

Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos e Implicações²⁴¹

O tema responsabilidade penal da pessoa jurídica constitui ainda hoje uma temática bastante controvertida e que tem despertado a atenção da doutrina penal em todo o mundo.²⁴² Isso principalmente devido ao papel cada vez mais importante desempenhado pela pessoa jurídica na sociedade moderna, o que a tem vinculado de modo decisivo ao fenômeno da denominada criminalidade econômica *lato sensu* (v.g., ordem econômica, relações de consumo, ambiente etc.).

Destarte, não se desconhecem, muito pelo contrário, as ingentes dificuldades de individualização da responsabilidade penal no interior das complexas estruturas de poder que caracterizam as pessoas jurídicas nacionais ou multinacionais, fato que tem sido objeto de profundas reflexões dos pesquisadores no intuito de buscar uma solução satisfatória.

Assiste-se, também, nessa seara, a um grave e preocupante conflito entre a liberdade econômico-empresarial e os direitos individuais fundamentais.²⁴³

O que se propõe a seguir nada mais é do que examinar, ainda que brevemente, alguns aspectos pontuais da matéria, segundo certa diretriz de pensamento. Preliminarmente, vai-se incursionar no campo dogmático-político-criminal (I), para, ao depois, fazer-se referência aos principais sistemas de responsabilidade penal da pessoa jurídica (II) e, por último, ao tratamento dado à matéria pela lei brasileira dos crimes ambientais (III).

Antes de tudo, convém realizar breve digressão sobre as teorias que estão na raiz do problema, ou seja, a da ficção e a da realidade.²⁴⁴ A primeira, criada por SAVIGNY, afirma que as pessoas jurídicas têm existência fictícia, irreal ou de pura abstração – devido a um privilégio lícito da autoridade soberana –, sendo, portanto, incapazes de delinquir (carecem de vontade e de ação). O Direito Penal considera o homem natural, quer dizer, um ser livre, inteligente e sensível: a pessoa jurídica, ao contrário, encontra-se despojada dessas características, sendo só um ser abstrato. A realidade de sua existência se funda sobre as decisões de certo número de representantes que, em virtude de uma ficção, são consideradas como suas; e uma representação semelhante, que exclui a vontade propriamente dita, pode ter efeito em matéria civil, mas nunca em relação à ordem penal. Os delitos que podem ser imputados à pessoa jurídica são praticados sempre por seus membros ou diretores, isto é, por pessoas naturais, e pouco importa que o interesse da corporação tenha servido de motivo ou de fim para o delito.²⁴⁵

A segunda – teoria da realidade, da personalidade real ou orgânica –, cujo precursor mais ilustre foi OTTO GIERKE, baseia-se em pressupostos totalmente diversos. A pessoa moral não é um ser artificial, criado pelo Estado, mas sim um ente real (vivo e ativo), independente dos indivíduos que a compõem. Do mesmo modo que uma pessoa física, “atua como o indivíduo, ainda que mediante procedimentos diferentes, e pode, por conseguinte, atuar mal, delinquir e ser punida”.²⁴⁶ A pessoa coletiva tem uma personalidade real, dotada de vontade própria, com capacidade de agir e de praticar ilícitos penais. O ente corporativo existe, é uma realidade social. É sujeito de direitos e deveres; em consequência, é capaz de dupla responsabilidade: civil e penal. Essa responsabilidade é pessoal, identificando-se com a da pessoa natural. As pessoas jurídicas aparecem, pois, como seres coleti-

²⁴¹ Extraído do livro de autoria do Professor Luiz Regis Prado, *Direito Penal do Ambiente*, 3ª Ed. São Paulo: RT, 2012, p.125-145.

²⁴² Cf. BRICOLA, F. Il costo del principio “societas delinquere non potest” nell’attuale dimensione del fenomeno societario. *RIDPP*, 1970, p. 962 e ss.; BARBERO SANTOS, M. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Doctrina penal*, 35, 1986, p. 397 e ss.; e, mais recentemente, MIR PUIG, S.; LUZON PEÑA, D. M. *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, p. 13 e ss.

²⁴³ Sobre esse ponto, vide PATRONO, P. *Diritto Penale dell’impresa e interessi umani fondamentali*, p. 51 e ss.

²⁴⁴ Cf. FRANCESCO, G. M. de. *Persona giuridica. Nov. Dig. Ital.*, v. 12, p. 1.037 e ss.

²⁴⁵ Cf. MESTRE, A. *Las personas morales y su responsabilidad penal*, p. 39.

²⁴⁶ Cf. MESTRE, A. *Op. cit.*, p. 40-41. Sem dúvida alguma, são volições humanas as que formam os elementos da vontade corporativa. Essas vontades individuais organizam-se “*en manajo*” e unificam-se no grupo para tornar possível a vida corporativa, que supõe contratos (manifestações de vontade). Isso se realiza em razão da solidariedade representativa (*Ibid.*, p. 139).

vos, dotados de vontade real, que podem exercitar em diversos sentidos; e nada impede, em princípio, que seja ela dirigida a fins proibidos, especialmente pela lei penal.²⁴⁷

Há, ainda, quem considere a pessoa jurídica como uma realidade análoga, isto é, “[...] uma realidade permanente, individual, completa, incomunicável fonte de atividade consciente e livre, realidade distinta. Realiza todas as características da personalidade, menos uma: a substancialidade. Ao contrário da pessoa humana, realidade substancial, a pessoa moral é realidade accidental”.²⁴⁸

Na atualidade, prepondera na doutrina o entendimento de que as pessoas jurídicas não são mera ficção; mas têm realidade própria, embora totalmente diversa das pessoas físicas ou naturais.

Em termos científicos, tem-se como amplamente dominante, desde há muito, no Direito Penal brasileiro,²⁴⁹ como nos demais Direitos de filiação romano-germânica, a irresponsabilidade penal da pessoa jurídica, expressa no conhecido apotegma *societas delinquere non potest*, verdadeira reafirmação dos postulados da culpabilidade e da personalidade das penas. Isso quer dizer que os crimes praticados no âmbito da pessoa jurídica só podem ser imputados criminalmente às pessoas naturais na qualidade de autores ou partícipes.

O fundamento de tal orientação radica, essencialmente, em que se encontram ausentes na atividade da própria pessoa jurídica os elementos seguintes: a) capacidade de ação no sentido penal estrito; b) capacidade de culpabilidade (princípio da culpabilidade); c) capacidade de pena (princípio da personalidade da pena), indispensáveis à configuração de uma responsabilidade penal subjetiva.

De primeiro, ressalta à evidência que a pessoa coletiva não tem *consciência* e *vontade* – em sentido *psicológico* – semelhante à pessoa física, e, com isso, capacidade de autodeterminação, faculdades que necessariamente não de ser tomadas por empréstimo aos homens.²⁵⁰ Isso vale dizer: só o ser humano, como pessoa-indivíduo, pode ser qualificado como autor ou partícipe de um delito. Daí a máxima *nullum crimen sine actione* e o seu indispensável *coeficiente de humanidade*.²⁵¹ O aspecto de conduta humana “indica que só constituem formas de atuar em sentido jurídico-penal as manifestações da atividade do homem individual e não os atos de pessoas jurídicas”.²⁵²

Contrariando a repetida frase de FRANZ VON LISZT, embora as pessoas jurídicas possam realizar contratos, não parece convincente que possam de per si realizar uma ação ou omissão típica.²⁵³ É necessário, pois, distinguir entre sujeito da ação e sujeito da imputação, que não são coincidentes no caso de pessoas jurídicas, visto que estas “só podem atuar através de seus órgãos e representantes, isto é, de pessoas físicas (sujeito da ação)”.²⁵⁴ Então os efeitos jurídicos imputados à pessoa coletiva são aqueles decorrentes da conduta de seu representante, sendo sua atividade unicamente uma

²⁴⁷ . Ibid., p. 189.

²⁴⁸ . OLIVEIRA, J. L. C. *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 19.

²⁴⁹ . Vide, a respeito, SIQUEIRA, G. *Tratado de Direito Penal*, t. I, p. 267-270; HUNGRIA, N. *Comentários ao Código Penal*, v. I, p. 188; MARQUES, J. F. *Tratado de Direito Penal*, v. III, p. 38; GARCIA, B., op. cit., t. I, p. 237; BRUNO, A. *Direito Penal*, t. II, p. 205-208; NORONHA, E. M. *Direito Penal*, v. I, p. 110; e, entre os autores mais modernos, FRAGOSO, H. C. *Lições de Direito Penal*, P.G., p. 152; TOLEDO, F. de A. *Princípios básicos de Direito Penal*, p. 91-92; JESUS, D. E. de. *Direito Penal*, P.G., v. I, p. 163; MIRABETE, J. *Manual de Direito Penal*, v. I, p. 100; MESTIERI, J. *Teoria elementar do direito criminal*, p. 159-160; CERNICCHIAIRO, L. V.; COSTA JR., P. J. da. *Direito Penal na Constituição*, p. 155-166; PRADO, L. R. *Direito Penal ambiental* (problemas fundamentais), p. 79-93; Idem. *Curso de Direito Penal brasileiro*, 10 ed., P.G., 1, p. 439 ss; DOTTI, R. A. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro). *RBCCrim*, 11, 1995, p. 187-188; LUISI, L. Direito Penal e revisão constitucional. *RT*, 729, 1996, p. 376; SALES, S. S. de. *Do sujeito ativo na parte especial do Código Penal*, p. 42 e ss.; BITENCOURT, C. R. *Manual de Direito Penal*, P.G., p. 193-196, entre tantos outros.

²⁵⁰ . Cf. CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal español* cit., t. II, 6. ed., p. 70; ROXIN, C. *Derecho Penal*. P.G., t. I, p. 252; GRACIA MARTÍN, L. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. *Actualidad Penal*, 39, 1993, p. 604; BAJO FERNÁNDEZ, M. *Derecho Penal económico*, p. 112; RODRIGUEZ MOURULLO, G., op. cit., p. 227-231; BETTIOL, G., op. cit., p. 315; PRADO, L. R. *Curso de Direito Penal brasileiro*, 10 ed., P.G., 1, p. 441 e ss. A vontade da pessoa jurídica não pode tampouco, por mais que seja considerada “real”, ser equiparada à vontade da ação, do homem particular. A ausência de capacidade jurídico-penal de conduta da pessoa coletiva deriva tanto de sua natureza quanto da essência da conduta (MAURACH, R., op. cit., p. 180).

²⁵¹ . ROMANO, M *Commentario sistematico del Codice Penale*, p. 353.

²⁵² . JESCHECK, H-H., op. cit., p. 297.

²⁵³ . Como bem ensina RODRIGUEZ MOURULLO, “não é a pessoa jurídica que ‘conclui’ por si mesma contratos, mas sim fica vinculada pelos contratos que celebram em seu nome as pessoas individuais que atuam como seus órgãos. Mas o fenômeno da representação não tem cabimento em relação aos sujeitos ativos do delito. Para que alguém pratique delito é necessário que tenha realizado pessoalmente a ação penalmente cominada” (op. cit., p. 228).

²⁵⁴ . GRACIA MARTÍN, L. La question de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. *Actualidad Penal*, p. 586. Com grande percuciência e riqueza de detalhes, refuta esse autor as teses mais recentes de Hirsch, Tiedemann e de seu discípulo Brender (p. 599 e ss.)

atividade juridicamente imputada.²⁵⁵ É dizer: não se trata de uma autoria da própria pessoa jurídica.

Além disso, como bem se sustenta, a especificidade própria da norma penal, de cunho imperativo – fundada em modais deônticos (obrigatório/proibido/permitido) – implica em que só a pessoa natural possa ser seu destinatário.²⁵⁶

Insistir na não rara fusão – organicista – entre pessoa jurídica e pessoa física, sob alegação de que, por exemplo, têm a mesma ou similar *vontade*, “é navegar a plenas velas no mar da fantasia”.²⁵⁷ Com efeito, é sempre em relação à pessoa física que se tem em vista a pessoa jurídica, que busca desesperadamente encontrar entre elas convergências inexistentes.²⁵⁸ Só se assemelham como unidade de eficácia normativa, como fator ativo do acontecer social.²⁵⁹ Nada mais.

De conseguinte, falta ao ente coletivo o primeiro elemento do delito: capacidade de ação ou omissão (típica). A ação consiste no exercício de uma atividade finalista, no desenvolvimento de uma atividade dirigida pela vontade à consecução de um determinado fim. E a omissão vem a ser a não realização de uma atividade finalista (não ação finalista).²⁶⁰

Sublinhe-se ainda que, desde FEUERBACH, a consideração do delito como ação ou omissão humana, e não como estado, condição, expressão de um sentido ou simples perspectiva de conduta, constitui-se em uma indisponível garantia liberal.

Na sequência do assunto ora examinado, assinala-se que a pessoa jurídica também é incapaz de culpabilidade e de sanção penal.

A culpabilidade penal como juízo de censura pessoal pela realização do injusto típico só pode ser endereçada a um indivíduo (culpabilidade da *vontade*).²⁶¹ Como juízo ético-jurídico de reprovação, ou mesmo de motivação normal, somente pode ter como objeto a conduta humana livre.

Esse elemento do delito – como fundamento e limite da pena – é sempre reprovabilidade pessoal e se decompõe em imputabilidade (capacidade de culpa), consciência potencial da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.²⁶² Sobre o principal critério aventado para justificar a culpabilidade da própria pessoa jurídica (*v.g.*, culpabilidade por defeito de organização), tendo em conta as categorias sociais (culpabilidade social), objetiva-se, corretamente, que “a culpabilidade da pessoa coletiva nesse sentido (como já acontece com a sua ação) continua sendo também uma ficção, já que a organização defeituosa não pode ser realizada pela própria pessoa coletiva, mas sim por seus dirigentes”.²⁶³ Isso significaria, portanto, fundamentar a culpabilidade em fato *alheio* – culpabilidade *presumida* –, porque a responsabilidade da pessoa jurídica estaria baseada na imputação do fato culpável de seu órgão ou representante, em uma violação flagrante do princípio da culpabilidade.

Em nosso Direito, tem esse princípio (responsabilidade penal subjetiva)²⁶⁴ agasalho constitucional implícito no artigo 1.º, inciso III (dignidade da pessoa humana), corroborado pelos artigos 4.º, inciso II (prevalência dos direitos humanos), e 5.º, *caput* (inviolabilidade do direito à liberdade), da Constituição Federal do Brasil de 1988. De sua vez, a responsabilidade penal *subjetiva* se encontra presente

²⁵⁵ . Ibid., p. 588.

²⁵⁶ . Ibid., p. 602-605. Aliás, assevera FERNANDO MANTOVANI, *ipsis litteris*, que “la sola *persona umana* può essere soggetto attivo, poiché la norma giuridica come tale há un significato se ed in quanto riferita a soggetti umani” (op. cit., p. 145). Nessa trilha, destaca também Mario Romano que “la destinazione di norme relative a comportamenti (che si postulino) intrisi di una connotazione particolarmente negativa sul piano etico-sociale alle sole persone fisiche ha il pregio di esaltare lo specifico della persona umana e quella libertà del singolo que sta alla base della sua responsabilità” (Societas delinquere non potest (nel ricordo di Franco Bricola). *RIDPP*, 4, 1970, p. 1037).

²⁵⁷ . Cf. BARROS, W. de B. *Curso de Direito Civil*, v. 1, p. 100.

²⁵⁸ . Cf. HENNAU-HUBLET, C. La criminalisation du comportement collectif. *Criminal liability of corporations*, p. 141.

²⁵⁹ . GRACIA MARTÍN, L. La question de la responsabilité penal de las propias personas jurídicas. *Actualidad Penal*, cit., p. 586 e ss.

²⁶⁰ . Cf. WELZEL, H., op. cit., p. 53; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español* cit., p. 48; PRADO, L. R., *Curso de Direito Penal brasileiro*, P.G., 1, 8. ed, p. 257.

²⁶¹ . Cf. WELZEL, H., op. cit., p. 198 e ss.; CEREZO MIR, J. *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, p. 179 e ss.; BAJO FERNÁNDEZ, M. *Derecho Penal económico* cit., p. 112; CORDOBA RODA, J. *Culpabilidad y pena* cit., p. 23 e ss.; JESCHECK, H.-H., op. cit., p. 559 e ss.; WESSELS, J., op. cit., p. 82; TAVARES, J. *Teorias do delito*, p. 73 e ss.

²⁶² . Vide PRADO, L. R. *Curso de Direito Penal brasileiro*, 10 ed., P.G., 1, p.395 e ss.

²⁶³ . ROXIN, C., op. cit., p. 259-260; assim também GRACIA MARTÍN, L. La question de la responsabilité penal de las propias personas jurídicas. *Actualidad Penal*, cit., p. 601; BAJO FERNÁNDEZ, M. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Administrativo español. *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, p. 25-31.

²⁶⁴ . Vide, sobre o referido postulado, PRADO, L. R. *Curso de Direito Penal brasileiro*, 10 ed. P.G., 1, p.145.; Idem. *Bem jurídico-penal e Constituição*, 4. ed., p. 54 e ss.

na legislação pátria desde o advento do Código Criminal do Império de 1830 (arts. 2.º, § 1.º, e 3.º), até o diploma em vigor que estabelece expressamente não haver delito sem dolo ou culpa (arts. 18 e 19, CP).

Fora daí, não caberia falar-se em um Direito Penal *autêntico*, visto que “não haveria culpabilidade, senão responsabilidade pelo fato de atuar em sociedade”.²⁶⁵

A respeito da pena, as ideias de prevenção geral, prevenção especial, reafirmação do ordenamento jurídico e ressocialização não teriam sentido em relação às pessoas jurídicas. “A pena não pode ser dirigida, em sentido estrito, às pessoas jurídicas no lugar das pessoas físicas que atrás delas se encontram, porque conceitualmente implica uma ameaça psicológica de imposição de um mal para o caso de quem delinquir e não se pode imaginar que a pessoa jurídica possa sentir o efeito de cominação psicológica alguma”.²⁶⁶ Em verdade, o princípio da personalidade da pena – *nenhuma pena passará da pessoa do condenado* (art. 5.º, XLV, CF) – tradicionalmente enraizado nos textos constitucionais brasileiros,²⁶⁷ impõe que a sanção penal recaia *exclusivamente* sobre os autores materiais do delito e não sobre todos os membros da corporação (*v.g.*, operários, sócios minoritários etc.), o que ocorreria caso se lhe impusesse uma pena.²⁶⁸ Não há lugar aqui para outra interpretação senão a que liga a responsabilidade penal à realização de um comportamento *próprio*,²⁶⁹ sendo a responsabilidade *peçoal* sempre e exclusivamente de ordem subjetiva. Afasta-se, desse modo, qualquer outra modalidade de responsabilidade penal (*v.g.*, coletiva, pelo fato de outrem etc.). Tão somente em sentido técnico-jurídico pode ser denominada pessoa o ente moral.

Ademais, não são as pessoas jurídicas passíveis sequer de aplicação de medidas de segurança de caráter penal, já que para isso faz-se mister uma ação ou omissão típica e ilícita.²⁷⁰ Como também não cabe afirmar-se o requisito da periculosidade criminal em se tratando do próprio ente coletivo.

Todavia, sustenta-se que devem ser impostas medidas de segurança – *sui generis* – fundadas na periculosidade *objetiva* da pessoa jurídica, revelada nas ações ilícitas (sintomáticas) praticadas por seus órgãos ou pessoas que atuam a seu serviço (*v.g.*, dissolução, suspensão, revogação de autorizações e licenças, publicação da sentença, intervenção na gestão da empresa, exclusão de benefícios ou subvenções etc.). Como se vê, são medidas de natureza não penal (administrativa/civil/comercial), mas revestidas de certas garantias e efeitos dessa índole.²⁷¹

Diante de uma orientação que procura responsabilizar penalmente e de forma direta a pessoa jurídica, sob uma pretensa necessidade político-criminal de caráter pragmático e em nome de fins preventivos de defesa social, pergunta-se: haveria real e comprovada necessidade de sancioná-la penalmente? Não haveria outros meios mais eficazes e menos custosos? Seria legítima, pelo prisma dos princípios garantistas que informam um Estado de Direito democrático? Estaria em sintonia com as modernas diretivas político-criminais e criminológicas?

Objeta-se, de plano, que não se pode sacrificar sobre o altar de uma eficácia utilitarista as exigências de tutela de fundamentais interesses do indivíduo e da coletividade. Em verdade, tanto o positivismo como o utilitarismo jurídicos se contentam com a ideia de responsabilidade penal objetiva; é bastante a noção de delito enquanto dado objetivo ou material.²⁷² Pode ser extremamente perigoso

²⁶⁵ Cf. BAJO FERNÁNDEZ, M., La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Administrativo español. *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, cit., p. 31 (citando Ruiz Vadillo).

²⁶⁶ MIR PUIG, S.; MUÑOZ CONDE, F. Adiciones ao *Tratado de Derecho Penal* de Jescheck, H.-H., op. cit., p. 309. Importa referir que a consequência (impressão) ético-social da pena só pode ser apreendida a nível de pessoa individual.

²⁶⁷ Constituição Imperial de 1824 (art. 179, XX); Constituição de 1891 (art. 72, §19); Constituição de 1934 (art. 113, § 28); Constituição de 1946 (art. 141, § 30); Constituição de 1967 (art. 150, § 13).

²⁶⁸ Vide, nesse sentido, na doutrina francesa, (LE CANNU, P. Les sanctions applicables aux personnes morales en raison de leur responsabilité. *Les Petites Affiches*, 120, 1993, p. 7 e ss. – *infra* item II.2).

²⁶⁹ Assim, PATERNITI, C. *Diritto Penale dell'economia*, p. 16-18.

²⁷⁰ Cf. CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal español* cit., 6. ed., t. II, p. 71.

²⁷¹ Adverte RODRIGUEZ MOURULLO que “as ações sintomáticas não podem proceder da própria pessoa jurídica, que, como é sabido, carece de capacidade de ação, senão das pessoas individuais que atuaram em nome daquela” (op. cit., p. 230-231). Vide, ainda, BAJO FERNÁNDEZ, M. *Derecho Penal económico* cit., p. 118-119; BRICOLA, F., Teoria generale del reato. *Nov. Dig. Ital.*, XIX, cit., p. 118-119. O Projeto de Código Penal espanhol de 1980 adotou essa orientação: art. 132: “Não obstante, poderão ser submetidos a medidas de segurança especialmente previstas as associações, empresas ou sociedades por causa dos delitos que seus diretores, mandatários ou membros praticarem no exercício das atividades sociais ou aproveitando a organização de tais entes”.

²⁷² Cf. PICARD, E. La responsabilité pénale des personnes morales de Droit Public: fondements et champ d'application. *RS*, 1993, p. 268. A ideia de pena como emenda, correção, tende, atualmente, a objetivizar-se, a ser absorvida pela função utilitarista da

“confundir ou identificar os limites empíricos com os limites de legitimidade do Direito Penal, sem levar em conta a multiplicidade de dados muitas vezes de signo oposto que influem sobre a valoração de eficácia ou ineficácia da escolha penal, e sem considerar que existe um mundo de valores irrenunciáveis...”²⁷³ Nesse sentido, assoma como imperiosa a necessidade de proteger a pessoa humana do risco de sua instrumentalização pelo poder estatal. O homem não pode ser considerado como simples meio para a persecução de finalidades político-criminais, ainda que de defesa social; deve ser-lhe, ao contrário, reconhecida uma posição central no sistema.²⁷⁴ É paradigmático em um Estado democrático de Direito que este exista sempre para o indivíduo e não o oposto: *omne jus hominum causa introductum est*. De sorte que ele só pode ser concebido como garantidor da liberdade e da dignidade humana. É meio e não fim.²⁷⁵

Parece também ser altamente duvidoso que a necessidade de prevenção exija justamente a aplicação de penas às pessoas coletivas e a alteração das categorias do sistema delitivo.²⁷⁶ A propósito, mesmo na Inglaterra, onde a responsabilidade penal da pessoa jurídica é amplamente consagrada, manifesta-se um cepticismo quanto à sua eficácia. Em relação aos argumentos favoráveis, contrapõe-se que nenhum deles “parece convincente e a necessidade da responsabilidade das pessoas morais ainda está para ser demonstrada.”²⁷⁷

A pretensão de justificar a imposição de pena à pessoa jurídica, baseada na dificuldade de se identificar o agente do fato delituoso – muitas vezes porque não se pode provar a sua autoria –, serve, na verdade, para desconfirmá-la, revelando sua incongruência. Senão, vejamos: é assente que tão só quando se lograr provada a realização do injusto culpável pelo órgão ou representante da pessoa jurídica – o que supõe obrigatoriamente o reconhecimento do autor individual (pessoa física) – será possível aplicar-lhe uma pena. Em síntese: enquanto não estiver comprovada a autoria subjetiva, que justamente está na raiz da aludida argumentação, não há como responsabilizá-la em sede criminal.

Na atualidade, vem-se operando uma cominuição entre as esferas de propriedade e controle nas grandes empresas, e nas pequenas concentram-se nas mãos de uma pessoa.²⁷⁸ Isso quer dizer que as alusões a uma suposta vontade coletiva servem, na realidade, para esconder, camuflar a vontade de pessoas individuais determinadas que realmente controlam, regem os destinos da pessoa jurídica. É sobre elas que deve recair prioritariamente a intervenção jurídico-penal, com penas privativas de liberdade.²⁷⁹

Quadram aqui as judiciosas observações no sentido de que a manutenção do princípio da irresponsabilidade criminal da pessoa jurídica preconiza, mais ou menos expressamente, a punição daquele que se oculta atrás do ente coletivo, isto é, pretende que se puna o “parasita social” e não a “carapaça” que o recobre. “Não se deve esquecer, para efeitos de eficácia, que nas grandes e pequenas sociedades mercantis sempre há um número limitado de pessoas, perfeitamente identificáveis, que decidem tudo à margem dos sócios, e é sobre eles que deve recair a sanção penal como meio idôneo e eficaz de prevenção da delinquência.”²⁸⁰

É certo, também, que as pessoas jurídicas são muito mais contingentes, mutáveis, transformam-se mais rapidamente que a pessoa física. Desse modo, seus membros ou sócios podem ser substitu-

repressão penal – readaptação social –, dirigida à prevenção ou à defesa social (Ibid., p. 269).

²⁷³ PATRONO, P., *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, cit., p. 113-114. Afirma o citado autor que o “problema da responsabilidade penal da pessoa jurídica é em grande parte um falso problema, agigantado pela nem sempre consciente tentativa de traslado para o direito penal dos esquemas de imputação e formas de responsabilidade de tipo civilístico e pela sugestão da experiência jurídica dos países do *common law* que contempla a responsabilidade direta das pessoas jurídicas [...], mas ligada prevalentemente a formas de imputação objetiva, com colateral responsabilidade das pessoas físicas que tenham agido por conta da sociedade” (op. cit., p. 126-127).

²⁷⁴ Cf. GROSSO, C. F. Responsabilità penale. *Nov. Dig. Ital.*, 15, p. 713.

²⁷⁵ Assim, PRADO, L. R. *Bem jurídico-penal e Constituição*, 4 ed., p. 80.

²⁷⁶ Cf. SILVA SANCHEZ, J.-M^a. Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho espa. Iñ. *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*, p. 360.

²⁷⁷ SMITH, J. C.; HOGAN, B. Criminal law, p. 190, *apud* SPENCER, J. R. La responsabilité pénale dans l'entreprise en Angleterre. *RSCDPC*, 2, 1997, p. 292.

²⁷⁸ SILVA SANCHEZ, J.-M^a. Responsabilidad penal de las empresas. *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*, p. 365.

²⁷⁹ Ibid., p. 365; BAJO FERNÁNDEZ, M. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Administrativo español. *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, cit., p. 18-32.

²⁸⁰ BAJO FERNÁNDEZ, M. De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, *apud* GRACIA MARTÍN, L. *El actuar en nombre de outro en Derecho Penal*, v. 1, 1985, p. 15.

idos, sua forma modificada, sua organização subvertida e sua realidade econômica transferida.

Com o intuito de contribuir para melhor equacionar o problema da imputação subjetiva em matéria de crime comissivo, tem sido destacada como particularmente importante a estrutura do crime comissivo por omissão,²⁸¹ quando presente o dever legal de impedir ou controlar a ocorrência de fatores de risco ou resultados danosos, na hipótese de o órgão da pessoa jurídica aparecer como garantidor do bem jurídico. Importa reter, aqui, que essa posição de garantidor emerge na criminalidade econômica como “um compromisso de contenção de riscos determinados, para bens jurídicos determinados, sendo as regras de atribuição e distribuição de competência que delimitarão os riscos concretos que devem ser controlados e as medidas que quando não adotadas darão lugar a um delito omissivo, equivalente à comissão”.²⁸²

Por outro lado, nota-se que é exatamente no contexto de oposição, de contrariedade entre os princípios que regem a determinação da responsabilidade penal (v.g. responsabilidade individual/culpabilidade) e os critérios que regulam a organização do processo produtivo e sua função socioeconômica (divisão técnica do trabalho e de especialização, complementariedade e hierarquia), de onde se deve necessariamente partir para condensar tais critérios em regras de imputação jurídico-penais.²⁸³

De igual modo, medra a construção denominada *atuação em nome de outrem*, prevista na legislação penal de alguns países europeus, com vistas à punição daqueles que praticam infrações penais na qualidade de membros de uma pessoa jurídica ou em representação de outrem. A responsabilidade penal aqui recai sobre certas pessoas que atuam como membros de um ente coletivo ou em sua representação.

Com essa prescrição legal, busca-se “resolver o problema político-criminal das lacunas de punibilidade que são detectadas em relação às figuras delitivas em que o tipo de injusto reveste características especiais que não podem ser formalmente verificadas no sujeito que realiza a ação típica e com seu comportamento produz lesão ou perigo para o bem jurídico que a norma correspondente quer evitar”.²⁸⁴ A questão surge quando a lei exige o concurso de uma determinada qualidade do sujeito ativo (delitos especiais) e tal qualidade existe na pessoa jurídica mas não no indivíduo que atua em seu nome.²⁸⁵ A matéria vem disciplinada – como cláusula geral – nos Códigos Penais da Alemanha (art. 14 do *Strafgesetzbuch* e art. 9 da *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*); da Espanha (art. 31) e de Portugal (art. 12.^o). E, como cláusula particular, na parte especial dos Códigos Penais da Suíça (arts. 172 e 326) e da Áustria (art. 161). É preferível a primeira diretiva, inclusive para evitar a atipicidade de determinadas condutas, de introduzir uma regra geral que funcione como norma de extensão aos tipos legais da parte especial do Código Penal ou de leis extravagantes.

O Direito Penal brasileiro lamentavelmente desconhece normativa similar. Como bem se acentua, “o legislador brasileiro esteve sempre desarticulado quanto à responsabilidade de dirigentes de pessoas jurídicas, nos casos em que as entidades servissem de instrumento ou meio necessário à consecução de ações criminosas. No primeiro momento, parece que o legislador pretendeu instituir uma espécie de responsabilidade solidária dos dirigentes das entidades, o que contraria o princípio da culpabilidade e expressa a indevida intromissão no Direito Penal de preceitos de responsabilidade civil. Veja-se, p. ex., a Lei 4.728/1965, que disciplina o mercado de capitais (art. 73, § 2.^o); igualmente a Lei 4.729/1965, que define os crimes de sonegação fiscal (art. 6.^o) e o Decreto-Lei 16/1966, que disciplina o comércio clandestino de açúcar e álcool (art. 2.^o). Os autores, porém, sempre interpretaram essas normas, segundo o critério da responsabilidade pessoal, com base na culpabilidade de cada dirigente e sua efetiva participação no crime. Recentemente, incorporou esse ensinamento a Lei 7.492/1986, que define os crimes financeiros (art. 25). Diante desse quadro, podemos concluir

²⁸¹ . Vide, a respeito, TAVARES, J. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos.*, p. 64 e ss.; PRADO, L. R. *Curso de Direito Penal brasileiro*, 10 ed., P.G., 1, p. 292 e ss.

²⁸² . SILVA SÁNCHEZ, J.-M^a. Responsabilidad penal de las empresas. *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*, p. 372.

²⁸³ . Cf. PAREDES CASTAÑÓN, J. M. Problemas de la responsabilidad penal en supuestos de comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del “caso de la colza”. *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, p. 292-293.

²⁸⁴ . GRACIA MARTÍN, L. *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales*, p. 20.

²⁸⁵ . Idem. *El actuar en lugar de outro en Derecho Penal*, II, p. 3 e ss. Os delitos especiais que admitem a atuação em nome de outrem são somente aqueles caracterizados como delitos de domínio social, ou, ainda, delitos especiais de garante (Ibid., I, p. 354 e ss.).

que aqui se adota a primeira via exposta no texto, ou seja, o legislador busca sancionar expressamente os dirigentes das pessoas jurídicas nos tipos delitivos onde a comissão se faça através das respectivas entidades”.²⁸⁶

Por derradeiro e a partir do acima gizado, ressei que o problema da criminalidade econômica deve ser tratado como hipótese de imputação delitiva individual, inclusive para salvaguardar os princípios penais fundamentais diante do poder político.²⁸⁷

A sanção penal só deve ser considerada *legítima* em casos de grave lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos fundamentais, como *ultima ratio legis*, na falta absoluta de outros meios jurídicos eficazes e menos gravosos. Essa tendência político-criminal restritiva do *jus puniendi* deriva do Direito Penal moderno e da concepção material de Estado de Direito.²⁸⁸

O que se encarece, nesse passo, é que seja utilizada a lei penal para a efetiva punição das pessoas físicas (v.g., diretores) que se ocultam atrás das pessoas jurídicas e se utilizam de seu poder como instrumento para a prática delitiva.

A vigência do princípio *societas delinquere non potest*, de valor político-criminal relevante,²⁸⁹ não obsta ou inviabiliza a necessária aplicação de medidas sancionatórias extrapenais (v.g., administrativas etc.)²⁹⁰ às pessoas jurídicas, notoriamente em um Direito Penal minimalista, fragmentário e de natureza verdadeiramente garantista. Igualmente, não há nenhuma remora para que essas sanções, sobretudo as mais graves, sejam aplicadas pelo juiz criminal.

Aliás, nessa perspectiva e de forma consentânea com os postulados *ut supra* referidos, bem se encaminhou o Código Penal espanhol de 1995 (art. 129)²⁹¹ ao prescrever uma série de medidas, de natureza administrativa – *consecuencias accesorias* –, às pessoas jurídicas, distintas das medidas de segurança (arts. 95 e 96), que se destinam “a prevenir a continuidade na atividade delitiva e os seus efeitos” (art.129, 3). Com efeito, buscou o legislador espanhol de 1995 uma solução racional e compatível com seu ordenamento jurídico e dogmática.

Aliás, pode servir essa orientação como paradigma para outros ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro, no sentido de se dar uma resposta para o problema da responsabilidade penal da pessoa jurídica devidamente coerente com a dogmática penal continental verdadeiramente fundada nos princípios fundamentais, tais como legalidade, culpabilidade e personalidade das penas, entre outros.

Todavia, com argumento de contribuir para harmonizar a legislação penal no seio da União Euro-

²⁸⁶ . MUÑOZ CONDE, F. *Teoria geral do delito*, p. 16-17, nota 17, de Juarez Tavares. Com efeito, a Lei 8.078/1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, reza no art.75: “Quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos neste Código incide nas penas a esses cominadas na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, administrador, ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e a prestação de serviços nas condições por ele proibidas”.

²⁸⁷ . Cf. BAJO FERNÁNDEZ, M. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Administrativo español. *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, cit., p. 22.

²⁸⁸ . Cf. PRADO, L. R. *Bem jurídico-penal e Constituição*, 4. ed., p. 60.

²⁸⁹ . Com amplo acerto, exorta-se que “il superamento del principio comporterebbe [...] il non trascurabile rischio di un graduale progressivo stravolgimento culturale dell'illecito penale e di un suo conseguente ulteriore ‘allargamento’ nel nostro sistema, che è proprio l'opposto della direzione di cambiamento da molto tempo ampiamente condivisa e sollecitata” (ROMANO, M., op. cit., p. 1037).

²⁹⁰ . Assim, por exemplo, o coerente sistema das contravenções de ordem do Direito alemão, punidas com multa administrativa, resultando em um Direito não penal, mas com as garantias próprias de um direito sancionador (OWIG § 1. 1). O parágrafo 30 da citada lei prevê a multa contravencional (*Geldbusse*), que pode ser bastante elevada. O Direito belga, embora ambíguo, em razão da heterogeneidade das respostas legislativas, prevê inúmeras sanções administrativas ao ente coletivo, v.g., multa, medidas coercitivas – interdição de exploração ou de funcionamento ou fechamento da empresa, publicação na imprensa da sentença condenatória, e, ainda, a chamada transação administrativa (vide HENNAU-HUBLET, C., op. cit., p. 156 e ss.). A situação é semelhante em outros países que também agasalham o postulado da responsabilidade individual, como a Suíça (art. 18 do Código Penal) e a Itália (art. 27,1, da Constituição italiana).

²⁹¹ . Código Penal espanhol (1995), art. 129, *ipsis litteris*: “1. El juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia a los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias: a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años. b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación. c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años. d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años. e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años. 2. La clausura temporal prevista en el apartado a) y la suspensión señalada en el suapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa. 3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad delictiva y los efectos de la misma”.

peia, o recente Código Penal espanhol (2010) agasalha a responsabilidade criminal do ente coletivo (art. 31 *bis*)²⁹².

É certo que o forte movimento no sentido de positivar-se tal modelo de responsabilidade avança ainda que como mera decisão legislativa pragmática no contexto de uma política criminal preventiva vinculada a fins aleatórios e muitas vezes indiferentes ao seu próprio contexto histórico-dogmático e cultural.

7.1 Principais sistemas de responsabilidade penal da pessoa jurídica

7.1.1 O sistema inglês

Em geral, nos países pertencentes à família do *common law*,²⁹³ de estrutura totalmente diversa do sistema romano-germânico, vigora tradicionalmente o princípio antagônico do *societas delinquere potest*.

A ideia da responsabilidade penal da pessoa jurídica é uma criação jurisprudencial que data do início do século XIX. Nas primeiras decisões, os tribunais ingleses só a admitiam como exceção ao princípio da irresponsabilidade para delitos omissivos culposos (*nonfeasance*) e comissivos dolosos (*misfeasance*). Posteriormente, por intervenção legislativa, foi reconhecida a responsabilidade penal da pessoa jurídica no *Interpretation Act* (1889), por meio de um dispositivo geral que passou a considerar o termo *pessoa* como abrangendo também o ente coletivo.²⁹⁴ Essa espécie de responsabilidade foi aplicada, inicialmente, às *regulatory offences* (*public welfare offences*), infrações punidas com sanções menos severas e de forma objetiva (independentemente de culpa). A partir de 1940, consideravelmente ampliada, alcançou crimes de qualquer natureza (*v.g.*, estupro, homicídio).²⁹⁵

A pessoa jurídica pode, assim, ser responsabilizada por toda infração penal que sua condição lhe permitir realizar. Isso ocorre, especialmente, no campo dos delitos referentes às atividades econômicas, de segurança no trabalho, de contaminação atmosférica e de proteção ao consumidor. Embora se exija, regra geral, *mens rea* (elemento subjetivo) e *actus reus* (ato material), admitem-se a responsabilidade objetiva – *strict liability* (por ato pessoal, sem dolo ou culpa, aplicável tanto às pessoas jurídicas quanto às físicas, nas infrações do *common law* – direito jurisprudencial – e do *statute law* – lei) e por fato de outrem – *vicarious liability* – de caráter excepcional e que sempre dá lugar a uma *strict liability*. Por outro lado, dá-se a responsabilidade subjetiva nos casos em que se faz necessária a presença de *mens rea* (dolo ou culpa) e *actus reus* para a configuração do delito.²⁹⁶

Para se imputar a prática de um fato punível e o eventual elemento subjetivo (*vontade*) à pessoa jurídica é indispensável uma ação ou omissão do ser humano. Isso impõe que se lance mão de um artifício para atribuir à pessoa jurídica os atos de uma pessoa física: “um salto” da pessoa física para a jurídica. O fundamento penal encontrado está na teoria da identificação (*identification theory*)²⁹⁷ – identificação do *controlling mind* –, originária da jurisprudência cível (acórdão da *House of Lords*, 1915), que acabou por alcançar a área criminal, em 1944. O juiz ou tribunal deve procurar identificar a pessoa que “não seja um empregado ou agente, cuja sociedade seja responsável pelo fato em decorrência de uma relação hierárquica, mas qualquer um que a torne responsável porque o ato in-

²⁹² . Vide *infra*.

²⁹³ . Vide, a respeito, BARBERO SANTOS, M., *op. cit.*, p. 402-403; BRICOLA, F. Il costo del principio “societas delinquere non potest” nell’attuale dimensione del fenomeno societario, p. 966-974.

²⁹⁴ . Cf. KENNY, C. S. *Esquisse du Droit Criminel anglais*, p. 81.

²⁹⁵ . Cf. SPENCER, J. R., *op. cit.*, p. 290-291.

²⁹⁶ . Cf. LEGAIS, R. Les réponses du Droit anglais et du Droit allemand aux problèmes de la responsabilité pénale des personnes morales. *RS*, 1993, p. 371-377; GEEROMS, S. La responsabilité pénale de personne morale: une étude comparative. *RIDP*, 3, 1996, p. 536 e ss.

²⁹⁷ . O Direito norte-americano admite que infrações culposas sejam imputadas às pessoas jurídicas, quando praticadas por empregado no exercício de suas funções, mesmo sem proveito para a empresa, e as infrações dolosas quando cometidas por executivo de nível médio. Estende-se a responsabilidade com lastro na teoria *respondeat superior*, através da qual os delitos de qualquer funcionário podem ser considerados como delitos da empresa. Contudo, não sendo caso de responsabilidade “vicária”, a empresa responde não só pelo fato de ser o agente um dependente, mas pela existência de um fato definível como próprio, enquanto derivado do próprio órgão (decisão Parker). Essa orientação consiste na configuração de uma responsabilidade penal direta da empresa, a título próprio e autônomo, e não como uma extensão empírica dos princípios aplicáveis às pessoas físicas – responsabilidade indireta decorrente do princípio *respondeat superior*. Segundo BRICOLA, causa espanto, sobretudo nesse país, o tema da responsabilidade das pessoas jurídicas não ter tido adequado desenvolvimento em relação ao crescente fenômeno de expansão da grande empresa (Il costo del principio “societas delinquere non potest” nell’attuale dimensione del fenomeno societario. *RIDPP*, p. 1003-1005).

criminado é o próprio ato da sociedade”.²⁹⁸ Tem-se, portanto, que a pessoa natural “não fala, não atua para a sociedade; ela atua enquanto sociedade, e a vontade que dirige suas ações é a vontade da própria sociedade”.²⁹⁹ Ela é a personificação do ente coletivo; sua vontade é a vontade dele. Como examinado, essa doutrina deu lugar à ideia de que a culpa de certas pessoas físicas pode ser imputada a uma pessoa jurídica como sua culpa própria ou pessoal (*personal liability*), numa verdadeira e total identificação.

No momento atual, a teoria da identificação exige ao menos um único dirigente, isto é, uma só pessoa no centro do organismo, na qual todos os elementos de culpa necessários estão reunidos.³⁰⁰

Essa modalidade de responsabilidade, fruto de uma mentalidade prática, é aplicada por razões de política social, nas hipóteses em que o interesse coletivo aparece em segundo plano.³⁰¹

Os termos dos artigos 402 e 403 do Projeto de Código Penal Federal dos Estados Unidos da América dispõem: “Art. 402. 1. Definição da responsabilidade. Uma sociedade anônima (*corporation*) pode ser penalmente condenada por: a) qualquer delito praticado na realização dos negócios, sobre a base de uma conduta executada, autorizada, estimulada, ordenada, ratificada ou imprudentemente tolerada, em transgressão a um dever de manter uma supervisão efetiva sobre as atividades de uma das pessoas que em seguida são enumeradas, ou um acordo de mais de uma delas”. “Art. 403. Outras sociedades ou associações. Uma sociedade ou associação pode ser penalmente condenada nas circunstâncias exigidas pelo art. 402, em relação às sociedades anônimas”. Já o *Model Penal Code* norte-americano é mais sucinto: “Art. 2.07.1. Uma sociedade anônima pode ser condenada pela prática de um delito se: c) a prática do delito foi autorizada, solicitada, ordenada, ou executada pela direção ou por um alto funcionário (gerente) atuando em representação da sociedade e durante o emprego”.

7.1.2 O sistema francês

A mais importante novidade apresentada pelo novo Código Penal francês, em vigor desde 1.º de março de 1994 – resultante de proposta da Comissão de Revisão do Código Penal, criada em 1974 pelo Ministério da Justiça –, foi o agasalho do princípio da responsabilidade penal da pessoa jurídica (*societas delinquere potest*). Em momento anterior, o projeto Paul Matter de 1938 e os anteprojetos de Código Penal de 1978 e de 1983 (chamado Badinter) já o consagravam.

Demais disso, esse tipo de responsabilidade penal não era completamente estranho ao antigo Direito Penal francês. Segundo uma Ordenação de Colbert (1670), as comunidades de cidades, praças fortes, vilarejos, os grupos e companhias que praticassem rebelião, violência ou outro crime poderiam ser processados. As penas eram de multa, de perda de privilégios ou “alguma outra punição que assinalasse publicamente a pena cominada ao crime”. Mas, rejeitada pelo legislador revolucionário, não obteve aceitação pelo Código Penal de 1810,³⁰² quando se firmou como regra geral o postulado do *societas delinquere non potest*.

Portanto, a atual previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica obedeceu a uma lógica de continuidade evolutiva, sedimentada com o passar do tempo.

É decorrência de uma mentalidade jurídica peculiar – racionalista –, que medeia entre as correntes pragmática (anglo-americana) e conceptualista (germano-italo-hispânica). Assim sendo, a dogmática jurídico-penal não alcançou em França o mesmo grau de desenvolvimento de suas congêneres continentais, da Alemanha, Itália ou Espanha.

No ordenamento jurídico francês, diferentemente do que ocorre em outros, como, por exemplo, no

²⁹⁸ . Cf. LOWE, S.; MCKIE, F. La responsabilité pénale des personnes morales au Royaume-Uni. *Les Petites Affiches*, 120, 1993, p. 7.

²⁹⁹ . Cf. LOWE, S.; MCKIE, F. Op. cit., p. 7-9.

³⁰⁰ . SPENCER, J. R., op. cit., p. 291.

³⁰¹ . “By the general principles of the criminal law, if a matter is made a criminal offence, it is essential that there should be of *mens rea*... But there are exceptions to this rule [...] and the reason for this is, that the legislature has thought it so important to prevent the particular act from being committed that absolutely forbids it to be done; and if it is done the offender is liable to a penalty whether he has any *mens rea* or not, and whether or not intended to commit a breach of the law” (CURZON, L. B. *Criminal law*, p. 26).

³⁰² . Embora algumas Ordenações do Governo Provisório (1945) e o *Code du Travail* (art. L.481-1), para os casos de acidente de trabalho, sejam apontados como exemplos de previsão da responsabilidade penal da pessoa moral (vide STÉFANI, G.; LEVASSEUR, G. *Droit Pénal général*, p. 244-245; FRANCHI, F. A quoi peut bien servir la responsabilité pénale des personnes morales? *RSCDPC*, 2, 1996, p. 279 e ss.).

alemão, no austríaco, no espanhol, no brasileiro, o princípio da culpabilidade não tem valor constitucional.³⁰³

Em relação à Europa, muito embora existam certas recomendações do comitê de ministros do Conselho da Europa [R (81) 12; R (88) 18], na realidade cabe ao legislador nacional a escolha do tipo de responsabilidade que melhor se adapte à exigência de efetividade, de proporcionalidade e de dissuasão.³⁰⁴

O legislador francês preocupou-se com o binômio utilidade-justiça, no ensejo de aumentar a eficácia da repressão penal. Aludia-se a razões de ordem prática e ao fato de que seu reconhecimento apresentava “certa urgência para restabelecer a eficácia e coerência do Direito Penal”.³⁰⁵

De outro lado, embora a ideia da personalidade da pena figure entre os princípios básicos do Direito Penal francês, não foi considerado como obstáculo intransponível, visto que a pessoa jurídica já era considerada havia muito tempo uma realidade jurídica, dotada de vontade coletiva própria. Além disso, fala-se em uma responsabilidade pessoal e não individual.³⁰⁶

É de notar que pela vez primeira tal orientação é adotada por um país de cultura latina pertencente de modo integral à família romano-germânica de Direito e cuja influência foi decisiva para a formação do Direito escrito moderno (v.g., os códigos napoleônicos e o movimento codificador).

O Código Penal de 1992, em vigor desde 1.º de março de 1994, disciplina a matéria de forma expressa, minudente e ampla.

Instituiu-se, salvo exceção, diretriz genérica no que tange à pessoa jurídica e especial relativamente às infrações. Assim, o artigo 121-2 do Código Penal define o campo de abrangência e as condições dessa espécie de responsabilidade penal, nos termos seguintes, *ipsis verbis*: As pessoas morais, com exceção do Estado, são penalmente responsáveis, segundo as distinções dos artigos 121-4 a 121-7 e nos casos previstos em lei ou em atos normativos, pelas infrações praticadas por sua conta, pelos seus órgãos ou representantes. Entretanto, as coletividades territoriais e suas entidades só são responsáveis pelas infrações praticadas no exercício de atividades suscetíveis de ser objeto de convenções de delegação de serviço público. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas quando autores ou partícipes dos mesmos fatos.

Os fundamentos invocados para justificar a admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, segundo a exposição de motivos do Código Penal francês, foram essencialmente dois: em primeiro lugar, a pretendida necessidade de considerar apenas a pessoa moral responsável por fatos delituosos não imputáveis às pessoas físicas, isto é, evitar a hipótese de que seus dirigentes venham a sofrer uma “presunção de responsabilidade penal”, ou mesmo uma responsabilidade efetiva, por infrações cuja existência às vezes ignoram, sendo, para tanto, preciso imputar essa responsabilidade à pessoa jurídica como um todo. De acordo com a lei penal, as pessoas morais são responsáveis pelas “infrações praticadas, por sua conta, pelos seus órgãos ou representantes”. Ora, a isso contrapõe-se, simplesmente, que no caso de terem esses “órgãos ou representantes” realmente praticado as infrações, não se pode dizer que eles as tenham ignorado, de modo que o fundamento *ut supra* não serve de motivo para a transferência de responsabilidade dos próprios órgãos para a instituição em seu conjunto. É incontestável que o princípio criminal de que o agente só responde pelo seu próprio ato (art.121-1, CPf) veda que se possa atribuir à pessoa jurídica em sua totalidade fato que seria atribuível a uma pluralidade de pessoas físicas identificáveis no seio daquela. Além dessa manifesta incongruência, há barreira conceitual irremovível para a sua consecução, visto que, ao contrário da matéria civil, no campo penal a responsabilidade não se presta apenas à divisão.³⁰⁷

Em segundo lugar, afirma-se que a realidade criminológica mostra que as pessoas jurídicas dispõem de meios poderosos e podem estar na origem de atentados graves à saúde pública, ao ambiente, à ordem econômica e social, sendo certo que sua imunidade surge como algo “chocante” no plano da equidade e da legalidade. Essa é uma área reconhecidamente sensível à consciência social hodierna, na qual o desejo de justiça e de vingança se mostra mais vivo e exacerbado. Em suma, a responsabilidade penal da pessoa jurídica só se fundamenta pelo prisma da vítima ou da sociedade,

³⁰³ . Assim, DELMAS-MARTY, M. Les conditions de fond de mise en jeu de responsabilité pénale. RS, 1993, p. 301.

³⁰⁴ . Ibid., p. 302.

³⁰⁵ . DESPORTES, F.; LE GUHENEZ, F. Responsabilité pénale des personnes morales. *Juris-Classeurs*, 1, 1994, p. 5.

³⁰⁶ . Cf. PONCELA, P. Livre I. Dispositions générales. *RSCDPC*, 3, 1993, p. 457.

³⁰⁷ . Cf. PICARD, E., op. cit., p. 265-266.

que podem, assim, buscar essa retribuição.³⁰⁸

De conformidade com a disposição legal, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é cumulativa, especial e condicional.³⁰⁹

Assim, em obediência ao princípio constitucional da igualdade, todo ente moral pode ser criminalmente responsabilizado, inclusive sindicatos, fundações, associações e partidos políticos. A ressalva atinge tão só o Estado – detentor do *jus puniendi* – e as coletividades territoriais, sendo que estas respondem penalmente em caso de concessão de serviço público. Nesta última hipótese, tanto o município quanto a empresa concessionária do serviço – por exemplo, tratamento e distribuição de água – podem ser objeto de processo criminal.

Faz-se imprescindível a previsão legal explícita da responsabilidade criminal da pessoa jurídica – *princípio da especialidade* –, que constitui, na matéria, um reforço do princípio da legalidade.³¹⁰ Nesse sentido, o Código Penal e leis especiais elencam uma série de infrações, utilizando a técnica legislativa que se segue: o crime contra a humanidade vem insculpido no artigo 212-1, e o artigo 213-3 do Código Penal reza que as pessoas morais podem ser declaradas responsáveis penalmente por crimes contra a humanidade. De sorte que vem ela referida para um grande número de delitos e de contravenções, tais como: homicídio culposo (art. 221-7, CP); lesão corporal culposa (art. 222-21, CP); tráfico de entorpecentes (art. 222-42, CP); racismo (art. 225-4, CP); lenocínio e tráfico de mulheres (art. 225-12, CP); furto (art. 311-16, CP); extorsão (art. 312-15, CP); estelionato (art. 313-9, CP); apropriação indébita (art. 314-12, CP); receptação (art. 321-12, CP); atentado aos sistemas de tratamento automatizado de dados (art. 323-6, CP); traição, espionagem, terrorismo (arts. 414-7, 422-5, CP); corrupção ativa, tráfico de influência, usurpação de funções (art. 433-25); crimes de falsidade (arts. 441-12, 442-14, 443-8, CP); crimes contra a administração da justiça (art. 434-47); violação de disposições relativas à venda e à troca (arts. R 633-1 a R 633-3); abandono de lixo e rejeitos (arts. R 632-1, R 635-8); infrações ao Código de Mineração (art. 143, CM); direito autoral (art. 335-8, Código da Propriedade Intelectual); infrações econômicas em matéria de concorrência e de preço (art. 52-2, Ordenação 86-1243); infrações em matéria de tratamento de dejetos (art. 24-1 da Lei 75-633); poluição hídrica (art. 28-1 da Lei 92-3) e atmosférica (art. 7-1 da Lei 61-842); infrações em matéria de pesquisa biomédica (art. L 209-19-1 do Código da Saúde Pública); trabalho clandestino (art. L 364-6 do Código do Trabalho) e emprego ilegal de mão de obra estrangeira (art. L 364-10 do Código do Trabalho).

As condicionantes legais indispensáveis à existência dessa responsabilidade são: a) a infração criminal deve ser praticada por um órgão ou representante legal da pessoa jurídica e b) a infração deve ser praticada por conta da pessoa jurídica (art. 121-2, al. 1, CPf). No primeiro caso, tem-se o chamado *substractum humanus* – órgão (*v.g.*, diretoria, assembleia geral etc.) ou representante (*v.g.*, presidente, diretor, gerente, prefeito) – da responsabilidade do ente coletivo.³¹¹ No segundo, há uma atuação no interesse ou em proveito exclusivo desta última. A expressão *pour le compte* da pessoa jurídica pode variar segundo a espécie de infração, podendo significar ao mesmo tempo uma aproximação subjetiva (culpa) e objetiva (o proveito obtido ou procurado).³¹²

De qualquer modo, tem sido entendida em sentido amplo, significando “no exercício de atividades tendo por objeto assegurar a organização, o funcionamento ou os objetivos da entidade dotada de personalidade moral”.³¹³

Trata-se da teoria da responsabilidade penal por ricochete,³¹⁴ de empréstimo, subsequente ou por procuração, que é explicada através do mecanismo denominado *emprunt de criminalité*, feito à pes-

³⁰⁸ . Ibid., p. 267-269.

³⁰⁹ . Cf. PONCELA, P., op. cit., p. 457.

³¹⁰ . Cf. COUV RAT, P. La responsabilité pénale des personnes morales: un principe nouveau. *Les Petites Affiches*, 120, 1993, p. 15.

³¹¹ . Cf. PRADEL, J. *Droit Pénal général*, p. 579; LOMBOIS, C. *Droit Pénal général*, p. 72; DESPORTES, F.; LE GUHENECH, F., op. cit., p. 14; HIDALGO, R. *et alii. Entreprise et responsabilité pénale*, p. 39.

³¹² . Cf. DELMAS-MARTY, M., op. cit., p. 303.

³¹³ . DESPORTES, F.; LE GUNEHEC, F., op. cit., p. 17.

³¹⁴ . No Direito Penal holandês (art. 51, Código Penal holandês, alterado em 1976) vigora a teoria da responsabilidade funcional, de origem jurisprudencial: atribui-se a ação delituosa de uma pessoa física a uma pessoa jurídica quando a conduta real da primeira corresponda à execução de uma função determinada pela segunda na empresa. Não se trata de uma qualidade direta da pessoa jurídica. É preciso constatar responsabilidades individuais junto às pessoas físicas, para em seguida as atribuir à pessoa jurídica. No que toca ao elemento subjetivo, o dolo presente na pessoa física, ainda que subalterna, pode ser imputado à pessoa jurídica para a qual ela trabalha (vide, sobre o tema, VERVAELE, J. A. E. La responsabilité pénale de et au sein de la personne morale aux Pays Bas. Mariage entre pragmatisme et dogmatisme juridique. *RSCDPC*, 2, 1997, p. 328 e ss.).

soa física pela pessoa jurídica, e que tem como suporte obrigatório a intervenção humana. Noutra dizer: a responsabilidade penal da pessoa moral está condicionada à prática de um fato punível suscetível de ser reprovado a uma pessoa física. Desse caráter subsequente ou de empréstimo resulta importante consequência: a infração penal imputada a uma pessoa jurídica será quase sempre igualmente imputável a uma pessoa física. Isso quer dizer: a responsabilidade da primeira pressupõe a da segunda. É exatamente essa simbiose entre pessoa física e jurídica que legitima o empréstimo de criminalidade. A pessoa física personifica a jurídica (órgãos ou representantes), é onipresente, como sua consciência e cérebro. Todavia, não vale a assertiva para as infrações culposas ou contravençcionais: aqui é possível a imputação direta à pessoa jurídica, sem o concurso de uma pessoa natural.³¹⁵

Dessa maneira, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é considerada *subsidiária* à da pessoa física, sem a qual, regra geral, não pode a pessoa jurídica vir a ser condenada. Não obstante, excepcionalmente, “[...] em determinados casos e muito particularmente quando se trata de infrações de omissão, culposas ou materiais, que são formadas na falta seja de intenção delituosa, seja de um ato material de comissão, a responsabilidade penal de uma pessoa jurídica poderá ser deduzida mesmo que não tenha sido estabelecida a responsabilidade penal de uma pessoa física: com efeito, essas infrações puderam ser praticadas pelos órgãos coletivos da pessoa moral sem que tenha sido possível descobrir o papel de cada um de seus membros e de imputar a responsabilidade pessoal da infração a um indivíduo determinado” (Circular de 14 de maio de 1993).

Em sendo de outro modo, pode ser incriminada também a pessoa física, em razão do princípio da não exclusividade da responsabilidade criminal da pessoa jurídica: *A responsabilidade penal das pessoas morais não exclui a das pessoas físicas autoras ou partícipes dos mesmos fatos* (art.121-2, al.3, CP).

No que tange ao elemento subjetivo, são exigidos: o dolo no caso de crime e a culpa ou o dolo eventual no de delito. Não se reclama nenhum elemento anímico para as contravenções (art. 121-3, CPf).

De conformidade com o novo texto legal, podem ser sujeitos ativos (autor ou partícipe) de uma infração penal consumada ou tentada a pessoa natural e a jurídica (art. 121-4, CPf).

Como não poderia deixar de ser, o Código Penal gaulês estatui expressamente um rol de sanções criminais aplicáveis à pessoa jurídica (art.131-39, CPf). Afirma-se a primazia, entre os objetivos da pena, no novo texto penal, da intimidação e retribuição.³¹⁶ Entre as sanções podem ser mencionadas as seguintes: a multa (cujo máximo é o quádruplo do previsto para a pessoa física); a interdição definitiva ou temporária de exercer uma ou várias atividades profissionais ou sociais; o controle judiciário por cinco anos ou mais; o fechamento definitivo ou temporário do estabelecimento utilizado para a prática do delito; a exclusão definitiva ou temporária dos mercados públicos; a interdição por cinco anos ou mais do direito de emitir cheques; a confiscação do objeto do crime; a publicação da decisão judicial e a dissolução. Esta última é reservada para as infrações mais graves (v.g., crime contra a humanidade, tráfico de drogas, estelionato, extorsão, terrorismo, moeda falsa).

O sistema sancionatório francês parece ter sido concebido com o objetivo de neutralizar o delinquente, enquanto os aspectos éticos da censura e o papel da culpabilidade foram relegados a segundo plano.³¹⁷

A respeito do assunto sob exame, avultam as observações lançadas no sentido de que se essa responsabilidade supõe por si mesma formidáveis problemas de princípio, as sanções também não estão isentas. No entanto, parece ter sido a sedução da pena que levou ao reconhecimento da responsabilidade penal das pessoas jurídicas: existe um liame substancial entre as questões de sanção e o princípio da responsabilidade. É um Direito Penal de algum modo autônomo, resultado de um enfoque tão somente técnico. A imputabilidade, o modelo ético do Direito Penal, os aspectos morais e psicológicos dos comportamentos, não podem ser pensados da mesma maneira para as pessoas morais e para as pessoas físicas. Podem eles, aliás, “ser claramente pensados para entidades abstratas que ‘vivem’ apenas no universo mental dos juristas?”³¹⁶

Nesse diapasão, adverte-se que é preciso tomar cuidado para não se depauperar inutilmente as empresas e não fazer com que inocentes sofram as consequências de uma pena imposta a uma

³¹⁵ . Cf. SOYER, J.-C. *Droit Pénal et procédure pénale*, p. 133-135.

³¹⁶ . Cf. BOULOC, B. *Généralités sur les sanctions applicables aux personnes morales*. RS, 1993, p. 328.

³¹⁷ . LE CANNU, P., op. cit., p. 7.

entidade abstrata, após ações de pessoas físicas bem reais. Pensa-se, fundamentalmente, naqueles que precisam economizar, nos assalariados, nos sócios minoritários, nos dirigentes de oposição; o princípio da personalidade da pena está em jogo.³¹⁸ Em linhas adiante, arremata o doutrinador francês que a “função retributiva da pena, a busca da emenda da pessoa condenada não têm também o mesmo significado em relação às pessoas jurídicas; para elas o aspecto moral da sanção torna-se muito mais abstrato; a imagem da marca ou a reputação não valem a consciência”.³¹⁹

O juiz ou tribunal podem declarar culpada a pessoa jurídica e postergar a aplicação da pena em determinados casos (art. 132-60, CP). É vedada a aplicação das penas de dissolução e de controle judiciário às pessoas jurídicas de direito público, aos partidos políticos e aos sindicatos profissionais.

A pena aplicada a uma pessoa jurídica pode ser objeto de sursis, quando haja previsão legal (art. 132-4, CP). Uma nova condenação no prazo de 5 anos (crime) ou de 2 anos (contravenção) implica a revogação automática do benefício.

A Lei de Adaptação (16.12.92) criou o registro nacional de antecedentes criminais para as pessoas morais (arts.768-1, CPP). E o artigo 133-14 do Código Penal estabelece um regime bastante liberal para a reabilitação, possibilitando-a em 5 anos a partir do pagamento da multa ou da execução de qualquer outra pena.

Também normas de processo específicas – de notório antropofornismo – são indicadas nos artigos 706-41 a 706-46 do Código de Processo Penal.

7.1.3. O sistema espanhol

Novo Código Penal espanhol (reformado pela Lei Orgânica 5/2010), em vigor desde 24 de dezembro de 2010: “Art. 31 *bis*. 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso. 2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos. 3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente. 4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. 5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servi-

³¹⁸ . Ibid., p. 7.

³¹⁹ . Ibid., p. 8.

cios de interés económico general. En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.”

Na esteira da tendência político-criminal europeia de institucionalização da responsabilidade penal da pessoa jurídica, por influência, sobretudo, de sistemas jurídicos anglo-saxões ou similares, e de convenções internacionais,³²⁰ a Espanha, de filiação romanística, acaba por consagrá-la na nova legislação penal (Código Penal espanhol de 2010 [art. 31 *bis*] – instituído pela Ley Orgánica/2010, que reformou grandemente o anterior Código Penal, de 1995).

Regula-se assim detalhadamente, pela vez primeira, essa modalidade de responsabilidade penal em Espanha. É, sem dúvida alguma, a mais relevante modificação ocorrida no Código Penal espanhol.³²¹

Em sendo dessa maneira, o novo Código Penal Espanhol (art.31 *bis*) estabelece as noções conceituais da responsabilidade penal da pessoa jurídica. A primeira parte (art.31 *bis*.1) diz respeito à prática de delito pela pessoa física que detém poder de direção, isto é, poder decisório no âmbito social, bem como controle de funcionamento (= representante legal e administrador), de fato ou de direito, da empresa. Na segunda parte (art.31 *bis*.1), a pessoa jurídica responde criminalmente pelos delitos praticados pelas pessoas físicas, no exercício de atividades sociais, por conta e proveito, no caso em que seu representante legal ou administrador – de fato ou de direito – não tenha exercido o devido controle ou supervisão, conforme uma situação concreta. Esse modelo parece ter sua fonte na Lei das Contravenções de Ordem alemã (§§ 130 e 30).

A responsabilidade penal da pessoa jurídica vem prevista de forma ampla e independente, paralelamente à responsabilidade da pessoa natural (art.31 *bis*.3 e 5, CP espanhol). Nesse ponto, ressaí certa margem de dubiedade ou imprecisão legislativa quando se compara o contido no art.31 *bis*.1 e o disposto no item 2 do mesmo artigo. No primeiro, adota-se o modelo de responsabilidade por atribuição (indireta) e no segundo, busca-se alcançar a ideia de responsabilidade penal própria (direta) da pessoa jurídica. Aliás, essa questão já vem causando divergência na doutrina espanhola. Assim, por um lado, há aqueles que entendem que o novo Código Penal nada mais fez que recepcionar o modelo de atribuição ou de referência humana (Rodríguez Mourullo/Boldova Pasamar) para tal forma de responsabilidade, conforme o *dictum* do art. 31 *bis*.1., e, de outro lado, há quem defenda a responsabilidade direta da pessoa jurídica sem a concorrência de interposta pessoa física, adotando a proposta de Tiedemann da responsabilidade/culpabilidade por defeito de organização (Zulgadía Espinar/Nieto Martín), com fulcro, sobretudo, no item 2 do art. 31 *bis* do CP espanhol. De qualquer modo e independentemente da postura teórica adotada, parece bem convir à luz do disposto no art. 31 *bis* que se trata mais de um sistema de responsabilidade por empréstimo ou por atribuição, e não propriamente de um sistema de responsabilidade da própria pessoa jurídica em si.

Aliás, impressiona o fato de que a vontade político-legislativa criminal tudo pode e faz – aqui e alhures – para alcançar seu objetivo, quando simplesmente ignora princípios constitucionais e categorias dogmáticas – inerentes à responsabilidade penal da pessoa física e característicos do sistema jurídico continental –, de cunho altamente garantista, e arduamente conquistados. De modo contundente, afirma-se: “o legislador de 2010 demonstra desse modo um preocupante menosprezo pela legalidade ordinária vigente e pelos princípios estabelecidos pelo Tribunal Constitucional, como se tudo isso fosse absolutamente indiferente” (Rodríguez Mourullo).

Não obstante isso, e para além, não foram dados no novo Código Penal espanhol o devido aca- bamento e condições de sustentabilidade teórica ao edifício que buscou construir. Isso porque,

³²⁰ . Não é outro o teor da Exposição de Motivos da Reforma Penal. “Preámbulo.VII. Se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...).”

³²¹ . Além desse tema, consagram-se ou alteram-se com a reforma penal de 2010: delitos contra a liberdade e indenidade sexual, tráfico de seres humanos, tráfico de órgãos, corrupção no setor privado, delitos informáticos, delitos relativos ao mercado e aos consumidores, confisco dos produtos, instrumentos e bens relacionados com o delito, delitos de terrorismo, suborno, corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais, delitos contra a comunidade internacional, delitos contra o meio ambiente, delitos de tráfico de droga, etc.

apesar de estabelecer seu pressuposto conceitual (art.31 bis.1,2), sanções aplicáveis (art. 33.7)³²² e elementos relativos à sua determinação (circunstâncias atenuantes, agravantes, excludentes etc.), esqueceu-se o legislador de fixar seu fundamento próprio e autônomo, isto é, elementos ou critérios específicos indispensáveis à conformação dessa forma de responsabilidade [v.g.,responsabilidade penal da pessoa jurídica direta/por fato próprio – culpabilidade por defeito de organização (Tiedemann); pelo estado de necessidade de proteção de bens jurídicos, sem culpabilidade (Schünemann); pela condução da atividade empresarial (Heine), etc].

Tal como na lei ambiental brasileira (Lei 9.605/1998), constata-se a não construção de um verdadeiro subsistema penal devidamente estruturado para tal modelo de responsabilidade penal, diverso do tradicional, feito para as pessoas físicas, mas que com este último deve ser coexistente.

De igual modo, e em franco desazo, silencia o legislador espanhol quanto à consignação de regras processuais próprias e adaptativas, indispensáveis à sua viabilização prática.

Nesse particular aspecto, vê-se que o Código Penal francês (art. 121-2), em vigor, opta claramente por um sistema de responsabilidade penal da pessoa jurídica de cunho antropomórfico, por representação, reflexo ou atribuição *a pari* ao tradicional da pessoa física, agasalhando inteiramente o mecanismo de empréstimo com todas as disposições a ele adstritas, inclusive processuais. Daí exigir-se, em caso de crime ou delito, como condição prévia, a infração penal praticada pela pessoa física, para só então proceder-se àquela do ente moral. Essa sistemática, ainda que imperfeita, permite contornar mais facilmente alguns problemas dogmáticos, mas acaba não elidindo o principal: responsabilidade por fato alheio.

De sua vez, estabelece a nova lei espanhola também a prática de delito por parte da pessoa física que se encontra em seu interior, como condicionante legal. Não é outro o dizer do Art. 31.1.: “[...], as pessoas jurídicas serão penalmente responsáveis *pelos delitos praticados* em seu nome ou por sua conta, e, em seu proveito, por seus representantes legais e administradores de fato e de direito” (sem grifo no original).

De modo similar à legislação francesa, prevê o Estatuto espanhol a cláusula de especialidade para responsabilidade da pessoa jurídica, bem como exclui de sua incidência o Estado e outros entes públicos (art.31 bis.5). Dessa maneira, a responsabilidade penal da pessoa jurídica encontra-se prevista sob a forma de *numerus clausus* para os delitos seguintes: tráfico de órgãos (art.156 bis), tráfico de seres humanos (art. 177 bis), prostituição (art. 189 bis), acesso ilícito a dados e programas informáticos (art. 197.3), estelionato (art. 251 bis), insolvências e concursos puníveis (art. 261 bis), sabotagens e danos informáticos (art. 264.4), delitos relativos ao mercado, consumidores e corrupção privada (art. 288), receptação e lavagem de capitais (art. 302.2), delitos contra a Fazenda Pública e Previdência Social (art. 310 bis), delitos contra os direitos dos trabalhadores (art. 318 bis. 4), delitos contra a ordenação do território (art. 319.4), delitos contra o meio ambiente (art. 327, 328.6), delitos contra resíduos e/ou emissões ionizantes (art. 343.3), fabricação, manipulação, transporte, posse ou comercialização de explosivos (art. 348.3), tráfico ou favorecimento ao consumo de drogas tóxicas ou estupefacientes (art. 369 bis), falsificação de cartões de crédito e cheques de viagem (art. 399 bis), suborno (art. 427.2), tráfico de influências (art. 430), corrupção de funcionário público estrangeiro ou de organização internacional (art. 445.2), organizações e grupos criminosos (art. 570) e financiemen-

³²² . 33. .Código Penal español. “Art7. Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes: a) Multa por cuotas o proporcional. b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita. c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años. d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años. e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años. f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años. g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.”

to do terrorismo (art. 576*bis*. 3).

No que diz respeito ao aspecto subjetivo do delito, só há previsão legal para a modalidade dolosa, não sendo punível a forma culposa. No entanto e tendo em conta o art. 10 do Código Penal espanhol, a responsabilidade penal do ente coletivo introduzida não passa de uma responsabilidade penal sem delito e a pena imposta é sem dolo ou culpa, que viola o estabelecido no art. 5 do Código Penal (Rodríguez Mourullo).

Em realidade, é certo que a nova Lei Penal espanhola estatui um exemplo de responsabilidade penal *por fato alheio* (ou por fato de outrem), incompatível com a definição legal de delito (art. 10, CPe) e determinados princípios penais fundamentais.

Essa espécie de responsabilidade penal remanesce nos sistemas romano-germânico como uma questão político-criminal que ganha corpo legislativo. Todavia, ainda sem uma conformação sistemática coerente e sustentável.