. Referido autor defendida la existencia de una equiparación de la responsabilidad por omisión a la infracción de un deber jurídico, visto desde una perspectiva metajurídico penal. Ese deber derivaba predominantemente del Derecho Civil e estaba fundado en la ley, en el

¹⁴ROXIN, C. *Derecho Penal*, (...), Ob. Cit., p. 756.

¹⁵CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal*, (...) Ob. Cit., pp. 219.

¹⁶Si el agente no ha tomado conocimiento de la situación de peligro o no sabía de la existencia de medios disponibles para el salvamiento, tal contexto afectará el dolo del agente y no el tipo objetivo, especialmente la capacidad individual de acción. In: WESSELS, J; BEUKLE, W. & SATZGER, H. *Derecho Penal*, Parte General: El delito y su estructura, 46ª ed., Pacífico Editores, Breña, 2018, p. 497.

¹⁷ROXIN, C. *Derecho Penal*, (...), Ob. Cit., p. 815.

¹⁸Feuerbach defendió la posibilidad de identificar un delito de omisión cuando existía alguna base jurídica (ley o contrato) que permitiera sustanciar una omisión como acción. In: FEUERBACH, P.J.A.R.V. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 5ª ed., Bey Tasché et Müller, Giefesen, 1812, p. 26.

contrato y en el actuar antecedente^{19 20 21}. Esa concepción formal ha prevalecido en la doctrina penal hasta los años 1930 en Alemania. Ese dominio sufrió, sin embargo, un intervalo en el siglo XIX, cuando se pasó adoptar una teoría causal monista de la posición de garante²², que fue abandonada en el principio del siglo XX, regresando el dominio de la teoría de Feuerbach²³.

En Brasil, la teoría de la posición de garante fundada en un deber jurídico de actuar prevalece hasta hoy en la legislación. En ese sentido, el § 2º del art. 13 de Código Penal brasileño, asienta que la posición del garante es atribuida a la persona que: "a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado"²⁴.

Adopta-se, por tanto, la vieja teoría formal de la unión, fundada básicamente en la ley, en el contrato y en la acción precedente (la denominada injerencia) y cuyos equívocos fueran desvelados ya por Schaffstein y Nagler en la década de 1930²⁵ y por la doctrina penal posterior.

Ese criterio formal (pues extraído directamente de la ley) de definición del garante todavía recibe amplia aceptación en la doctrina penal brasileña^{26 27 28} (en verdad, pocos manuales brasileños llegan a hacer referencia a la existencia de la teoría material^{29 30 31}). Eso no ocurre, sin embargo, en España, en que, a pesar de la previsión legal semejante a la brasileña (CP Español, art. 11), el criterio formal

¹⁹ROXIN, C. *Derecho Penal*, (...) Ob. Cit., p. 846.

²⁰Posteriormente, la doctrina desarrolló otras hipótesis que dan lugar a la posición de garante, como la relación vital estrecha, la comunidad de vida, la comunidad de peligro, el control sobre la cosa, los deberes de asegurar el tráfico, la responsabilidad sobre el producto. Sobre el tema, cf.: GIMBERNAT ORDEIG, E. *La omisión impropia en la dogmática penal alemana: Una exposición*, en: ADPCP, Vol. L., 1997, pp. 29-67.

²¹JESCHECK, H.H & WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, 5ª ed., Comares, Granada, 2002, pp. 668-669.

²²Sobre ese fundamento causal para la omisión Bernd Schünemann afirma que "o Direito Penal é a ultima ratio da proteção aos bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de Direito liberal", en: SCHÜNEMANN, B. *Estudos de Direito Penal*, direito processual penal e filosofia do Direito, Marcial Pons, São Paulo, 2013, pp. 166-167.

²³SCHÜNEMANN, B. *Fundamentos y Límites de los Delitos de Omisión Impropia*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 263-265.

²⁴Antes de la reforma de 1984, la parte general del Código Penal brasileño, que incluía esta redacción en el art. 13, no existía ninguna disposición expresa sobre las hipótesis de la función garante, por lo que los criterios fueron identificados por la doctrina. In: BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal*, vol. 1, 24ª ed., Saraiva, São Paulo, 2018, p. 322.

²⁵SCHÜNEMANN, B. "El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión", in *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008, p. 1611.

²⁶BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal* (...), Ob. Cit., pp. 320-326.

²⁷TAVARES, J. *Fundamentos da Teoria do Delito*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2020, pp. 448-451.

²⁸Tal alusión, aunque tímida, se hace, sin embargo, en su monografía sobre el tema: TAVARES, J. *Teoria dos Crimes Omissivos*, Marcial Pons, São Paulo, 2012, pp. 316-317.

²⁹Señala la existencia de teorías formales y materiales, aunque reafirma la necesidad de adoptar la posición formal: CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal*, (...) Ob. Cit., pp. 221-222.

³⁰Por otro lado, Paulo César Busato hace esta referencia y aboga por la adopción de un criterio material. En: BUSATO, P.C. *Direito Penal: parte geral*, Atlas, São Paulo, 2013, pp. 294-297.

³¹Defendiendo la adopción conjunta de criterios formales y materiales: MARTINELLI, J.P. & DE BEM, L.S. *Direito Penal*, Parte Geral: Lições Fundamentais, 3ª ed, D'Plácido, São Paulo, 2020, pp. 679-685.

es ampliamente rechazado^{32 33}.

Vamos a estudiar el criterio formal y sus críticas, para después examinar el criterio material.

5.1.1 LA OBLIGACIÓN LEGAL DE CUIDADO, PROTECCIÓN O VIGILANCIA

Ese es el primero criterio formal establecido por el Código Penal brasileño (art. 13, § 2º, "a"), que fundamenta la posición de garante en la ley, incluyendo, por ejemplo, el deber de asistencia entre cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos, además de aquellos agentes públicos que tengan el deber de vigilancia, como los agentes de policía^{34 35 36}.

5.1.2 LA ASUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE IMPEDIR EL RESULTADO

Tal requisito está previsto en el art. 13, § 2º, "b" de Código Penal brasileño y es consustanciado por la asunción fáctica del deber de protección y puede ocurrir, por ejemplo, (i) en los casos de libre asunción del deber de protección, como ocurre con los médicos, socorristas, niñeras, en relación con aquellos que se proponen proteger; (ii) en las relaciones comunitarias de peligro, en las que algunas personas asumen el deber de protección en determinadas situaciones peligrosas (por ejemplo, guía en relación con los turistas); (iii) relaciones de comunidad de vida, cuando un responsable asume el deber de cuidado de personas que se encuentran en su residencia (por ejemplo, el hijo menor de un vecino que va a dormir a su casa) o bajo su responsabilidad derivadas de relaciones verticales, como es el caso de los profesores en relación con los estudiantes^{37 38 39}.

5.1.3 COMPORTAMIENTO ANTERIOR CRIADOR DEL RIESGO DE RESULTADO (INJERENCIA)

La última hipótesis prevista en el Código Penal brasileño (art. 13, § 2º, "c") es la posición de garante cuando el agente realiza un comportamiento peligroso anterior, por acción o omisión, que sea apto a producir un resultado delictivo objetivamente reconocible^{40 41}. Por ejemplo, es posible mencionar al agente que

³²Como bien afirma el Schünemann: "Não foi (...) sábia a decisão do legislador espanhol de introduzir no Código Penal a, há muito tempo obsoleta teoria formal do dever jurídico, e, ao contrário, é de celebrar, desde um ponto de vista alemão, que a ciência penal espanhola, em sua imensa maioria, não a prestou nenhuma obediência escrava, mas sim declarou que as condições para equiparação previstas no art. 11, segunda parte, do Código Penal, não são apenas desnecessárias, mas também insuficientes". In: SCHÜNEMANN, B. *El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión*, in *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008, p. 1612.

³³El citado art. 11 del Código Penal español dice lo siguiente: "Artículo 11. Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente".

³⁴BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal* (...), Ob. Cit., pp. 323-324.

³⁵CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal*, (...) Ob. Cit., 222-223.

³⁶Con más detalle: TAVARES, J. *Teoria dos* (...) Ob. Cit., pp. 319-325.

³⁷BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal* (...), Ob. Cit., pp. 324-325.

³⁸CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal*, (...) Ob. Cit., pp. 223-224.

³⁹Con más detalle y abordando otras hipótesis: TAVARES, J. *Teoria dos* (...) Ob. Cit., pp. 325-332.

⁴⁰CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal*, (...) Ob. Cit., pp. 224-226.

⁴¹TAVARES, J. *Teoria dos* (...) Ob. Cit., pp. 332-342.

hace un incendio en un campamento, el cual, por descuido, luego se propaga por todo el bosque. Aquí el agente tiene que intentar apagar el fuego (si aún es posible) o, como mínimo, llamar a las autoridades.

Cabe señalar, sin embargo, que la doctrina intentó desarrollar limitaciones a la responsabilidad por omisión en el caso de injerencia, ya que el mero actuar precedente podría dar lugar a responsabilidad penal en casos similares al regreso al infinito. El agente que construyó un cuchillo (acción anterior) sería garante con relación a sus riesgos. De esta manera, se argumentó que la acción precedente debe ser, por lo menos, peligrosa⁴².

5.2 CRÍTICAS AL CRITERIO FORMAL

La adopción de un criterio meramente formal, como ya adelantado, es objeto de varias críticas. Una de las principales, es no ser posible derivar la equiparación entre la acción y omisión a partir de un criterio extrapenal, una vez que las reglas de Derecho Civil (v.g. contrato) tienen funciones distintas del Derecho Penal. De tal manera, un deber juridicopenal debe ser extraído de las normas y criterios de imputación del propio Derecho Penal y no de algo externo.

Un ejemplo utilizado para refutar la invocación de criterios civilistas para la identificación de la posición de garante es el caso de la *baby-sitter*.

Imagínese que una *baby-sitter* es contratada para cuidar de un niño, comprometiéndose a ir la casa de un casal que la ha contratado. Así, los padres dejan el niño solo en casa creyendo que la *baby-sitter* va al trabajo, pero, al final, no aparece. El niño acaba falleciendo al caer de las escaleras. Aquí, la responsabilidad penal es exclusiva de los padres, poco importando las eventuales obligaciones contractuales asumidas por la *baby-sitter*⁴³.

En una variación de ese ejemplo, imagínese que la *baby-sitter* efectivamente va al trabajo y sale a caminar con el niño, y luego recibe la llamada de un amigo abogado, quien le informa que su contrato es nulo. Ante esto, la niñera simplemente abandona al niño que termina cayendo a un paso elevado y muriendo. Aquí, independientemente de la validez del contrato, la niñera era garante y debe ser considerada responsable del asesinato⁴⁴.

También se critica la invocación de la ley como base formal para la posición de garante, ya que, por sí sola, no proporciona ninguna base plausible para la creación de deberes para evitar resultados, ya que los criterios legales establecidos para la responsabilidad civil no pueden simplemente ser trasplantados a la responsabilidad penal⁴⁵.

Un ejemplo es el caso de responsabilidad penal por el producto, en el que el empresario vende un producto que resulta nocivo para la salud. Si bien el Derecho Civil determina, por ejemplo, el deber de retirar el producto, a efectos penales el agente exime de su responsabilidad proporcionando efectivamente información y advirtiendo al consumidor que el producto es nocivo. Así, si el consumidor –a pesar de una advertencia adecuada– quiere consumir voluntariamente el producto, no es posible responsabilizar penalmente al empresario, aunque exista responsabilidad civil⁴⁶.

⁴²En este sentido y en otros debates sobre la injerencia, cf, GIMBERNAT ORDEIG, E. "La omisión (...)", Ob. Cit., pp. 20 y ss.

⁴³SCHÜNEMANN, B. "O Direito Penal é a ultima ratio da proteção aos bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de Direito liberal", in *Estudos de Direito Penal, direito processual penal e filosofia do Direito*, Marcial Pons, São Paulo, 2013, p. 83.

⁴⁴SCHÜNEMANN, B. "O Direito Penal (...)", Ob. Cit., p. 166.

⁴⁵ROXIN, C. *Derecho Penal*(...), Ob. Cit., pp. 848-849.

⁴⁶Como afirma Schünemann, en estos casos: "incluso si existe una expectativa de los consumidores a la retirada o el cambio del producto peligroso fundada en el Derecho Civil, el deber penal de evitación del resultado se cumple siempre ya con la advertencia al consumidor

Asimismo, la identificación del garante a partir de la acción antecedente (injerencia) también proviene de las obligaciones civiles de reembolso (y del *neminem laede*), que, como ya se ha visto, no resultan idóneas para identificar la responsabilidad jurídicopenal⁴⁷.

Así, la teoría basada en los deberes jurídicos formales no tiene capacidad para fundamentar de manera convincente y adecuada una posición de garante⁴⁸, incluso en Brasil⁴⁹, ya que no proporciona, por sí misma, ninguna base de contenido material que justifique la responsabilidad penal⁵⁰.

5.3 CRITERIO MATERIAL

Frente a los problemas de la concepción formal, Kaufmann propugnó, de manera innovadora, la adopción de criterios materiales para identificar la posición de garante, basados en la función de protección de un bien jurídico específico (deberes de custodia) y la imposición de supervisión desde una fuente de peligro (deberes de aseguramiento o control)^{51 52}.

Estos criterios fueron posteriormente complementados por Schünemann, quien sostuvo que el eje de conexión entre acción y omisión, que permite tratar de forma equivalente estos dos tipos de conducta (cláusula de equivalencia), es precisamente el dominio sobre la base del resultado, que se descompone en (i) control sobre la indefensión del bien jurídico y (ii) control sobre un foco de peligro⁵³

^{54 55 56}

porque, naturalmente, exclusivamente este es quien tiene que decidir por si mismo si quiere seguir utilizando o no el producto peligroso de su propiedad". En: SCHÜNEMANN, B. "Responsabilidad penal en el marco de la empresa: Dificultades relativas a la individualización de la imputación", in *ADPCP*, vol. LV, 2002, p. 32.

⁴⁷ROXIN, C. *Derecho Penal* (...), Ob. Cit., p. 850.

⁴⁸ROXIN, C. *Derecho Penal* (...), Ob. Cit., p. 850.

⁴⁹Según lo declarado por el Paulo Cesar Busato, en el contexto brasileño: "A proposta mais correta parece ser a de adoção de uma concepção material da delimitação do alcance da posição de garantidor, ou seja, a pretensão de fulcrar a justificativa da imputação em aspectos relevantes para a obediência da missão que o Direito penal se auto-atribui de controle social do intolerável através da proteção seletiva de bens jurídicos". En: BUSATO, P.C. *Derecho Penal*, (...), Ob. Cit., p. 295.

⁵⁰JESCHECK, H.H. & WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal*, (...), Ob. Cit., p. 669.

⁵¹JESCHECK, H.H. & WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal*, (...), Ob. Cit., p. 669.

⁵²Respecto a la propuesta de Kaufmann, Schünemann comenta sin embargo que: "A linha de raciocínio de Armin Kaufmann, inicialmente genial e promissora, mas interrompida, seguida também por Wolfgang Schöne, é comparável à forma como procedeu o arqueólogo Howard Carter, que, bastante próximo à tumba de Tut-ench-Amun, virou-se no sentido contrário e continuou a escavar em outros lugares do deserto egípcio". En: SCHÜNEMANN, B. "O Direito Penal é a ultima ratio da proteção aos bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de Direito liberal", in *Estudos de Direito Penal, Direito Processual e Filosofia do Direito*, Marcial Pons, 2013, p. 169.

⁵³SCHÜNEMANN, B. *Fundamento y Límites* (...), Ob. Cit., pp. 277-285.

⁵⁴SCHÜNEMANN, B. "El llamado delito (...)", Ob. Cit., pp. 1626-1628.

⁵⁵SCHÜNEMANN, B. "Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria – possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de Direito comparado para escapar de um caos", in *Estudos de Direito Penal, direito processual penal e filosofia do Direito*, Marcial Pons, São Paulo, pp. 171-172.

⁵⁶Cómo sintetiza Estellita: "Nos crimes comissivos, a relação imediata se dá entre o resultado (por exemplo, morte) e o movimento corporal que é a sua causa (por exemplo, ato de desferir facadas) e o fundamento que permite imputar esse resultado ao agente é o domínio que ele tem sobre o próprio corpo, que é a causa ou fundamento do resultado (domínio sobre o corpo → movimento corporal → resultado). Nos crimes omissivos, também será o domínio real, e não meramente hipotético, sobre a causa ou fundamento do resultado que permitirá a imputação deste ao agente omissivo. Esse domínio se dá em dois grandes grupos de casos:

Roxin acepta esta posición bipartita, defendida por Schünemann, manteniendo, por tanto, que la posición de garante material se centra en lo que él llama de dominio de control (o control sobre la base del resultado, en la nomenclatura de Schünemann), que, además, se subdivide en (i) control sobre la indefensión del bien jurídico (para Roxin: posición de garante de protección o custodia) y (ii) control sobre el foco del peligro (para Roxin: posición de garante de vigilancia o aseguramiento)^{57 58}.

5.3.1 DOMINIO SOBRE EL DESAMPARO DEL BIEN JURÍDICO (POSICIÓN DE GARANTE DE PROTECCIÓN O CUSTODIA)

En este caso, el deber especial del garante se crea por la falta de protección del bien jurídico de la víctima, el cual está bajo su propio control. Existe, por tanto, un deber de vigilancia, custodia o control sobre el mismo. Así, el garante debe vigilar y contener todos los peligros externos que amenazan el bien jurídico de la persona que se encuentra indefensa⁵⁹.

Esto incluye los casos en los que el garante tiene una relación protectora familiar o similar (por ejemplo, padres e hijos, hermanos, relaciones matrimoniales) y cuando se asumen funciones protectoras (médico en relación con el paciente, profesor de natación en relación con los estudiantes), incluso si es independiente de la existencia de un contrato (por ejemplo, los vecinos asumen la responsabilidad del hijo de otro por una noche, quien acoge a una persona que necesita cuidados). En estos casos de asunción, debe existir una relación de dependencia (si una persona mayor va a pasar un fin de semana en casa de un amigo, evidentemente, no existe una relación de garante). Además, el deber de protección surge de los cargos orgánicos y de los deberes de los titulares de cargos (por ejemplo, los agentes de policía en relación con los ciudadanos, los servidores públicos en relación con los bienes públicos)⁶⁰.

Lo importante, sin embargo, no es la disposición legal, el contrato o la injerencia (no es un deber externo), sino la asunción efectiva y material de la responsabilidad personal por el bien jurídico abandonado. El garante asume por tanto el compromiso de proteger este bien jurídico.

5.3.2 DOMINIO SOBRE EL FOCO DEL PELIGRO (POSICIÓN DE GARANTE DE VIGILANCIA O ASEGURAMIENTO)

En este caso, el garante deberá vigilar y garantizar que las fuentes de peligro que estén bajo su responsabilidad no causen daños a terceros.

Esta posición de garante puede surgir, por ejemplo, de: a) la vigilancia de

naqueles nos quais o agente exerce domínio sobre o desamparo de um bem jurídico, em virtude do qual a posição de garantidor gera deveres de salvação; e naqueles nos quais o agente exerce domínio sobre uma causa (coisa ou pessoa) essencial no resultado, caso em que o garantidor tem deveres de asseguramento (domínio sobre uma causa essencial do resultado → inobservância dos deveres de asseguramento → resultado). A equiparação se baseia, assim, ou na assunção de uma função de proteção de um bem jurídico desamparado, ou na assunção de uma função de vigilância sobre determinada fonte de perigo". En: ESTELLITA, H. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresa por omissão: Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*, Marcial Pons, São Paulo, 2017, p. 89.

⁵⁷ROXIN, C. *Derecho Penal*(...), Ob. Cit., p. 852-857.

⁵⁸Cabe señalar que Jakobs también aboga por un concepto material funcional y bipartito para identificar la posición del garante. Por un lado, defiende la existencia de deberes por responsabilidad organizativa y deberes por responsabilidad institucional. Cf.: JAKOBS, G. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1991, pp. 802-833.

⁵⁹ESTELLITA, H. *Responsabilidade penal* (...), Ob. Cit., p. 96.

⁶⁰ROXIN, C. *Derecho Penal* (...), Ob. Cit., pp. 857-884.

cosas muebles o inmuebles que se encuentren bajo vigilancia; b) dominio y control sobre determinadas personas (por ejemplo, personas con enfermedades mentales); c) dominio de cursos causales peligrosos (injerencia – evitar el resultado basándose en la acción antecedente); y d) responsabilidad penal por el producto (derivado de alimentos, medicamentos peligrosos para la salud u objetos de uso de cualquier tipo – por ejemplo, máquinas o vehículos con defectos que puedan causar daños, aerosoles para cuero, conservantes que causen enfermedades, etc.)⁶¹.

6. LOS TRES USOS DE LA PALABRA OMISIÓN DEN DERECHO PENAL

Realizada esa contextualización inicial, importante para tenerse una visión panorámica sobre la comprensión actual de la teoría de la responsabilidad penal por omisión, llegó el momento de presentar algunas reflexiones iniciales sobre los impactos que la teoría de la acción significativa y la filosofía del lenguaje tienen sobre ese tema.

Así que el punto fundamental para comprender adecuadamente la omisión en Derecho Penal pasa por el estudio de la teoría de la acción.

Tradicionalmente, en Derecho Penal la acción humana es vista desde una concepción de la filosofía de la mente. El significado de la acción se entiende a través del modelo objeto-designación.

En esta concepción tradicional, para que el juez, el intérprete, capte el significado de una acción, basta con observarla y describir su significado. El sujeto cognoscente (juez) conoce el objeto cognoscible (acción). Esta relación de conocimiento se produce, por tanto, en una relación sujeto-objeto. Se observa el sustrato de la acción y se le quita el significado⁶².

Esta forma de pensar conduce a graves errores y distorsiona el significado de las acciones. Es fundamental comprender que ese significado no viene dado por la mera captación, por los sentidos, del sustrato de las acciones. El significado de la acción se establece según reglas intersubjetivas, constituyendo lo que Wittgenstein llama de juegos de lenguaje.

En ese sentido, “lenguaje y acción se hallan ‘entretreídos’, forman un conjunto gobernado por reglas —un ‘juego’— del que el significado dimana. Y el significado no es sino el subproducto de la interpretación y aplicación de las reglas de ese ‘juego’”⁶³.

Nuestras acciones (actividades lingüísticas), si bien pueden estar inmersas en un trasfondo ontológico, tienen un carácter claramente normativo, ya que están guiadas por reglas lingüísticas, que constituyen el juego del lenguaje^{64 65}.

De tal manera, Vives Antón correctamente concibe “la acción, no como sustrato conductual susceptible de recibir un sentido, sino como sentido que,

⁶¹ROXIN, C. *Derecho Penal* (...), Ob. Cit., pp. 884-885.

⁶²Como afirma Alwart, citado por Vives Antón: “así como un concepto no es otra cosa que el significado de una palabra, una acción no es otra cosa que el significado de un comportamiento”. En: VIVES ANTÓN, T.S. *Acción Significativa, Comisión por Omisión y Dogmática Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 150.

⁶³VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del Sistema Penal*, 2ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 226-227.

⁶⁴GLOCK, H.J. *Dicionário Wittgenstein*, (Trad. MARTINS, H.), Zahar, Rio de Janeiro, 1998, p. 312.

⁶⁵Respecto a las normas de acción social, Habermas afirma que: “tienen el sentido ‘deontológico’ de obligar a los destinatarios a seguir la regla, si bien aquí el tipo de sanciones varía con el tipo de regla (según que vulneremos normas morales o jurídicas, infrinjamus costumbres o convenciones o nos desviemos de los roles sociales asignados). Tales normas regulan las relaciones interpersonales de actores que se comunican entre ellos y que participan en prácticas comunes. Estas prácticas constituyen elementos inmediatos del contexto simbólico de un mundo de la vida. Al mismo tiempo están insertas en el hardware constituido por el entorno natural”. In: HABERMAS, J. *Verdad y justificación*, Taurus, Madrid, 2002, p. 24.

conforme a un sistema de normas, puede atribuirse 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 sustrato⁶⁶.

Precisamente por ello es dos acciones materialmente idénticas (mismo sustrato) pueden tener significados diferentes, según las reglas del juego del lenguaje. Llamar "hijo de p..." a alguien puede constituir tanto un delito contra el honor (cuando está dirigido, por ejemplo, a un enemigo), como puede ser una expresión de cariño hacia un viejo amigo, los cuales se tratan de esa manera.

Llegamos, por tanto, a una premisa sumamente importante: lo relevante para comprender las acciones (y omisiones) en Derecho Penal es el significado y no el sustrato (como los movimientos corporales realizados materialmente).

En ese sentido, también, defiende Martínez-Buján-Pérez:

Común a acción y omisión es el dato de que ambas constituyen una expresión de sentido. De ahí que –como queda dicho el problema de la omisión sea –al igual que el de la acción un problema de sentido y no de sustrato; el sustrato carece de relevancia.

No hay ya diferencia ontológica entre acción y omisión, puesto que ambas existen o son (o no son) exactamente en el mismo sentido, esto es, como significado. En otras palabras, acciones y omisiones funcionan de modo idéntico, desde el momento en que coinciden en ser sólo expresiones de sentido⁶⁷.

A partir de esta premisa, se disuelve la diferencia entre acción y omisión. La tensión o distensión muscular, la realización o no de tareas ya no son el foco central para identificar omisiones. Lo relevante es el significado.

Precisamente por eso, en este trabajo se sostiene que, en realidad, existen tres usos para la palabra omisión y, al fin y al cabo, esos mismos tres usos se utilizan para la palabra acción. Acción y omisión pueden entenderse de la misma manera. Todo depende del significado.

6.1 EL PRIMER USO LINGÜÍSTICO DE LA EXPRESIÓN OMISIÓN: EN LOS DELITOS DE ACCIÓN

La teoría del delito dedica especial atención – sobre todo por sus consecuencias prácticas– a la explicación de los delitos de acción. La inmensa mayoría de los tipos delictivos describen acciones. El estudio de los delitos de omisión, a pesar de su importancia, generalmente tiene una relevancia periférica.

Sin embargo, si es cierta la premisa establecida anteriormente, de que lo que importa es el sentido y no la existencia de un sustrato de acción (movimiento) u omisión (abstención), se llega a la conclusión de que los delitos de acción pueden cometerse por omisión (incluso cuando no se asume la posición de garante).

Imaginemos una situación en la que, después de un partido de fútbol o de un concierto lleno de gente, muchas personas aglomeradas están saliendo del estadio. Tres amigos, con la intención de herir a varias personas - en lugar de seguir caminando en el flujo de personas - simplemente se sientan en el suelo, lo que provoca que las personas que caminaban detrás de ellos simplemente empiecen a caer. Eso crea una obstrucción al flujo de personas, lo que provoca más caídas, pisoteos y lesiones. Los tres amigos no realizaron ninguna acción, simplemente dejaron de caminar, sentándose en el suelo. Pero, con esa omisión, no hay ninguna duda que conjugaron el verbo lesionar, previsto en el tipo penal. No porque eran garantes, sino porque el significado de su omisión fue una conducta de lesionar terceras personas.

Un trabajador, que se encuentra en el segundo piso de una obra en

⁶⁶VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del Sistema (...)*, Ob. Cit., p. 221.

⁶⁷MARTÍNEZ-BUJÁN-PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa - Parte General*, 6ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 394.

construcción y cuyo trabajo es recibir los sacos de cemento que le arroja su compañero, puede – con la intención de herir a su enemigo que pasa por debajo de la obra – simplemente omitirse al dejar de sostener la bolsa de cemento arrojada. El objeto cae entonces sobre la cabeza de la víctima, hiriéndola.

El empleado que, para vengarse de su jefe, simplemente no retira mercancías frágiles de la cinta transportadora de la línea de montaje, que caen al piso, provocando dolosamente daños a los productos de la empresa.

Si bien para algunas de estas hipótesis se puede invocar la posición de garante, lo cierto es que, en estos casos, existe una verdadera equivalencia entre acción y omisión. Hay una disolución de la diferencia entre acción y omisión, de modo que el significado del resultado típico queda bastante claro. En todos ellos, a pesar del agente no realizar ningún movimiento corporal, a pesar de no intervenir activamente en el mundo, acaba realizando el verbo típico de la conducta incriminada (lesionar, dañar, etc.).

Además de esos ejemplos, comprendiendo el significado y no el sustrato, es posible resolver con mayor claridad los casos en que la doctrina normalmente identifica una combinación entre acción y omisión.

En ese sentido, se ha debatido, con cierta dificultad, cuáles son los criterios para identificar si existe una acción u omisión. A menudo la doctrina parte de una distinción más ontológica entre acción y omisión. Sostienen que hay acción cuando se utiliza la energía en una determinada dirección. Hay omisión cuando no hay uso de energía⁶⁸.

Dudas surgen, por ejemplo, en los siguientes casos:

El carcelero que cierra la puerta, pero conscientemente omite cerrarla con llave⁶⁹. ¿Acción u omisión?

El dueño de una fábrica de cepillos que entregó pelo de cabra para su producción sin realizar la descontaminación adecuada provocó la muerte de cuatro empleados⁷⁰. ¿Acción u omisión?

Una persona que se niega a usar condón y transmite el SIDA a su pareja⁷¹. ¿Acción u omisión?

El conductor que conduce un vehículo y, al ver pasar gente, se enoja y simplemente deja de frenar. ¿Acción u omisión?

El terrorista que deja una bomba escondida en un edificio y no logra retirarla durante los cuatro días que faltan para su detonación. ¿Acción u omisión?

Me parece claro que todos estos ejemplos son casos a los cuales se debe aplicar el régimen jurídico de la acción (que, por tanto, no requieren la existencia de un garante y es desnecesario invocar la figura de la injerencia, una vez que se trata de una acción que debe ser globalmente interpretada), ya que el significado de las omisiones está claramente contextualizado para la realización de una acción de tipo penal, aun cuando – total o parcialmente – implican una omisión de hacer. Repito: lo relevante aquí es el significado contextualizado. El agente cumplió las reglas de los juegos de lenguaje de matar, dañar, etc.

6.2 EL SEGUNDO USO LINGÜÍSTICO DE LA EXPRESIÓN OMISIÓN: EN LOS PROPIOS DELITOS DE OMISIÓN

Como ya se ha visto, la omisión propia se fundamenta en un tipo penal específico, que describe expresamente una omisión, un no hacer.

Ese es un claro uso de la palabra omisión en Derecho Penal y aquí no hay ninguna novedad.

Sin embargo, parece que – incluso en esos delitos omisivos propios – es

⁶⁸ROXIN, C. *Derecho Penal* (...), Ob. Cit., p. 779.

⁶⁹ROXIN, C. *Derecho Penal* (...), Ob. Cit., p. 780.

⁷⁰ROXIN, C. *Derecho Penal* (...), Ob. Cit., p. 781.

⁷¹ROXIN, C. *Derecho Penal* (...), Ob. Cit., p. 781.

posible su caracterización mediante una acción (y no solamente mediante una omisión), pues lo que importa es el significado y no el sustrato.

De tal manera, aunque se hable expresamente de un no hacer algo, los delitos de omisión propia (por ejemplo, la omisión de socorro) también pueden estar caracterizados mediante un hacer, una acción. Como se argumenta aquí, la distinción entre acción y omisión se disuelve si hay un desplazamiento del centro de gravedad de la acción del sustrato hacia al significado.

De esta forma, por ejemplo, una persona que está delante de una colisión de dos autos con personas heridas, lo que genera un deber general de ayuda, aun así, comete referido delito si realiza la acción de socorro de forma deliberadamente lenta. Ella realiza la acción que debería hacer de acuerdo con el tipo penal, pero la hace de forma infectiva, con la clara intención de no asistir a la persona en una situación de emergencia.

Por lo tanto, incluso realizando la acción esperada por el tipo penal, puede estar caracterizado el delito, una vez que el agente realizó las acciones para proporcionar asistencia, pero de forma deliberadamente ineficaz. Así, queda caracterizado el tipo penal del art. 135 CPBr.

¿Un contribuyente que proporciona información sobre sus ingresos a las autoridades tributarias (acción), pero lo hace de manera incompleta, realiza una acción (entrega incompleta) u omisión (omisión de proporcionar información)? Aquí, una vez más, queda clara la caracterización del tipo de delito criminal. 1º, I, de la Ley 8.137/90, por omitir información de las autoridades tributarias, a pesar de que proporcionó la información y – en esta parte – correctamente.

En suma, aunque en casos más raros, parece que los delitos de omisión propia pueden ser realizados incluso cuando el agente realiza la acción esperada.

6.3 EL TERCER USO LINGÜÍSTICO DE LA EXPRESIÓN OMISIÓN: EN LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA

El tercer uso lingüístico de la expresión omisión ocurre en los denominados delitos omisivos impropios.

Aquí, como ya se ha visto, en la omisión impropia el juez utiliza los tipos penales creados para las acciones para punir las omisiones, empleando, para tanto, una regla de extensión previstas en el Código Penal.

Aquí no hay ninguna gran novedad en decir que esa es una forma de uso de la expresión omisión en Derecho Penal.

La particularidad, sin embargo, es que, en los delitos de omisión impropia, el agente no responde penalmente por algo que hizo (aunque por intermedio de una omisión), sino que por algo que dejó ocurrir. Responde por un resultado delictivo que alguien cometió (v.g. el policía que deja alguien cometer un delito o el responsable por un establecimiento penitenciario que deja huir un preso peligroso) o por dejar algo ocurrir con algún bien jurídico que debería proteger (la madre que no cuida del niño que cae en la piscina y se ahoga).

Así, con excepción de los casos de injerencia, el responsable por un delito omisivo impropio normalmente no responde por una acción significativa propia, pero por dejar algo ocurrir (sea en virtud de una acción de terceros, sea en virtud de un peligro externo). Y, en esos casos, existe incluso fundamento político criminal para la disminución de la pena, como ocurre en el §13.1. del Código Penal alemán, una vez que parece ser más grave la conducta del que mata (aunque sea por omisión) que la conducta del que deja matar. Ese tratamiento penal más benéfico, sin embargo, parece no ser político criminalmente defensible en los otros casos de omisión, una vez que tienen la misma gravedad que las acciones (no hay distinción entre acción y omisión en los demás casos).

Existe, también, la discusión si el delito omisivo propio puede ser cometido por acción, como es el caso en que hay la interrupción de una acción salvadora. La persona que impide el guardavidas de salvar el niño que se ahoga, comete el delito

de homicidio doloso. La cuestión es si el delito es omisivo impropio o un delito de acción. Me parece que ese es un caso en que se debe aplicar el régimen jurídico de la acción y no la comisión por omisión⁷², una vez que el resultado deriva de una acción propia del agente y no de un dejar algo acaecer.

Lo que gustaría de defender aquí, sin embargo, es que la omisión impropia constituye uno de los usos de la palabra omisión (aunque, generalmente, una omisión con gravedad distinta de la omisión que constituye el significado de la realización típica), además parece ser perfectamente posible que la omisión impropia también se realice por medio de una acción.

7. CONCLUSIÓN

El objetivo del presente artículo fue presentar algunas reflexiones iniciales sobre la comprensión de la omisión a partir de las contribuciones de la filosofía del lenguaje y de la teoría de la acción significativa.

El artículo es meramente provocativo y tiene como objetivo intentar ver las consecuencias que pueden derivar del desplazamiento de la observación del sustrato para el significado, como forma más adecuada de comprender las conductas humanas.

Con ello, se lleva a la disolución de la división entre acciones y omisiones, con lo que todos los casos en que es posible cometer delitos por acciones, también es posible cometerlos – aunque de forma más rara – por medio de omisiones.

Además, se buscó subrayar que la responsabilidad penal en los delitos omisivos impropios no deriva de la conducta (acción u omisión) de una persona, sino que de algo que se dejó ocurrir. El agente responde por un resultado delictivo que alguien cometió o por dejar algo ocurrir con algún bien jurídico que debería proteger. En esos casos, parece, incluso, posible defender la posibilidad de una pena disminuida, como lo hace el Código Penal alemán (tratamiento penal más benéfico que no parece ser posible para los otros casos de omisión).

Con ello, si espera obtener el resultado provocativo del presente artículo, aunque obviamente sea necesario profundizar varios puntos de duda, lo que no es posible hacer en este momento.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal*, vol. 1, 24ª ed, Saraiva, São Paulo, 2018.
 BUSATO, P. C. *Direito Penal: Parte Geral*, Atlas, São Paulo, 2013.
 BUSATO, P.C. *Direito Penal: Parte Geral*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022.
 CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal, Parte Geral*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2020.
 ESTELLITA, H. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresa por omissão: Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*, Marcial Pons, São Paulo, 2017.
 FEUERBACH, P.J.A.R.V. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 5ª ed., Bey Tasché et Müller, Giefesen, 1812.
 GIMBERNAT ORDEIG, E. "La omisión impropia en la dogmática penal alemana: Una exposición", in *ADPCP*, Vol. L, 1997.
 GLOCK, H.J. *Dicionário Wittgenstein*, (Trad.MARTINS, H.), Zahar, Rio de Janeiro, 1998.
 HABERMAS, J. *Verdad y justificación*, Taurus, Madrid, 2002.
 JAKOBS, G. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1991.

⁷²A esa conclusión también llega Roxin: cf. ROXIN, C. *Derecho Penal (...)*, Ob. Cit., pp. 791-792.

- JESCHECK, H.H. & WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, 5ª ed., Comares, Granada, 2002.
- LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MARTINELLI, J.P. & DE BEM, L.S. *Direito Penal*, Parte Geral: Lições Fundamentais, 3ª ed., D'Plácido, São Paulo, 2020.
- MARTÍNEZ-BUJÁN-PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa Parte General*, 6ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- MUÑOZ CONDE, F. & GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal*, Parte General, 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- ROXIN, C. *Derecho Penal*, Parte General, Tomo II. Madrid: Thomson Reuters, 2014.
- SCHÜNEMANN, B. El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión, in *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernát*, Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008.
- SCHÜNEMANN, B. *Fundamento y Límites de los Delitos de Omisión Impropia*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- SCHÜNEMANN, B. "O Direito Penal é a ultima ratio da proteção aos bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de Direito liberal", in *Estudos de Direito Penal, direito processual penal e filosofia do Direito*, Marcial Pons, São Paulo, 2013.
- SCHÜNEMANN, B. "Responsabilidad penal en el marco de la empresa: Dificultades relativas a la individualización de la imputación", in *ADPCP*, vol. LV, 2002.
- SCHÜNEMANN, B. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria – possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de Direito comparado para escapar de um caos, in *Estudos de Direito Penal, direito processual penal e filosofia do Direito*, Marcial Pons, São Paulo, 2013.
- TAVARES, J. *Teoria dos Crimes Omissivos*, Marcial Pons, São Paulo, 2012.
- VIVES ANTÓN, T. S. *Acción Significativa, Comisión por Omisión y Dogmática Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- WESSELS, J; BEUKLE, W. & SATZGER, H. *Derecho Penal*, Parte General: El delito y su estrutura, 46ª ed, Pacífico Editores, Breña, 2018.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

Cadernos de Direito Actual Nº 23. Núm. Extraordinario (2024), pp. 285-300
ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Para além dos crimes ambientais no Brasil: a ação e a personalidade da pessoa jurídica

More than environment crimes: the criminal prosecution of legal entities in Brazil

Samuel Ebel Braga Ramos¹

Universidade Federal do Paraná

Sumário: 1. Introdução; 2. A pessoa jurídica enquanto sujeito de direitos; 3. A ação no modelo significativo de Vives Antón; 4. A pessoa jurídica e sua capacidade de produzir resultados puníveis; 5. Conclusão; 6. Referências.

Resumo: Aborda-se no texto a personalidade jurídica e capacidade de ação da pessoa jurídica através do substrato teórico da concepção significativa da ação de Tomás Salvador Vives Antón. Neste passo, tem-se que o ente empresarial possui capacidade de agir e, como consequência, delinquir para além dos tipos penais trazidos pela lei ambiental brasileira. A metodologia utilizada será a revisão bibliográfica, objetivando demonstrar a possibilidade da pessoa jurídica no cometimento de delitos para além do escopo ambiental no contexto brasileiro, podendo causar resultados puníveis inerentes a sua atividade e natureza.

Palavras-chave: Direito Penal. Ação significativa. Personalidade jurídica dos entes coletivos.

Abstract: The text addresses the legal personality and capacity for action of legal entities through the theoretical substrate of the significant conception of action of Tomás Salvador Vives Antón and its alignment with the premise of legal personality inherent in the corporate entity. In this step, we have that the corporate entity has the capacity to act and, consequently, to commit offenses beyond the criminal types brought by the Brazilian environmental law. The methodology used will be a bibliographic review, aiming to demonstrate the possibility of the legal entity to commit offenses outside the environmental scope in the Brazilian context.

Keywords: Criminal Law. Meaningful action. Corporate legal personality.

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade penal de entes empresariais ainda estampa grande debate no Brasil, conquanto o tema já ser amplamente difundido e aceito em países de tradição *common law*, vide a arrojada *Corporate Manslaughter Act* no Reino Unido e a previsão já

¹Doutorando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito (2019). Pesquisador do Núcleo de Pesquisas Sistema Criminal e Controle Social do PPGD/UFPR. Advogado em Curitiba/PR. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6179-7637>. Email: samuel@sebr.adv.br.

assente no Código Penal Espanhol. Mesmo relutante, a Alemanha já discute o tema através da nova Lei de Delitos Corporativos (*Gesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten*)². Percebe-se que no escopo brasileiro os fatos praticados por pessoas jurídicas carecem de reprovação jurídica final no âmbito penal para além dos delitos ambientais³.

O problema a ser tratado é a demonstração da capacidade da pessoa jurídica em realizar ações e omissões, desaguando na possibilidade de sua capacidade de agir e causar resultados puníveis, sendo reconhecida como sujeito de direito no âmbito penal, não somente balizado na imputação de delitos ambientais, como é o caso brasileiro. A metodologia utilizada será a revisão bibliográfica, como substrato para o desenvolvimento da perspectiva teórica.

Dessa forma, a inquietude teórica iniciará o texto a plantear sobre a ideia de personalidade da empresa, atestada sua capacidade de prática de atos e condutas inerentes à atividade corporativa - *o que há muito outros ramos do debate e estudo jurídico já reconhecem* - pois se torna factível que não há a conjunção entre pessoa jurídica e os sócios que nela se encontram, com a plena separação das vontades e ações.

Noutro giro, serão explicitados os conceitos e debates fundamentais sobre o conceito de ação na literatura jurídico-penal, bem como será demonstrada a perfeita sintonia da concepção significativa da ação de Vives Antón com a praxis, onde se apresentará as bases sistemáticas de uma nova concretude ao Direito Penal em perfeita harmonia com as garantias fundamentais, pedra angular indispensável para uma perspectiva democrática do sistema penal.

E neste passo, o substrato teórico se apresentará importante para a resolutiva do entrave dogmático acerca da pessoa jurídica e sua capacidade de agir. À vista disso, será de suma importância versar sobre a concepção significativa da ação como forma de transcender a resistência literária sobre o tema. Sendo assim, demonstrada a personalidade da pessoa jurídica e sua aptidão para agir, o capítulo final apresentará a hipótese da pessoa jurídica no cometimento de delitos para adiante os delitos ambientais ante sua capacidade de ação para fins penais, sendo possível e compatível com o ordenamento jurídico brasileiro a sua imputação jurídico-penal.

Ao final, a conclusão esperada é o absoluto rendimento teórico sobre os entes morais e sua capacidade de ação e personalidade jurídica, inclusive para delinquir fora do escopo do meio ambiente.

2. A PESSOA JURÍDICA ENQUANTO SUJEITO DE DIREITOS

De forma sumária, se a investida teórica adotada é o abandono de *Savigny* e seu fundamento quanto ao modo de vislumbrar a empresa enquanto uma ficção, logo, com solidez, adota-se que a pessoa jurídica não se confunde com as pessoas que a compõem, sendo este princípio de suma importância para o regime dos entes morais⁴. Tem ela personalidade jurídica distinta de seus sócios e são pessoas inconfundíveis, independentes entre si⁵. Para Hans Kelsen a pessoa jurídica (pessoa em sentido jurídico) é a unidade de um complexo de deveres jurídicos e direitos subjetivos⁶. Veja que a personificação e nascimento da pessoa jurídica se dá após o arquivamento dos atos constitutivos no órgão próprio, sendo que a partir de então possuem autonomia patrimonial e se desligam das pessoas dos sócios.

²Contido no Projeto de Lei de Combate à Criminalidade Corporativa (*Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität*), de 15.08.2019.

³Neste sentido, Claus Roxin afirma que sanções a pessoas jurídicas, paralelas à punição dos autores individuais, desempenharão um grande papel no futuro no combate à criminalidade de empresas. Cf. ROXIN, C. Tem futuro o Direito Penal? In: *Estudos de Direito Penal*, (Trad. GRECO, L.), 2ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2008, p. 28.

⁴"A pessoa jurídica tem uma existência real, como vida própria distinta dos indivíduos que a compõem". Em: BEVILÁQUA, C. *Theoria geral do direito civil*, 2ª ed., Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1929, pp. 137-138.

⁵COELHO, F. U. *Manual de direito comercial: direito de empresa*, 23ª ed., Saraiva, São Paulo, 2011, p. 139.

⁶KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*, 3ª Ed., Martins Fontes, São Paulo, 1991, p. 187.

Kelsen defendeu ainda que o Direito cria deveres e direitos que têm por conteúdo a conduta humana, mas não cria pessoas, e que o conceito auxiliar de pessoa jurídica são um produto da ciência que descreve o Direito, e não um produto do Direito⁷. Se, no caso da pessoa jurídica, os direitos e deveres jurídicos podem “ter por suporte” algo que não seja o indivíduo, também no caso da chamada pessoa física o que “serve de suporte” aos direitos e deveres jurídicos e que essa pessoa física tem de ter em comum com a pessoa jurídica, já que, na verdade, ambas são pessoas enquanto *portadoras de direitos e deveres jurídicos*, pode não ser que o indivíduo possua e que as comunidades a que nos referimos como pessoas jurídicas igualmente possuam.

O ordenamento jurídico brasileiro apresenta normas inerentes aos entes empresariais relacionadas a sua gênese e sua personalidade. O art. 985 do Código Civil versa que *a sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos*. De mesmo modo, o art. 45 do código civil apresenta que *se começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo*.

Caminha-se para o enfoque da pessoa jurídica como um ser real, um verdadeiro organismo, cuja vontade sobressai na soma das vontades de seus associados ou de seus diretores e administradores. Ao contrário, ela possui vontade própria que conduz ao reconhecimento de que os entes coletivos são corpos sociais, que o direito não cria, mas que se limita a declarar existentes. A personalidade jurídica não resulta de uma concessão discricionária do legislador, mas é a consequência, imposta pela natureza das coisas, da existência de um organismo real⁸. Toda a aproximação da pessoa jurídica ao homem, e a consequente distinção das respectivas vontades, traduz um indisfarçável antropofornismo – “engano” – que contamina também certos institucionalistas, residente em buscar a figura humana por parâmetro ao se pensar a pessoa jurídica.

E aqui a teoria de *Gierke* emerge para fixar as premissas. Na postura da teoria realista, a corporação é uma pessoa coletiva real (*realer gesamtperson*) formada por homens reunidos e organizados em uma existência corporativa que tende a atingir fins que transcendem a esfera dos interesses individuais, por meio da força comum e única *de vontade e ação*. Esse todo coletivo é um organismo social dotado, como o homem, de uma força de vontade própria e, portanto, capaz de ser sujeito de direitos. Essa entidade surge espontaneamente e por acontecimentos histórico-sociais ou por constituição voluntária dos homens. Como o homem, ele leva uma vida individual simultaneamente com a vida social, ele pode dividir sua vontade e se opor à vontade coletiva. Este corpo social existe independentemente de qualquer intervenção do Estado e o reconhecimento não é a criação de uma matéria jurídica, mas a verificação da sua existência, tem um valor declarativo simples⁹.

Sobre a pessoa jurídica, Ferrara atestou que esta é capaz de *querer e agir*. O autor expôs que o direito atribui personalidade aos entes coletivos porque os considera como portadores reais uma única vontade, pois na vontade, seja nos indivíduos, seja nos entes coletivos, está sempre no núcleo da subjetividade jurídica. A capacidade de *querer e fazer* é uma qualidade essencial elevada a categoria jurídica. A pessoa coletiva tem seu querer e dispõe de seu agir por meio de seus órgãos, das suas decisões, das suas vontades comuns e de seus objetivos. Sendo a pessoa jurídica capaz de agir, poderá de mesmo modo cometer ilícitos, de modo que poderá ocorrer delitos, pelos quais assumirá responsabilidade direta¹⁰.

Com este mesmo raciocínio, Schecaira¹¹ entende que a prática de infrações deve ter o auxílio do poderio da pessoa coletiva e o que verdadeiramente caracteriza e distingue as infrações das pessoas coletivas é o poderio que atrás delas se oculta, resultante da

⁷KELSEN, H. *Teoria Pura (...)*, Ob. Cit., p. 203.

⁸ROTHENBURG, W. C. *A pessoa jurídica criminosa*, 1ª ed., Juruá, Curitiba, 1997, p. 142.

⁹FERRARA, F. *Teoria de las personas jurídicas*. Madrid: Editorial Reus, 1929, p. 189.

¹⁰FERRARA, F. *Teoria (...)*, Ob. Cit., p. 190.

¹¹SHECAIRA, S. S. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, 2ª ed., Método, São Paulo, 2003, pp. 116-117.

reunião de forças econômicas, o que vem a provocar que estas infrações tenham um volume e intensidade superior a qualquer infração da criminalidade tradicional, não havendo vítima do pequeno furto, do roubo ou mesmo do homicídio, e, sim, uma vítima difusa: a própria sociedade. Além disso, é a utilização da infraestrutura fornecida pela empresa que propicia o cometimento do crime. Sem a reunião de esforços de várias pessoas, agrupadas sob o manto da pessoa jurídica, o cometimento do crime não seria possível. É o poder, que se oculta por detrás da pessoa jurídica, e a concentração de forças econômicas do agrupamento que nos permitem dizer que tais infrações tenham uma robustez e força orgânica impensáveis em uma pessoa física.

Se assume aqui, portanto, que as atividades no âmbito empresarial são processos causais e os riscos (bem como os sucessos) são suportados como ente coletivo, de forma una, sendo passíveis de valoração. Neste pensar, Affonso Arinos de Mello Franco¹², em 1930, afirmou que os entes coletivos, dotados de vontade própria, inteligência e liberdade, quando de sua atuação decorre a infringência a lei penal, *deve produzir resultados à pessoa jurídica*, e não aos seus componentes individuais.

De acordo com essas noções, podemos delinear o conceito de pessoa jurídica. Pessoas jurídicas podem ser definidas como associações ou instituições formadas para um fim e reconhecidas pelo sistema jurídico como sujeitos de direito. *As pessoas jurídicas são uma realidade e não uma ficção*. Mas o conceito de realidade é relativo e variável nos vários campos do conhecimento. Se por real entendemos tudo o que é perceptível pelos sentidos, certamente as pessoas jurídicas não são reais, mas os conceitos das ciências abstratas também não são reais e, em particular, o nosso mundo jurídico não é real. Mas quando o conceito de real se estende a tudo o que existe em nosso pensamento, em antítese ao que é imaginário e fingido, então não há dúvida de que as pessoas jurídicas são uma realidade. São reais no mesmo sentido e da mesma forma que outras formas jurídicas são reais, assim como é real uma obrigação, uma herança, um contrato. Realidade jurídica ideal, não realidade corporal sensível.

A consequência da separação da vida jurídica das sociedades e de seus membros, de acordo com Sanctis, é o reconhecimento de sua independência jurídica. As pessoas jurídicas, para fazer valer os seus direitos e para defesa das ações a ela dirigidas, *podem estar em juízo*. Tal direito, diga-se, é reconhecido até mesmo às altas sociedades de fato. Com efeito, toda vez que uma pessoa coletiva for atingida em seus interesses, patrimoniais ou não, poderá acionar a Justiça para a defesa desses interesses, da mesma forma que faria um sujeito de direito que possua uma existência autônoma¹³. Vê-se, portanto, que as pessoas jurídicas adquirem vida ou existência legal própria. O direito lhes confere vida, autonomia e personalidade, possuindo nome, nacionalidade e domicílio, independentemente das pessoas e seus membros.

E se tem um ponto de reflexão. Se for verdade que a lei reconhece como pessoa todo ser autônomo que tem uma vontade, e que, por outro lado, a vontade de várias pessoas relacionadas se funde em uma nova vontade orgânica, presume-se que a partir do momento em que duas ou mais pessoas se encontram (ou até mesmo uma pessoa, a depender do tipo de sociedade empresária), nasce um ente coletivo invisível que tem direitos e deveres a serem reconhecidos no campo jurídico, inclusive com a necessária reprovação na esfera criminal.

A pessoa jurídica só existe porque a ordem jurídica prevê sua existência, como instrumento de realização de fenômenos jurídicos. A realidade que se deve reconhecer à pessoa jurídica é uma realidade na ordem jurídica e para a ordem jurídica, nunca uma realidade naturalística. A pessoa jurídica é uma criação do Direito que, por sua vez, pode e deve regular efeitos jurídicos de suas intervenções no ambiente social¹⁴.

A sociedade empresarial é detentora de capacidade própria e se difere de seus membros em sua personalidade jurídica, tornando-se entes autônomos e responsáveis por

¹²FRANCO, A. A. M. *Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas*, Grafica Ypiranga, Rio de Janeiro, 1930, p. 50.

¹³SANCTIS, F. M. *Responsabilidade Penal das corporações e criminalidade moderna*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2009, p. 22.

¹⁴GALVÃO, F. *Responsabilidade Penal da pessoa jurídica*, Del Rey, Belo Horizonte, 2003, p. 37.

suas condutas omissivas e comissivas, em suas decisões e em sua disposição patrimonial. Deste modo, a qualidade de pessoa coletiva se apresenta conforme suas deliberações e atos próprios, não havendo a confusão ou aglutinação com atos individuais de pessoas físicas e dos membros da sociedade empresarial.

O caminho até aqui trilhado nos permite concluir que a personalidade e a autonomia da pessoa jurídica atestam o reconhecimento da possibilidade de formação de uma *vontade* coletiva, direcionada a um *agir* conforme suas premissas estatutárias e deliberações, desaguando, portanto, se assim o proceder, na necessária consequência jurídica pelo desvio ao ilícito e na responsabilidade perante terceiros.

Em síntese, a pessoa jurídica está imbuída de volição e é dotada de personalidade, contudo, direciona-se, neste foco, a oportunidade de perquirir a ação da pessoa jurídica no escopo jurídico-penal, com a proeminente concepção significativa da ação.

3. A AÇÃO NO MODELO SIGNIFICATIVO DE VIVES ANTÓN

Se a problemática teórica em torno da pessoa jurídica é se ela possui capacidade de agir, logo, a doutrina tem se debruçado há muito para responder à pergunta sobre o que deve ser entendido por ação enquanto ponto inicial das discussões subsequentes sobre os elementos do delito¹⁵. Em verdade, autores consideram este esforço decadente¹⁶ porque se pudesse ser assentida tal definição, seria mui genérica e não teria valor sistemático. No entanto, o conceito de ação como ponto de referência para os predicados de tipicidade, ilicitude e culpa ainda parece firme na dogmática atual¹⁷.

O andamento proposto por Radbruch¹⁸ foi no sentido que na falta de uma definição jurídica, deve-se, por ora, se ater à linguagem da vida para descobrir o que o direito entende pela expressão “*ação punível*”, demonstrando, assim, não um, mas vários conceitos de ação. A propósito, que uma vontade, um fato e uma relação entre os dois fazem parte de uma ação, é geralmente reconhecido. Somente quando questionado sobre qual é a relação entre vontade e fato, a palavra ação é dividida em significados diferentes.

Conclui Busato¹⁹ no sentido que a única função absolutamente exigível de um conceito de ação é obter uma consequência negativa de que toda situação que não comunica um significado não pode ser considerada ação para efeitos de direito e não passa, por isso, pela análise de outras valorações jurídicas.

Fixando a direção ao marco teórico que o texto se propõe, ou seja, voltar os olhos à pessoa jurídica e dotá-la de um agir, Vives Antón²⁰ trouxe um detalhado estudo da dogmática jurídico penal da ação, desde o conceito naturalístico até as mais recentes

¹⁵ Assume-se neste texto a aptidão de ação inerente às pessoas jurídicas.

¹⁶ Neste ponto, Busato aduz que convém recordar que os tradicionais sistemas jurídicas-penais baseados na ação exigiram desse conceito um grande número de funções, cujo desempenho provou-se impossível, levando a doutrina ao reconhecimento da incapacidade do conceito em corresponder ao que dele se esperava. Em: BUSATO, P. C. *Direito Penal: parte geral*, vol. 01, 5ª ed, Atlas, São Paulo, 2020, p. 197.

¹⁷ Importante apresentar os conceitos clássicos de ação que foram importantes para a construção dogmática: Günther Jakobs: Conduta é a inevitabilidade de uma diferença de resultado, ou seja: ação como causação evitável resultado e do conceito de omissão como a não evitacao evitável de um resultado. Claus Roxin: ação enquanto exteriorização da personalidade. Hans-Heinrich Jescheck: conduta humana socialmente relevante, que representa a resposta do homem às possibilidades de ação que lhe são exigidas, e que lhe permite aparecer em sua função humano-social. Johannes Wessels: conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana Anibal Bruno: a ação é que dá corpo ao fato punível constituindo o elemento central do seu conceito, o suporte material, por assim dizer, sobre o qual se assentam os outros elementos da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

¹⁸ RADBRUCH, G. *El concepto de acción y su importancia para el Sistema del Derecho penal*, Editorial B & F, Buenos Aires, 2011, p. 106.

¹⁹ BUSATO, P. C. *Direito Penal e Ação Significativa: Uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito Penal a partir da filosofia da linguagem*, 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 105.

²⁰ VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del Sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 157.

concepções doutrinárias, através de uma apresentação - *senão uma firme crítica* - em torno das contradições em que dispõe a doutrina em torno do tema. Desde logo, a primeira instigação que sobressai foi a propositura do autor em buscar o restabelecimento do sentido da pergunta para uma definição de ação.

O sentido primário do questionamento acerca da ação se apresenta no intento da diferenciação entre ações e acontecimentos. Quando falamos de ações, há a distinção do que fazemos e do que acontece, entre o que produzimos e o que apenas nos sucede. Se for dado algum valor para a esta distinção, teremos, pois, que delimitar que são ações e em que se distinguem dos simples acontecimentos²¹.

A compreensão da ação como a representação do comportamento guarda estreita vinculação em regras que dão significado a ela. É aqui que o conceito de ação aparece, não para indicar um gênero ao qual os substratos ou os conteúdos da ação são possíveis, mas para representar um limite, uma fronteira que distingue a ação dos simples acontecimentos naturais. Em um olhar incipiente, podemos efetuar a delimitação da diferença entre ações e atos dizendo que os atos, simplesmente, acontecem, enquanto as ações têm um significado social²².

Nesta direção, apresentou Wittgenstein um interessante jogo linguístico o qual expande a compreensão de mundo. Para o autor, emerge a pergunta "*Qual é a relação entre nome e denominado?*" Segue em resposta afirmando que esta relação, entre muitas outras coisas, também pode consistir no fato de que *o ouvir em nome evoca-nos a imagem do denominado perante a alma*"²³.

Com este raciocínio, portanto, surge a perfeita compreensão da atuação da pessoa jurídica nos recortes de mundo a qual pertence. "*A empresa demitiu*"; "*A empresa pagou*", "*A empresa sonegou*"; "*A empresa disse que*"; "*A empresa matou*". Nesta perspectiva, se tem sentido tudo o que, de acordo com a nossa linguagem social e comunicativa comum, possa ser fonte de significado, ou seja, se uma *ação* ou *omissão*, em sentido jurídico, é a expressão comunicativa de um fazer ou não fazer, traduzida em um verbo típico que expressa intenções, segundo a linguagem comum, *parece ser possível afirmar que uma pessoa jurídica efetivamente atue*"²⁴.

Para sabermos, então, em que sentido a palavra ação aparece no termo "*ação punível*", dependemos de recortes de mundo e da linguagem da vida. Segundo isso, a ação é uma espécie de relação entre vontade e ação. A ação é algo capaz de sustentar o atributo de punível, e, visto que punível só pode ser culpado, sendo culpado, apenas algo ilícito, a ação é algo que pode admitir os atributos de ilicitude, culpa e punibilidade. Consequentemente, a pergunta sobre o conceito de ação se lê melhor desta forma: que relação entre vontade e ação é compatível com os atributos de ilegalidade, culpa e punibilidade²⁵?

À vista disso, Vives Antón desenvolveu a ação como resultado de comunicação, dos sentidos e da interpretação dos sentidos. A ação significativa, ao seu julgo, é produto de interpretações decorrentes de regras sociais impostas por participantes que fazem parte

²¹VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos (...)*, Ob. Cit., p. 160.

²²VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos (...)*, Ob. Cit., p. 160.

²³WITTGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas*, Círculo do Livro, São Paulo, 1996, p. 41.

²⁴BUSATO, P. C. & PRAZERES, A. "Heteroresponsabilidade e autorresponsabilidade penal das pessoas jurídicas: Especial referência ao fato de conexão", in: BUSATO, P. C. & GRECO, L. (Org.). *Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: anais do III Seminário Brasil-Alemanha*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 23.

²⁵"De ello se sigue que el concepto de acción viene ya necesariamente definido por los conceptos de antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, de suerte que quien establece correctamente antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad no puede menos que haber hecho correcto empleo del concepto de acción. Por ende, criterios distintos sobre la punibilidad o impunidad de un determinado supuesto de hecho son siempre y nada más que consecuencia de un desacuerdo acerca de aquella, no del concepto de acción, por cuyo motivo la determinación de este último puede tener influjo en la subsunción de casos particulares en la ley penal, sólo en la medida en que supone necesariamente decidirse por determinados conceptos de la antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, no porque configure sobre dicha base su concepto de acción". Em: RADBRUCH, G. *El concepto de acción (...)*, Ob. Cit., p. 107.

de um contexto social. E aqui se funda uma nova luz na doutrina penal, ao considerar o modelo de conduta penalmente relevante, demonstrando não existir um modelo universal de ação (em rechaço a uma função classificatória), como fórmula básica para todas as ações passíveis de serem praticadas pelas pessoas.

No Direito Penal, a doutrina da ação estava vinculada a um modelo no qual a ação era concebida como um fato composto, ou seja, como a reunião em uma visão cartesiana consistente no fato físico e outro mental, ou seja, um ato de vontade e um movimento do corpo. Todavia, esse esquema pode ser repensado, uma vez que a própria filosofia da ação passa a ser entendida não em termos do que os homens fazem, mas, sim, *do significado do que eles fazem*. Desse modo, Vives Antón passou à investigação de um novo e significativo conceito de ação no qual concebe as ações como interpretações que, conforme os diferentes tipos de regras sociais existentes, podem ser dadas ao comportamento humano. O autor define a ação não como um substrato do comportamento humano capaz de receber um significado, mas como um significado que, de acordo com certas normas, pode ser atribuído ao comportamento.

Com base nisso, tem-se a gênese da percepção de que a ação deve ser valorada dentro do contexto humano em que ocorre. A interpretação da ação para se obter o seu significado e a profundidade de valor que é admitida, deve ser retirada do contexto social, cultural e político dos participantes do grupo contextual em que ocorreu o fato.

A ação deve ser entendida a partir do seu significado, isto é, como um sentido. É necessário que seja entendida, interpretada segundo as regras ou normas, ou seja, conforme normas reiteradas de conduta dentro de um corpo social. Ao considerar a ação, esta é vista pelo seu significado, não devendo ser analisada somente em razão do critério da finalidade que dirige a conduta do agente. A ação é compreendida como expressão sentido ou significado, dentro do contexto social na qual a conduta se realizou.

Se as formas de linguagem complexas só podem se desenvolver sobre comportamentos normativos, o que se encontra no fundo dos jogos de linguagem é sempre uma ação, que é a condição última para a prática do fenômeno linguístico. Então, se faz sentido linguístico comum *afirmar um fazer de pessoas jurídicas*, é porque estas ações são algo que se encontra no fundo do desenvolvimento da própria linguagem com sentido e é o que se lhe permite reconhecer enquanto tal²⁶.

No entanto, o problema fundamental de que as teorias de ação estavam tentando responder - e para o qual a ideia de um supraconceito era apenas uma consequência - não está assim, de forma alguma, resolvido, pois permanece o fato, no qual Welzel insistiu, que só podemos regular ações, não simples eventos naturais e, portanto, para aplicar os tipos, precisamos saber quando estamos e quando não estamos na presença de uma ação; ou seja, precisamos definir, de uma forma ou de outra, o que é que entendemos por ação. Provavelmente por isso o problema do conceito de ação não passou a ocupar lugar de destaque no museu das inúteis discussões doutrinárias, mas continua esperando uma solução satisfatória²⁷.

E através desta inquietude é que Vivés Antón descortinou sua propositura, interpretando a ação não como um fato específico e nem podendo ser definida como substrato da imputação jurídico-penal, uma vez que a grande maioria das ações é definida independentemente dessa circunstância. Resta, portanto, apenas um caminho a explorar: aquele que, para colocá-lo de forma abreviada, a partir do sentido também para nele; aquele que concebe a ação como um processo simbólico regido por normas, como o significado social do comportamento, expresso linguisticamente²⁸.

Em consequência disso, há de ser concebidas as ações como interpretações que, de acordo com os diferentes tipos de regras sociais, podem ser dadas ao comportamento humano. Define, portanto, a ação, não como um substrato comportamental capaz de receber um significado, mas como um significado que, de acordo com um sistema de normas, pode ser atribuído a certos comportamentos humanos. Assim, ocorre uma novel

²⁶BUSATO, P. C. & PRAZERES, A. *Heteroresponsabilidade (...)*, Ob. Cit., p. 23.

²⁷VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos (...)*, Ob. Cit., p. 136.

²⁸VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos (...)*, Ob. Cit., p. 219.

projeção na teoria da ação: ela não é mais o substrato de um sentido; mas, inversamente, o significado de um substrato²⁹.

Com base nessa definição, é possível traçar a diferença entre ações e fatos, entre o que fazemos e o que simplesmente nos acontece: *fatos* acontecem, *ações* fazem sentido (isto é, eles significam); os *fatos* podem ser descritos; as *ações* devem ser compreendidas; os *fatos* são explicados por leis físicas, químicas, biológicas etc.; as *ações* são interpretadas por regras gramaticais³⁰.

A referência à ideia de Wittgenstein de *gramática profunda*³¹, torna pacífico que essas "regras gramaticais" ainda não são normas jurídicas, embora, como as normas jurídicas são, por isso mesmo, sociais, podem desempenhar um papel gramatical ajudando a estabelecer ou estabelecer o significado de certas ações por si só³². O exemplo dado por Vives Antón a que se alude a suas ideias se pauta no delito de prevaricação, ou seja, é impossível prevaricar fora do âmbito do direito, pois apenas regras do direito é que definem certos comportamentos como uma ação antijurídica que significa prevaricar³³.

Temos, portanto, que o problema reside no fato em que a doutrina tenha buscado na ação o que não poderia lhe oferecer, ou seja, um substrato unitário ou um fundamento unitário de responsabilidade, o que nos leva a compreender que não é possível um conceito de ação sob o qual subsumir ações e omissões positivas, ações dolosas e nas imprudências.

Portanto, *o sentido da ação de uma pessoa jurídica não deve ser restringido ou comparado a ação do ser humano*. Diante o uso de uma linguagem comum, em que tais ações façam sentido aos interlocutores, o substrato de sentido nos permite aduzir a capacidade de atuação – e ação – dos entes coletivos, mediante compreensão dos signos interpretados no restrito recorte de mundo onde o comportamento delitivo ocorre.

Nos parece acertada as proposições conclusivas de Busato e Prazeres, fundadas nas linhas de Carbonell Mateu. Asseguram os autores que se falamos de ações de pessoas jurídicas no entorno do direito, o uso comum jurídico do termo produz sentido comum entre os usuários da linguagem jurídica. Trata-se de um uso específico, mas comum, no sentido de que é compartilhado por uma comunidade³⁴. É por isso que todo sujeito de direito que descumpra uma norma pode ser objeto de atribuição de sentido. Se esta atribuição de sentido se plasma na exigência do cumprimento das normas pela submissão de seu comportamento a estas, é bastante claro que quem se submete ou não a tais normas é quem tem capacidade de ação³⁵.

Assim sendo, e escorado na experiência proporcionada no avanço teórico apresentado por Vives Antón e sua concepção significativa da ação, enriquece-se o vislumbre da aplicação da novidade teórica aos entes empresariais, aduzindo estes serem dotados de personalidade e podendo ser responsabilizados por seus atos próprios.

Portanto, no que tange a liberdade da pessoa jurídica em guiar os rumos de suas ações e vontades, inclusive da defesa de seus interesses perante o juízo criminal, emerge

²⁹VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos (...)*, Ob. Cit., p. 219.

³⁰Olha-se para a distinção realizada por Wittgenstein entre estado de coisas e fatos. Estado de coisas é algo que possivelmente pode ocorrer, enquanto o fato é aquilo que realmente ocorre, sendo a realidade, a existência de estados de coisas possíveis. Em: WITTGENSTEIN, L. *Tractatus Logicus-Philosophicus*, 3ª ed., Editora da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 135.

³¹"Poder-se-ia distinguir, no uso de uma palavra, uma 'gramática superficial' de uma 'gramática profunda'. Aquilo que se impregna diretamente em nós, pelo uso de uma palavra, é o seu modo de emprego na construção da frase; a parte do seu uso - poderíamos dizer - que se pode apreender com o ouvido. - E agora compare a gramática profunda da expressão "ter em mente" (*meinen*), por exemplo, com aquilo que sua gramática superficial nos permitiria conjecturar. Não é de espantar que se julgue difícil entender disso". Em: WITTGENSTEIN, L. *Investigações Filosóficas*, Editora Nova Cultural, São Paulo, 1999, p. 160.

³²VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos (...)*, Ob. Cit., p. 219.

³³VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos (...)*, Ob. Cit., p. 221.

³⁴BUSATO, P. C. & PRAZERES, A. *Heteroresponsabilidade (...)*, Ob. Cit., p. 23.

³⁵CARBONELL 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 el motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*. Tomo I. [J.C. Carbonell Mateu, J.L. González Cussac e E. Orts Berenguer – orgs.], Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 317-318.

a possibilidade da propositura de acordo de colaboração premiada, conforme se verificará a seguir no caso paradigma.

4. A PESSOA JURÍDICA E SUA CAPACIDADE DE PRODUZIR RESULTADOS PUNÍVEIS

Determinada a personalidade e possibilidade de ação, torna-se crível a imputação da pessoa jurídica em delitos de resultado os quais transcendem o meio ambiente.

A assertiva conflui com Busato e Cavagnari³⁶, que, fundados na lição de Vives Antón, mostram que na prática forense se analisa um caso concreto a partir da identificação do tipo de ação, e não da existência ou não de uma ação. As ações, por não se tratar de meros acontecimentos, exigem interpretação. Vale dizer, não basta mais que as ações sejam meramente descritas, é necessário que elas sejam interpretadas e compreendidas. Por exemplo, não se pode afirmar que um tapa no rosto seja uma lesão corporal, uma injúria, um cumprimento rude ou até mesmo um ato reflexo sem uma análise das circunstâncias em que ocorre, para verificação de como deve ser interpretado e compreendido referido tapa, até mesmo para a definição de se pode mesmo ser considerado um tapa.

A convergência para um modelo significativo de ação encontra amparo no ensinamento de Vives Antón, que definiu a ação não como substrato suscetível de receber um sentido, e sim como sentido que, de acordo com um sistema de normas, pode-se atribuir a determinados comportamentos humanos. A ação, portanto, deixa de ser o substrato de um sentido, e passa a ser o sentido de um substrato³⁷. Assim, os fundamentos de uma concepção significativa de ação se encontram na ideia de percepção da ação como algo que transmite um significado.

De natureza igual, percebe-se o modo interpretativo sobre a personalidade da pessoa jurídica. Como testemunhado em tópicos anteriores, o ente coletivo emerge à vida quando de seus atos constitutivos e em vista a união de vontades humanas para o nascimento de um ente moral, uno e desvinculado da volição de seus constituintes.

Por conseguinte, a conduta, a vontade e personalidade passa a ser própria da pessoa jurídica, e poderá ser reprovada como tal, o que mostra claramente viável a atribuição da responsabilidade penal da pessoa jurídica de modo absolutamente autônomo das condutas das pessoas físicas, sejam funcionários, sejam dirigentes, *inclusive no que tange a definição do caminho de sua defesa criminal*.

Perceptível que, no que tange as pessoas jurídicas, a reprovação final carece no ordenamento jurídico pátrio quanto aos delitos fora da legislação ambiental. Deste modo, os delitos ditos econômicos, tais como a ordem tributária, a lavagem de dinheiro, sistema financeiro nacional, entre outros, escapam da imputação penal.

Em uma significativa mudança no paradigma tradicional, a Constituição Federal, *expressamente*, admitiu a responsabilização penal da pessoa jurídica. A referência pode ser encontrada no artigo 173, parágrafo 5º, que dispõe que *"a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a a punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular"*. Como atesta Fernando Galvão³⁸, a responsabilidade a que se referiu o constituinte foi a responsabilidade penal, pois é a ela que se refere à pretensão punitiva.

Ainda no plano constitucional, o parágrafo 3º do artigo 225 possibilitou a responsabilidade penal da pessoa jurídica ao dispor 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."* Nesse dispositivo, ao que se concorda com Fernando Galvão e Paulo Busato³⁹,

³⁶BUSATO, P. C. & CAVAGNARI, R. J. "Tipicidade penal finalista e tipo de ação significativo", *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 9, n. 16, p. 147-180, jan./jun. 2017, pp. 163 e ss.

³⁷VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos (...)*, Ob. Cit., p. 221.

³⁸GALVÃO, F. *Responsabilidade Penal (...)*, Ob. Cit., p. 05.

³⁹BUSATO, P. C. *Direito Penal (...)*, Ob. Cit., p. 91.

ficou ainda mais evidente a opção político-criminal em utilizar o Direito Penal contra as pessoas jurídicas⁴⁰, sendo clara a decisão pela punição de forma compatível com a natureza do delito, o que inclui sanções penais e administrativas.

O legislador constituinte reconheceu, sabiamente, que a impunidade gerada pelo artifício de proteger o aparato empresarial não mais seria fomentada com a inovação criminal proposta. Não cabe, tão somente, proceder uma interpretação sistemática, desprezando-se a exegese lógica ou teleológica. O estudo da *ratio legis*, na questão em apreço, ineludivelmente leva à conclusão da admissão da responsabilidade criminal dos entes coletivos, não infirmada pelos demais dispositivos constitucionais. Não se pode esquecer, argumenta Fausto de Sanctis⁴¹, que os textos legislativos não contêm disposições supérfluas ou desnecessárias, o que vale dizer que quando a Constituição expressamente contemplou a punição criminal das pessoas jurídicas, não poderia o intérprete distinguir e, dessa forma, violar a verdadeira intenção do legislador constituinte.

Uma última questão, ainda no que concerne à interpretação da norma constitucional, merece ser destacada, segundo Shecaira⁴². Nenhum acontecimento surge isolado; com explicar a sua origem, sua razão de ser e a ligação com os fatos a sua volta, resulta melhor compreensão dele próprio. A fim de descobrir o alcance efetivo do texto legal, coloca-se o intérprete na posição do legislador. O processo de elaboração de nossa Constituição foi um dos momentos mais fervilhantes de nossa recente história política.

Parcos dispositivos já estavam no plano normativo antes de 1988. Cita-se, ao exemplo, o Código Eleitoral (Lei 4.737/65). O artigo 336⁴³, em uma leitura literal da norma, atribui um modelo de heteroresponsabilidade ao diretório local do partido político quando identificado que seus membros concorreram para o delito ou deles se beneficiaram, com a previsão de pena de suspensão das atividades do diretório responsável.

A Lei da Previdência Social (Lei 8.213/91), em seu artigo 19, parágrafo 2º⁴⁴, pune com multa as empresas descumpridoras de normas de trabalho e higiene. De modo comparado, em leitura do parágrafo 1º, do mesmo artigo 19, e em nossa compreensão, muito se assemelha à *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007* do Reino Unido no que atribui à empresa um “relevante dever de cuidado e dever” para com as pessoas físicas. Inclusive a lei que apresenta tipos penais inerentes ao planejamento familiar⁴⁵ prevê a consequência jurídica ao delito praticado por instituições que permitam a prática do ilícito, consoante a redação artigo 20⁴⁶.

⁴⁰GALVÃO, *Responsabilidade Penal (...)*, Ob. Cit., pp. 05-06.

⁴¹SANCTIS, F. M. *Responsabilidade Penal (...)*, Ob. Cit., p. 64.

⁴²SHECAIRA, S. S. *Responsabilidade Penal (...)*, Ob. Cit., p. 143.

⁴³Art. 336. Na sentença que julgar ação penal pela infração de qualquer dos artigos. 322, 323, 324, 325, 326, 328, 329, 331, 332, 333, 334 e 335, deve o juiz verificar, de acordo com o seu livre convencimento, se diretório local do partido, por qualquer dos seus membros, concorreu para a prática de delito, ou dela se beneficiou conscientemente. Parágrafo único. Nesse caso, imporá o juiz ao diretório responsável pena de suspensão de sua atividade eleitoral por prazo de 6 a 12 meses, agravada até o dobro nas reincidências. In: BRASIL. *Código Eleitoral*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm, acesso em: 20 fev. 2024.

⁴⁴Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. § 1º A empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador. § 2º Constitui contravenção penal, punível com multa, deixar a empresa de cumprir as normas de segurança e higiene do trabalho. In: BRASIL. *Lei nº 8213 de 1991*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm, acesso em: 20 fev. 2024.

⁴⁵BRASIL. *Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm, acesso em: 20 fev. 2024.

⁴⁶Art. 20. As instituições a que se refere o artigo anterior sofrerão as seguintes sanções, sem prejuízo das aplicáveis aos agentes do ilícito, aos co-autores ou aos partícipes: I - se particular a instituição: a) de duzentos a trezentos e sessenta dias-multa e, se reincidente, suspensão das atividades ou descredenciamento, sem direito a qualquer indenização ou cobertura de gastos ou investimentos efetuados; b) proibição de estabelecer contratos ou convênios com entidades públicas e de se beneficiar de créditos oriundos de instituições governamentais ou daquelas em que o Estado é acionista; II - se pública a instituição, afastamento temporário ou definitivo dos agentes do ilícito,

Outro dispositivo normativo incriminador para entes coletivos está na Lei de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM (11.105/2005)⁴⁷. O artigo 2º do texto da lei define que as atividades e projetos que envolvam OGM e seus derivados, relacionados ao ensino com manipulação de organismos vivos, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico e à produção industrial ficam *restritos ao âmbito de entidades de direito público ou privado, que serão responsáveis pela obediência aos preceitos desta Lei e de sua regulamentação, bem como pelas eventuais consequências ou efeitos advindos de seu descumprimento*. Em interpretação simples, portanto, os delitos descritos no capítulo VIII são imputados diretamente à pessoa jurídica e, de forma inusitada, prevê penas de reclusão.

As legislações apresentadas, que por muito são esquecidas e de difícil aplicação, contudo, foi através da legislação infraconstitucional que o parágrafo 3º, artigo 225, da Constituição Federal foi implementado através da Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), onde expressamente prevê a responsabilidade penal da empresa e é a normativa verdadeiramente aplicada e discutida na doutrina e jurisprudência brasileira.

Consentimos com Salvador Netto⁴⁸ quanto a Lei 9.605/1998 ser bastante sucinta. A norma de imputação se consubstancia exclusivamente no artigo 3º e seu parágrafo único e as questões relativas à pena e à sua aplicação foram dispostas nos artigos 21 a 24. Embora essa carência de maiores detalhamentos legislativos não seja um obstáculo intransponível para a responsabilização de pessoas jurídicas por delitos ambientais, inegável que tal realidade, para além de reforçar as críticas acadêmicas, obrigou tanto a doutrina quanto a jurisprudência a adotar postura complementadora e, em alguma medida, construtiva. Em suma, à falta de suficiência do discurso do Direito, entendido como aquele extraído do Direito positivo, respondeu-se com o discurso jurídico, responsável pela tarefa de buscar balizas razoáveis para a aplicabilidade desse tipo de responsabilização⁴⁹.

O legislador, de forma simplista, não fez mais que declarar a responsabilidade criminal da pessoa jurídica, impondo penas, sem, no entanto, estabelecê-la totalmente. Isto significaria que não seria possível aplicá-la de forma concreta e imediata, pois faltam os instrumentos necessários e indispensáveis para alcançar este desiderato. Não existe uma forma lógica de quebrar um princípio fundamental como o da irresponsabilidade penal da pessoa jurídica, que está firmemente ancorado no sistema de responsabilidade da pessoa física, sem fornecer, em contrapartida, elementos básicos e específicos para um subsistema ou microssistema de responsabilidade penal, restrito e especial, mesmo com suas próprias regras processuais. É ainda essencial que haja regras para criar uma coexistência perfeita entre uma (geral) e outra (excepcional) forma de responsabilidade⁵⁰.

A norma jurídica prevista no artigo 3º da legislação de crimes ambientais relembra os modelos mais incipientes de responsabilidade penal da pessoa jurídica, acentuando o papel da decisão da pessoa física e, por sua vez, dispensando qualquer alusão ao denominado defeito de organização. De acordo com o texto, as pessoas jurídicas serão responsabilizadas penalmente nos casos de infrações cometidas (i) por decisão do representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado; (ii) no interesse ou benefício

dos gestores e responsáveis dos cargos ou funções ocupados, sem prejuízo de outras penalidades. In: BRASIL. *Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996*, idem.

⁴⁷ BRASIL. *Lei n. 11.105 de 24 de março de 2005*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm, acesso em: 20 fev. 2024.

⁴⁸Art. 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". In: BRASIL. *Lei nº 9605 de 1998*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm#:~:text=para%20evitá%2Dla.-,Art.,Parágraf o%20único., acesso em: 20 fev. 2024.

⁴⁹SALVADOR NETTO, A. V. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, Thomson Reuters, São Paulo, 2018, p. 292.

⁵⁰PRADO, L. R. "La cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica en derecho brasileño", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, n. 6, 2000, pp. 273-303, p. 298.

de sua entidade. O parágrafo único, ao seu turno, garante que a responsabilidade da pessoa jurídica não exclui a das pessoas físicas, coautoras ou partícipes do fato ilícito. Nessa fórmula, portanto, encontra-se uma dúlice exigência. Em primeiro lugar, o intérprete deve verificar se a pessoa física que atua reúne a condição especial imposta pela norma. Em segundo lugar, se atua em prol da empresa, em seu favor. Essa formatação conduziu, em parte e à princípio, a doutrina brasileira a estabelecer a regra da denominada *dupla imputação*. Isto é, firmou-se a máxima de que é impossível imputar o delito ambiental exclusivamente à pessoa jurídica, excluindo-se a física. Em outros termos, não se admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica dissociada da pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio⁵¹.

Na mirada ao que dispõe a lei ambiental, denota-se claramente a opção do legislador ao sistema de heteroresponsabilidade no molde da transferência de responsabilidade^{52 53}, ausente de reconhecimento da capacidade da pessoa jurídica delinquir por atos próprios, ou seja, no contexto da lei, será sempre dependente de ações e omissões das pessoas físicas elencadas na norma incriminadora.

Não se cerra os olhos aos recentes eventos com a participação direta da pessoa jurídica, com o foco a partir do recorte do caso Mariana (rompimento da barragem de Fundão, no estado de Minas Gerais)⁵⁴. Na situação pátria, a ação penal instaurada não contemplou a atribuição de responsabilidade penal da prática de homicídio cometida pelas pessoas jurídicas, apesar dos 19 óbitos⁵⁵.

Em um avanço teórico para a ação no sentido jurídico-penal das pessoas jurídicas, o comportamento do ente corporativo estaria ligado diretamente nas normas que regem e normatizam a atividade empresarial, em complemento as normas de proibição ou de mandamento. Sendo a ação envolvida na constituição normativa da atividade, portanto, estaria preparada para explicar os rumos e acontecimentos processados no seio dos entes morais, quando refletir no resultado danoso realizado com a lesão ao bem jurídico.

Ao exemplo do caso, portanto, como hipótese, haveria a viabilidade para a imputação do delito de homicídio (art. 121, Código Penal) diretamente ao ente empresarial, em sendo provado, por exemplo, características causais próprias contrárias ao dever da pessoa jurídica e que contribuíram no todo ou em parte para o resultado morte, tais como, ausência de alvarás, licenças e laudos técnicos necessários para uma barragem, ciência corporativa quanto desatualização de sistemas preventivos inerentes para a atividade da empresa, ou seja, características próprias do desvalor do comportamento (caráter proibido da forma de agir) com desvalor do resultado (consequência do comportamento proibido).

⁵¹SALVADOR NETTO, A. V. *Responsabilidade penal (...)*, Ob. Cit., p. 292.

⁵²Como exemplo, o sistema de responsabilidade penal da pessoa jurídica espanhol as responsabiliza por delitos cometidos por determinadas pessoas físicas. Em concreto, será necessário que aqueles que o cometam representem e ostentem a capacidade decisória da entidade, seus superiores (artigo 31, bis, a, Código Penal Espanhol) e subordinados submetidos a autoridade de tais pessoas físicas, e que efetuaram o delito graças, precisamente, ao grave descumprimento de dever de controle que possuíam sobre tais subordinados os ditos superiores (artigo 31, bis, b, Código Penal Espanhol), subordinados estes entre os quais os trabalhadores da empresa, autônomos que prestassem serviços para a empresa de modo pontual, sempre e quando, o fizessem sob o controle de superiores ou representantes. Em: GALÁN MUÑOZ, A. & NUÑEZ CASTAÑO, E. *Manual de derecho penal económico y de la empresa*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 52.

⁵³Poderia dizer que a expressão legal é suficientemente ambígua e ampla para compreender não somente aos empregados com contrato de qualquer natureza, mas também a outra classe de relações laborais externas e sujeitas ao controle da empresa. Cita-se como exemplo os assessores tributários, comerciais, publicidade, informática etc.". Em: GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, Tirant Lo Blanch, España, 2020, p. 144.

⁵⁴ TRF-1. Autos n. 0002725-15.2016.4.01.3822 - Ponte Nova/MG, disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=27251520164013822&secao=PNV>, acesso em: 20 fev. 2024.

⁵⁵A ação penal por homicídio, em que acusado um dos membros do Conselho de Administração da corporação, foi trancada pelo HC n. 1029985-02.2018.4.01.0000.

A ânimio de lucro e acréscimo patrimonial são formatações de comportamentos atribuíveis para a pessoa jurídica em um contexto de prática de delito, ou seja, certos delitos econômicos são inerentes às pessoas jurídicas quando do risco no desenvolvimento empresarial e sua desatenção nas normativas que regem a atividade explorada.

Neste contexto, por exemplo, a lei que apresenta tipos penais inerentes ao planejamento familiar⁵⁶, prevê a consequência jurídica ao delito praticado por instituições que permitam a prática do ilícito, consoante a redação artigo 20⁵⁷. Deste modo, em sendo esta lei do ano de 1996, portanto, tem-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico pátrio antes mesmo da legislação ambiental.

Quando da leitura da novel legislação específica para as licitações e contratos administrativos⁵⁸, a qual introduziu novos tipos no código penal, curiosa é a redação do artigo 337-M⁵⁹. Ao que parece, o legislador percebeu a capacidade jurídica das empresas quanto a prática do núcleo verbal “celebrar”, que, na práxis, é uma forma de comportamento/ação inerente ao ente empresarial. Para este comportamento intolerável, em plena consonância aos novos riscos, previu a consequência jurídica ao delito⁶⁰.

Portanto, o apego dogmático quando a uma modelo de ação que não se imputa para as pessoas jurídicas sofre abalo quando verificado a criação de novos riscos e novos tipos de criminalidade complexa oriunda do ente empresarial.

Pensa-se, deste modo, no objetivo de um regramento pátrio que preveja a responsabilidade criminal de pessoas jurídicas para a amplitude de delitos que são próprios do exercício de sua atividade e consequências jurídicas para os resultados puníveis que seja capaz de produzir. Outro vetor importante para compreender esta nova criminalidade é o próprio dinamismo gerado pela tecnologia como uma objetivação do trabalho do homem, cujas leis não podem ser explicadas por teorias causais tradicionais. Fala-se de “sociedade de risco”, “Direito Penal do risco”, “epistemologia do risco”, mas todas elas denotam a angústia vital do homem moderno de tentar dominar a natureza, quando ela já assumiu uma vida própria e é governada por regras independentes da vontade humana. Em termos criminológicos, isto significa que a combinação de tecnologia e energia humana nas mãos de grandes organizações criminosas aumenta exponencialmente sua capacidade criminogênica.

O debate prospecta novos rumos no que concerne a identidade da pessoa jurídica no ordenamento jurídico-penal pátrio. Não se corrobora com a fuga, seja dogmática, seja da política criminal, aos fundamentos modernos sobre a pessoa jurídica e sua capacidade

⁵⁶ BRASIL. Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm, acesso em: 20. Fev. 2024.

⁵⁷ Art. 20. As instituições a que se refere o artigo anterior sofrerão as seguintes sanções, sem prejuízo das aplicáveis aos agentes do ilícito, aos co-autores ou aos partícipes: I - se particular a instituição: a) de duzentos a trezentos e sessenta dias-multa e, se reincidente, suspensão das atividades ou descredenciamento, sem direito a qualquer indenização ou cobertura de gastos ou investimentos efetuados; b) proibição de estabelecer contratos ou convênios com entidades públicas e de se beneficiar de créditos oriundos de instituições governamentais ou daquelas em que o Estado é acionista; II - se pública a instituição, afastamento temporário ou definitivo dos agentes do ilícito, dos gestores e responsáveis dos cargos ou funções ocupados, sem prejuízo de outras penalidades”. In: BRASIL. Lei nº 9263 de 1996, idem.

⁵⁸ BRASIL. Lei n. 14.133/2021, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm, acesso em: 20 fev. 2024.

⁵⁹ Art. 337-M. Admitir à licitação empresa ou profissional declarado inidôneo. Pena - reclusão, de 1 (um) ano a 3 (três) anos, e multa. § 1º Celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena - reclusão, de 3 (três) anos a 6 (seis) anos, e multa”. In: BRASIL. Código Penal, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em: 20 fev. 2024.

⁶⁰ § 2º Incide na mesma pena do caput deste artigo aquele que, declarado inidôneo, venha a participar de licitação e, na mesma pena do § 1º deste artigo, aquele que, declarado inidôneo, venha a contratar com a Administração Pública”. In: BRASIL. Código Penal, idem.

de delinquir⁶¹, abraçando o desenho contemporâneo da participação do ente empresarial⁶² em comportamentos voltados à prática do injusto, violação aos bens jurídicos e na desestrutura do corpo social. Fica claro que a empresa é capaz da produção de resultados puníveis não tão somente relacionados ao meio ambiente, mas sim aos resultados que seja capacitada a produzir durante seu exercício de atividade, seja qual o bem jurídico atingido.

5. CONCLUSÃO

Após as percepções delineadas no texto, conclui-se, pois, que a pessoa jurídica encontra especial destaque no estudo do Direito Penal moderno. Sua capacidade de delinquir por intermédio de sua vontade e ação não devem ser menosprezadas a pretexto de um apego dogmático há muito superado, inclusive com a promulgação de legislações em países atentos ao comportamento empresarial.

A trilha aqui percorrida se fundou na investigação da personalidade da pessoa jurídica, onde verificado que os entes morais são dotados de um *querer* e um *agir* específicos para sua condição, quando de um olhar normativo e de atuação nos estreitos limites de sua gênese e da sua vontade. Ou seja, o ente coletivo detém personalidade jurídica independente da vontade daqueles que a constituem, ao passo que poderá conduzir os rumos de seus intentos, inclusive sendo responsabilizada por suas transgressões.

Com foco específico na teoria penal, em desapego ao tradicionalismo dogmático inerente ao conceito de ação, foi apresentado o enriquecimento quanto o vislumbre das ideias propostas por Vives Antón, onde a linguagem e a filosofia se mostraram valorosas para a construção de um modo interpretativo das ações, com extrema importância do olhar detido à práxis e a resolutiva de casos concretos como forma de abraço ao Direito Penal democrático, inclusive inerente às pessoas jurídicas. O compasso dado pela filosofia da linguagem incutida no Direito Penal tornou possível perceber a ação como uma expressão de sentido exercida pelo ente empresarial, dotando-o de capacidade de agir nos recortes de sua atuação.

Neste quadro, demonstrou-se que o legislador apresentou tipos penais imputáveis para a pessoa jurídica, seja na lei de planejamento familiar, seja na novidade quanto as licitações e contratos administrativos trazidas ao Código Penal brasileiro.

Caminhou-se para o enfoque da pessoa jurídica como um ser real, um verdadeiro organismo, cuja vontade sobressai na soma das vontades de seus associados ou de seus diretores e administradores. Ela possui vontade própria que conduz ao reconhecimento de que os entes coletivos são corpos sociais, que o direito não cria, mas que se limita a declarar existentes. A personalidade jurídica não resulta de uma concessão discricionária do legislador, mas é a consequência, imposta pela natureza das coisas, da existência de um organismo real. Toda a aproximação da pessoa jurídica ao homem, e a consequente distinção das respectivas vontades, traduz um indisfarçável antropoformismo – “engano” - que contamina também certos institucionalistas, residente em buscar a figura humana por parâmetro ao se pensar a pessoa jurídica.

O princípio *societas delinquere non potest* só tem razão de ser em uma sociedade na qual realmente as pessoas jurídicas não tinham a importância que tem hoje em dia. Que uma pessoa jurídica, sobretudo na forma de sociedade anônima, com um capital social

⁶¹o Direito Penal deve estar sempre atento às teorias econômicas, tendo em vista sua estreita preocupação com os fatos que realmente ocorrem no mundo empresarial. Sem a observação das teorias sobre o funcionamento da economia e da administração das empresas, não teria sido possível às ciências penais, por exemplo, avançar nas condutas arriscadas ou mesmo lesivas no âmbito empresarial e sua posterior incriminação; no desenvolvimento de técnicas de descobrimento de fatos criminosos e de produção de provas a seu respeito; na seleção das melhores técnicas de intervenção na realidade da prática econômica, prevenindo condutas lesivas ou arriscadas e estimulando condutas voltadas à preservação da ordem econômica”. Em: SARCEDO, L. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*, LiberArs, São Paulo, 2016, p. 86.

⁶²Em aprofundamento ao tema, sugere: SILVA, D. R. *Investigações corporativas e processo penal: uma análise sobre os limites da ilicitude da prova*, Thoth, Londrina, 2021.

e uma atividade econômica de bilhões de reais ou dólares, possa ficar isenta de pena, é algo que hoje em dia, produziria hilaridade, ou melhor, a irritação de qualquer cidadão comum.

Atualmente, a empresa é apresentada como um tema central no Direito, inclusive no âmbito Penal, em consideração a especial relevância de sua estrutura organizacional e dificuldade de identificação de seus núcleos complexos. Esta dimensão organizacional e capacidade de lesão aos bens jurídicos é tomada como base para a responsabilidade criminal e a consequente imposição de consequências jurídico-penais para além dos delitos ambientais no contexto brasileiro, como aqui se defendeu.

Assim, é explícito que na modernidade, principalmente aquela intimamente ligada no exercício da atividade da pessoa jurídica, será exigido o avanço no estudo da ação e suas novas interpretações, demovendo a rigidez de fórmulas que não atendem ao esperado na reprovação de exercícios e atividades dos entes morais.

6. REFERÊNCIAS

- BEVILÁQUA, C. *Theoria geral do direito civil*, 2ª ed., Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1929.
- BRUNO, A. *Direito Penal: Parte Geral, Tomo 1º: introdução, norma penal, fato punível*, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1967.
- BUSATO, P. C. *Direito Penal: parte geral*, vol. 01, 5ª ed., Atlas, São Paulo, 2020.
- BUSATO, P. C. *Direito Penal e Ação Significativa: Uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito Penal a partir da filosofia da linguagem*, 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.
- BUSATO, P. C.; CAVAGNARI, R. J. & ARAÚJO, G.P. "Delitos de posse, ação significativa e jurisprudência". In: BUSATO, P.C. (org.), *A linguagem do Direito Penal*, Tirant lo Blanch, Florianópolis, 2018.
- BUSATO, P. C. & CAVAGNARI, R. J. "Tipicidade penal finalista e tipo de ação significativo", *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 9, n. 16, pp. 147-180, jan./jun. 2017.
- BUSATO, P. C. & PRAZERES, A. "Heteroresponsabilidade e autorresponsabilidade penal das pessoas jurídicas: Especial referência ao fato de conexão". In: BUSATO, P. C. & GRECO, L. (Org.), *Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: anais do III Seminário Brasil-Alemanha*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, 2020.
- 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 el motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón, Tomo I* [J.C. Carbonell Mateu, J.L. González Cussac e E. Orts Berenguer – orgs.], Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- COELHO, F. U. *Manual de direito comercial: direito de empresa*, 23ª ed., Saraiva, São Paulo, 2011.
- FERRARA, F. *Teoria de las personas jurídicas*, Editorial Reus, Madrid, 1929.
- FRANCO, A. A. D. M. *Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas*, Grafica Ypiranga, Rio de Janeiro, 1930.
- GALVÃO, F. *Responsabilidade Penal da pessoa jurídica*, Del Rey, Belo Horizonte, 2003.
- JAKOBS, G. *Derecho Penal Parte general: Fundamentos y teoria de la imputación*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JESCHECK, H. & WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, vol. 01, Instituto Pacífico, Lima, 2014.
- KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*, 3ª Ed., Martins Fontes, São Paulo, 1991.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *A concepção significativa da ação de T. S. Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico-funcionais do delito*, (Trad. BUSATO, P. C.), Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007.
- PIERANGELLI, J. H. "A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a Constituição", *Revista dos Tribunais*, n. 684, p. 278-285, São Paulo, out. 1992.
- RADBRUCH, G. *El concepto de acción y su importancia para el Sistema del Derecho penal*, Editorial B & F, Buenos Aires, 2011.
- RAMOS, S. E. B. *Análise Econômica do Direito Penal: O crime, a sanção penal e o criminoso sob a ótica da Economia*, Artelogy, Porto, 2020.

- RAMOS VÁZQUEZ, J. A. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- RIZZARDO, A. *Direito de empresa*, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2012.
- ROTHENBURG, W. C. *A pessoa jurídica criminoso*, 1ª ed., Juruá, Curitiba, 1997.
- ROXIN, C. *Derecho Penal: Parte General, Tomo I: Fundamentos; La Estructura de La Teoria Del Delito*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1997.
- ROXIN, C. Tem futuro o Direito Penal? In: *Estudos de Direito Penal* (Trad. GRECO, L.), 2ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2008.
- SALVADOR NETTO, A. V. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, Thomson Reuters, São Paulo, 2018.
- SANCTIS, F. M. *Responsabilidade Penal das corporações e criminalidade moderna*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2009.
- SARCEDO, L. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*, LiberArs, São Paulo, 2016.
- SHECAIRA, S. S. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, 2ª ed., Método, São Paulo, 2003.
- VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del Sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- WITTGENSTEIN, L. *Investigações Filosóficas*, Editora Nova Cultural, São Paulo, 1999.
- WITTGENSTEIN, L. *Tractatus Logicus-Philosophicus*, 3ª ed., Editora da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

Cadernos de Direito Actual Nº 23. Núm. Extraordinario (2024), pp. 301-331
ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

A cegueira deliberada conforme a concepção significativa de ação

Willful blindness according to the significative conception of action

Sérgio Valladão Ferraz¹

Universidade Federal do Paraná

Sumário: 1. Introdução; 2. A ação humana como significado intersubjetivo contextual e as bases da filosofia da linguagem do segundo Wittgenstein; 3. A ação significativa como teoria jurídico-penal da ação; 4. Brevíssima visão geral sobre o dolo conforme a concepção significativa da ação; 5. O elemento cognitivo do dolo conforme a concepção significativa da ação. 6. A cegueira deliberada como indicador no procedimento de imputação subjetiva; 7. A cegueira deliberada conforme a concepção significativa de ação; 8. A ressignificação do conhecimento do agente; 9. A cegueira deliberada como fator indicativo do elemento cognitivo no procedimento de imputação subjetiva. 10. A especificidade da cegueira deliberada enquanto indicador sobre o conhecimento imputável ao agente; 11. Conclusões sobre o papel da cegueira deliberada como indicador indispensável para o procedimento de imputação subjetiva; 12. Bibliografia.

Resumo: O presente artigo visa contribuir para a construção de uma concepção de cegueira deliberada consentânea com o direito penal em países de tradição romano-germânica. Nessa tarefa, são utilizadas as premissas epistemológicas fornecidas pela concepção significativa de ação, a qual é calcada na viragem linguístico-pragmática característica da filosofia da linguagem. A partir da perspectiva linguística, compreende-se adequadamente a cegueira deliberada no direito continental e se percebe o valor que esta tem como fator indicativo qualificado do significado do elemento cognitivo do dolo. O trabalho se insere na perspectiva de que a teoria do delito deve abandonar a busca da descrição da "verdade", passando a almejar uma pretensão de realização de "justiça".

Palavras-chave: cegueira deliberada, ação significativa, filosofia da linguagem, indicador do dolo, imputação subjetiva, direito penal; direito comparado.

¹Doutor em Direito Penal pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); Doutorado sanduíche na Augsburg Universität, Alemanha, com bolsa Capes/DAAD; Pesquisador visitante do Max Planck Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht, em Freiburg, Alemanha (2016/2017); Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR); Professor da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU); Pesquisador do Núcleo Sistema Criminal e Controle Social da Universidade Federal do Paraná (UFPR); Procurador da República.

Abstract: This paper aims to construe a conception of willful blindness compatible with the criminal law of civil law countries. For this task, we use the epistemological assumptions given by the meaningful action conception, which is based upon the linguistic and pragmatic turn provided by the philosophy of the language. Based on the linguistic perspective, we are able to understand adequately the willful blindness in the context of the criminal law of civil law countries and we can perceive its value as a qualified indicative factor about the cognitive element of the *mens rea*. This paper considers that the theory of crime must abandon the aim of describing the “truth”, instead, it should focus on the intent to make “justice”.

Keywords: willful blindness; meaningful action; language philosophy; indicator of the *mens rea*; subjective imputation; criminal law; comparative law.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho se ocupa do estudo sobre a prática de cegueira deliberada que seja relevante para o direito penal, e especialmente a sua caracterização a partir do conceito significativo de ação. O conhecimento ou a ignorância sobre os elementos do tipo objetivo é vital para a imputação subjetiva do delito ao autor. Frequentemente, as pessoas preferem não saber das coisas quando o conhecimento pode levá-las a adotar ações que elas prefeririam não ter adotado ou, sob outro ângulo, quando o conhecimento pode inibi-las de agir da maneira que gostariam. A busca pela ignorância pode parecer menos grave do que a desonestidade pura e simples, razão pela qual, de certa maneira, a cegueira deliberada é “a homenagem que o vício presta à virtude”². Essa impressão de menor gravidade, no entanto, pode ceder lugar a uma outra perspectiva diametralmente oposta. Como assevera Sereny, “Não saber, tudo bem. A ignorância é fácil. O conhecimento pode ser difícil, mas ao menos é real, é a verdade. O pior é quando você não quer saber – porque então deve ser algo muito ruim. Senão, você não teria tido tanta dificuldade em saber”³ ⁴. A cegueira deliberada, pois, abre ensejo a concepções e construções ambivalentes sobre sua natureza e, no que interessa ao direito penal, sobre o grau de reprovação do agente que comete uma conduta sob o seu influxo.

O sistema jurídico ocidental que tradicionalmente criou e desenvolveu um instituto jurídico-penal relativo à cegueira deliberada como componente da sua estrutura de imputação subjetiva foi o sistema *common law*, inicialmente no Reino Unido e, posteriormente, em outros ordenamentos que compartilham esse sistema, com destaque, pela sua importância e influência, no direito dos Estados Unidos da América. Os países de tradição *civil law* em geral, e o Brasil em especial, ignoraram

²A expressão é de Luban, que afirma o seguinte: “Uma pessoa desonesta simplesmente procura conhecer a verdade e então mente a respeito. Evitar a verdade é um expediente para evitar mentiras. É um estratagema para anjos manchados como você e eu, não para *canalhas impenitentes*. É a homenagem que o vício presta à virtude” (Tradução livre). No original: “A dishonest person simply learns the truth and then lies about it. Evading truth is an expedient for avoiding lies. It’s a stratagem for tarnished angels like you and me, not for unrepentant scoundrels. It’s the homage that vice pays to virtue”. In: LUBAN, D. “Contrived ignorance”, 87 *Geo. L. J.* 957, 1999, p. 959.

³Tradução livre: “Not knowing, that’s fine. Ignorance is easy. Knowing can be hard but at least it is real, it is the truth. The worst is when you don’t want to know – because then it must be something very bad. Otherwise you wouldn’t have so much difficulty knowing”. In: HEFFERNAN, M. *Willful blindness: why we ignore the obvious at our peril*, Walker & Company, New York, 2011, p. 42.

⁴A frase acima foi dita por Gitta Sereny em uma entrevista pessoal e gentilmente concedida a Margareth Heffernan em 16 de novembro de 2009, e se refere à alegação feita por Albert Speer, o arquiteto-chefe de Hitler que se tornou uma das pessoas mais importantes do *III Reich*, durante o julgamento de Nuremberg, no sentido de que ele não sabia das atrocidades relativas ao “Holocausto”, porque ele teria se cegado deliberadamente a seu respeito. In: SERENY, G. *Albert Speer: His battle with truth*, Vintage, New York, 1995.

longamente a cegueira deliberada enquanto problema penal específico. Apenas recentemente a jurisprudência de alguns desses países, assim como a do Brasil, começou a aplicar com pouca reflexão algumas versões pseudoimportadas da cegueira deliberada estadunidense. No Brasil, essa importação tem sido feita sem que tenha havido qualquer alteração legislativa para a sua introdução no ordenamento pátrio.

O presente trabalho visa a construir uma concepção de cegueira deliberada que seja consentânea com os limites estabelecidos pelos princípios do direito penal brasileiro e europeu continental. Verifica-se que a cegueira deliberada constitui um problema que merece a atenção do direito penal, ainda que sob uma feição distinta daquela cunhada no direito anglo-saxão. A cegueira deliberada não é algo irrelevante que dispense qualquer comentário dogmático. Para a tarefa de se compreender o papel da cegueira deliberada na teoria do delito, utiliza-se o paradigma da *concepção significativa de ação*, elaborado a partir da filosofia da linguagem e do giro linguístico-pragmático a que procedeu na compreensão da dogmática penal. A escolha do paradigma da ação significativa se justifica na medida em que é um modelo compreensivo que pretende ser uma teoria da *praxis*, incorporando as dimensões linguística e argumentativa do direito de maneira metodicamente adequada ao seu funcionamento. Acredita-se que a concepção significativa da ação possa, assim, representar um aperfeiçoamento epistemológico consentâneo com as exigências de evolução de um direito penal moderno, promotor do respeito aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. É a partir da perspectiva linguística que se compreende adequadamente a estrutura da cegueira deliberada no direito brasileiro e no direito dos países de tradição romano-germânica.

2. A AÇÃO HUMANA COMO SIGNIFICADO INTERSUBJETIVO CONTEXTUAL E AS BASES DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM DO SEGUNDO WITTGENSTEIN

A ação humana que interessa ao direito penal não é um fato específico que possa ser delimitado, nem pode se definir como o substrato da imputação jurídico-penal. Neste sentido, Martínez-Buján Pérez⁵ observa que a concepção de mente como substância levava a dogmática penal tradicional a um conceito de ação como um fato composto, “como a reunião de um fato físico (o movimento corporal) e outro mental (a volição); deste modo, resultava factível estabelecer uma diferença ontológica entre as ações e os demais fatos, baseada na contribuição da mente”⁶. Superada essa concepção, em função das dificuldades intransponíveis que apresenta não apenas para as ciências sociais, mas também para a dogmática jurídica, considera-se que o caminho a percorrer está na adoção de uma concepção significativa de ação, calcada nos fundamentos epistemológicos fornecidos pelo giro linguístico-pragmático. A concepção de ação significativa será apresentada principalmente conforme a formulação original feita por Vives Antón, com destaque também à contribuição de George Fletcher.

Vives Antón considera que a compreensão sobre a ação parte do sentido e se detém também no sentido⁷. A ação significativa é concebida como um processo simbólico regido por normas, como o significado social da conduta expresso linguisticamente. As ações são, assim, interpretações que, conforme as diferentes

⁵MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, C. “La ‘concepción significativa de la acción’ de T. S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito”, *Anuario da Facultade de Dereito*, disponível em <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2100/AD-5-51.pdf>, acesso em: 20 abr. 2018, p. 1078.

⁶Tradução livre: “como la reunión de un hecho físico (el movimiento corporal) y otro mental (la volición); de este modo, resultaba factible establecer una diferencia ontológica entre las acciones y los demás hechos, basada en la aportación de la mente”. In: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “La ‘concepción significativa de la’, (...)”, Ob. Cit., p. 1078.

⁷VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 221 e ss.

classes de regras sociais, podem ser dadas ao comportamento humano. A ação é definida não como um substrato de conduta suscetível de receber um sentido, mas sim como um sentido que, conforme a um sistema de normas, pode se atribuir a determinados comportamentos humanos. Opera-se um giro copernicano na teoria da ação. Na expressão sintética de Vives Antón, a ação "*já não é o substrato de um sentido; mas sim, inversamente, o sentido de um substrato*"⁸.

Assim, a diferença entre os fatos e as ações não é ontológica, mas sim categorial. Compreende-se que acontecimentos e ações são palavras que expressam categorias diferentes de coisas. Isto é, ações não são fatos qualificados por terem sido causados por uma intenção mental – de maneira que ambos estariam ontologicamente no mesmo plano. Os fatos são meros acontecimentos regidos pelas leis da natureza e são interpretados conforme às formas de se interpretar a natureza, notadamente as ciências naturais. As ações são interpretadas conforme as normas sociais de compreensão do comportamento humano, no âmbito da linguagem. Dessa maneira, tanto os fatos quanto as ações são suscetíveis de interpretação; mas a tipos de interpretação muito distintos, pois interpretar o mundo físico-objetivo é diferente de interpretar o que significa uma ação. Por isso, Vives Antón diz que "os fatos acontecem, as ações têm sentido (isto é, *significam*); os fatos podem ser descritos; as ações devem ser entendidas; os fatos se explicam mediante leis físicas, químicas, biológicas, etc.; as ações se interpretam mediante regras gramaticais"⁹.

A partir desses pressupostos, perde sentido a pergunta por um conceito definitório de ação, ou melhor, por um supraconceito de ação que abarque o sentido de todas as ações. Como não existe um significado comum a todos os significados, entender a ação como sentido implica que a questão sobre um supraconceito de ação seja considerada um pseudoproblema que a análise deveria dissolver. O próprio significado não tem uma existência ontológica, porque não é uma classe de objeto do mundo; o significado se limita a significar.

Em suma, a ação é o significado de um substrato, e não o substrato de um significado¹⁰. O significado é formado a partir de um processo de comunicação em que há a percepção da ação pelo sujeito que pretende compreendê-la. O que comunica significado não é uma realidade em sentido ontológico residente na mente ou no interior do agente; assim como não é (exclusivamente) aquilo que é objetivamente observável, os movimentos corporais externos. O processo de comunicação resulta na *percepção* por parte da pessoa que compreende a ação. Busato assinala que "A comunicação ou percepção do significado não provém de uma realidade do sujeito (interna) nem tampouco do objeto (externa), mas da inter-relação entre eles. A comunicação é o resultado da inter-relação entre o sujeito e o objeto que produz uma percepção"¹¹. Essa interação que provoca a percepção acontece no âmbito da linguagem (dos jogos de linguagem jogados quando da percepção de sentido), de maneira intersubjetiva e contextual. Assim, as normas de interpretação social que determinam a compreensão da ação consistem nas normas inerentes aos jogos de linguagem jogados quando da percepção. Em decorrência, "A percepção não é algo que possa ser traduzido em uma realidade ou concretizado em algo que 'é', nem tampouco traduz meramente uma valoração. A *percepção é tão somente um sentido*"¹². A ação é determinada pela percepção, mas esta não é "livre"

⁸Tradução livre: "ya no es el sustrato de un sentido; sino, a la inversa, el sentido de un sustrato". In: VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...)*, Ob. Cit., p. 221.

⁹Tradução livre: "los hechos acaecen, las acciones tienen sentido (esto es, significan); los hechos pueden ser descritos; las acciones han de ser entendidas; los hechos se explican mediante leyes físicas, químicas, biológicas, etc.; las acciones se interpretan mediante reglas gramaticales". In: VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...)*, Ob. Cit., p. 221.

¹⁰VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...)*, Ob. Cit., p. 221.

¹¹BUSATO, P. C., *Direito Penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito Penal a partir da filosofia da linguagem*, 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 148.

¹²Sem grifos no original, em: BUSATO, P. C. *Direito Penal e ação significativa: (...)*, Ob. Cit., p. 148.

dos elementos que constituem o substrato da ação, os quais influenciam a percepção conforme tomam parte de um processo de comunicação de significado. Por isso, a comunicação não é exclusivamente axiológica ou normativa, ainda que o sistema de imputação jurídico-penal possa eventualmente sê-lo. A ação não é um substrato do significado, mas sim é um significado *de um substrato*, de maneira que esse substrato desempenha um papel nos jogos de linguagem em que se procede à percepção que lhe confere significado.

O giro linguístico-pragmático propiciou uma transformação semiótica-significativa na filosofia, a qual “redefine todos os fenômenos mentais – cognitivos ou conativos – mediante a categoria central da semiótica, o signo e, consequentemente, toda a atividade mental como atividade semiótica”¹³. Nesse sentido, Austin desenvolveu a teoria dos atos de fala (*speech acts*), na qual reconstrói o conceito de ação humana conforme os pressupostos linguístico-semióticos. Bello observa que Austin operou “a impossibilidade de pensar a causalidade humana como um tipo de causalidade ou atividade interior, anterior à causalidade semiótico-linguística que seria um mero suplemento veicular ou expressivo”¹⁴. Dessa maneira, o significado é construído por meio da categoria da causalidade semiótica, extensiva a tudo o que se faz com palavras, como, por exemplo, tomar parte na construção da própria identidade, ou na dos outros, atribuindo-lhes causalidade, como agentes, com efeitos valorativos. Na suma de Busato, “Já não se fala mais sobre o que quer aquele que atua, mas sobre que ideia transmite sua conduta”¹⁵.

O recurso à noção de jogos de linguagem do segundo Wittgenstein^{16 17 18} é fundamental para a concepção significativa de ação. Ao se analisar os usos que

¹³BELLO, G. R. “El agente moral y su transformación semiótica”, in: CRUZ, M. (coord.). *Acción humana*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 186-192.

¹⁴BELLO, G., “El agente moral y su transformación (...)”, *Ob. Cit.*, pp. 186-192.

¹⁵BUSATO, P. C. *Direito Penal e ação significativa: (...)*, *Ob. Cit.*, p. 149.

¹⁶O “segundo” Wittgenstein compreende o pensamento desse autor no período de 1929 até sua morte em 1951, cuja principal síntese está na obra publicada postumamente *Investigações Filosóficas*, de 1953. Fala-se em um segundo Wittgenstein porque seu pensamento evolui para refutar diversos pontos fundamentais que eram por ele defendidos anteriormente. Alguns dos principais pontos que caracterizam essa fase do pensamento do autor são: imaginar uma linguagem é imaginar uma forma de vida; a compreensão e o ato de fato independem daquilo que estaria na mente dos sujeitos; o significado do que é dito não pode ser algo misterioso, raro ou escondido (o significado não é algo interno aos sujeitos comunicantes); não existem essências, tudo decorre da linguagem; as coisas são constituídas na intersubjetividade da linguagem; não existe uma única maneira de falar ou uma única forma de vida; o significado das palavras é determinado pela maneira pela qual elas são usadas em um determinado jogo de linguagem; as palavras são fruto da cultura em que estamos inseridos (uma forma de vida, uma forma prática de fazer as coisas); a filosofia seria uma análise linguística para a resolução de problemas de linguagem. O segundo Wittgenstein constitui os aspectos mais influentes do pensamento desse filósofo; em especial, é desse período que se extraem as bases para a concepção significativa de ação. In: WITTGENSTEIN, L. *Tractatus logico-philosophicus (Logisch-Philosophische Abhandlung)*, *Investigaciones filosóficas (Philosophische Untersuchungen)*, *Sobre la certeza (Über Gewissheit)*, Gredos, Madrid, 2009.

¹⁷O “primeiro Wittgenstein” se refere ao pensamento desse autor principalmente no período de 1912 a 1921, plasmado no *Tractatus Logico-Philosophicus*. Nesse período, as ideias centrais do pensamento de Wittgenstein consistem em que não haveria problemas genuinamente filosóficos; todos (metafísica, estética, ética e filosofia) deveriam ser reduzidos à lógica; a linguagem ofereceria um retrato da realidade (teoria pictórica do significado); as proposições e a realidade deveriam ter a mesma forma lógica; os limites da minha linguagem seriam os limites de meu mundo: não podemos ir além da linguagem, já que fazê-lo seria ir além dos limites da possibilidade lógica; se não se pode verificar um enunciado, ele é vazio de significado. In: WITTGENSTEIN, L. *Tractatus logico-philosophicus (Logisch-Philosophische Abhandlung)*, *Investigaciones filosóficas (Philosophische Untersuchungen)*, *Sobre la certeza (Über Gewissheit)*, Gredos, Madrid, 2009.

¹⁸Isidoro Reguera faz o seguinte comentário a respeito das duas fases do pensamento wittgensteiniano: “No primeiro, analisava logicamente a linguagem e o mundo buscando um ideal universal de perfeição significativa em um sujeito metafísico, valorando inferiormente qualquer uso da linguagem que não fosse lógico e científico, que tivesse a ver com as

palavra *ação* possui na dogmática penal, isto é, os jogos de linguagem nos quais *ação* faz parte, percebe-se que não existe qualquer realidade ôntica que se preste como referente comum. A *ação* é o significado; e o significado reside no uso. O significado não é algo que tenha uma existência física ou corpórea, de modo que o significado não está no substrato. Em Wittgenstein, o significado resulta da interação social mediada por regras, cuja inteligibilidade só resulta factível a partir de uma forma de vida. Isidoro Reguera comenta que o primeiro Wittgenstein jogava o jogo da lógica, sem se dar conta de que era apenas um jogo entre inúmeros possíveis¹⁹. O segundo Wittgenstein compreendeu a lógica do jogo, a lógica do perene jogar humano, dos inúmeros jogos em que desaparece o suposto significado e verdade eternos das palavras pelo mero uso que, por conveniência, convenção, segundo interesses, faz-se delas: para tudo há um jogo. Em qualquer âmbito se jogam jogos de linguagem *ad hoc*, são usadas palavras *ad hoc*, e de modos diferentes em uns e outros. Todos os jogos e usos de palavras têm a mesma viabilidade e direito, porque todos seguem regras, as suas regras, sejam quais forem. Isso quer dizer que todos são igualmente jogos (com regras). Tudo é criatura da linguagem corrente, a linguagem é o dado primeiro e último do ser humano, não há experiência de outra coisa. Nas palavras de Wittgenstein: "A *essência* se expressa na gramática"²⁰. E "o que, aparentemente, *tem* que existir, pertence à linguagem"²¹.

Três aspectos relacionados à linguagem como limite constituem bases fundamentais do pensamento do segundo Wittgenstein. Isidoro Reguera assim os expressa: "não há linguagem, a linguagem que existe não significa nada e a linguagem que há ou não há nem significa nada é infranqueável"²². E prossegue o autor, sem o recurso a paradoxos: "não há uma linguagem, mas sim uma família muito numerosa de jogos de linguagem, esses jogos são infranqueáveis enquanto forma de vida do ser e sentido humanos, por isso, a linguagem não significa nada fora de si mesmo"²³. Isso significa que a linguagem não existe como coisa, objeto, entidade, ou como unidade objetivo-conceitual. Na proposição de Wittgenstein, "A

peculiaridades do sujeito empírico e emocional. No segundo, analisa a linguagem corrente, com seus inumeráveis usos e jogos diários, buscando o sentido das coisas nele mesmo, tal como é, como *ação* humana submetida a um treinamento reflexivo dentro de uma forma concreta de vida sujeita a condicionamentos naturais, sociais e culturais, em uma imagem concreta de mundo". Tradução livre: "En el primero, analizaba lógicamente el lenguaje y el mundo buscando un ideal universal de perfección significativa en un sujeto metafísico, minusvalorando cualquier uso del lenguaje que no fuera el lógico y científico, que hubiera que ver con las peculiaridades de un sujeto empírico y emocional. En el segundo, analiza el lenguaje corriente, con sus innumerables usos y juegos diarios, buscando el sentido de las cosas en él mismo, tal como es, como acción humana sometida a un entrenamiento reflejo de una forma concreta de vida sujeta a condicionamientos naturales, sociales y culturales, en una imagen concreta de mundo". Em: ISIDORO, R. "Estudio introductorio", in: WITTGENSTEIN, L. *Tractatus logico-philosophicus (Logisch-Philosophische Abhandlung)*, *Investigaciones filosóficas (Philosophische Untersuchungen)*, *Sobre la certeza (Über Gewissheit)*, Gredos, Madrid, 2009, pp. XIX e XX.

¹⁹ISIDORO, R. "Estudio introductorio" (...), Ob. Cit., p. XXVIII.

²⁰Tradução livre: "Das Wesen ist in der Grammatik ausgesprochen". In: WITTGENSTEIN, L. *Tractatus logico-philosophicus (Logisch-Philosophische Abhandlung)*, *Investigaciones (...)*, Ob. Cit., p. 405.

²¹Tradução livre: "Was es, scheinbar, geben muß, gehört zur Sprache". In: WITTGENSTEIN, L. *Tractatus logico-philosophicus (Logisch-Philosophische Abhandlung)*, *Investigaciones (...)*, Ob. Cit., p. 212.

²²Tradução livre: "no hay lenguaje, el lenguaje que hay no significa nada y el lenguaje que hay o no hay ni significa nada es infranqueable". In: ISIDORO R. "Estudio introductorio" (...), Ob. Cit., p. LXXXI.

²³Tradução livre: "no hay un lenguaje sino una familia muy numerosa de juegos de lenguaje, esos juegos son infranqueables en cuanto forma de vida del ser y sentido humanos, por eso el lenguaje no significa nada fuera de sí mismo". In: ISIDORO R. "Estudio introductorio" (...), Ob. Cit., p. LXXXI.

linguagem é um instrumento. Seus conceitos são instrumentos”²⁴. e “Olhe a proposição como um instrumento, e seu sentido como seu emprego”²⁵. Os significados das palavras são produzidos pelos seus usos, de maneira que o entendimento de uma linguagem depende do (e significa que há um) domínio de uma técnica.

Por isso, o objeto não é o significado, mas apenas o portador do nome, que é, nesse sentido, como que um mero portador de um rótulo de uma coisa, com o qual se lhe designa. Em suma, no âmbito do jogo de linguagem que está sendo jogado no desenvolvimento do presente artigo, o significado de uma palavra é seu uso na linguagem.

Se a expressão “seguir uma regra” supõe um costume adestrado socialmente, não é possível lhe atribuir um significado privado no interior da mente do sujeito. O seguimento de uma regra não pode depender de uma especial compreensão que o agente tenha da regra, assim como não é possível, em geral, a existência de uma linguagem privada, com significados e objetivos privados.

Não interessam, para a concepção de Wittgenstein, a explicação e a causa (física, biológica) de um estado anímico, de um processo mental ou de uma situação de consciência, as quais não aparecem no jogo de linguagem, mas sim a gramática das palavras que se referem a eles, e seus usos nos jogos: a gramática do (suposto) interior. Wittgenstein considera que “Um ‘processo interno’ necessita de critérios externos”²⁶ e o demonstra com a seguinte proposição: “Que responderíamos a alguém que nos comunica que nele a compreensão é um processo interno? – Que lhe responderíamos se dissesse que nele o saber jogar xadrez é um processo interno? – Que a nós não interessa nada do que ocorre dentro dele quando queremos saber se ele sabe jogar xadrez. – E se ele respondesse a isso que sim, que justamente nos interessa (a saber, que ele saiba ou não jogar xadrez), teríamos que fazê-lo notar os critérios que nos demonstrariam sua capacidade e, por outro lado, os critérios para os ‘estados internos’”²⁷. Não interessa saber o que é o objeto, por exemplo, o pensar; mas sim saber como se utiliza a palavra pensar. Uma questão que aparentemente se refere a um fenômeno, na análise wittgensteiniana acaba sendo uma investigação sobre como se utilizam as palavras. Wittgenstein não queria saber como se utilizam as palavras como um fim em si mesmo, mas sim para compreender a maneira de fazer as coisas. Portanto, não é que não existam os processos interiores, essas coisas como o pensar, o sentir, o calcular, etc. Essas coisas existem, como é óbvio, mas aqui só se trata da linguagem – isto é, para entender o comportamento humano enquanto ação e não como mero acontecimento, o que importa é a linguagem, para saber que coisas se diz realmente quando se fala delas. Por muito interior que se apresente, para se descrever um estado anímico é necessário um contexto. Wittgenstein elabora: “O que é o medo? O que significa ‘ter medo’? Se eu quisesse explicá-lo com uma única exibição – eu *atuaria* como se tivesse medo. Poderia representar também

²⁴Tradução livre: “Die Sprache ist ein Instrument. Ihre Begriffe sind Instrumente”. In: WITTGENSTEIN, L. *Tractatus logico-philosophicus (Logisch-Philosophische Abhandlung)*, *Investigaciones (...)*, Ob. Cit., p. 482

²⁵Tradução livre: “Sieh den Satz als Instrument an, und seinen Sinn als seine Verwendung!” In: WITTGENSTEIN, L. *Tractatus logico-philosophicus (Logisch-Philosophische Abhandlung)*, *Investigaciones (...)*, Ob. Cit., p. 427.

²⁶Tradução livre: “Ein ‘innerer Vorgang’ bedarf äußerer Kriterien”. In: WITTGENSTEIN, L. *Tractatus logico-philosophicus (Logisch-Philosophische Abhandlung)*, *Investigaciones (...)*, Ob. Cit., p. 486.

²⁷Tradução livre: “Was würden wir denn Einem entgegen, der uns mitteilte, bei ihm sei das Verstehen ein innerer Vorgang? – Was würden wir ihm entgegen, wenn er sagte, bei ihm sei das Schachspielenkönnen ein innerer Vorgang? – Daß nichts, was ihm vorgeht, uns interessiert, wenn wir wissen wollen, ob er Schach spielen kann. – Und wenn er nun darauf antwortet, es interessiert uns eben doch: – nämlich, ob er Schach spielen könne, – da müßten wir ihn auf die Kriterien aufmerksam machen, die uns seine Fähigkeit beweisen würden, und anderseits auf die Kriterien der ‘inneren Zustände’”. In: WITTGENSTEIN, L. *Tractatus logico-philosophicus (Logisch-Philosophische Abhandlung)*, *Investigaciones (...)*, Ob. Cit., pp. 540-541.

a esperança? Apenas. Ou inclusive a crença?"²⁸ E ainda: "Descrever meu estado anímico (o de medo, por exemplo); isso eu faço em um determinado contexto. (Assim como uma determinada ação só é um experimento em um determinado contexto)"²⁹.

Um contexto pode-se descrever como uma "distribuição em um espaço". Esse espaço não é privado, mas sim gramatical-conceitual. Um espaço de domínio de uma técnica, com suas regras, e de um modo de vida, com seus costumes, instituições, um espaço existencial, com suas situações. "A intenção está encaixada na situação, nos costumes e nas instituições humanas. Se não existisse a técnica do jogo de xadrez, eu não poderia ter a intenção de jogar uma partida de xadrez. Na medida em que eu anteriormente tenho a intenção sobre a forma da oração, isto é possível pelo fato de que eu posso falar alemão"³⁰.

Portanto, não se nega a existência de processos internos, nega-se o valor representativo ou significativo de sua imagem filosófica, de sua utilização como conceito, de seu valor de uso na linguagem como referência das nossas palavras. "O que negamos é que a figura do processo interno nos dê a ideia correta do emprego da palavra 'recordar' [ou de outra palavra que expresse um "estado mental", uma "intenção" ou "processo psíquico"]. O que dizemos é que essa figura como as suas ramificações nos impede de ver o emprego da palavra tal qual é feito"³¹. Esse ponto é fundamental para se entender o giro linguístico-pragmático propiciado pela filosofia da linguagem de Wittgenstein e seu método gramático-conceitual de análise: "Não analisamos um fenômeno (por exemplo, um pensar), mas sim um conceito (por exemplo, o do pensar), e, portanto, a aplicação de uma palavra"³².

3. A AÇÃO SIGNIFICATIVA COMO TEORIA JURÍDICO-PENAL DA AÇÃO

A partir da compreensão sobre as bases da filosofia de Wittgenstein, percebe-se que o modelo linguístico é epistemologicamente mais adequado à abordagem da ação humana para as finalidades da dogmática penal. Apenas dentro de uma forma de vida e de um jogo de linguagem os movimentos corporais (ou a ausência de movimentos corporais) representam uma expressão de sentido da conduta propriamente humana, não vista como um fato, um mero acontecimento. Não é o processo interno (por exemplo, a dor) que confere significado à palavra 'dor', mas sim a palavra – o seu uso no âmbito de um jogo de linguagem contextualizado – enquanto linguagem é que dá sentido especificamente humano ao processo interno, à dor. "Se não tivesses esse conceito [de dor], ou nem sequer uma linguagem

²⁸Tradução livre: "Was ist Furcht? Was heißt ‚sich fürchten‘? Wenn ich´s mit *einem* Zeigen erklären wollte – würde ich die Furcht *spielen*. Könnte ich Hoffen auch so darstellen? Kaum. Oder gar Glauben?", In: WITTGENSTEIN, L. *Tractatus logico-philosophicus (Logisch-Philosophische Abhandlung)*, *Investigaciones (...)*, Ob. Cit., pp. 550-551.

²⁹Tradução livre: "Meinen Seelenzustand (der Furcht etwa) beschreiben, das tue ich in einem bestimmten Zusammenhang. (Wie eine bestimmte Handlung nur in einem bestimmten Zusammenhang ein Experiment ist)". In: WITTGENSTEIN, L. *Tractatus logico-philosophicus (Logisch-Philosophische Abhandlung)*, *Investigaciones (...)*, Ob. Cit., pp. 550-551.

³⁰Tradução livre: "Die Absicht ist eingebettet in der Situation, den menschlichen Gepflogenheiten und Institutionen. Gäbe es nicht die Technik des Schachspiels, so könnte ich nicht beabsichtigen, eine Schachpartie zu spielen. Soweit ich die Satzform im voraus beabsichtige, ist dies dadurch ermöglicht, daß ich deutsch sprechen kann". In: WITTGENSTEIN, L. *Tractatus logico-philosophicus (Logisch-Philosophische Abhandlung)*, *Investigaciones (...)*, Ob. Cit., p. 388.

³¹Tradução livre: "Was wir leugnen, ist, daß das Bild vom innern Vorgang uns die richtige Idee von der Verwendung des Wortes erinnern gibt. Ja wir sagen, daß dieses Bild mit seinen Ramifikationen uns verhindert, die Verwendung des Wortes zu sehen, wie sie ist". In: WITTGENSTEIN, L. *Tractatus logico-philosophicus (Logisch-Philosophische Abhandlung)*, *Investigaciones (...)*, Ob. Cit., p. 375.

³²Tradução livre: "Wir analysieren nicht ein Phänomen (z.B. das Denken), sondern einen Begriff (z.B. den des Denkens), und also die Anwendung eines Worts". In: WITTGENSTEIN, L. *Tractatus logico-philosophicus (Logisch-Philosophische Abhandlung)*, *Investigaciones (...)*, Ob. Cit., p. 409.

conceitual, como os animais, existiria a 'dor'?"³³ A linguagem confere à experiência sua qualidade essencialmente humana, e apenas por meio da linguagem compreende-se a ação para além do acontecimento.

A concepção significativa da ação propõe-se a ser uma teoria jurídico-penal da ação calcada nos pressupostos epistemológicos fornecidos pela filosofia da linguagem na linha do segundo Wittgenstein, propiciando uma mudança de paradigma em relação às concepções que classicamente informam o direito penal, no sentido de que a ação seria um fato composto de um acontecimento físico (o movimento corporal) e outro mental (a volição). Assim, o sentido da ação nasce da interação social mediada por normas que apenas podem ser compreendidas no âmbito de uma forma de vida. Vives Antón consigna que "na teoria do significado como uso, ação e linguagem se fundem na ideia de 'jogo de linguagem': nela, a ênfase recai 'tanto mais sobre as ações em cujo entrelaçamento ocorre o uso das palavras que sobre as ações que se podem realizar ao usar certas palavras'"^{34 35}. De modo que "a linguagem e a ação se acham 'entrelaçados', formam um conjunto governado por regras – um 'jogo' – do qual o significado dimana. E o significado não é senão o subproduto da interpretação e aplicação das regras desse 'jogo'"³⁶.

A ação é um significado que é constituído por meio de um processo de comunicação de sentido que consubstancia uma percepção. Nesse sentido também caminha Fletcher, que critica com contundência as concepções de ação ligadas à existência de uma vontade ontológica ao constatar que, nelas, não há outra prova da vontade do que a própria vontade³⁷. Não se pode ver a vontade, nem ouvi-la, nem tocá-la. Segundo o autor, acontece com a vontade o mesmo que sucede com o conceito de razão em Kant: "Se a vontade existe, está mais além dos sentidos. Só podemos ver manifestações da vontade, não a vontade mesma. A manifestação primária da vontade é a ação humana. Devemos, portanto, saber o que é a ação humana antes de poder falar da vontade"³⁸. Ao partir desse pressuposto, Fletcher defende uma concepção de ação que possui uma "forte semelhança com a opinião expressa pelo Prof. Vives Antón em sua 'teoria significativa da ação'"³⁹. Observa o autor que "perceber a ação é como entender uma linguagem. Entendemos o significado de uma frase pelo contexto em que se usa. Do mesmo modo percebemos uma ação só entendendo o contexto no qual ocorre"⁴⁰. Essa concepção de ação se difere claramente tanto da teoria final da ação como também da teoria causal, as quais dominam o debate sobre o assunto na Alemanha. Ambas as teorias tradicionais constituem uma maneira abstrata e mecanicista de aproximação à ação. Seja por meio da causalidade entre a volição e a ação; seja destacando-se o propósito "final" do agente; ambas as formas de aproximação tradicionais consideram o agente como

³³Tradução livre: "Si no tuvieras ese concepto, o ni siquiera lenguaje conceptual, como los animales, ¿existiría el dolor?". In: ISIDORO R. "Estudio introductorio" (...), Ob. Cit., p. CXI.

³⁴Tradução livre: "en la teoría del significado como uso, acción y lenguaje se funden en la idea de 'juego de lenguaje': en ella, el énfasis recae 'tanto o más sobre las acciones en cuyo entramado ocurre el uso de las palabras que sobre las acciones que se pueden realizar al usar ciertas palabras". In: VIVES ANTÓN, T. S., *Fundamentos del sistema* (...), Ob. Cit., p. 226.

³⁵Vives Antón cita HINTIKKA, J. *Lógica, juegos de lenguaje e información*, Tecnos, Madrid, 1976, pp. 71-73.

³⁶Tradução livre: "lenguaje y acción se hallan 'entretnejidos', forman un conjunto gobernado por reglas – un 'juego' – del que el significado dimana. Y el significado no es sino el subproducto de la interpretación y aplicación de las reglas de ese 'juego'". In: VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema* (...), Ob. Cit., pp. 226-227.

³⁷FLETCHER, G. P., "Aproximación intersubjetiva al concepto de acción", *Conferencia proferida na Universidad Pablo de Olavide*, Sevilla, 1998, p. 1.

³⁸Tradução livre: "Si la voluntad existe, está más allá de los sentidos. Sólo podemos ver manifestaciones de la voluntad, no la voluntad misma. La manifestación primaria de la voluntad es la acción humana. Debemos, por tanto, saber lo que es la acción humana antes de poder hablar de la voluntad". In: FLETCHER, G. P. "Aproximación intersubjetiva (...)", Ob. Cit., p. 1.

³⁹FLETCHER, G. P. "Aproximación intersubjetiva (...)", Ob. Cit., p. 7.

⁴⁰FLETCHER, G. P. "Aproximación intersubjetiva (...)", Ob. Cit., p. 7.

uma entidade abstrata e independente de seu contorno. A abordagem contextualizada da ação humana também não seria equivalente à “teoria social da ação”, porque a questão sobre o sentido da ação não é simplesmente uma questão de juízo social. A atribuição da ação não é uma mera decisão feita em sociedade. A atribuição da ação é um juízo baseado em um fato [um substrato com existência fenomênica] que é percebido no mundo.

Apesar de propor um modelo semelhante à concepção significativa de ação, Fletcher prefere denominar sua abordagem de “teoria intersubjetiva da ação”, realçando o caráter de se compreender a ação em seu contexto. O autor afirma, ainda, que a aproximação intersubjetiva da ação “constitui um modelo humanista de compreensão que associamos à linguagem e à comunicação. A pessoa que percebe a ação e o autor cuja ação é percebida são partes desse contexto. Ao perceber a ação de outros, expressamos nossa humanidade e reconhecemos a humanidade dos outros”⁴¹.

A concepção significativa de ação a concebe como o sentido que é percebido em um processo de comunicação que se dá contextualmente conforme um modo de vida. A ação é um significado, e este significado é o resultado de um processo de interpretação conforme as regras do jogo de linguagem jogado no processo interpretativo. Vives Antón ensina que as regras regem o uso da linguagem e o sentido das ações no âmbito da rede total de jogos de linguagem em que se manifesta uma forma de vida⁴². Por isso, as regras servem para instruir um determinado modo de agir, para explicar a ação, para avaliá-la, para justificá-la e para interpretá-la. Uma regra só pode ser seguida se houver um uso estabelecido que permita que digamos que houve o cumprimento da regra, ou seu descumprimento. O seguimento de regras revela que estas estão fora do sujeito, pois a própria gramática de *seguir uma regra* impede que essa possa ser seguida apenas privadamente. O caráter de exterioridade característico das regras determina que o sentido da conduta – e no que interessa à dogmática penal, o *tipo de ação* – não possa ser derivado exclusivamente da regra que o sujeito intenciona seguir ou infringir. O sentido é conferido conforme às regras que resultem socialmente [e jurídico-penalmente, no que interessa à dogmática penal] pertinentes para qualificar seu comportamento. Portanto, para que se possa falar de ação, é preciso que o sujeito tenha a capacidade de formar e expressar intenções. Mas as ações que realizam não dependem⁴³ das intenções que pretendem expressar, mas sim do significado que socialmente se atribua ao que façam. Com as ações acontece algo análogo com o que ocorre com a própria linguagem: para que haja linguagem, é preciso que os sujeitos queiram dizer algo⁴⁴; mas o significado do que dizem não depende do que os sujeitos queiram dizer com aquilo, mas sim do sentido que, de acordo com a gramática da língua em que se expressa, atribua-se às suas expressões. Busato esclarece que “Não há dúvida a respeito de que a ação é dirigida a um fim, mas esse fim não é o que determina a ação, pois o fim é conteúdo da consciência e não está na ação mesma”⁴⁵.

⁴¹Tradução livre: “constituye un modelo humanista de comprensión que asociamos con el lenguaje y la comunicación. La persona que percibe la acción y el actor cuya acción se percibe son partes del contexto. Al percibir la acción de otros expresamos nuestra humanidad y reconocemos la humanidad de los otros”. In: FLETCHER, G. P. “Aproximación intersubjetiva (...)”, Ob. Cit., p. 8.

⁴²VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...) Ob. Cit.*, pp. 229-230.

⁴³Penso que esse “não dependem” deve ser lido como “não são formadas necessariamente”, no sentido de que o significado pode ou não ser influenciado pelas intenções privadas do agente.

⁴⁴Creio que se pode ir mais além. E isso porque é possível que se compreenda que houve uma manifestação linguística independentemente de o sujeito ter querido dizer algo, o que pode acontecer em função do caráter social da compreensão sobre a linguagem (especialmente, mas teoricamente não apenas, quando se considera também a linguagem não-verbal). De maneira ainda mais clara isso pode acontecer em relação às ações. Pode-se compreender que houve uma ação pela observação de alguém que, no entanto, não estava manifestando qualquer intenção em relação ao significado que foi percebido.

⁴⁵BUSATO, P. C., *Direito Penal e ação significativa: (...) Ob. Cit.*, p. 150.

O que *existe* em sentido ontológico na cabeça do agente simplesmente existe como um acontecimento natural. A concepção significativa da ação não nega a existência dessa intenção naturalística, entendida como inerente a processos psíquicos reais⁴⁶. Apenas considera que aquilo que é compreendido socialmente como ação, inclusive aquilo que é compreendido jurídico-penalmente como ação (ou como tipo de ação), não se refere ao acontecimento natural interno ao sujeito. A relação do processo psíquico enquanto acontecimento e a ação enquanto agir humano é uma relação em que aquele possui meramente uma existência material ontológica diante deste, nada mais. O aspecto ontológico existe. A ação não se refere a esse aspecto ontológico, ao processo mental interno. A ação é o significado, que é uma percepção, uma compreensão social. Esse acontecimento mental interno *pode* influenciar a ação *ou não*. Como a ação é o significado, então, poder-se-ia dizer que o processo psíquico pode influenciar o significado, a compreensão, ou pode não influenciá-lo. Por isso, a concepção significativa da ação *não é uma perspectiva ontológica*, mas também *não é uma visão estritamente normativa*. A partir dessa dupla negação – a ação significativa não é uma ontologia nem uma axiologia pura – chega-se a algumas constatações cuja compreensão é fundamental para o correto entendimento da teoria. É errado dizer que o processo psíquico interno do agente *sempre influencia* a ação, pois uma tal afirmativa fincaria a teoria em uma conotação ontológica inevitável, a qual, no entanto, não existe na concepção significativa. Não existe porque a ação humana é aquilo que se compreende socialmente – e na dogmática penal, é aquilo que se compreende jurídico-penalmente – como sendo o significado do que o agente fez. O significado resulta do processo de comunicação de sentido, o qual independe do acontecimento em sentido ontológico interno ao sujeito. “Independente” na medida em que a compreensão pode coincidir ou não com aquilo que seria o sentido intencional situado na mente do agente.

Portanto, no âmbito da concepção significativa de ação, não se deve falar que o aspecto mental do sujeito sempre influencia ou de alguma maneira sempre está relacionado ao significado da ação. O aspecto psíquico interno *pode* influenciar o significado intersubjetivo da ação, *ou não*. No presente estágio do conhecimento humano sobre a psique, é impossível descobrir se houve essa influência, ou não, em um caso concreto. Da mesma maneira, e por outro lado, é equivocado dizer que os processos psíquicos do agente *nunca influenciam* a ação, como se nunca influenciassem a compreensão. Uma tal afirmação ensejaria que a teoria significativa da ação seria uma teoria estritamente normativa, e isto ela não é. Hipoteticamente, é plenamente possível que a ação compreendida pela interpretação social tenha sido de alguma maneira influenciada pelo psíquico. O ponto central é que a dogmática penal, e o processo de imputação subjetiva especificamente, não se refere a uma busca pelo mental. A concepção significativa da ação é neutra diante da pergunta sobre a influência do mental sobre a ação: o mental existe como um (mero) dado ontológico. A ação, que é o sentido de um substrato, não se refere a esse dado ontológico, mas sim à compreensão social sobre o que o agente fez. O sentido se produz no âmbito de um processo de comunicação que resulta na percepção por parte da pessoa que compreende a ação. A percepção é produzida, portanto, como resultado de uma interação entre a pessoa que compreende e o substrato da ação (o qual não é a ação).

A concepção significativa da ação provoca uma alteração gramatical substancial na caracterização do trabalho a ser feito para a elucidação sobre o que é a ação em um caso concreto: a ação deixa de ser um objeto a ser *descrito* (ou definido) para ser um significado a ser *compreendido*. Em razão da função da linguagem no processo de compreensão da ação, Vives Antón propõe que a categoria referencial para a construção da teoria do delito deixa de ser a *ação típica* para ser,

⁴⁶Ainda que a intenção enquanto processo psíquico seja algo altamente misterioso e as ciências da psique ainda estejam buscando os caminhos e os métodos para se afirmarem enquanto ciência.

em seu lugar, o *tipo de ação*⁴⁷. O tipo de ação não se acha precedido da ação “ainda não-típica”. O tipo de ação é o dado primário da imputação penal, pois não há nada parecido como uma ação em geral, mas sim, à luz de diversas regras sociais de interpretação (de caráter jurídico-penal), surgem diversos tipos de ações. O pertencimento a um tipo de ação determina a *aparência de ação*, que é o ponto de partida prático para se estabelecer se estamos ou não diante de uma ação que interessa ao direito penal. “Aprender essa linguagem da ‘intenção’ é aprender quando as circunstâncias permitem dizer que alguém teve a intenção de golpear outra pessoa, em vez de dizer que o contato foi acidental ou por distração”⁴⁸. Portanto, o

⁴⁷VIVES ANTÓN, T. S., *Fundamentos del sistema (...)*, Ob. Cit., pp. 272 e ss.

⁴⁸O comentário é de Fletcher e, para colocá-lo em perspectiva, vale a pena reproduzir o seguinte trecho: “A essência do argumento de Welzel, que é amplamente correto, é que nós não percebemos que alguém está agindo a não ser que nós também percebamos que essa pessoa está atrás de alguma coisa. Outra maneira de colocar esse ponto está em que nós sempre vemos atos específicos, em vez de algum fenômeno geral chamado ação. Nós vemos pessoas invadindo casas, colocando açúcar no café e carregando revólveres. Claro, nós também percebemos um campo de atividade humana que não tem relevância especial para o direito penal – andar rua abaixo, dançar e dirigir automóveis. A noção de ‘propósito’ pode não ser inteiramente apropriada nesse último grupo de casos, porque a atividade é frequentemente desempenhada como um fim em si mesmo. A teoria de Welzel poderia ser reconsiderada, talvez com ganhos, não como uma teoria sobre a ação, mas um teoria sobre a relação entre a ação e a intenção. A proposição de que um ato não pode ser entendido separadamente do seu propósito implica que um ato não deveria ser separado da intenção do autor. Ter a intenção de um resultado é implícito à natureza do agir, ao menos no conjunto de casos de condutas moral e socialmente relevantes. *Welzel objetou fortemente à visão de que ter a intenção de um ato consistia em uma experiência interna que espelhava um ato externo*. Intencionar e agir são indissociáveis; as duas dimensões do mesmo fenômeno não deveriam ser dissociadas e tratadas separadamente na análise da responsabilidade criminal. A teoria da ação e da intenção de Welzel coincide com outras linhas da filosofia moderna. Ela se encaixa com o ataque contínuo de Wittgenstein contra o viés mentalista na psicologia filosófica. Intencionar, argumenta Wittgenstein, não é uma experiência interna, um estado mental, um evento ou consciência – ou qualquer dessas coisas que os advogados estão acostumados a dizer. Agir intencionalmente é uma maneira de agir. Perceber que outros estão agindo e intencionando é implícito a um modo de vida em que estamos todos envolvidos. Aprender essa linguagem da ‘intenção’ é aprender quando as circunstâncias permitem dizer que alguém teve a intenção de golpear outra pessoa, em vez de dizer que o contato foi acidental ou por distração. O aspecto mais contundente da teoria da ação de Welzel é que ela supera a falsa dicotomia entre a ação e a intenção que pervade o trabalho teórico no direito penal.” Tradução livre. Sem grifos no original: “The essence of Welzel’s argument, and by and large it is correct, is that we do not perceive someone as acting unless we also perceive that the person is after something. Another way of making this point is that we always see particular acts, rather than some general phenomenon called acting. We see people breaking into houses, putting sugar in coffee, and loading revolvers. Of course, we also see a range of human activity that is of no particular relevance to the criminal law – walking down the street, dancing, and driving automobiles. The notion of ‘purpose’ might not be entirely appropriate in this latter set of cases, for the activity is often engaged in as an end in itself. Welzel’s theory could be restated, perhaps with profit, not as a theory of acting, but as a theory about the relationship of acting and intending. The proposition that an act cannot be understood apart from its purpose implies that an act should not be separated from the actor’s intention. Intending a result is implicit in the nature of acting, at least in the array of cases of morally and socially significant conduct. Welzel objected strongly to the view that intending an act consisted in an inner experience that mirrored the external act. Intending and acting are bound together; the two dimensions of the same phenomenon should not be disassociated and treated separately in the analysis of criminal liability. Welzel’s theory of acting and intending coincides with other strains in modern philosophy. It dovetails with Wittgenstein’s sustained attack against the mentalist bias in philosophical psychology. Intending, Wittgenstein argues, is not an inner experience, a mental state, an event, or consciousness – or any of those other things that lawyers are wont to say. Acting intentionally is a way of acting. Perceiving that others are acting and intending is implicit in a way of life in which we are all reared. To learn that language of ‘intending’ is to learn when the circumstances warrant saying that someone intended to hit another rather than to say that the contact was accidental or absent-minded. The most appealing aspect of Welzel’s theory of

importante não é proceder à explicação sobre o que é a ação, mas sim compreendê-la.

Em suma, a ação é o significado de um substrato, o qual é percebido por meio de um processo de comunicação de sentido. O processo comunicativo é intersubjetivo e contextual, fincado na compreensão social (e especificamente jurídico-penal, naquilo que interessa à dogmática penal) conforme os modos de vida e os jogos de linguagem que são jogados.

Uma vez estabelecidas as bases sobre a concepção significativa de ação, procede-se, na sequência, a uma breve exposição sobre o elemento cognitivo do dolo a partir da perspectiva significativa. Com a compreensão sobre a visão linguístico-pragmática a respeito do que é a ação e o que é o dolo, notadamente sobre o seu elemento cognitivo, ter-se-á formado um quadro referencial epistemológico adequado para se chegar à conclusão a respeito do papel da cegueira deliberada no âmbito da imputação subjetiva.

4. BREVÍSSIMA VISÃO GERAL SOBRE O DOLO CONFORME A CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA AÇÃO

A visão significativo-linguística de ação promove uma correção gramatical das perguntas sobre o dolo. São deixadas de lado as perguntas tradicionais sobre o que é o dolo e como se prova o dolo, as quais partem do princípio de que o dolo é uma coisa e de que, se existem ações dolosas, deveria haver algo que todas essas ações devem ter em comum. Vives Antón aponta que, como as ações não são nada, também o dolo não pode ser nenhum objeto no mundo fenomênico⁴⁹. O dolo é apenas um *qualificativo* das ações dolosas. Nesse sentido, Busato observa que se abandona “completamente a ideia, errônea, de pretender *descrever quando há dolo* e se substitui pelo intento de *compreensão sobre o nível de gravidade* refletido na contradição entre a ação realizada e a norma, que é, sem qualquer dúvida, a tarefa de adscrição do dolo”⁵⁰.

Compartilha-se com Cabral⁵¹ algumas de suas conclusões sobre o dolo à luz da concepção significativa de ação: o dolo não está constituído de estados mentais ou de sinapses neurais que passam na mente do agente enquanto comete o delito; não é possível separar a intenção da ação, uma vez que não são coisas distintas e muito menos separáveis; o dolo não se infere do externo, posto que não há nada de misterioso a ser internamente investigado por meio da introspecção ou da inferência; o agente não tem superioridade epistemológica sobre suas intenções, não pode impor ou manipular arbitrariamente e privadamente seus significados, necessitando, pois, de critérios intersubjetivos e públicos para manifestá-las; a ação significativa é o veículo da intenção e do dolo; e, a intenção é compreendida diretamente na ação significativa e não indiretamente^{52 53}.

acting is that it overcomes the false dichotomy between acting and intending that pervades theoretical work in the criminal law”. In: FLETCHER, G. P. “Basic concepts of criminal law” Oxford University Press, New York, 1998, pp. 52-53.

⁴⁹VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema* (...), Ob. Cit., p. 657.

⁵⁰Grifado no original, em: BUSATO, P. C. Dolo e significado, in *Dolo e direito penal: modernas tendências*, vários autores, in: BUSATO, P. C. (Coord.), 2ª ed., Atlas, São Paulo, 2014, p. 76.

⁵¹CABRAL, R. L. F. *Dolo y lenguaje: hacia una nueva gramática del dolo desde la filosofía del lenguaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 349-350.

⁵²Cabral considera, ainda, que “o dolo não é algo incorpóreo”. In: CABRAL, R. L. F., *Dolo y lenguaje: (...)*, Ob. Cit., p. 349.

⁵³Essa afirmação pode ser compreendida sob a seguinte perspectiva: o dolo, tal qual a intenção, a vontade ou os processos psíquicos, não é uma substância imaterial incorpórea como proposto pela concepção cartesiana de mente. Mas o dolo também não é algo corpóreo, como poder-se-ia suspeitar pela leitura da afirmação de que o dolo não é algo incorpóreo. O dolo não é uma substância material corpórea presente no cérebro ou no sistema nervoso central da pessoa. O dolo, tal qual a ação, é um sentido. Dizer que uma ação é dolosa significa que se compreende que a ação é intencional e, por isso, mais reprovável sob o ponto de vista penal do que as ações não-intencionais. O sentido dessa maior gravidade, ou o sentido dessa

O dolo consiste essencialmente em uma compreensão do sentido de que uma ação é dolosa. O qualificativo de dolosa é conferido a uma ação quando se entende que ela é mais grave (e mais reprovável, sob o ponto de vista penal) do que uma ação imprudente, em função de expressar o significado linguístico da percepção dos elementos componentes do dolo, os quais fundamentam a sua natureza mais grave. Esses elementos tradicionalmente são cumulativamente de natureza cognitiva e volitiva (teorias volitivas do dolo)⁵⁴. Algumas correntes doutrinárias defendem que apenas o elemento cognitivo é relevante para a determinação do dolo (teorias cognitivas do dolo)⁵⁵. Algumas das teorias que se encartam na concepção volitiva apresentam como parâmetro da volição um elemento que dificilmente preenche o conceito de "vontade" tal qual esse é costumeiramente compreendido. É o caso de Roxin, para quem o dolo (eventual) pode ser definido como uma "decisão" em favor da possibilidade de lesão de bens jurídicos⁵⁶. Ou, ainda, a "vontade em sentido jurídico" pela qual o BGH identificou o dolo no "caso da correia de couro".

Para Cabral, cuja concepção significativa de dolo também pressupõe a compreensão da presença de elementos cognitivo e volitivo, este último "deve ser caracterizado unicamente pela intenção, devendo ser rechaçado o uso de expressões relacionadas a qualquer elemento emocional, sendo, também, de rigor se rechaçar expressões ambíguas como querer e propósito, que muitas vezes podem ser confundidas com desejo ou objetivos"⁵⁷. A intenção, que não é um dado ontológico nem pré-linguístico, é consubstanciada pela expressão de uma pretensão significada de realizar determinada ação. Assim, a intenção é "compreendida como a expressão de uma pretensão significada de atuar de determinado modo, e se reflete na ação ou omissão de cometê-los, é dizer, a intenção é a própria ação ou omissão significada em seu contexto, uma vez que a relação entre a intenção e a ação é interna ou gramatical"⁵⁸.

Vives Antón entende o "elemento volitivo" do dolo, não *naturalisticamente* como um processo psicológico, mas sim *normativamente*, como um *compromisso de*

intenção (que denota a maior gravidade), é motivo de intenso debate na dogmática penal, chegando-se ao ponto em que, ao lado da mais tradicional visão de que o dolo (ou a intenção) expressa a presença de elementos cognitivo e volitivo, há as correntes doutrinárias que defendem a necessidade apenas do elemento cognitivo.

⁵⁴Por todas, ROXIN, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, C.H.Beck, München, 2006, pp. 436-481.

⁵⁵Por todas, GRECO, L., "Dolo sem vontade", in: SILVA DIAS e outros (coords.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário: estudos de Direito e Filosofia*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 885-903.

⁵⁶Nas palavras de Roxin: "Quem inclui em seus cálculos a realização de um tipo reconhecida por ele como possível, sem que essa possibilidade faça com que desista de seu plano, decidiu conscientemente – ainda que apenas seja para o caso eventual e frequentemente contra suas próprias esperanças de evitá-lo – contra o bem jurídico protegido pelo correspondente tipo. Esta 'decisão pela possível lesão de bens jurídicos' é a que diferencia o dolo eventual em seu conteúdo de desvalor da imprudência consciente." Tradução livre: "Wer eine von ihm als möglich erkannte Tatbestandsverwirklichung einkalkuliert und sich durch sie nicht von seinem Plan abbringen lässt, der hat sich bewusst – wenn auch nur für den Eventualfall und oft im Widerspruch zu seinen eigenen Vermeidungshoffnungen – gegen das durch den betreffenden Tatbestand geschützte Rechtsgut entscheiden. Diese Entscheidung für die mögliche Rechtsgüterverletzung ist es, die den bedingten Vorsatz in seinem Unwertgehalt von der bewussten Fahrlässigkeit abhebt und die härtere Bestrafung trägt". In: ROXIN, C. *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I* (...) Ob. Cit., p. 446.

⁵⁷Tradução livre: "El elemento volitivo del dolo debe ser caracterizado únicamente por la intención, debiendo ser rechazado el uso de expresiones relacionadas a cualquier elemento emocional, siendo, también, de rigor se rechazar expresiones ambíguas como querer y propósito, que muchas veces pueden ser confundidas con deseo u objetivos". In: CABRAL, R. L. F. *Dolo y lenguaje: (...) Ob. Cit.*, p. 354.

⁵⁸Tradução livre: "compreendida como la expresión de una pretensión significada de actuar de determinado modo, se refleja en la acción u omisión de comételes, es decir, la intención es la propia acción u omisión significada en su contexto, una vez que la relación entre intención y la acción es interna o gramatical". In: CABRAL, R. L. F. *Dolo y lenguaje: (...), Ob. Cit.*, p. 354.

atuar, (...)”, de maneira que “a ‘decisão contrária ao bem jurídico’ não é senão aquela que materializa esse compromisso com a lesão que não se dá na culpa e que nos permite afirmar que quem atua com dolo eventual atua intencionalmente (...)”⁵⁹. Ao partir da concepção de Vives Antón, no sentido de que a intenção expressa um compromisso de atuar e um compromisso com a lesão do bem jurídico, Cabral conclui que “A ação dolosa se diferencia das demais justamente por expressar um compromisso com o resultado significativo que não existe, por exemplo, na ação imprudente”⁶⁰.

Para fins do presente artigo, é irrelevante discutir sobre a necessidade, ou não, de um elemento volitivo do dolo, e sobre a sua natureza. É pressuposto unanimemente aceito que a afirmação do dolo exige um elemento cognitivo, e as questões sobre a cegueira deliberada envolvem apenas esse elemento.

5. O ELEMENTO COGNITIVO DO DOLO CONFORME A CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA AÇÃO

O giro filosófico linguístico-pragmático compreende o conhecimento humano da mesma maneira que a intenção, a vontade ou quaisquer fenômenos mentais, de maneira que tudo o que se falou sobre estes também se refere diretamente àquele.

O que chamamos de “conhecimento” possui uma multiplicidade de sentidos, entre os quais os de representação, explicação, atenção, cálculo, previsão, predição, experiência, capacidade de realização, etc. Para a dogmática penal convencional, o elemento cognitivo do dolo é caracterizado normalmente como sendo o conhecimento sobre os elementos do tipo objetivo, presente no momento do cometimento das ações executórias, envolvendo tanto a representação do resultado quanto do curso causal. As perspectivas anteriores à viragem linguística concebem esse conhecimento como um processo psíquico interno do sujeito, inacessível à constatação por terceiros, os quais apenas poderiam inferi-lo a partir da observação dos movimentos corporais do agente. Essa perspectiva é totalmente refutada pelo paradigma linguístico, como já foi visto acima. Nesse sentido, Wittgenstein observa que “Pensar não é um processo incorpóreo que dê vida e sentido ao falar e que possa ser separado do falar, (...)” O pensar que interessa à compreensão da ação, isto é, o pensar enquanto componente da ação humana e não como mero acontecimento, também não é um processo corpóreo interno à cabeça ou ao sistema nervoso central do sujeito. Wittgenstein refuta tanto o mentalismo quanto o conductismo⁶¹, de maneira que o que é relevante para a compreensão dos verbos psicológicos, como “conhecer” e “pensar”, não é algo fenomênico no plano ontológico, mas sim um significado que é compreendido de acordo com os usos desses verbos. Vives Antón conclui, então, que “Não existem, pois, objetos do pensar que ‘existam’ idealmente, nem na cabeça, nem em nenhuma outra parte”⁶².

⁵⁹Tradução livre: “‘elemento volitivo’ del dolo, no naturalísticamente, como un proceso psicológico, sino normativamente, como un compromiso de actuar, (...)”. In: VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...)*, Ob. Cit., p. 253.

⁶⁰Tradução livre, sem grifos no original: “La acción dolosa se diferencia de las demás justamente por expresar un compromiso con el resultado significativo que no existe, por ejemplo, en la acción imprudente”. In: CABRAL, R. L. F. *Dolo y lenguaje: (...)*, Ob. Cit., p. 91.

⁶¹Vives Antón esclarece que Wittgenstein rejeita tanto o mentalismo quanto o conductismo, duas tendências que “tão naturais quanto enganosas. A primeira consiste em tratar de identificar o significado de uma palavra com uma coisa a que esta se refira, interpretando todos os jogos de linguagem na chave de objeto/designação. A segunda, estreitamente relacionada com a anterior, tende a ignorar o uso de expressões como *sei*, *recordo* ou *espero*, porque se considera que o importante está por trás desse uso linguístico; que o que determina o significado é o processo mental que tais palavras designam” (Tradução livre). In: VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...)*, Ob. Cit., p. 630.

⁶²Tradução livre: “No hay, pues, objetos del pensar que ‘existam’ idealmente, ni en la cabeza ni en ninguna otra parte”. In: VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...)*, Ob. Cit., p. 632.

Uma das razões pelas quais se aloja o saber no pensamento e o pensamento na mente é a concepção do significado como uma espécie de objeto imaterial situado atrás do signo, do qual este, por si mesmo inerte, recebe a capacidade de significar. Mas conceber o signo como algo inerte é um erro: inerte é a matéria da qual o signo é construído; mas não o signo enquanto tal, o qual só é signo enquanto seja usado para significar. É o emprego de algo como signo o que faz surgir o significado, de modo que se tivéssemos que dizer no que reside a vida do signo, teríamos que concluir que se encontra exatamente em seu uso⁶³. Não parece que seja possível nenhuma classe de pensamento relevante (para o direito penal) à margem da linguagem e, pois, das ações linguisticamente conformadas. Assim, os pensamentos não são um acontecimento ou um objeto real: pensar e significar são algo que fazemos por meio da linguagem, de cujo uso deriva tanto o significado, quanto o pensamento, o conhecimento e a compreensão. A linguagem deixa de ser vista como um mero veículo de expressão do pensamento, para ser concebida como o meio através do qual se pensa (a ferramenta com a qual se pensa). Wittgenstein explica que, para que a linguagem possa significar algo, "Nós reconduzimos as palavras do seu uso metafísico para o seu uso cotidiano"⁶⁴.

O significado não é "uma atmosfera que a palavra contém e assume em todo o tipo de emprego. Se, por exemplo, alguém diz que a oração 'Isto está aqui' tem sentido para ele, então poder-se-ia perguntar em que circunstâncias se emprega essa oração, pois é nestas circunstâncias que ela tem sentido"⁶⁵. Por isso, "Para um *grande* número de casos de utilização da palavra 'significado' – ainda que não para *todos* os casos de sua utilização – é possível explicar assim essa palavra: o significado de uma palavra é o seu uso na linguagem"⁶⁶. Vives Antón explica a (apenas aparente) contradição de Wittgenstein, quando este excepciona que "não para todos os casos" o significado de uma palavra é seu uso na linguagem⁶⁷. A razão pela qual o significado de uma palavra é o seu uso na linguagem apenas em uma grande quantidade de casos, mas não em todos, está em que existem usos inadequados da linguagem, usos impróprios nos quais o significado se perde, nos quais a identidade entre uso e significado é rompida. A "terapia" para restabelecer o sentido das palavras consiste em devolvê-las à sua "terra natal", isto é, aos jogos de linguagem que deram origem ao seu significado.

A peculiar gramática dos verbos que indicam processos psicológicos faz com que a primeira pessoa do singular do presente do indicativo seja usada de forma diferente do que no pretérito ou na terceira pessoa em qualquer tempo. Vives Antón anota que nós julgamos o que *ele* faz por seu comportamento, pela observação desse seu comportamento, incluindo o que *ele* diz⁶⁸. Contrariamente, a primeira pessoa do presente do indicativo não se verifica por nenhuma classe de observação da conduta: quando digo "sinto dor" ou "penso", não se necessita que se verifique essas afirmações. Essa impossibilidade de dúvida a respeito dessas afirmações, no entanto,

⁶³Como será visto no parágrafo seguinte, o *significado como uso* está na essência do pensamento do segundo Wittgenstein.

⁶⁴Wittgenstein assevera: "Quando os filósofos usam uma palavra - 'conhecimento', 'ser', 'objeto', 'eu', 'proposição', 'nome' – e tratam de captar a *essência* da coisa, sempre se há de perguntar: usa-se efetivamente essa palavra desse modo na linguagem que tem sua terra natal? – Nós reconduzimos as palavras de seu emprego metafísico para seu emprego cotidiano". Tradução livre: WITTGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 261.

⁶⁵Tradução livre: "die Bedeutung ein Dunstkreis, den das Wort mitbringt und in jederlei Verwendung hinübernimmt. Wenn z.B. Einer sagt, der Satz 'Dies ist hier' (wobei er vor sich hin auf einen Gegenstand zeigt) habe für ihn Sinn, so möge er sich fragen, unter welche besonderen Umständen man diesen Satz tatsächlich verwendet. In diesen hat er dann Sinn". In: WITTGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 261.

⁶⁶Tradução livre: "Man kann für eine *große* Klasse von Fällen der Benützung des Wortes 'Bedeutung' – wenn auch nicht für *alle* Fälle seiner Benützung – dieses Wort so erklären: Die Bedeutung eines Wortes ist sein Gebrauch in der Sprache". In: WITTGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 204.

⁶⁷VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema* (...), Ob. Cit., pp. 634-635.

⁶⁸VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema* (...), Ob. Cit., pp. 638-641.

é apenas *aparente*, pois decorre de uma impossibilidade lógica da afirmação “penso, mas duvido.” A impossibilidade é apenas aparente porque, assim como os “olhos do rosto” podem errar, também o “olho geométrico” (o suposto “olho da mente”) também pode evidentemente errar. Por essa razão, a linguagem há de ser necessariamente pública – inexistente uma linguagem privada. Se a linguagem fosse privada, apoiando-se na definição ostensiva, aquele que fala não teria como saber quando estaria seguindo uma regra corretamente e quando apenas acreditava estar seguindo (mas, em verdade, estava incorrendo em um erro, um uso proibido). Por uma exigência lógica, o seguimento de regras deve ser verificado no âmbito público (e não se saberá jamais se está assentado sobre o que ocorre internamente, em função da inacessibilidade a terceiros). Portanto, o conhecimento concebe-se como um “conjunto de circunstâncias externamente comprováveis (coisa que mal caberia pôr em dúvida desde o momento em que, em nossos processos educativos, o saber se comprova mediante provas públicas)”⁶⁹.

A partir do pressuposto de que o conhecimento e o saber têm caráter público, e não privado, os diversos usos da palavra conhecimento podem ser reduzidos a dois, naquilo que interessa à dogmática penal. Na síntese de Cabral, o elemento cognitivo do dolo está composto por: “(i) o conhecimento como *consciência da ação (saber o que)*, que consiste na consciência do agente sobre o que faz e sobre as circunstâncias do fato, sempre referidas aos elementos objetivos descritos no tipo penal; e (ii) o conhecimento como *domínio de uma técnica (saber como)*, que consiste na avaliação das capacidades e competências que o agente domina, que habilita aos seres humanos a realizar previsões”⁷⁰. O conhecimento que nós temos do mundo se faz desde a base de um sistema de referência linguístico, em uma relação sujeito-sujeito. Esse sistema é a tela de fundo dos nossos jogos de linguagem, que está ancorado em hábitos e práticas de nossas sociedades [ainda que seja dinâmico].

O conhecimento como “saber o que”, como “consciência da ação”, é caracterizado pelo conhecimento do que o agente efetivamente faz enquanto comete um delito, devendo abarcar todas as circunstâncias constantes do tipo objetivo. Muitas dessas circunstâncias não precisam ser necessariamente pensadas pelo agente enquanto comete o delito, uma vez que a exigência de demonstração inferencial de um pensamento que ocorresse durante certo período de tempo deriva de um equívoco cartesiano. O conhecimento é uma habilidade e a memória é o referido conhecimento retido. Assim, alguns elementos do tipo penal o agente pode conhecer anteriormente, mantendo-os na memória, o que é suficiente para o cumprimento do requisito da consciência para o dolo. Deve-se, assim, rechaçar propostas como as propugnadas pela teoria da coconsciência (*Mitbewusstsein*). O conhecimento como “saber como”, como “domínio de uma técnica”, parte da ideia do conhecimento como uma capacidade de aprendizagem e treinamento sobre como jogar os jogos de linguagem, e é concebido como uma aprendizagem de uma cultura e seus hábitos e práticas, e de como dominá-los. É justamente o domínio de uma técnica o que habilita as pessoas a fazerem predições sobre acontecimentos futuros, com o que será possível ao agente assumir compromissos em relação aos resultados futuros de suas ações. Nesse sentido, Vives Antón fala que “Para determinar se houve um compromisso (uma intenção) concreta, p.ex., o de matar outra pessoa, teremos que examinar as regras de toda índole (sociais e jurídicas) que definem sua ação

⁶⁹Tradução livre: “conjunto de circunstancias externamente comprobables (cosa que mal cabría poner en duda desde el momento en que, en nuestros procesos educativos, el saber se acredita mediante pruebas públicas)”. In: VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...)*, Ob. Cit., p. 641.

⁷⁰Tradução livre, sem grifos no original: “En resumen, es posible afirmar que el elemento cognitivo del dolo está compuesto por: (i) el conocimiento como conciencia de la acción (saber qué), que consiste en la conciencia del agente sobre lo que hace y sobre las circunstancias del hecho, siempre referidas a los elementos objetivos descritos en el tipo penal y (ii) el conocimiento como dominio de una técnica (saber como), que consiste en la evaluación de las capacidades y competencias que el agente domina, que habilita a los seres humanos a realizar predicciones”. In: CABRAL, R. L. F., *Dolo y lenguaje: (...)*, Ob. Cit., p. 353.

como uma ação de matar e pô-las em relação com as competências do autor – com as técnicas que domina”⁷¹. É dessa maneira, e não por meio da indagação sobre inacessíveis e pouco significativos processos mentais, que é possível determinar o que o autor sabia.

Todo esse arcabouço teórico sobre a ação segundo o paradigma linguístico-pragmático, e sobre o que é o conhecimento do agente que age, segundo a ação significativa, propicia uma compreensão sobre a ação e o conhecimento mais adequada à *praxis* jurídico-penal. Partindo desse paradigma, Busato afirma que, no âmbito penal, há de se considerar a *conduta em seu aspecto global*, não como um ato isolado, senão como um conjunto de atos sucessivos, cuja ordenação produz a ação⁷². Há uma clara distinção entre *ação* e *ato*, em que este é apenas uma parte daquela. O que é relevante não é apenas o elemento subjetivo final presente na ação delitiva, mas sim o conjunto de fatores que produzem a percepção dos propósitos do sujeito. Assim, *os elementos subjetivos que são reconhecidos na ação têm origem em uma multiplicidade de atos sequenciais produzidos em um determinado contexto*.

A perspectiva significativa da ação propicia, então, uma ressignificação dogmática do princípio da correlação, segundo o qual a imputação subjetiva deve se referir exclusivamente ao processo psíquico que esteja *acontecendo* durante o cometimento dos atos executórios do delito. No que se refere ao dolo, a correlação exigiria que os seus aspectos (cognitivos e volitivos, a depender da concepção que se tenha), em relação a todos os elementos do tipo objetivo, deveriam *acontecer* durante o cometimento das condutas executórias do delito. A partir dos pressupostos linguístico-pragmáticos, percebe-se que é um *nonsense* tentar inferir dos movimentos corporais do sujeito o conteúdo substancial dos processos psíquicos internos (o que fica ainda mais evidenciado quando a tarefa pretende descobrir o conteúdo mental em relação a um período de tempo específico). A prática cotidiana dos operadores do direito jamais fez isso *de fato*, ainda que se utilize habitualmente uma gramática que alega fazê-lo. A tarefa da imputação subjetiva não é inferir o conteúdo do pensamento (do conhecimento, da intenção) que o agente está tendo (que estaria acontecendo em sua cabeça) no momento da execução do delito. A imputação subjetiva é um processo de compreensão de significado, feito a partir de um substrato composto por uma sequência de atos e fatos, identificados e compreendidos contextual e intersubjetivamente, tendo como referência um tipo penal de ação (que é a categoria básica da imputação penal). O processo de comunicação de sentido é inserido em um modo de vida no qual são jogados alguns jogos de linguagem pelos *players* que tomam parte da tarefa de imputação. O que caracteriza a ação, a intenção e o conhecimento do agente é a compreensão que se tem em função do conjunto de aspectos que foram considerados pertinentes e relevantes (e cuja entrada no jogo seja considerada válida e legítima)⁷³.

Porque a prática cotidiana não opera como alegam as dogmáticas pré-linguísticas, não causam perplexidades diversas situações concretas que contradizem os postulados das teorias tradicionais, fincadas na ideia de inferência do interno por meio do externo. Muñoz Conde e García Arán oferecem o exemplo em que alguém conduz um carro em velocidade superior à máxima permitida e, ao adentrar em uma

⁷¹Tradução livre: “Para determinar si ha habido un compromiso (una intención) concreta, v.g., el de matar a otro, habremos de examinar las reglas de toda índole (sociales y jurídicas) que definen su acción como una acción de matar y ponerlas en relación con las competencias del autor – con las técnicas que domina –”. In: VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema (...)*, Ob. Cit., p. 252.

⁷²BUSATO, P. C. “Valoração crítica da ‘Actio Libera’ in causa a partir de um conceito significativo de ação”, in: BUSATO, P. C. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, p. 326.

⁷³Essa observação decorre do aspecto procedimental especificamente jurídico da imputação subjetiva penal, em que os diversos indicadores relevantes para a compreensão da ação que chegam ao conhecimento dos operadores do direito são filtrados, em sua admissibilidade no processo, por vários critérios de validade e de legitimidade, tendo em vista o conjunto de normas jurídicas definidoras do procedimento, notadamente dos direitos fundamentais.

curva perigosa, perde o controle do veículo ao tratar de espantar com a mão um inseto que entrara pela janela e picara o seu rosto⁷⁴. O que importa para a atribuição da responsabilidade penal é a ação que foi compreendida globalmente, e não apenas o ato reflexo de espantar o inseto. Se a imputação subjetiva em um caso como esse focalizasse exclusivamente o momento dos “atos executivos” do delito, não haveria crime porque houve apenas um movimento reflexo. Como a conduta é considerada mais globalmente, com o conjunto de indicadores de sentido, percebe-se que houve uma conduta imprudente por parte do motorista. Por isso, os autores consideram que o conceito de ação também pode incluir atos concretos realizados inconscientemente ou movimentos reflexos, sempre que sejam elementos integrantes de uma ação que globalmente considerada seja controlada pela vontade⁷⁵.

Busato comenta que o que se tem em conta não é apenas o agente a expressão naturalista de sua conduta, mas a análise de todo o contexto em que se produz a ação, envolvendo objeto e sujeito e a inter-relação entre eles⁷⁶. Tanto é que, na medida em que são alteradas as circunstâncias, um mesmo substrato de movimentos corporais tem distinta interpretação. Ilustrativo é o seguinte exemplo: imagine-se que uma pessoa aborda outra na rua, apontando-lhe um facão, e pergunta ao interlocutor: “o que você quer?” – certamente pensaremos que se trata de um assalto ou uma briga. Sem embargo, a mesma situação ocorrendo dentro de um supermercado, se o indivíduo com o facão está atrás do balcão de frios, vestido com um avental branco, e seu interlocutor está do outro lado do balcão, na fila para se comprar carne, o fato transmite um sentido totalmente diferente, sem qualquer relevância penal.

Fletcher ensina que, para entender as implicações da “compreensão intersubjetiva” (*intersubjective understanding*), devemos pensar sobre como nós sabemos que os imóveis guardas do Palácio de Buckingham estão de fato agindo e que eles não estão paralisados, mas sim estão comprometidos em permanecer imóveis⁷⁷. Existem várias pistas no ambiente que sugerem que eles estão em guarda em pé de prontidão e com atenção: os seus uniformes; o local em frente ao palácio, onde estão; a formação em grupo; a hora do dia; a regularidade do seu comportamento. Todas essas pistas são indicadores que são tomados do ambiente da ação, do seu contexto. Pegue o mesmo guarda, mas vestido à paisana, e coloque-o sozinho no meio de uma floresta. Um transeunte não saberia, em princípio, se ele estava paralisado, hipnotizado, ou o que ele estaria fazendo ali. “O contexto é crítico para a nossa compreensão sobre se tanto o movimento corporal quanto a passividade são produto da intenção humana. Note que o ambiente e o contexto não são os meios para explicar o comportamento, mas para percebê-lo e compreendê-lo”⁷⁸. Trata-se de um *approach* humanista da ação, que a contextualiza. É o oposto da abordagem meramente mecanicista de que a ação deveria ser definida como o ‘movimento corporal intencional’.

Na síntese de Busato, “a ação desde um conceito significativo é um conjunto de atos, que demanda compreensão e não descrição, onde todos os aspectos e circunstâncias em que se desenvolve essa ação devem ser levados em conta”⁷⁹. Segundo o autor, “A partir dessa concepção, resta claramente identificado um desvalor de ação merecedor de reprovação penal compreendido já não em um único ato, mas no global da conduta delitiva”⁸⁰. É impossível tanto aferir quanto inferir o conhecimento a partir dos movimentos corporais. A ação precisa ser compreendida conforme o contexto intersubjetivo. O conhecimento exigido pelo dolo não consiste na percepção do significado de que o agente *esteja pensando* em sua “tela mental”

⁷⁴MUÑOZ CONDE, F. & GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal - Parte general*, 4º ed., Tirant lo Blanc, Valencia, 2000, pp. 246-247.

⁷⁵MUÑOZ CONDE, F. & GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal (...)*, Ob. Cit., p. 250.

⁷⁶BUSATO, P. C. “Valoração crítica da (...)”, Ob. Cit., p. 327.

⁷⁷FLETCHER, G. P. “*Basic concepts of criminal (...)*”, Ob. Cit., p. 52.

⁷⁸FLETCHER, G. P. “*Basic concepts of criminal (...)*”, Ob. Cit., p. 52.

⁷⁹BUSATO, P. C. “Valoração crítica da (...)”, Ob. Cit., p. 328.

⁸⁰BUSATO, P. C. “Valoração crítica da (...)”, Ob. Cit., p. 328.

sobre todos os elementos do tipo objetivo *no momento* das condutas executórias. Essa constatação já é de alguma forma percebida pela doutrina quando esta recorre a figuras como a coconsciência, na tentativa (em vão) de superar as dificuldades intransponíveis dos modelos de mente como substância. Mesmo no âmbito da teoria tradicional, ocorrem diversas situações em que se questiona se é realmente exigível a afirmação de que o agente *pensou* em *todos* os elementos do tipo objetivo durante a execução delituosa; por exemplo, sobre a idade da vítima menor em crimes com abuso sexual, sobre a qualidade de funcionário público nos delitos contra a administração, etc.⁸¹ É perfeitamente possível compreender que o agente sabia que o sujeito (por exemplo, o receptor da promessa de vantagem indevida) ostentava a qualidade jurídica de funcionário público, mas que não tenha pensado nisso quando do cometimento da conduta executória. Sobre o grau de nitidez do conhecimento que o agente deve ter sobre os elementos do tipo objetivo, Roxin considera que devem ser evitadas as posições extremistas: "Por um lado, não se deve exigir que o autor apresente reflexão consciente sobre cada elemento individualizado (como, p.ex., 'coisa', 'móvel', 'alheia', no §242), que ele expressamente 'pense nisso'"⁸². Porém, "Por outro lado, é hoje indiscutido que apenas uma consciência potencial não pode ser suficiente para o dolo"⁸³. Percebe-se que a tentativa de moderação intermediária proposta por Roxin não responde às dificuldades nem de constatação nem de atribuição do conhecimento, pois permanece ancorado no pressuposto de que é possível inferir o que o agente pensa em determinado momento, em uma concepção psicológica-substancial do conhecimento. Sobre a teoria da coconsciência, desenvolvida principalmente por Platzgummer, Roxin assevera o seguinte:

Segundo ela, o dolo abarca também aquelas circunstâncias nas quais o sujeito não pensa expressamente, mas nas quais ele é 'coconsciente'. Esta 'coconsciência', a cuja análise tem rendido grandes serviços principalmente Platzgummer, aproveitando investigações da psicológica da associação, consiste 'em uma consciência a que, com efeito, não se presta atenção explicitamente, mas que é coconhecida com outro conteúdo da consciência ao qual se presta atenção e a qual há de se prestar atenção necessariamente de modo implícito'⁸⁴
⁸⁵.

⁸¹STRATENWERTH, G. *Derecho penal, parte general I, El hecho punible*, Thompson-Civitas, Madrid, 2005, p. 472.

⁸²Tradução livre: "Man darf einerseits nicht verlangen, dass der Täter über jeden einzelnen Tatbestand (also z.B. ‚Sache‘, ‚beweglich‘, ‚fremd‘ in § 242) bewusst Reflexionen anstellt, dass er ausdrücklich daran denkt". In: ROXIN, C. *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I* (...) Ob. Cit., p. 497.

⁸³Tradução livre: "Andererseits ist heute unstrittig, dass ein lediglich potentielles Bewusstsein für den Vorsatz nicht genügen kann". In: ROXIN, C. *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I* (...) Ob. Cit., p. 497.

⁸⁴Tradução livre: "Danach umfasst der Vorsatz auch solche Umstände, an die der Täter nicht ausdrücklich denkt, die ihm aber 'mitbewusst' sind. Bei diesem 'Mitbewusstsein', um dessen Analyse sich besonders Platzgummer unter Auswertung assoziationspsychologischer Forschungen verdient gemacht hat, handelt es sich 'um ein Bewusstsein, das zwar nicht explizit beachtet wird, das aber mit einem anderen beachteten Bewusstseinsinhalt mitbewusst ist und implizite notwendig auch mitbeachtet werden muss. Das Mitbewusste kann daher auch mitgewollt werden'". In: ROXIN, C. *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I* (...) Ob. Cit., p. 498.

⁸⁵Sobre a coconsciência, Gimbernat Ordeig afirma que Platzgummer demonstrou que "a respeito de certa classe de elementos do tipo, existentes no momento da ação, nem sequer faz falta ter consciência deles em sentido estrito para que se possa afirmar o dolo, nem muito menos que, segundo a definição do §1 do Código Penal austríaco, o autor 'considere e decida' o mal vinculado ao delito; basta uma 'coconsciência'. O 'coconsciente' (Mitbewusste) se caracteriza porque, 'como tal, não é consciente nem atendido explicitamente'. Como exemplos do 'coconsciente' menciona Platzgummer, entre outros, o furto em uma estação de trem. 'O furtador que subtrai uma maleta na estação, é provável que, em sua excitação, não tenha presente que o faz precisamente em uma estação e que um furto assim é especialmente reprovável'; não obstante, é claro que não poderá dizer que não abarcou com o dolo a consciência de que se encontrava em uma estação. Algo análogo acontece, assinala Platzgummer, com o elemento típico 'funcionário'. É muito possível que o funcionário que

Também o recurso artificial a uma “coconsciência” procura contornar a exigência taxativa de conhecimento sobre todos os elementos do tipo objetivo ainda por dentro de uma concepção psicológica e ontológica desse conhecimento, mesmo que, de certa maneira, por meio da distorção do requisito da contemporaneidade entre a representação e os atos de execução delituosa. O que as construções como a coconsciência deixam entrever é que o que consideramos que a pessoa conhece em determinado momento não se limita ao que imaginamos que ela tenha representado naquele momento. O elemento cognitivo do dolo não é um aspecto representacional real que ocorre concomitantemente ao cometimento das condutas executórias, mas sim a *compreensão de um processo de comunicação de sentido de que o agente agiu com conhecimento sobre o que estava fazendo*.

Portanto, o princípio da correlação deve ser lido, no que se refere ao elemento cognitivo do dolo, à luz da concepção significativa de ação, não como a inferência de que o agente estivesse pensando nos elementos do tipo objetivo durante o cometimento da conduta executória do delito, mas sim como a compreensão de que o agente, em sua ação delituosa, tinha o conhecimento que tem o sentido do significado do dolo, com referência aos momentos de execução do crime. O conhecimento que expressa o significado do dolo, no que se refere ao seu elemento cognitivo, compreende tanto o *saber o que*, o conhecimento como consciência, quanto o *saber como*, o conhecimento como domínio de uma técnica; podendo, pois, basear-se em ambas essas perspectivas, conjuntamente ou separadas.

6. A CEGUEIRA DELIBERADA COMO INDICADOR NO PROCEDIMENTO DE IMPUTAÇÃO SUBJETIVA

A compreensão sobre a concepção significativa da ação permite colocar em perspectiva o problema básico da cegueira deliberada na teoria do delito sob a ótica do giro linguístico-pragmático. Como a cegueira deliberada se relaciona diretamente com o aspecto cognitivo da imputação subjetiva, é especialmente relevante a compreensão sobre o significado do conhecimento do agente, conhecimento este que é percebido no âmbito de um processo de comunicação de sentido que faz parte do procedimento de imputação subjetiva penal. É a partir desse horizonte epistemológico que se concebe neste trabalho o papel da cegueira deliberada no procedimento de imputação subjetiva.

A cegueira deliberada cujo papel se pretende elucidar não se confunde com a noção estadunidense de *willful blindness*, assim como não se traduz em nenhuma das concepções de ignorância intencional desenvolvidas no âmbito da *civil law*, como, por exemplo, a cegueira ante os fatos (*Tatsachenblindheit*) de Jakobs e a ignorância deliberada em sentido estrito de Ragués i Vallès. Todas essas formas de se conceber a cegueira deliberada são incompatíveis com a teoria do delito conforme o direito brasileiro, assim como são inconsistentes com um direito penal de bases democráticas e fincado no fato, na culpabilidade e nos direitos fundamentais da pessoa humana⁸⁶.

Isso implica a necessidade de compreender *o que é que possui o significado* de cegueira deliberada a ponto de constituir uma concepção pertinente à teoria do delito.

malversa não pense, ao realizar o delito, nessa sua qualidade pessoal, mas não por isso poderá alegar que atuou sem dolo a respeito da sua qualidade funcional: quando alguém pergunta por essa qualidade, o sujeito ‘não necessita, para responder, nenhum esforço de memória, mas sim que a resposta está sempre imediatamente disponível na base da vivência imediata e atual, sem necessidade de refletir e sem os fenômenos característicos que se apresentam quando alguém se recorda de algo’ (Tradução livre). In: GIMBERNAT ORDEIG, E. *Estudios de derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 254-255.

⁸⁶Neste sentido a crítica desenvolvida no Capítulo 2 em: FERRAZ, S. V. *Cegueira Deliberada: sua utilidade na teoria do delito*, 1ª ed., Tirant Lo Blanch, São Paulo, 2022.

O sentido de intencionalidade que se confere à conduta do agente pressupõe o conhecimento do risco em grau minimamente suficiente para caracterizar o elemento cognitivo do dolo. Apenas quando o agente sabe sobre o risco é que se torna possível para ele se auto-organizar, de maneira a intencional desconhecer um ou mais elementos do tipo objetivo quando dos atos executórios. A própria sintática das expressões que significam o "propósito" ou a "deliberação" já o indica: quem dirige sua conduta a dirige *para* alguma direção; e apenas é possível se dirigir para uma finalidade quando se sabe o suficiente para que se tome essa direção. Ausente a percepção desse conhecimento mínimo, referido aos elementos de um ou mais tipos de ação penal objetivos, é logicamente impossível direcionar a conduta no sentido do desconhecimento em relação a esses elementos. Por isso, só há que se falar em cegueira deliberada no cometimento do delito quando não houve cegueira em algum momento anterior, por ter havido conhecimento suficiente. Quando o agente não chega a possuir esse conhecimento mínimo sobre o risco em momento algum, a ignorância que seja percebida durante os atos executórios do delito não pode ser punível como conduta dolosa, assim como a imprudência com que tenha atuado não pode ser considerada tão reprovável quanto seria uma conduta dolosa, no que respeita à sua gravidade em função da imputação subjetiva.

Por outro lado, quando for possível se afirmar esse conhecimento inicial do risco e, na sequência, for percebida a presença de uma conduta de cegueira deliberada por parte do agente, também *não* será possível realizar a imputação subjetiva do *dolo* se for percebido o significado de uma ignorância (como desconhecimento da possibilidade de existência de elemento do tipo objetivo) em relação aos momentos executórios do delito. Pensar em sentido contrário consubstanciaria um regresso inaceitável ao *versari in re ilícita*.

Da mesma forma, se essa ignorância for parte de uma conduta que se tenha por imprudente, essa imprudência não pode ser considerada tão grave quanto uma conduta dolosa; e nem mesmo mais grave do que uma conduta imprudente. Os esforços e o empenho do agente em se esquivar do conhecimento com vistas ao cometimento do delito desacompanhado da possibilidade de responsabilidade criminal pelo seu cometimento não geram uma razão jurídica que fundamente tratar uma ação com ignorância de maneira mais reprovável do que ela é: uma ação imprudente.

Sobre o agente, pode-se censurá-lo porque ele descumpriu um dever de cuidado, apenas. Não se pode reprová-lo sob a alegação de que ele dirigiu sua conduta intencionalmente em função do tipo penal, porque, desprovido do conhecimento, o agente não teve o suficiente grau de controle ou domínio de sua conduta, necessário para caracterizar o dolo. Não há uma lacuna geral de punibilidade a ser colmatada por meio da distorção dos fundamentos da imputação subjetiva para se acomodar um tratamento de crime doloso para condutas meramente imprudentes.

Portanto, a detecção da presença do significado de uma ação com cegueira deliberada não implica qualquer exceção ou alteração substancial nas regras de imputação subjetiva penal. Em especial, não há qualquer exceção ou alteração ao princípio da correspondência entre os elementos da imputação subjetiva e o aspecto temporal da conduta propriamente executória do delito, o qual decorre do princípio da legalidade e é, em realidade, um inafastável aspecto deste. Assim, a teoria do delito não deve ser alterada para recepcionar uma compreensão sobre a existência da cegueira deliberada, de maneira que a imputação penal subjetiva, nos casos em que houver a percepção de que houve cegueira deliberada, deve ser feita conforme as regras gerais e usuais.

Partindo das premissas acima, poder-se-ia talvez imaginar que não há espaço dogmático para sequer se falar em cegueira deliberada no direito penal brasileiro. Não se concorda com essa conclusão, no entanto. Isso porque ela nega a própria existência da cegueira deliberada enquanto expressão de um sentido de ação do sujeito; e essa negação não se compagina com o que se observa sobre a prática das pessoas que deliberadamente buscam o desconhecimento com o propósito de evitar a responsabilização penal. Existem diversas situações em que é perfeitamente

possível se compreender que o agente cometeu uma ação de cegueira deliberada, e tal ocorre inclusive com alguma frequência na *praxis* jurídico-penal. Portanto, *a cegueira deliberada existe enquanto indicador (existência como significado) que tem relevância para o direito penal*. Assim, há um interesse para a dogmática penal em se reconhecer a existência significativa da cegueira deliberada, já que é uma prática que interfere de várias maneiras no processo de imputação penal, inclusive no de imputação subjetiva.

7. A CEGUEIRA DELIBERADA CONFORME A CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DE AÇÃO

É relevante que sejam compreendidos os limites significativos da cegueira deliberada que sejam adequados à teoria do delito; ou seja, deve-se estabelecer uma concepção conceitual de cegueira deliberada que seja compreensível e adequada ao direito brasileiro, de modo que essa figura não seja confundida com a concepção estadunidense de *willful blindness*, nem com concepções diversas que já foram propostas no âmbito da *civil law*. A partir da sua concepção adequada, é importante compreender o papel que a cegueira deliberada desempenha no processo de imputação subjetiva, ainda que este seja um papel modesto – e especialmente para colocá-la em seu devido lugar, sem superdimensionamentos de sua função. Nas próximas linhas, procede-se em primeiro lugar ao esclarecimento sobre a pretensão conceitual de relevância da cegueira deliberada para, em seguida, situar-se o seu papel no procedimento de imputação subjetiva.

O que é a cegueira deliberada adequada à teoria do delito pode ser expresso da seguinte maneira: *só há cegueira deliberada quando o agente que possui o conhecimento do risco ao bem jurídico em grau equivalente àquele que é exigido para que haja o elemento cognitivo do dolo (eventual) organiza sua própria vida de modo a que venha a colocar em dúvida se possui o conhecimento necessário para a configuração do dolo no momento da execução do delito no futuro*.

A cegueira deliberada possui uma estrutura que pressupõe, por uma necessidade lógica, uma *disjunção temporal* entre o momento em que o agente *intenciona desconhecer* (*momento 1*) e o momento do cometimento dos *atos executórios* (*momento 2*). A razão da imprescindibilidade dessa desconexão temporal é bastante simples. A capacidade de direção da sua própria ação pelo agente depende de que este tenha o conhecimento necessário e suficiente sobre os elementos de fato, passados, presentes e futuros,⁸⁷ relativos à sua intenção; no que interessa ao direito penal, esses elementos têm como referência o tipo objetivo. Esse conhecimento é aquele que seria suficiente para caracterizar o elemento cognitivo do dolo (eventual), porém, aqui, é colocado dissociado do cometimento de qualquer conduta executória de delito, razão pela qual não se pode afirmar a presença de dolo, apesar de percebido o conhecimento. Por isso, nossa preferência por conceber que há cegueira deliberada quando o agente possui o conhecimento do risco ao bem jurídico *em grau equivalente àquele que é exigido* para que haja o elemento cognitivo do dolo (eventual): não há afirmação de qualquer dolo neste primeiro momento, porque o agente não comete nenhum ato executório. Se ele cometesse nesse momento atos executórios – mais precisamente, se houvesse a percepção de que houve uma ação com o significado do cometimento de atos executórios do delito –, estar-se-ia diante de uma conduta dolosa *tout court*, sem que se pudesse constatar a presença de uma cegueira deliberada.

Munido desse conhecimento que lhe confere a capacidade de controle sobre sua ação em função do tipo penal (ou tipos penais), há a percepção de uma *ação* do agente por meio da qual ele *intenciona desconhecer* algum elemento típico *para que* o delito seja cometido sem que ele tenha o conhecimento necessário para configurar o dolo, em relação aos momentos de execução do delito. *Ação* aqui é entendida linguístico-pragmaticamente e, portanto, engloba tanto a “ação positiva” quanto a “omissão” do sujeito. Há a compreensão de que o agente *organizou sua vida* com a

⁸⁷Em relação aos elementos futuros, o conhecimento é concebido como prognóstico.

intenção de ignorar, e essa organização de vida significa que se percebe a ação, vista como ação positiva ou negativa (omissão), que tem o sentido dessa intenção de ignorar. O lapso temporal que medeia entre o momento 1 e o momento 2 não pode ser pré-definido abstratamente, pois depende da compreensão significativa de cada ação. O que importa é que seja percebida uma disjunção temporal.

É desnecessário provar-se que o agente tinha a intenção específica de evitar eventual responsabilização penal futura – ainda que seja frequente a percepção do sentido dessa classe de intenção. A configuração da cegueira deliberada depende, apenas, de que o agente, com o conhecimento suficiente para direcionar sua ação, aja (ativa ou passivamente) com a intenção de desconhecer elemento típico para que o delito seja cometido com ignorância penalmente relevante. É possível levantar a hipótese de que, uma vez percebida uma situação como essa, a intenção de evitar uma responsabilização penal futura estaria *in re ipsa*, isto é, seria algo intrinsecamente presente na percepção da ação. Parece-me que é dispensável o esforço de solucionar-se a questão atinente a esse ponto, na medida em que, ainda que a resposta seja negativa – ou seja, ainda que pudesse haver uma ação de intencionar desconhecer para que o delito seja cometido sem o conhecimento necessário para a configuração do dolo sem que se tenha intencionado evitar uma responsabilização penal futura –, existe uma questão lógica e não moral inerente ao raciocínio a ser feito. O que interessa à configuração da cegueira deliberada não é uma reprovação moral do sujeito em função de sua (eventual) intenção de evadir à responsabilização penal. O importante é compreender que o agente tenha intencionalmente provocado sua ignorância com a finalidade de que o delito seja cometido sob um estado de ignorância penalmente relevante.

Quando se diz que na cegueira deliberada há a percepção de uma ação do agente por meio da qual ele intenciona desconhecer algum elemento típico *para que* o delito seja cometido sem que ele tenha o conhecimento necessário para configurar o dolo, a finalidade “para que” pode vir a ser atingida ou não, sem que o não-atingimento do objetivo desnature a cegueira deliberada. Há uma ação de cegueira deliberada quando há ação com a intenção de ignorância penalmente relevante, independentemente desta ignorância ter se concretizado ou não e, pois, de a intenção ter sido bem-sucedida ou não. O que importa aqui para a compreensão do sentido da ação é a *intenção de cegueira* e não o resultado efetivo desta. Por isso, a concepção de cegueira deliberada aqui defendida a considera presente quando o agente organiza sua própria vida de modo a que venha a *colocar em dúvida* se possui o conhecimento necessário para a configuração do dolo no momento da execução do delito no futuro. Houve uma *ação de cegueira deliberada* quando esta foi *efetivamente consumada*, porque se percebe que o agente desconhece algum elemento do tipo objetivo quando dos atos executórios. Também houve uma ação de cegueira deliberada quando esta foi *apenas tentada*, porque a percepção que se tem é a de que o agente sabia sobre o risco em relação aos momentos executórios, a despeito de sua ação com o propósito de desconhecer, pois, do contrário, ser-lhe-ia impossível direcionar, com êxito, o seu desconhecimento.

Hipoteticamente, ambas as possibilidades são igualmente factíveis. O fracasso ou sucesso do agente em sua fabricação intencional de uma cegueira que seja capaz de afastar a imputação subjetiva dolosa depende sempre de uma análise global de todos os atos e circunstâncias que compõem o substrato da ação, contextualizados, análise essa que tem como referência significativa e normativa o tipo de ação em jogo no processo de imputação.

8. A RESSIGNIFICAÇÃO DO CONHECIMENTO DO AGENTE

O conhecimento do agente nos momentos executórios do crime não é um estado mental ou um processo psíquico privado que ocorra ontologicamente em seu

cérebro ou em seu sistema nervoso central.⁸⁸ A ação do sujeito não é um fato específico que possa ser delimitado ao que acontece no mundo físico durante o período dos atos executórios do delito. Aliás, a própria definição sobre qual é o momento executório do delito só pode ser feita no bojo do processo de comunicação de significado em que se percebe o que é a ação do agente. O “quando” que localiza no tempo o momento executório do delito não é um dado pré-estabelecido anteriormente à compreensão global da ação; apenas a partir da compreensão da ação é que se pode compreender quando houve a execução delituosa. A ação não é o substrato a partir do qual se extrai um significado e, assim, o conhecimento não é um substrato mental sobre o qual se debruça o operador do direito para realizar a imputação. A ação é o significado de um substrato, e não o inverso. O significado da ação parte da compreensão de um processo de comunicação de sentido, que resulta em uma percepção da ação. A ação, o conhecimento, a própria definição de qual é o momento executório, não são objetos ou coisas no mundo a serem descritas, mas sim são significados a serem compreendidos.

Portanto, não se deve perguntar sobre o que o agente estava pensando ou representando mentalmente no momento das ações executórias, como se apenas o que ele estivesse efetivamente pensando constituísse o seu conhecimento naquele momento. A atribuição de conhecimento ao agente depende da percepção de sua ação, e esta apenas pode ser compreendida em seu aspecto global como o conjunto contextualizado de atos e circunstâncias selecionadas como relevantes para a percepção do sentido, abrangendo, assim, um amplo conjunto de *fatores indicadores do sentido da ação*, incluindo os fatores indicativos do significado sobre os elementos constitutivos do dolo – no que nos interessa aqui, sobre o elemento cognitivo. Não se compreende qual é o conhecimento que o agente tem no momento dos atos executórios apenas com base no que ele faz durante o cometimento desses atos. Não se trata de mera filigrana dogmática, muito pelo contrário: a *praxis* jurídica jamais trabalhou de maneira focalizada apenas nos atos isolados perpetrados durante a execução delituosa para compreender a intenção do agente, e, pois, o seu conhecimento relevante para a imputação subjetiva. Portanto, o elemento cognitivo do dolo que é reconhecido na ação tem origem em uma multiplicidade de atos sequenciais produzidos em um determinado contexto, o qual precisa ser intersubjetivamente analisado para que haja a comunicação de um sentido.

Dessa forma, a resignificação dogmática do princípio da correlação afasta a concepção equivocada de que o trabalho da imputação subjetiva consistiria em *inferir* o que está *acontecendo internamente*, durante os atos executórios do delito, no plano mental do agente, em função dos seus movimentos corporais externos. Diferentemente, a imputação subjetiva é um processo de compreensão de significado que se realiza a partir de um substrato composto por um conjunto de atos e fatos que constituem fatores indicadores de sentido quando compreendidos contextual e intersubjetivamente, tendo como referência um ou mais tipos penais de ação (que configuram a categoria fundamental da imputação propriamente penal).

O conhecimento com referência aos elementos do tipo objetivo não depende de que se *constate* (por exemplo, por inferência) nem que se *atribua* (de qualquer maneira) que o agente tenha *pensado* em *todos* os elementos durante os atos executórios. O conhecimento do agente não se limita ao que este tenha pensado conscientemente no átimo em que, por exemplo, aperta um gatilho. Por isso é que se buscam (em vão) alternativas de *explicação* ontológica como a coconsciência, na tentativa de explicar a imputação quando dificilmente se acredita que o agente possa ter pensado positivamente em todos os elementos típicos. O paradigma linguístico-significativo, ao partir do princípio de que a ação já é em si o sentido e não o substrato, e, pois, de que o conhecimento do agente tem natureza pública (e não privada ou interna) e está contido na própria ação (isto é, é compreendido em função

⁸⁸Aqui, não se quer dizer que este processo não exista ou não ocorra, mas apenas que ele se dá em primeira pessoa, sendo, portanto, objeto inacessível ao processo de imputação, o qual trabalha sob a perspectiva da terceira pessoa.

da própria ação), conclui que o conhecimento do agente *no momento dos atos executórios* é compreendido pelo conjunto da ação global e não pelos atos isolados cometidos nesse momento.

O que nós consideramos que o agente conhece em determinado momento não se limita ao que imaginamos que ele tenha representado conscientemente naquele momento. Assim funciona a *praxis* jurídica; e a teoria jurídica deve ser uma teoria da *praxis*, sob pena de se converter em um parnasianismo jurídico. Além disso, o conhecimento não se manifesta apenas como o sentido de um "saber o que", que é o conhecimento como consciência; mas também como "saber como", que constitui um domínio de uma técnica, uma habilidade que confere ao agente um espectro de possibilidades de agência. Por isso, o conhecimento é muito mais do que mera representação.

9. A CEGUEIRA DELIBERADA COMO FATOR INDICATIVO DO ELEMENTO COGNITIVO NO PROCEDIMENTO DE IMPUTAÇÃO SUBJETIVA

Com base nas premissas acima, pode-se avançar na caracterização do papel da cegueira deliberada no procedimento de imputação subjetiva. A cegueira deliberada não é uma categoria de imputação subjetiva, em nenhum sentido da expressão. Não apenas a cegueira deliberada não é uma categoria intermediária entre o dolo e a imprudência, como também não é uma subcategoria específica no interior do dolo, que pudesse em alguma medida abranger um campo pertencente ao dolo eventual. Também não é uma categoria especial de imprudência, que tivesse o condão de torná-la uma imprudência mais grave do que as imprudências podem ser. Qualquer tentativa de estabelecer uma cegueira deliberada nesse sentido é fadada ao fracasso, encontrando obstáculos intransponíveis nos princípios fundamentais do direito penal moderno, lastreados na democracia substancial e de feição humanista.

A cegueira deliberada também não é um estado mental ou um conteúdo psíquico-físico que aconteça no interior da cabeça do agente, em função de tudo o que já se disse sobre o caráter linguístico da ação humana naquilo em que esta é entendida como fruto da agência especificamente humana, e não como mero fato, mero acontecimento fenomênico.

No campo da dogmática jurídico-penal, a cegueira deliberada é um *indicador* que interessa ao procedimento de imputação penal, em seus aspectos objetivos e subjetivos, na medida em que *compõe* o conjunto mais amplo de atos e circunstâncias que conformam a *ação global* do agente, que interessa à imputação penal, porque referida ao tipo penal de ação (ou aos tipos penais de ação) pertinente. Não é possível se compreender adequadamente o *iter criminis* e a ação delitiva sem incluir entre os dados relevantes os atos que transmitem o sentido da cegueira deliberada (quando esta é percebida *in casu*). Portanto, uma primeira função de caráter mais *amplo* da cegueira deliberada é *compor o quadro contextual significativo indispensável para a compreensão da ação global do agente em tudo o que interessa para a imputação penal*.

No que concerne especificamente ao procedimento de imputação subjetiva, *a cegueira deliberada é um indicador indispensável para a compreensão do aspecto cognitivo a ser imputado*. A cegueira deliberada não é nada mais do que um fator relevante para a compreensão sobre o grau de conhecimento do risco que o agente tenha em relação aos momentos executórios. Ela não é nada mais do que isso, mas também não é nada menos do que isso. A cegueira deliberada não é desimportante no jogo argumentativo da imputação subjetiva, como se ela não entrasse nesse jogo nem o influenciasse.

Como foi visto quando da análise da concepção significativa da ação, a afirmação da presença ou da ausência do elemento cognitivo do dolo em relação aos momentos executórios se baseia em um conjunto plural de fatores que são indicadores que conferem, uma vez contextualizados, o significado sobre o conhecimento do agente. A análise de alguns desses fatores dissociada dos demais acarreta que se perca de vista a ação global relevante em função do tipo penal de

ação. Aliás, é com base no tipo de ação que se estabelece o parâmetro linguístico de referência, o qual propicia a que se proceda à compreensão sobre quais atos e circunstâncias compõem a ação penalmente relevante. Esta é a “ação global”, que pode ser designada simplesmente de “ação”, pois esse caráter de “globalidade” é apenas um recurso pleonástico didático para que se entenda a amplitude que se deve conferir à ação penalmente relevante.

A cegueira deliberada (quando percebida) faz parte necessariamente da ação penalmente relevante, com referência ao tipo penal de ação. O próprio conceito de cegueira deliberada é sempre construído, na dogmática penal, em função do tipo penal – não se compreende como poderia haver uma cegueira deliberada penalmente relevante sem que esta seja referida ao tipo penal ou à definição hipotética do delito, nos sistemas jurídicos que não adotam o instituto do tipo penal. Sem essa referência ao tipo penal, ou se está a referir a uma cegueira deliberada como algo de interesse meramente social, extrapenal, o que acontece quando o desconhecimento se refere a alguma construção socialmente relevante, extrajurídica; ou nem se pode falar em cegueira deliberada, porque a intencionalidade da ignorância pressupõe um direcionamento final com referência a algo.

Temos assim que a conduta que denota um sentido de intencionalidade na direção da ignorância sobre elemento do tipo objetivo, independentemente de esta conduta ter sido bem-sucedida ou não em seu intento, compõe um todo da ação punível.

A cegueira deliberada é, no entanto, apenas *um* dos fatores que são indicadores sobre a presença do elemento cognitivo do dolo, com referência aos momentos executórios. A ação do agente abrange uma pluralidade de fatores que são identificados como relevantes para a compreensão sobre o conhecimento, de maneira que a decisão a ser tomada no procedimento de imputação subjetiva *já* *deve considerar exclusivamente* o indicador cegueira deliberada. Esta é francamente insuficiente para conferir o sentido do conhecimento do agente no momento relevante conforme o princípio da correlação. São relevantes para a compreensão sobre o elemento cognitivo uma multiplicidade aberta de indicadores; e a cegueira deliberada é apenas um deles (sempre insuficiente por si só, repita-se). O espectro geral dos fatores indicadores que são relevantes para essa finalidade não pode ser pré-concebido de maneira abstrata, pois é dependente da dinâmica dos jogos de linguagem próprios de cada caso concreto.

10. A ESPECIFICIDADE DA CEGUEIRA DELIBERADA ENQUANTO INDICADOR SOBRE O CONHECIMENTO IMPUTÁVEL AO AGENTE

Isso nos leva à primeira razão pela qual consideramos que a cegueira deliberada é um indicador *qualificado* a respeito da compreensão sobre a afirmação ou a negação do conhecimento do agente. A cegueira deliberada é um indicador incontornável uma vez detectada a sua presença. O jogo argumentativo sobre o conhecimento do agente não prescinde da discussão sobre a cegueira deliberada percebida em um caso que esteja sob análise. O caráter de imprescindibilidade da discussão argumentativa sobre a cegueira deliberada no caso concreto (real ou hipotético) fica ainda mais evidente porque não apenas ela é indispensável, mas também porque ela assume a condição de *questão central* do jogo argumentativo. Isto é, a definição sobre se o agente possuía, ou não, o grau de conhecimento necessário para a imputação do dolo gira em torno da discussão sobre a cegueira deliberada no caso concreto, e a decisão sobre a imputação subjetiva depende diretamente da resolução da questão sobre se a cegueira deliberada foi bem-sucedida ou se ela fracassou. Quando a cegueira deliberada for bem-sucedida, não se pode afirmar o dolo; ao revés, quando a cegueira deliberada fracassar, ter-se-á a compreensão de que o agente tinha o conhecimento necessário para a afirmação do dolo.

A outra razão pela qual a cegueira deliberada é um indicador qualificado está em que a sua detecção pressupõe que o agente tenha tido, em algum momento anterior ao cometimento dos atos executórios, o conhecimento em grau suficiente ao

que seria necessário para a atribuição do dolo (se tivesse havido a comissão de atos executórios naquele momento)⁸⁹. A compreensão da presença desse conhecimento não é irrelevante nem neutra para o procedimento de imputação subjetiva. Ela estabelece uma agenda específica para todo procedimento de imputação subjetiva em que se percebeu uma cegueira deliberada: a necessidade de compreensão sobre se esta foi ou não bem-sucedida. Admite-se que o agente teve o conhecimento sobre o risco e teria tido o dolo se o delito tivesse sido executado em certo momento, mas como ele desenvolveu atos (positivos ou omissivos) com a intenção de ignorar nos momentos executórios, a pergunta da imputação subjetiva deixa de ser uma pergunta genérica do tipo “teve o agente o grau de conhecimento do risco necessário para a configuração do dolo?” para se tornar uma pergunta específica no sentido de “conseguiu o agente elidir o conhecimento que ele teve?”

Essa modificação do tipo de argumentação que deve ser feita para que se perceba o significado do desconhecimento é baseada na perspectiva linguístico-pragmática de que o conhecimento se expressa não apenas como “saber o que”, mas também como “saber como”. Indicadores de que o agente não *estava pensando* em algum elemento do tipo objetivo durante a execução do delito não são pertinentes, não expressam a ausência nem a presença do conhecimento. O problema do conhecimento não é um problema sobre o que a consciência do agente representou em um determinado lapso temporal. Uma vez que o sentido do conhecimento esteja estabelecido para o momento dos atos de tentativa de autocolocação em estado de ignorância, haverá a necessidade lógica de que sejam argumentativamente percebidos indicadores de que esta organização de vida logrou êxito em afastar as duas maneiras de manifestação do conhecimento, o “saber o que” e o “saber como.”

É claro que, sob a perspectiva do procedimento de imputação subjetiva, todos os elementos que expressam indicadores sobre o conhecimento do agente apresentam-se simultaneamente ao juiz; ou melhor, apresentam-se à medida em que lhe sejam disponibilizados por meio do procedimento, mas devem ser considerados em sua globalidade.

A argumentação em favor do desconhecimento nos momentos executórios pode se referir a que o delito ocorrido não estava abrangido pelo conhecimento do risco anterior, que propiciou a cegueira deliberada. Esse tipo de argumentação afasta mais facilmente o significado do conhecimento, convencendo sobre o desconhecimento, porque ela nega a própria cegueira deliberada, já que o agente não teve o conhecimento do risco no momento anterior. Sem esse conhecimento, o agente não pode ter direcionado a sua ignorância. A questão que se coloca consiste na pesquisa, no caso concreto, sobre os limites do dolo alternativo do agente, naquilo a que se refere o elemento cognitivo. Para que se afirme a cegueira deliberada, deve-se afirmar a presença do conhecimento do risco, e esse pode ter como referência um ou mais tipos penais de ação. Sempre que houver dolo alternativo – ou melhor, o conhecimento que caracteriza o elemento cognitivo do dolo alternativo – haverá cegueira deliberada em relação a todos os tipos penais abrangidos pelo risco conhecido (ou pelos riscos, no plural). Assim, a maneira mais direta de afastar a percepção de que o agente sabia do risco nos momentos executórios consiste em demonstrar o sentido de que o delito ocorrido não se refere ao conhecimento anterior do agente.

Assim, por exemplo, em um caso no qual um conhecido traficante de drogas e de armas pede ao agente para que leve uma mala trancada em uma viagem para o exterior, mediante o pagamento de uma expressiva quantia de dinheiro, poder-se-ia cogitar que o agente tenha tido o conhecimento do risco em relação ao crime de tráfico de entorpecentes, ou de lavagem de dinheiro ou, quem sabe, até mesmo de tráfico de armas, considerando o que possa ter suspeitado que estava no compartimento cujo conteúdo deixou de verificar.⁹⁰ Haveria, então, o conhecimento

⁸⁹Mas não houve atos executórios, já que se trata de conduta anterior.

⁹⁰Parte-se do pressuposto de que a narrativa completa do caso permite a percepção do sentido de que o agente sabia do risco em relação a esses delitos.

suficiente para a configuração do elemento cognitivo do dolo alternativo entre as figuras delitivas mencionadas. Se o crime que se revelou cometido, no entanto, foi o de financiamento do terrorismo (por exemplo, no direito brasileiro, o delito previsto no art. 6º da Lei 13.260/16), e não há indicadores de que o agente tenha suspeitado de que sua conduta pudesse contribuir para tal delito, não haverá dolo por parte do agente, mesmo ele tendo deliberadamente ignorado o conteúdo da mala que transportava. Conforme a concepção de cegueira deliberada aqui defendida, não se pode nem mesmo afirmar que houve uma cegueira deliberada por parte do agente em relação ao delito objetivamente cometido. Para o direito penal, a cegueira deliberada é sempre referenciada a um ou mais tipos penais, os quais são a base indispensável para a imputação penal.

Mas mesmo quando o delito efetivamente cometido se encontra entre aqueles que são abrangidos pelo conhecimento que o autor tem sobre o risco, no momento inicial, é plenamente possível que se perceba o desconhecimento do agente nos momentos relevantes. Para isso, os indicadores em seu conjunto devem comunicar um sentido desse desconhecimento, de maneira que essa compreensão prevaleça sobre a percepção de presença do conhecimento no momento da deliberação da cegueira. Existe uma imensurável gama de situações que podem levar a essa compreensão do desconhecimento, de maneira que não é possível se estabelecer um catálogo hipotético *a priori* a respeito.

Portanto, a cegueira deliberada é *apenas um indicador* que por si só é *insuficiente* para se afirmar ou se recusar o dolo no caso concreto. A decisão sobre a atribuição de dolo apenas pode ser tomada por meio da compreensão do conjunto de todos os indicadores que se revelem relevantes, de maneira que a ação global do agente esteja em foco e participe da transmissão de significado. *Isolada, a cegueira deliberada não expressa um sentido útil ao procedimento de imputação subjetiva.* Aliás, isolados, nenhum dos aspectos da ação global é suficiente para a percepção do sentido.

A comprovação de que a cegueira deliberada não é nada mais do que um mero indicador – insuficiente quando isolado – que, quando percebida, precisa necessariamente compor a argumentação desenvolvida no procedimento de imputação subjetiva, é que se ela fosse identificada como um estado mental específico, guia subjetivo de uma conduta ilícita, seria ainda punível quando não ocorresse o resultado delitivo. Vale dizer, em um caso de transporte de drogas ilícitas, como o caso *Jewell*⁹¹, por exemplo, deveria ser imputada uma tentativa de delito quando, em uma verificação policial ou aduaneira feita na fronteira, o compartimento secreto do veículo fosse encontrado vazio. Isso prova que a cegueira deliberada não é um estado mental, que ela não é equivalente a qualquer outro elemento subjetivo e, portanto, como tal, *isoladamente, ela não tem relevância penal específica.* A cegueira deliberada, exatamente da mesma maneira que todos os demais atos e circunstâncias que são abrangidos pela ação global, apenas tem relevância penal quando percebida e contextualizada globalmente.

11.CONCLUSÕES SOBRE O PAPEL DA CEGUEIRA DELIBERADA COMO INDICADOR INDISPENSÁVEL PARA O PROCEDIMENTO DE IMPUTAÇÃO SUBJETIVA

1. A identificação da cegueira deliberada em um caso concreto exerce, sob um certo ângulo, apenas um papel modesto no procedimento de imputação subjetiva penal. Ela não tem o condão de fazer uma conduta imprudente ser mais grave do que os limites de gravidade usualmente atribuídos à imprudência, ou, em outras palavras, a cegueira deliberada não torna uma ação imprudente tão reprovável quanto uma ação dolosa, nem faz com que a ação percebida seja reprovável em um patamar intermediário entre o dolo e a imprudência.

⁹¹US. *United States v. Jewell*, U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit – 532, F.2d 697 (9th Cir. 1976).

2. Ainda que modesto, o papel da cegueira deliberada para a compreensão da ação global que interessa para a imputação penal, como um todo, e para a imputação subjetiva, especificamente, é relevante.

3. No campo da dogmática jurídico-penal, a cegueira deliberada é um *indicador que compõe o quadro contextual significativo indispensável para a compreensão da ação global do agente em tudo o que interessa para a imputação penal.*

4. No que concerne especificamente ao procedimento de imputação subjetiva, *a cegueira deliberada é um indicador indispensável para a compreensão do aspecto cognitivo a ser imputado.*

5. A cegueira deliberada é, no entanto, apenas *um* dos fatores que são indicadores sobre a presença do elemento cognitivo do dolo, com referência aos momentos executórios. *Isolada, a cegueira deliberada não expressa um sentido útil ao procedimento de imputação subjetiva.* Por si só, a cegueira deliberada é insuficiente para conferir o sentido do conhecimento do agente no momento relevante conforme o princípio da correlação.

6. A cegueira deliberada, quando detectada, é um indicador *qualificado* para o procedimento de imputação subjetiva porque ela é indispensável para a compreensão sobre este, assim como porque ela assume a condição de *questão central* do jogo argumentativo. Além disso, a pergunta da imputação subjetiva deixa de ser uma pergunta genérica do tipo “teve o agente o grau de conhecimento do risco necessário para a configuração do dolo?” para se tornar uma pergunta específica no sentido de “conseguiu o agente elidir o conhecimento que ele teve?” Isto é, a definição sobre se o agente possuía, ou não, o grau de conhecimento necessário para a imputação do dolo gira em torno da discussão sobre a cegueira deliberada no caso concreto, e a decisão sobre a imputação depende diretamente da resolução da questão sobre se a cegueira deliberada foi bem-sucedida ou se ela fracassou. A resposta a essa questão, no entanto, jamais pode ser fornecida apenas por meio dos elementos inerentes à conduta de provocação intencional da cegueira, devendo necessariamente provir da compreensão global de todos os indicadores sobre o elemento cognitivo do agente.

12. BIBLIOGRAFIA

- BELLO, G. R. “El agente moral y su transformación semiótica”, *in*: CRUZ, M. (coord.). *Acción humana*, Ariel, Barcelona, 1996.
- BUSATO, P. C. “La crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa: conexiones entre el civil law y el common law en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher”, *Revista Penal*, n.º 35, 2015.
- _____, *Direito Penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito Penal a partir da filosofia da linguagem*, 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.
- _____, *Derecho penal y acción significativa: la función del concepto de acción em derecho penal a partir de la filosofía del lenguaje*, Didot, Buenos Aires, 2013.
- _____, “Dolo e significado”, *in*: BUSATO, P. C. (Coord.), *Dolo e direito penal: modernas tendências*, 2ª ed., Atlas, São Paulo, 2014.
- _____, “A política jurídica como expressão da aproximação entre o common law e o civil law”, *in*: BUSATO, P. C. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.
- _____, “Valoração crítica da ‘Actio Libera’ in causa a partir de um conceito significativo de ação”, *in*: BUSATO, P. C. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.
- CABRAL, R. L. F. *Dolo y lenguaje: hacia una nueva gramática del dolo desde la filosofía del lenguaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- _____, “O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa”, *in*: BUSATO, P.

- C. (Coord.), *Dolo e direito penal: modernas tendências*, 2ª ed., Atlas, São Paulo, 2014.
- FERRAZ, S. V. *Cegueira Deliberada: sua utilidade na teoria do delito*, 1ª ed., Tirant Lo Blanch, São Paulo, 2022.
- FLETCHER, G. P., "Aproximación intersubjetiva al concepto de acción", *Conferencia proferida na Universidad Pablo de Olavide*, Sevilla, 1998.
- _____, "Basic concepts of criminal law", *Oxford University Press*, New York, 1998.
- _____, *Gramática del derecho penal*, (Trad. CONDE, M.), Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
- _____, "Rethinking criminal law", *Oxford University Press*, New York, 2000.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. *Estudios de derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990.
- GRECO, L., "Dolo sem vontade", in: SILVA DIAS e outros (coords.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário: estudos de Direito e Filosofia*, Almedina, Coimbra, 2009.
- HEFFERNAN, M. *Willful blindness: why we ignore the obvious at our peril*, Walker & Company, New York, 2011.
- HINTIKKA, J. *Lógica, juegos de lenguaje e información*, Tecnos, Madrid, 1976.
- ISIDORO, R. "Estudio introductorio", in: WITTGENSTEIN, L. *Tractatus logico-philosophicus (Logisch-Philosophische Abhandlung)*, *Investigaciones filosóficas (Philosophische Untersuchungen)*, *Sobre la certeza (Über Gewissheit)*, Gredos, Madrid, 2009.
- LUBAN, D. "Contrived ignorance", 87 *Geo. L. J.* 957, 1999.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, C. "La 'concepción significativa de la acción' de T. S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito", *Anuario da Faculdade de Direito*, disponível em <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2100/AD-5-51.pdf>; acesso em: 20 abr. 2018.
- _____, "O conceito 'significativo' de dolo: um conceito volitivo normativo", in: BUSATO, P. C. (Coord.), *Dolo e direito penal: modernas tendências*, 2ª ed., Atlas, São Paulo, 2014.
- MUÑOZ CONDE, F. & GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal - Parte general*, 4º ed., Tirant lo Blanc, Valencia, 2000.
- ROXIN, C. Acerca de la normativización del dolus eventualis y la doctrina del peligro de dolo, in *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000.
- _____. *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, C.H.Beck, München, 2006.
- SERENY, G. *Albert Speer: His battle with truth*, Vintage, New York, 1995.
- STRATENWERTH, G. *Derecho penal, parte general I, El hecho punible*, Thompson-Civitas, Madrid, 2005.
- US. *United States v. Jewell*, U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit – 532, F.2d 697 (9th Cir. 1976).
- VIVES ANTON, T. S., "Estudio preliminar", in: RAMOS VÁZQUEZ, J. A. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- _____. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- _____. "Reexame do dolo", in: BUSATO, P. C. (Coord.), *Dolo e direito penal: modernas tendências*, 2ª ed., Atlas, São Paulo, 2014.
- WITTGENSTEIN, L. *Fichas - Zettel*, (trad. BERHAN DA COSTA, A.), Edições 70, Lisboa, 1981.
- _____. *Tractatus logico-philosophicus (Logisch-Philosophische Abhandlung)*, *Investigaciones filosóficas (Philosophische Untersuchungen)*, *Sobre la certeza (Über Gewissheit)*, Gredos, Madrid, 2009.