



A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS: REGULAÇÃO ESPANHOLA – CORPORATE CRIMINAL LIABILITY: SPANISH REGULATION

Ciências Penais | vol. 16/2012 | p. 109 - 145 | Jan - Jun / 2012
DTR\2012\450241

José Luis Díez Ripollés

Doutor em Direito. Catedrático de Direito Penal da Universidade de Málaga.

Área do Direito: Penal

Resumo: A reforma de 2010 do Código Penal espanhol introduziu a responsabilidade penal de pessoas jurídicas. O estudo analisa a nova regulação, concentrando-se nos elementos que configuram essa responsabilidade. Pretende-se interpretar a nova legislação de forma mais coerente possível, destacando ao mesmo tempo suas insuficiências.

Palavras-chave: Pessoas jurídicas - Responsabilidade penal das pessoas jurídicas - Direito penal espanhol sobre pessoas jurídicas.

Abstract: The 2010 reform of the Spanish Penal Code has established for the first time the criminal liability of corporations. The paper analyses the new regulation, focusing on the elements of responsibility. It is intended to carry out a consistent legal interpretation of the new provisions, as well as to bring out their shortcomings.

Keywords: Legal entities - Corporate Criminal Liability - Spanish law on Corporate Criminal Liability.

Recebido em: 06.03.2012 Pareceres em: 04.05.2012

Sumário:

1.INTRODUÇÃO - 2.O DEBATE POLÍTICO-CRIMINAL - 3.OS SISTEMAS DE IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS - 4.A PESSOA JURÍDICA SUJEITO ATIVO DO DELITO - 5.OS DELITOS SUSCETÍVEIS DE COMISSÃO POR PESSOAS JURÍDICAS - 6.O SISTEMA DE IMPUTAÇÃO VIGENTE NO CÓDIGO PENAL ESPANHOL - 7.O TIPO DE INJUSTO DA PESSOA FÍSICA TRANSFERÍVEL À PESSOA JURÍDICA - 8.ATENUANTES ESPECÍFICAS DAS PESSOAS JURÍDICAS - 9.REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Entre as numerosas reformas do Código Penal (LGL\1940\2) espanhol¹ contidas na LO 5/2010, de 23 de dezembro, sem dúvida, uma das mais relevantes é aquela que, através dos arts. 31 bis, 33.7, 66 bis e 130.2, introduzem, pela primeira vez em nosso ordenamento, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. O estudo que se segue se concentra na análise do âmbito objetivo e subjetivo dessa responsabilidade e dos elementos que a configuram. Por sua vez, considerações sobre o catálogo das sanções previstas e sua aplicação no caso concreto foram realizadas em outro trabalho.²

O objetivo do presente estudo se limita a realizar uma interpretação o mais coerente possível da nova regulação, destacando ao mesmo tempo suas insuficiências. Diante disso, foi preciso enquadrar o assunto no correspondente marco político-criminal e no debate sobre os modelos de imputação dos entes societários. Sem prejuízo da postura crítica adotada em ambos os aspectos, deixei de entrar a fundo na discussão existente na doutrina jurídico-penal sobre a procedência de se introduzir a responsabilidade penal das pessoas jurídicas e em que condições.

2. O DEBATE POLÍTICO-CRIMINAL

O debate político-criminal contemporâneo sobre a consideração das pessoas jurídicas como sujeitos ativos de delito constrói-se sobre o consenso de que os entes coletivos societários devem ser objeto de atenção específica por parte do direito penal: foram convertidos em sujeitos autônomos, cotidianos e protagonistas nas interações sociais das sociedades capitalistas avançadas, de forma que estão presentes na comissão de inúmeros delitos.

Sem dúvida, o ponto de referência do debate é a criminalidade econômica e financeira. Uma luta eficaz contra este fenômeno exige concentrar a atenção nos coletivos societários implicados,



revelando-se como insuficiente uma intervenção limitada às pessoas físicas. Além disso, o protagonismo internacional adquirido pela criminalidade organizada, que levou inicialmente a dirigir a atenção ao narcotráfico e ao terrorismo para logo se estender a outros âmbitos, incrementou notavelmente a relevância do problema.³

Assumido este ponto de partida, a argumentação político-criminal padece de incongruências significativas. Surpreendentemente, o merecimento da responsabilidade penal das pessoas jurídicas não ocupa o centro da discussão. Se fosse assim, estar-se-ia debatendo intensamente uma substancial correspondência valorativa entre o comportamento das pessoas físicas e o das pessoas jurídicas. Alcançada eventualmente uma conclusão afirmativa, se justificaria o abandono do princípio de personalidade física no direito penal, abrindo-se caminho às pessoas jurídicas como sujeito ativo e a reflexões sobre as particularidades de seu sistema de responsabilidade.⁴ Todavia, são razões pragmáticas, alheias a uma fundamentação própria da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, que dominam o debate.

Uma primeira linha de argumentação justifica essa responsabilidade societária nas dificuldades práticas para se exigir responsabilidade penal das pessoas físicas inseridas em uma pessoa jurídica: são muitos os 'bodes expiatórios', voluntários ou não, a divisão de trabalho e a intercambiabilidade das pessoas de toda a estrutura empresarial impedem a identificação das pessoas físicas responsáveis, sem contar com as habituais técnicas de neutralização e bloqueio de informação, as quais, inclusive, fomentam condutas delitivas individuais.⁵ Outra linha de argumentação, em certo sentido próxima, sustenta que essa responsabilidade societária permitirá aliviar de tensões o sistema de responsabilidade individual, seja porque não será necessário forçar em excesso categorias dogmáticas, seja porque possibilitará a redução do rigor punitivo para com as pessoas físicas.⁶

Contudo, resulta pouco fundado justificar a responsabilidade penal societária na necessidade de melhorar a exigência da responsabilidade individual das pessoas físicas atuantes em sua estrutura. Da mesma forma que não fazemos responder a uma pessoa física para identificar, ou precisar melhor, a responsabilidade de outra. Os problemas de verificação de responsabilidade individual devem ser resolvidos melhorando os instrumentos de averiguação. Além disso, as técnicas de neutralização e de encobrimento são também frequentes em amplos setores da criminalidade individual.

Uma segunda bateria de argumentos fundamenta a responsabilidade societária em necessidades preventivas a serem satisfeitas com a pena: a responsabilidade penal individual, ou a coletiva do direito administrativo sancionador, possuem escasso efeito preventivo na empresa; somente as sanções penais societárias detêm capacidade para repercutir negativamente sobre a sociedade, em termos funcionais e de reputação, o que afeta diretamente sócios e administradores.⁷

No entanto, razões de necessidade de pena não estão em condições, *de per se*, de fundamentar responsabilidade de comportamento algum, nem de pessoas jurídicas nem de pessoas físicas, nem no âmbito do injusto e sequer no da culpabilidade.⁸ É uma vez estabelecida a responsabilidade por um comportamento quando cabe considerar a necessidade de puni-lo e em que medida. Em qualquer caso, a superação dos déficits de motivação de sócios e administradores se pode lograr com inúmeros instrumentos, sejam eles jurídicos ou não.

Um argumento reiterado gira em torno da pretensão de envolver os entes coletivos na prevenção e persecução dos delitos cometidos dentro de sua estrutura por pessoas físicas: os órgãos da administração pública já não estariam em condições de realizar essas funções com a mínima eficácia dentro dos entes coletivos, tendo em vista a complexidade tecnológica e organizativa que adquiriram; em consequência, a prevenção e persecução dos delitos nas sociedades passam a ser uma tarefa e um custo imputável às mesmas. Em outras palavras, o objetivo primordial do estabelecimento de sua responsabilidade penal é incentivar a autorregulação e a auto-organização dos entes coletivos, até o ponto em que sua punição está condicionada, em boa medida, pela indisponibilidade de instrumentos que facilitem a prevenção e persecução de delitos.⁹

Pois bem, condicionar a punição das sociedades à existência de recursos no sentido de prevenir ou perseguir os delitos cometidos em seu interior por pessoas físicas supõe, de novo, fundar sua responsabilidade em meras necessidades de pena. Ademais, que a autorregulação das sociedades seja a razão, ou uma das razões, primordial de sua responsabilidade penal, constitui uma direta adesão aos postulados da questionável prevenção comunitária, a qual exige que os cidadãos se



envolvam diretamente em tarefas quase policiais. Em realidade, transmite a ideia de que os poderes públicos renunciam em parte a exercer, ou aperfeiçoar, suas tarefas preventivas e persecutórias penais, que se trasladam a centros privados. A alegação de que somente assim se pode ampliar a intervenção penal a novos âmbitos sociais e com grande capacidade lesiva, o que se logra com meios inacessíveis aos poderes públicos, merece consideração, mas tem sérios problemas de legitimação: supõe uma verdadeira renúncia ao carácter público do direito penal em acomodação a argumentos neoliberais.

Outros argumentos, mais conjunturais, ligados à evolução do direito comparado, às obrigações internacionais ou à lacuna que já supõe a vigência do direito administrativo sancionador das sociedades, ficam agora fora de análise por não serem determinantes.¹⁰ Em suma, as razões precedentes, de carácter pragmático, não são suficientes para fundamentar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. São razões vinculadas ao plano ético e teleológico¹¹ as que devem revelar previamente o merecimento de responsabilidade das pessoas jurídicas. Somente mais tarde nos ocuparemos da oportunidade ou conveniência de que sejam penalmente responsáveis.

Precisamos, por conseguinte, de um amplo consenso social sobre, ao menos, três aspectos fundamentais: antes de tudo, sobre a existência de conteúdos de tutela relevantes que sejam seriamente afetados pelas atuações societárias, algo que, como dissemos a princípio, já goza de amplo reconhecimento. Em segundo lugar, sobre as qualidades que devem existir nos atores societários e em suas atuações para torná-los responsáveis penalmente por estas: isso exige categorizar os elementos que devem concorrer no comportamento societário para poder formular um juízo de responsabilidade penal. Assunto sobre cuja viabilidade e conteúdo há um profundo debate jurídico e social. Finalmente, seria necessário estruturar um sistema de sanções que satisfaça os fins da pena pretendidos, com o devido respeito a outros princípios da sanção penal. Isso não parece suscitar muitos problemas. Portanto, a atenção deve concentrar-se em como configurar um juízo socialmente aceitável de responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

3. OS SISTEMAS DE IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS

Na atualidade, existem três sistemas de imputação de responsabilidade penal às pessoas jurídicas, com diferentes variantes internas, que passo a analisar breve e criticamente.

O modelo de transferência de responsabilidade imputa à sociedade delitos cometidos por seus diretores, administradores ou empregados, sempre que a conduta destes tenha sido realizada por conta e em benefício da sociedade. Para transferir as condutas delitivas que estes tenham realizado à empresa podem ser requeridas, segundo as diversas propostas legais e doutrinárias, algumas das três opções seguintes: (a) que as condutas sejam cometidas por administradores ou diretores – eventualmente bastando que as tenha tolerado, consentido ou induzido -; (b) que as condutas sejam cometidas por seus administradores ou diretores, ou seus empregados devido a um defeituoso controle de vigilância dos primeiros; (c) que as condutas sejam cometidas por administradores, diretores, empregados submetidos a um controle defeituoso, ou qualquer outra pessoa que atue em nome da sociedade. Com frequência é irrelevante que tais pessoas tenham sido identificadas – sempre que conste a realização da conduta delitiva – ou que, ainda que identificadas, possam ser declaradas penalmente responsáveis.

Este modelo infringe o princípio da responsabilidade por fato próprio, elemento constitutivo do princípio de imputação pessoal, em sua vertente quantitativa.¹² Faz-se responder à pessoa jurídica por uma conduta delitiva alheia, própria de seus representantes ou empregados: o mesmo injusto cometido por estes é o que se imputa também à pessoa jurídica. Além disso, o injusto dos representantes ou empregados é um injusto próprio dos mesmos, pois tais representantes ou empregados não são considerados meros instrumentos materiais de execução de um injusto, em realidade, próprio da pessoa jurídica, o que levaria a ter que declará-los irresponsáveis. Tampouco se atribui a representantes ou empregados e à pessoa jurídica uma intervenção conjunta, mas diferenciada, em um mesmo fato delitivo, o que implicaria configurar modalidades de autoria e participação em fato próprio de todos.¹³ A tal conclusão, não é obstáculo que os representantes ou empregados tenham atuado por conta ou em proveito da pessoa jurídica.¹⁴

A constatação precedente reconduz a questão a se tem vigência o princípio de exclusão da responsabilidade penal por fato alheio para as pessoas jurídicas. O assunto costuma ser enfocado em termos estritamente constitucionais: um setor da doutrina entende que nossa Constituição dá



respaldo ao entendimento de que as pessoas jurídicas não deveriam gozar das mesmas garantias que as pessoas físicas, ao carecer aquelas de determinados atributos destas, singularmente a dignidade pessoal; isso permitiria afirmar a não vigência a respeito delas de princípios como o da responsabilidade por fato próprio ou da imputação subjetiva.¹⁵

A meu entender, limitar a questão a um problema de interpretação constitucional supõe adotar uma postura excessivamente reducionista.¹⁶ Somente uma manifesta oposição de nossa Constituição à atribuição de qualquer tipo de responsabilidade por fato alheio suporia um obstáculo temporalmente insuperável ao debate sobre este assunto. No entanto, em qualquer caso, a questão decisiva reside em se nosso sistema de crenças¹⁷ admite responsabilizar à pessoa jurídica por fatos realizados por outras pessoas por sua conta e em seu proveito. E minha impressão é que nossa sociedade está disposta, dada à transcendência social das atividades dos entes coletivos, a aceitar tal responsabilidade societária. Se isto é assim, se trata de encontrar o modo socialmente mais convincente de estruturar essa responsabilidade.

A renúncia ao princípio de exclusão da responsabilidade por fato alheio tem bons argumentos para ser o fio condutor da imputação penal das pessoas jurídicas: seria possível admitir que um ente coletivo, como construção jurídica que é, deve responder pelo fato cometido por uma pessoa física a ele estreitamente vinculada, o que, não obstante, não admitiríamos entre pessoas físicas. Isso teria a vantagem adicional de que, ao se produzir a mera transferência de uma responsabilidade individual alheia, se deixa intacto o atual sistema de imputação. Entretanto, esta opção elude o núcleo do problema, que é valorar o conteúdo do injusto específico dos entes coletivos do injusto específico de seus representantes ou empregados. Sem olvidar, complementarmente, que a solução mais convincente não está nos termos pragmáticos antes aludidos.¹⁸

O modelo de autorresponsabilidade imputa à sociedade as condutas delitivas cometidas por ela mesma, ainda que pressuponha que um diretor, administrador ou empregado tenha levado a cabo uma atividade por conta e em proveito da sociedade. É possível fundar essa responsabilidade da sociedade em quatro critérios alternativos de imputação.

O primeiro imputa à pessoa jurídica o ato materialmente realizado por seus representantes ou empregados, que se considera uma conduta delitiva própria da sociedade; em consequência, é nela em quem há de se dar o injusto culpável do fato, sem prejuízo de que a pessoa física executora material deva responder por um injusto próprio ligado a esse mesmo fato.¹⁹ O segundo imputa ao ente coletivo um defeito de organização concreto, uma vez que facilitou ou não impediu que seus representantes ou empregados tivessem realizado uma conduta delitiva singular; será esse defeito de organização concreto o que constitui o fato delitivo próprio da sociedade.²⁰ O terceiro imputa à sociedade uma cultura corporativa defeituosa, a qual fomenta ou não impede, com o passar do tempo, a realização de condutas delitivas por seus representantes ou empregados como a concretizada: essa cultura societária defeituosa constituirá o fato delitivo próprio da sociedade.²¹ O quarto imputa à pessoa jurídica uma reação defeituosa frente à conduta delitiva já realizada por seus representantes ou empregados, e é a ausência desse adequado comportamento pós-delitivo o que constitui o fato delitivo próprio da sociedade.²²

As vias eleitas por este modelo para fazer responder à pessoa jurídica por seu próprio injusto culpável já não infringem diretamente o princípio de exclusão da responsabilidade por fato alheio. Entretanto, tropeçam em outros problemas segundo o critério de imputação selecionado. Passemos a analisar em ordem inversa ao antes aludido. Os dois últimos critérios, o de cultura corporativa defeituosa e o de reação defeituosa ao delito, configuram exemplos de direito penal de autor, pois desligados do fato delitivo concreto e, por isso, opostos ao princípio de responsabilidade por fato concreto.²³ A variante de defeito de organização concreto não logra uma convincente imputação subjetiva da pessoa jurídica por fato delitivo realizado em seu interior pela pessoa física: em realidade esse fato delitivo, que é o que primariamente queremos castigar, não se pode imputar à sociedade de acordo com este critério; o que se imputa é outro injusto ligado a sua organização defeituosa no momento de se cometer o fato delitivo.²⁴

Se se pretende imputar à sociedade, a partir de seu defeito de organização concreto, não outro injusto, senão a conduta delitiva realizada por seu representante ou empregado, há que prescindir da imputação subjetiva: para uns, o dolo ou a imprudência se substituem pela presença de um maior ou menor defeito de organização, para outros a responsabilidade da sociedade se baseia em sua culpabilidade, assentada sobre o injusto da pessoa física.²⁵ O primeiro dos critérios mencionados,



que denominaremos a variante do fato delitivo societário, não tem sido ainda capaz de construir um sistema de imputação *ex novo* da pessoa jurídica: em lugar de se dedicar a delimitar e dotar de autonomia o sujeito da imputação, a pessoa jurídica, e a identificar as bases próprias de sua responsabilidade, tem centrado seus esforços em encontrar equivalentes na pessoa jurídica do injusto culpável da pessoa física. Isso a tem conduzido a uma forte e incontrolável normatização de conceitos próprios da imputação individual.²⁶

Em último lugar, nenhuma das quatro variantes explica bem por que se mantém a responsabilidade da pessoa física junto com a da pessoa jurídica. Nas variantes de cultura corporativa defeituosa e reação defeituosa ao delito a existência de uma pessoa física responsável serve simplesmente para assegurar uma correta identificação da pessoa jurídica, constituindo, pois, um mero elemento da punibilidade. Na variante do defeito de organização concreto não se explica, se assumimos que o fato delitivo da pessoa física é distinto do fato da pessoa jurídica, por que o injusto daquela é requisito necessário e determinante para que responda a pessoa jurídica; e se partimos de que a responsabilidade da sociedade se assenta sobre o injusto, ao menos objetivo, da pessoa física, não se entende por que não se reconhece que há certa transferência do injusto da pessoa física à pessoa jurídica.²⁷ Por sua vez, na variante de fato delitivo societário, a pessoa física, ao ser mero instrumento de execução da pessoa jurídica, não deveria responder pelo fato delitivo desta última;²⁸ se podia objetar que a pessoa física, ademais de instrumento executor da sociedade, tem um injusto de participação próprio, mas então se dá um concurso de leis a favor de seu papel como mero e imprescindível executor da conduta de autoria da sociedade. Naturalmente detrás de todas estas incongruências pulsa uma justificada preocupação político-criminal: que a introdução da responsabilidade da pessoa jurídica abra campos de impunidades das pessoas físicas.²⁹

Em minha opinião, a variante que temos chamado de fato delitivo societário, que imputa à sociedade, como fato delitivo próprio, o executado materialmente por seus representantes ou empregados marca a via correta a seguir. Ele exige configurar um sujeito de imputação, a pessoa jurídica, e um sistema de responsabilidade penal ajustado a suas características, sem que a desejável semelhança entre esse modelo de autorresponsabilidade e o vigente para a responsabilidade da pessoa física deva condicionar decisivamente sua construção. Em todo caso, já há antecedentes de modelos específicos de responsabilidade penal bem conectados com o sistema de imputação individual normal, como no caso do direito penal de menores ou das medidas de segurança para perigosos.³⁰ Em sua estruturação, por último, não deverão ser olvidadas, ainda que seja em um plano complementar, as razões pragmáticas tão presentes neste debate.

O modelo misto, sobre o qual quase não me deterei, imputa à sociedade os fatos delitivos cometidos por seus diretores, administradores ou empregados segundo o modelo de transferência. No entanto, exime ou gradua a responsabilidade do ente societário atendendo a seu comportamento, que pode ser anterior ou posterior ao fato delitivo transferido e sem direta relação com ele. Esta opção não elude a infração do princípio da exclusão de responsabilidade por fato alheio, sem que, em que pese às aparências, logre vincular, de algum modo, a responsabilidade a um fato delitivo próprio da sociedade.³¹

4. A PESSOA JURÍDICA SUJEITO ATIVO DO DELITO

A introdução em 2010 da responsabilidade penal das pessoas jurídicas no ordenamento jurídico espanhol, em virtude do art. 31 bis e correlativos do Código Penal (LGL\1940\2), não trouxe uma definição legal própria de pessoa jurídica para efeitos penais, de forma que se deve acudir ao conceito válido para todo ordenamento. Estamos diante de uma realidade social à qual a lei reconhece ou atribui individualidade própria, distinta da de seus componentes, sujeita a direitos e deveres e com capacidade de obrar no tráfico jurídico por meio de seus órgãos ou representantes. Poderão ser corporações, associações ou fundações de interesse público, ou associações de interesse particular civis, mercantis, industriais ou laborais, segundo o art. 35 do Código Civil (LGL\2002\400). Interessa-nos de modo especial a associação, como estrutura organizativa em que três ou mais pessoas físicas ou jurídicas concordaram em constituir objetivando alcançar fins lícitos comuns de interesse geral ou particular – arts. 1 e 5 de LO 1/2002 de direito de associação -, e sobretudo uma espécie dela, a sociedade, que se constitui por um contrato mediante o qual se põe em comum dinheiro, bens ou indústria com o ânimo de compartilhar o lucro obtido com sua atividade – arts. 1.665 do Código Civil (LGL\2002\400) e 116 do Código de Comércio -.

Em todo caso, este conceito legal de pessoa jurídica é complementado penalmente com um enfoque



material, atinente à realidade econômica e teleológica de seu funcionamento, e com vistas aos objetivos pretendidos de prevenção e persecução penais destes entes coletivos.³² Nesse sentido, nosso Código Penal (LGL\1940\2) decidiu excluir como sujeitos ativos de delitos certas pessoas jurídicas, ao mesmo tempo em que considerou que determinadas configurações ou transformações legais ou operativas da pessoa jurídica não impedem a aparição ou persistência desse sujeito ativo do delito.

Em relação ao primeiro, o art. 31 bis, 5, exclui o Estado e as administrações públicas territoriais e institucionais de seu âmbito de aplicação:³³ a doutrina majoritária aprova esta exclusão, pois a intervenção penal nestes casos resultaria disfuncional, sendo preferível acudir a controles políticos e institucionais.³⁴ Comparto, contudo, da postura mais matizada de um setor minoritário, que não descarta que se possa exigir em alguns casos responsabilidades penais, como se exigem administrativas, por mais que limitadas a certos injustos ou sanções³⁵ e, acrescento eu, sempre que se individualizem adequadamente os órgãos ou unidades administrativas responsáveis.

Acertadamente a doutrina majoritária é, entretanto, contrária à outra das exclusões previstas na lei, a de partidos políticos e sindicatos, mesmo que não sejam organizações empresariais: se entende que, pese a sua natureza quase pública e sua relevante função constitucional, devem prevalecer os interesses de tutela de bens jurídicos relevantes; de fato, no âmbito administrativo sancionador os partidos políticos estão sujeitos, inclusive, a sofrer a sanção de dissolução.³⁶ Menos ainda convence o terceiro grupo de exclusões, referido a organismos reguladores, agências e entidades públicas empresariais, ou sociedades mercantis estatais executoras de políticas públicas ou prestadoras de serviços de interesse econômico geral que, ademais, podem ser de âmbito estatal, autonômico ou local:³⁷ as razões aludidas para o grupo anterior se reforçam neste caso, em especial se se considera que com alguma frequência estas estruturas societárias são criadas com a vontade de eludir os controles do direito administrativo.³⁸ É importante, em qualquer caso, que o art. 31 bis, 5 (parágrafo 2), preveja que se a personalidade jurídica destes entes coletivos é um mero instrumento para eludir responsabilidades penais não se deve proceder à sua exclusão.

No que respeita ao segundo, se adotam previsões específicas relativas a sociedades instrumentais, supostos de sucessão de pessoas jurídicas e pessoas jurídicas aparentemente dissolvidas. Nosso legislador optou por exigir responsabilidade penal às sociedades instrumentais, que devem ser entendidas como aquelas criadas ou utilizadas por pessoas físicas para a comissão de delitos ou para esquivar-se de responsabilidades penais. Seria preferível criar para estes casos o delito de “testa de ferro”, que faz com que pessoas físicas respondam por se servirem da sociedade para aqueles fins, sem prejuízo de que seja aplicada a medida de segurança de dissolução da sociedade³⁹ e os delitos cometidos pelas pessoas físicas valendo-se de tal instrumento societário. Em qualquer caso, se contemplam duas classes de sociedades instrumentais: pessoas jurídicas cuja atividade legal é menos relevante que a ilegal, para as quais se preveem penas especialmente graves no art. 66 bis, (parágrafos 2 e 3); e pessoas jurídicas em princípio excluídas como sujeito ativo por parte do art. 31 bis, 5, sempre que estas tenham sido criadas para eludir eventuais responsabilidades penais.⁴⁰

No caso de sucessão de pessoas jurídicas, o enfoque material adquire toda sua relevância. Estamos diante das hipóteses de transformação, fusão, absorção ou cisão da sociedade originalmente responsável, o que não impede que sua responsabilidade se traslade à sociedade resultante (art. 130.2, parágrafo 1). Enquanto a transformação suscita poucos problemas em princípio, pois estamos diante a mesma sociedade com outra configuração jurídica e, quiçá, econômica, a cisão pode tornar necessário identificar a divisão, setor ou filial da sociedade original onde se levou a cabo a atividade delitativa, na medida em que somente a sociedade cindida que acolha os elementos pessoais ou materiais de realização do delito deverá responder.⁴¹ Sem dúvida, a fusão e a absorção são os casos mais problemáticos: fazer responder à sociedade que integra ou absorve pelos fatos cometidos por aquela sociedade que foi integrada ou absorvida é responsabilidade por fato alheio,⁴² com efeitos potencialmente muito graves, como a imposição de penas de dissolução ou de interdição à nova sociedade. Certamente, há uma cláusula de dosimetria judicial da pena no art. 130.2, (parágrafo 1 *in fine*), que permite em todos estes casos ajustar a gravidade da pena imposta à sociedade sucessora em função do grau de vinculação desta com a sociedade originalmente responsável, algo que nem sempre será fácil de calcular.⁴³

Nas pessoas jurídicas aparentemente dissolvidas a sociedade realmente persiste em sua atividade, o que pode fazer através de outra pessoa jurídica ou por meio de uma associação que não ~~possua~~



personalidade jurídica, mesmo quando tenha procedido à sua liquidação ou extinção. Sem prejuízo de outras hipóteses, a lei considera um destes casos aquele em que a pessoa jurídica continua sua atividade econômica mantendo uma identidade substancial, ou a parte mais relevante, de seus clientes, provedores e empregados – art. 130.2, (parágrafo 2) -.⁴⁴ Se a liquidação ou extinção da sociedade já tiveram lugar,⁴⁵ se entende que o sujeito ativo responsável passará a ser a sociedade sem personalidade jurídica na qual continua suas atividades: a primeira hipótese pode ser resolvida como um caso de sucessão societária, mas na segunda hipótese, ao não estar diante de uma pessoa jurídica, será necessário acudir eventualmente ao regime do art. 129 de consequências acessórias.

Outras hipóteses problemáticas, como *holdings*, grupos de sociedades, uniões temporais de empresas, assim como unidades de produção, distribuição, ou empresas filiais de outras empresas radicadas no estrangeiro, não são contemplados pela lei.⁴⁶

5. OS DELITOS SUSCETÍVEIS DE COMISSÃO POR PESSOAS JURÍDICAS

A regulação espanhola optou pelo princípio da excepcionalidade da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, já que esta somente pode ser exigida naquelas figuras delitivas que a tenham previsto expressamente – art. 31 bis, 1 -. Uma análise do catálogo de delitos onde isto sucede mostra-nos que predominam os delitos em que se tem centrado o debate político-criminal sobre a necessidade de responsabilidade societária: delitos contra bens jurídicos socioeconômicos e delitos relacionados com a delinquência organizada. Entrementes, incluiu-se um número significativo de outros delitos de caráter patrimonial ou assimilado, delitos contra a administração pública, e também contra a intimidade ou de risco catastrófico.⁴⁷

Em todo caso, se aprecia algumas carências destacáveis: um importante número de delitos, onde não se prevê a cláusula de responsabilidade penal para as pessoas jurídicas, tem previsto, não obstante, o regime de consequências acessórias do art. 129. Isso resulta disfuncional, não somente porque boa parte dessas figuras deveria estar entre aquelas em que cabe a responsabilidade societária, senão porque, ademais, a aplicação das consequências acessórias com a reforma de 2010 fica limitada a entes sem personalidade jurídica, pelo que não abarca precisamente os comportamentos societários.⁴⁸ A segunda carência se relaciona com as escassas modalidades de comissão imprudente que estão abarcadas pela cláusula de responsabilidade penal societária, em claro contraste com a realidade criminológica.⁴⁹

6. O SISTEMA DE IMPUTAÇÃO VIGENTE NO CÓDIGO PENAL ESPANHOL

1. A reforma penal espanhola de 2010 optou pelo sistema de imputação societária baseado no modelo de transferência de responsabilidade. Dessa forma, imputa-se à pessoa jurídica o fato injusto cometido por seus representantes, administradores ou empregados, ou seja, o tipo objetivo e subjetivo, a antijuricidade e a graduação do injusto genérico neles concorrentes. Em todo caso, é preciso que essa conduta tenha sido realizada em nome ou por conta da pessoa jurídica e em seu proveito. Como veremos ao analisar as interpretações alternativas, resulta difícil negar tal conclusão dada a estrutura do art. 31 bis.⁵⁰

A esse respeito convém fazer algumas precisões: não é preciso que esteja identificada a pessoa física cujo injusto é transferido à pessoa jurídica – art. 31 bis, 2 -, bastando que conste que alguém que reúne a qualidade de representante, administrador ou empregado da sociedade tenha realizado o injusto. A meu juízo, com essa previsão introduziu-se uma variante do conceito processual de prova alternativa – *Wahlfeststellung* -, que, em sua formulação habitual, constitui uma exceção ao princípio in *dubio pro reo*: quando consta que o acusado tenha realizado um ou outro comportamento produtor do resultado, mas não consta qual deles, exige-se responsabilidade pela conduta menos sancionada.⁵¹ Neste caso, tem-se conhecimento que uma das pessoas físicas transferentes realizou o injusto, ainda que não se conheça qual delas. Esta construção neutraliza em alguma medida a crítica de que estamos diante de uma hipótese de responsabilidade objetiva.⁵²

Por outra parte, se a conduta típica da pessoa física, realizada por conta ou em proveito da pessoa jurídica, resulta justificada, não há injusto que transferir à pessoa jurídica.⁵³

Que a graduação do injusto da pessoa física transferente repercuta no injusto transferido à pessoa jurídica, o que reza para as causas de justificação da ilicitude, atenuantes e agravantes genéricas do



injusto, é uma questão discutível, mas aceitável dentro de uma interpretação sistemática. É possível entender que quando o art. 31 bis, 3, exclui da transferência as agravantes da responsabilidade, estaria referindo-se exclusivamente às que integram a categoria da culpabilidade, pois tratar-se-ia de um esclarecimento sobre a menção precedente às que afetem a culpabilidade;⁵⁴ por outro lado, a menção do art. 31 bis, 4, às únicas atenuantes que são aplicáveis às pessoas jurídicas seria o correlato das que foram excluídas no art. 31 bis, 3, entre as quais não estão as atenuantes do injusto. Ademais, somente deste modo tem coerência o art. 66 bis, (parágrafo 1), quando faz remissão às regras de compensação de atenuantes e agravantes ao determinar a pena das pessoas jurídicas. A outra opção interpretativa é rechaçar a aplicação às pessoas jurídicas de quaisquer atenuantes e agravantes, salvo as atenuantes do art. 31 bis, 4.⁵⁵ Isso deixa parcialmente sem conteúdo a remissão do art. 66 bis, (parágrafo 1), posto que a reincidência aludida no art. 66 bis, (parágrafo 2 e 3) não funciona como circunstância agravante, mas sim como regra de medição judicial da pena.⁵⁶

Uma última precisão é que a lei mantém a responsabilidade societária ainda que não se possa exigir responsabilidade da pessoa física transferente pelo injusto que tenha realizado o que pode ser devido à ausência de culpabilidade ou punibilidade, de merecimento ou necessidade de pena, ou de condições de procedibilidade – art. 31 bis 2 e 3 -. A responsabilidade da pessoa jurídica vincula-se, assim, a um conceito similar ao de acessoriedade limitada da participação, o que, de todos os modos, não supõe que a pessoa jurídica participe da conduta da pessoa física transferente, pois não lhe é exigível nem conduta cooperativa nem acordo de vontades com a pessoa física transferente.⁵⁷

Toda a estrutura exposta implica uma responsabilidade da pessoa jurídica pelo fato injusto alheio, o que contradiz o princípio de exclusão da responsabilidade pelo fato alheio em sua vertente quantitativa.⁵⁸ E isso por mais que o fato alheio imputado à sociedade seja somente o comportamento injusto das pessoas físicas competentes, e que pessoas física e jurídica respondam autonomamente por sua respectiva culpabilidade, punibilidade, merecimento e necessidade de pena. Em suma, nosso legislador não quis ou não foi capaz de configurar na lei um injusto específico próprio da persona jurídica. O que reconduz a questão à admissibilidade social e constitucional de atribuir à pessoa jurídica responsabilidade por fatos cometidos por pessoas físicas por sua conta e em seu proveito.⁵⁹

Como dissemos, a culpabilidade e a punibilidade são as próprias da pessoa jurídica. Em todo caso, a culpabilidade se imputa estritamente a partir do fato injusto transferido pela pessoa jurídica, sem que estejam previstas excludentes, atenuantes ou agravantes da pessoa jurídica e estando vedada a aplicação das que são suscetíveis de concorrer nas pessoas físicas transferentes. É, portanto, um juízo desvalorativo de caráter geral, que reprova à sociedade pelo concreto comportamento antijurídico realizado em seu interior, por sua conta e proveito, sem que se possa tomar em conta elementos fáticos nela concorrentes que possam matizar ou excluir essa reprovação no caso concreto. Em alguma medida recorda, uma vez aceita a transferência do injusto, o conceito de culpabilidade próprio da concepção normativa pura welzeliana⁶⁰ e parece fundar-se em que à pessoa jurídica seja exigível, como criação do direito que é, uma estrutura e atividade conforme ao direito.⁶¹ No que respeita à punibilidade, pode ser atenuada se concorrem determinados comportamentos pós-delitivos da pessoa jurídica que possam matizar a necessidade, não o merecimento, do juízo de responsabilidade.⁶²

Além disso, as pessoas jurídicas dispõem de um catálogo específico de penas – art. 33.7 -, com critérios orientadores da imposição de determinadas penas – art. 66 bis, 1.^a (parágrafo 1) -. Estão submetidas às regras gerais de dosimetria legal ou judicial da pena, a salvo das previsões específicas sobre determinação legal – art. 66 bis, (parágrafo 1 *ab initio*) - e sobre determinação judicial – art. 66 bis, (parágrafos 1 a 3) -. A extinção da responsabilidade das pessoas jurídicas contém regras especiais, já vistas.⁶³

2. Um setor importante da doutrina defende que o sistema de imputação introduzido foi o correspondente ao modelo de autorresponsabilidade: à pessoa jurídica se imputa um injusto culpável próprio, distinto dos que podem ter sido realizados pelas pessoas físicas competentes nela integradas.⁶⁴ O injusto costuma identificar-se com um defeito de organização da pessoa jurídica,⁶⁵ e a culpabilidade vai referida a esse injusto cometido pela pessoa jurídica.⁶⁶

Esta interpretação traz diversos argumentos: destaca que na segunda modalidade comissiva do art. 31 bis, 1, onde o protagonismo corresponde aos empregados da sociedade, exige-se que não tenha



ocorrido o devido controle destes por parte das pessoas físicas que exercem a autoridade da pessoa jurídica. Ademais, o devido respeito a determinados princípios constitucionais e jurídico-penais, como os de exclusão da responsabilidade pelo fato alheio, a imputação subjetiva ou o princípio de culpabilidade, obriga a projetar esse requisito à segunda modalidade comissiva, centrada na atuação dos representantes ou administradores da sociedade. Por outra parte, não veem argumentos suficientes a favor do modelo de transferência. É certo que é necessário constatar que um representante, administrador ou empregado do ente coletivo tenha cometido também o delito.⁶⁷ Todavia, a lei admite a responsabilidade da pessoa jurídica com independência de que se desconheça que pessoa física concreta tenha cometido o delito, de que não se possa proceder contra a pessoa física, ou que esta tenha falecido ou que se tenha subtraído de algum modo à justiça. Sem esquecer que as excludentes e circunstâncias da responsabilidade, concorrentes na pessoa física, não são aplicáveis à pessoa jurídica.

Não falta quem pensa que nosso legislador introduziu um modelo misto: se reconhece que parte do modelo de transferência, mas este é influído ou transformado em maior ou menor medida pelo modelo de autorresponsabilidade.⁶⁸

A meu juízo, há bons argumentos em contra das interpretações precedentes:

Em primeiro lugar, e como veremos mais adiante, sustentar o modelo de autorresponsabilidade em nosso código supõe fazer uma interpretação sem base legal da referencia do art. 31 bis, 1 (parágrafo 2), à ausência do devido controle dos representantes ou administradores sobre seus empregados.

Por outra parte, chama a atenção que a comissão por imprudência, tão relevante em todas as construções baseadas no defeito de organização, está contemplada em poucas hipóteses. O art. 31 bis não contém uma cláusula de imprudência aplicável a todos os delitos em que as pessoas jurídicas possam ser responsáveis. Tampouco a alusão, na segunda modalidade comissiva, ao devido controle dos representantes ou administradores sobre seus empregados pode ser considerada, em seus devidos termos, uma disposição expressa de imprudência punível no sentido do art. 12 do Código. Além disso, não vai referida a todo o art. 31 bis, em realidade, nem sequer às pessoas jurídicas.⁶⁹ É mais, se assim fosse, imporia surpreendentemente a mesma pena da comissão dolosa à imprudente.⁷⁰

Se houvesse um injusto culpável específico da pessoa jurídica, deveriam estar previstas excludentes e graduações de injusto e de culpabilidade próprias, ligadas ao defeito de organização da sociedade e sua reprovação. Entretanto, somente estão previstas as atenuantes do art. 31 bis, 4, cujo caráter pós-delitivo impede referi-las ao injusto ou à culpabilidade.⁷¹

Ao alegar princípios constitucionais e penais a favor desse modelo realiza-se uma interpretação pouco ponderada: o princípio da legalidade, constitucional e penal, fica em segundo lugar frente a qualquer outro princípio de origem semelhante. Preferível é debater, como já foi mencionado, se é possível que seja constitucional a responsabilidade das sociedades por fato injusto alheio em certas condições.

Ignoram ou desconsideram certas previsões legais adicionais, incompatíveis com um modelo de autorresponsabilidade. A exigência de responsabilidade penal das sociedades instrumentais somente tem sentido dentro do modelo de transferência, pois no modelo de autorresponsabilidade o injusto culpável da sociedade instrumental carece de sustento. O que procede é o delito de “testa de ferro” da pessoa física e a medida de dissolução da sociedade.⁷² Da mesma forma, a obrigação de modular as penas de multa impositivas tanto à pessoa física quanto à pessoa jurídica para que sua quantia total se ajuste à gravidade dos mesmos fatos – art. 31 bis, 2 – pressupõe que ambas as pessoas estão substancialmente respondendo pelo mesmo injusto culpável.⁷³ Não podem ser desprezadas, tampouco, diversas previsões legais que condicionam a gravidade das penas das pessoas jurídicas à das pessoas físicas.⁷⁴

7. O TIPO DE INJUSTO DA PESSOA FÍSICA TRANSFERÍVEL À PESSOA JURÍDICA

Nosso art. 31 bis, 1, configura duas modalidades em que uma pessoa física realiza o tipo de alguma das figuras delitivas suscetíveis de serem imputadas também a pessoas jurídicas. Ademais, a efeitos de transparência, deverão concorrer no tipo alguns elementos adicionais diferenciados segundo a variante comissiva.



1. A variante de representantes ou administradores – art. 31 bis, 1 (parágrafo 1) – exige, em primeiro lugar, que a ação ou omissão típica seja idônea para produzir uma vantagem à pessoa jurídica, o que se expressa com a locução legal *em proveito*. Estamos diante de uma qualidade da ação e não de uma alusão ao resultado, e nem sequer de um elemento subjetivo do injusto. Em consequência, é irrelevante que o proveito tenha sido produzido ou que o representante ou administrador atuem movidos primordialmente no sentido de lograr uma vantagem para a empresa.⁷⁵ Por sua vez, a vantagem suscetível de ser alcançada não há de ser necessariamente econômica e, quando seja, pode referir-se a um incremento de ingressos, economia de gastos, melhora de posição no mercado ou qualquer outro benefício com tradução econômica, inclusive se não tem relação com o giro da empresa.⁷⁶

Sujeito ativo da conduta típica deve ser um representante legal ou administrador da pessoa jurídica a imputar. Pelo primeiro se entende quem exerce a representação da sociedade respeito a todos os atos compreendidos em seu objeto social, e pelo segundo, tanto quem administra a sociedade em virtude de um título juridicamente válido como quem exerce de fato a gestão da sociedade, ainda quando careça de algo além dos requisitos formais para ser administrador de direito.⁷⁷

O art. 31 bis alude reiteradamente à condição de pessoa física dos representantes ou administradores intervenientes no delito, pelo que não poderão ser sujeitos ativos os órgãos coletivos da pessoa jurídica, nem as pessoas jurídicas que possam exercer a administração da sociedade.⁷⁸ Dado que a transferência do injusto da pessoa física à jurídica exige, nesta modalidade, que a pessoa física possa vincular a pessoa jurídica em seu conjunto, não poderão ser sujeitos ativos: os mandatários da pessoa jurídica, pois tem poderes limitados de representação, e tampouco os comandos intermediários da pessoa jurídica, ao estarem subordinados ao administrador.⁷⁹

Esse sujeito ativo deve atuar em nome ou por conta da pessoa jurídica. São dois elementos subjetivos de tendência, de caráter alternativo, cuja concorrência é materialmente compatível com eventuais comportamentos imprudentes expressamente previstos como puníveis. O sujeito atuará em nome da sociedade quando seu comportamento se acomode à política ou diretivas da empresa previamente fixadas, e se comportará por conta da sociedade se persegue os interesses desta, determinados autonomamente no marco de suas funções sociais, ainda quando contradiga a política ou diretivas empresariais. Não se dará a tendência exigida se no exercício de suas funções sociais perseguem, de forma predominante, interesses próprios ou se, à margem de suas funções sociais, realiza atuações no interesse da empresa.⁸⁰

Um setor da doutrina exige que, ademais, concorra um defeito de organização da própria pessoa jurídica. A ausência desse defeito faz com que não se dê o injusto ou, para alguns, a culpabilidade da pessoa jurídica. A exigência se funda, sobretudo, em razões de princípio ou oportunidade sobre o modelo de responsabilidade de pessoas jurídicas mais adequado e, em menor medida, em razões sistemáticas de coerência com a dicção legal do art. 31 bis, 1 (parágrafo 2).⁸¹ À margem das objeções já formuladas às pretensões de interpretar todo o art. 31 bis sob o modelo de autorresponsabilidade,⁸² resulta difícil encontrar apoio legal na dicção típica desta variante à exigência de um defeito de organização.⁸³ Ademais, como já dissemos, os defeitos de organização costumam ser imprudentes e não há previsões específicas para a imprudência da pessoa jurídica.⁸⁴ Por outra parte, deveriam estar previstas repercussões sobre o injusto da pessoa jurídica para o caso de que estivesse bem organizada, o que não sucede.⁸⁵ E, uma vez mais, segue pendente a fundamentação da responsabilidade da pessoa física se o que se faz não é transferir um injusto próprio.

2. A variante de empregados – art. 31 bis, 1 (parágrafo 2) – exige, da mesma forma que a hipótese anterior, a idoneidade do comportamento típico para proporcionar uma vantagem à pessoa jurídica. Sujeito ativo do comportamento típico será um empregado da sociedade, em concreto, uma pessoa física submetida à autoridade das pessoas, também físicas, que representam ou administram à sociedade. Alguém, portanto, que se encontra submetido à hierarquia ou, ao menos, ao poder de direção dos representantes ou administradores societários. Isso inclui os que não estão vinculados laboral ou mercantilmente com a sociedade, como também àqueles que estão submetidos a essa autoridade dentro do trabalho autônomo, de subcontratados ou de empresas de trabalho temporário.

⁸⁶

O sujeito ativo atuará no exercício de atividades sociais por conta daquelas sociedades que não tenham sido devidamente controladas. Agirá no exercício de atividades sociais se executa aquelas



que funcionalmente lhe correspondem dentro do objeto social; mas também se executa comportamentos no interior da sociedade que, pertencendo ao objeto social, não lhe correspondem, ou que não pertencem ao objeto social. Atuará por conta da sociedade se persegue os interesses desta, o que não sucederá se atende de forma predominante interesses próprios no contexto da sociedade ou se, à margem de suas atividades sociais, realiza atuações no interesse da sociedade. Ademais, a ausência do devido controle tornou possível a atuação delitiva do empregado dentro e por conta da sociedade:

Esta última é uma exigência insuperável para poder realizar a transferência do injusto do empregado para a pessoa jurídica. O empregado carece do poder de direção da sociedade, pois diferente de representantes e administradores, está impossibilitado de tomar decisões autônomas. Esse controle que está ausente é, de acordo com o dispositivo legal, o das pessoas físicas que são sujeitos ativos do art. 31 bis, 1 (parágrafo 1), e não dos órgãos societários enquanto tais.⁸⁷ E a ausência se dará quando o empregado conte com o impulso, a tolerância ou o descuido, ativo ou omissivo, das pessoas físicas aludidas, atendendo as circunstâncias do caso. Estamos, pois, diante de um pressuposto do comportamento típico do empregado formulado negativamente, de modo que, se concorre o devido controle, o empregado não poderá realizar o injusto que permite ser transferido à pessoa jurídica, sem prejuízo da responsabilidade própria que possa ter. Sobre a responsabilidade dos controladores, art. 31 bis, 1 (parágrafo 2), não prevê sua responsabilidade penal pelo mero fato de não haver exercido o devido controle sobre seus empregados, o que não obsta que sua conduta possa satisfazer o tipo ativo ou omissivo do art. 31 bis, 1 (parágrafo 1), ou qualquer outro tipo.⁸⁸

Um setor doutrinário considera que a exigência de que os representantes ou administradores, que são entendidos como órgãos societários, não exerçam o devido controle seria equiparável ao requisito de que esteja presente um defeito de organização da pessoa jurídica. Para alguns esse elemento típico faltarão se os representantes ou administradores exercerem, no caso concreto, o devido controle sobre seus subordinados, enquanto que, para outros, também faltarão nas hipóteses em que a sociedade dispõe previamente de um regulamento interno.⁸⁹ Por outra parte, esse defeito de organização se tende a ver majoritariamente como imprudente.⁹⁰

Não comparto desta última interpretação doutrinária. A sociedade não responde pelo injusto próprio derivado do indevido controle por seus representantes ou administradores dos seus subordinados, mas sim pelo delito cometido por estes: por isso é irrelevante que a ausência de controle seja dolosa ou imprudente, ou que a implantação prévia ao delito de um *compliance program* careça de consequências. Tampouco os representantes ou administradores da sociedade são tratados como órgãos da sociedade quando exercem esses labores de controle: se o fossem, as excludente ou atenuantes que lhes afetassem deveriam repercutir sobre o injusto culpável transferido à sociedade, o que proíbe o art. 31 bis, 3; de fato, seu comportamento, nesse caso, deveria ser impune ou, no máximo, de codelinquência com a sociedade.⁹¹

Além disso, resulta disfuncional que representantes ou administradores devam ser entendidas como pessoas físicas no art. 31 bis, 1 (parágrafo 1), e como órgãos societários no art. 31 bis, 1 (parágrafo 2), sem contar que não existe qualquer menção a órgãos societários no art. 31 bis, 1 a 3, além dos representantes ou administradores tratados como pessoas físicas. Por último, mais uma vez se deve recordar que se o defeito da organização é imprudente não será possível considerá-lo por falta de previsão expressa;⁹² é mais, se nos parágrafos do art. 31 bis, 1, quiséssemos ver um defeito de organização societário, a pena do parágrafo 1 deveria ser superior, pela maior gravidade da conduta.⁹³

3. Em nenhuma das duas variantes comissivas é necessário identificar a pessoa física que realizou o injusto precedente – art. 31 bis, 2 –, ainda que seja necessário constar que alguém que reúne as qualidades pessoais do injusto tenha realizado o tipo correspondente, incluídos os elementos adicionais já mencionados. Como vimos na epígrafe 6.^a do presente artigo, deste modo o legislador introduziu uma variante do conceito processual de prova alternativa. Entretanto, convém fazer algumas precisões:

Essa construção processual cria, sem dúvidas, tensões com o princípio de imputação pessoal, especialmente em relação à imputação subjetiva.⁹⁴ Dessas tensões não se livram, por certo, aqueles que partem de um modelo de autorresponsabilidade, na medida em que exigem que a pessoa física realize o tipo subjetivo. Em suma, se submete à prova de indícios de elementos subjetivos a um notável desafio.



Por outra parte, cabe admitir que os elementos típicos fossem realizados de forma compartida por várias pessoas desconhecidas em sua totalidade ou em parte.⁹⁵ Em qualquer caso, deverão estar presentes em todas elas os elementos de alguma modalidade de autoria.

8. ATENUANTES ESPECÍFICAS DAS PESSOAS JURÍDICAS

1. O art. 31 bis, 4, prevê algumas atenuantes aplicáveis às pessoas jurídicas,⁹⁶ as quais aludem a condutas executadas com posterioridade à comissão do delito, isto é, uma vez produzido o injusto culpável.⁹⁷ Estamos diante de atenuantes pertencentes à categoria da punibilidade. Atendem, portanto, a uma menor necessidade do juízo de responsabilidade transferido, ligada a razões de eficácia, efetividade ou eficiência, dependendo do caso.⁹⁸ Assim, à eficácia parcial na proteção do bem jurídico, que se logra com a própria conduta do autor, alude a atenuante de reparação do dano do art. 31 bis, 4 c. Ao incremento na efetividade da norma, que se alcança por um comportamento do autor que facilita a tarefa da administração de justiça, se presta atenção nas atenuantes de confissão ou colaboração na investigação de fato – art. 31 bis, 4, a y b –. E a maior eficiência, resultante de renunciar a um completo juízo de responsabilidade a câmbio de melhorar a prevenção de futuras condutas delitivas, justifica a atenuante de estabelecimento de medidas de prevenção ou detecção de delitos para o futuro do art. 31 bis, 4 d.

Em todo caso, o comportamento atenuante deve ser realizado pelos representantes legais da pessoa jurídica, que agem, agora sim, como órgãos da sociedade, como se deduz da exigência legal de que as atividades atenuantes da sociedade sejam realizadas através dos mesmos.⁹⁹ É a primeira vez que o art. 31 bis refere-se a órgãos societários enquanto tais.

E demonstra que o legislador não vê obstáculos em atribuir efeitos no âmbito da responsabilidade penal às atuações dos órgãos societários, por mais que na atual regulação tenha optado por um modelo de transferência.

Em consequência, não terão efeito atenuante as atividades realizadas por aqueles que não representam a sociedade, como sócios, acionistas, quadros médios, auditores, assessores ou trabalhadores da empresa em geral; isso não obsta a que alguns possam ser os executores materiais dos comportamentos atenuantes seguindo as instruções dos representantes.¹⁰⁰ Tampouco atenuarão as condutas dos representantes legais realizadas por conta própria e não da sociedade. Aqui surge o problema quando o representante legal é a pessoa física que transferiu o delito por ele cometido à sociedade e estamos diante de atenuantes previstas também para as pessoas físicas.¹⁰¹ O representante pode buscar reduzir sua responsabilidade confessando, cooperando ou reparando com bens sociais, sem ter em conta os interesses societários, que podem ser contrapostos aos da pessoa jurídica. Por isso, se deve partir de que as condutas de representantes já imputados ou que terminam por ser imputados não são condutas societárias, inclusive se os interesses de defesa do representante e da sociedade não são contrapostos: não procede que em tais condições pessoais esse representante possa decidir sobre a estratégia de defesa da sociedade.¹⁰²

2. A atenuante de confissão da infração – art. 31 bis 4, a – guarda grandes semelhanças com a referida às pessoas físicas do art. 21.4.^a Em todo caso, a confissão deve fazer referência ao injusto específico cometido pela pessoa física transferente, o que inclui os elementos típicos adicionais que permitem a transferência, os quais são diferentes segundo a variante comissiva; na confissão não será preciso que se identifique a pessoa transferente, ainda que sim deva deixar claro que alguém com os cargos ou funções societários legalmente previstos tenha cometido o delito.

O desconhecimento de que um procedimento judicial se dirige contra a pessoa jurídica, requisito para a validade da confissão, faltarão quando uma decisão judicial identifique à sociedade como provável responsável, sem que seja necessário que seja indiciariamente responsável, pois rege a interpretação vigente para a atenuante regular da confissão e não as exigências para a interrupção da prescrição.¹⁰³ De todo os modos, o conhecimento da abertura de um procedimento judicial contra as pessoas físicas transferentes não debilita a atenuante. Naturalmente o desconhecimento deve dar-se nos representantes legais da sociedade.¹⁰⁴

3. A atenuante de colaboração na investigação dos fatos – art. 31 bis, 4 b – constitui, por um lado, uma variante da atenuante de colaboração com a justiça na persecução de delitos dos arts. 376 (parágrafo 1) e 579.4 CP (LGL\1940\2), mas referida a todos os delitos nos que está prevista a responsabilidade das pessoas jurídicas; de todas as formas a colaboração se restringe ao



oferecimento de provas.¹⁰⁵ Por outro lado, se insere no debate sobre o alcance dos regimentos internos das pessoas jurídicas, ainda que com notáveis carências a respeito: não tem efeitos excludentes da responsabilidade, nem basta com uma atitude colaboradora da sociedade a requerimento das autoridades.¹⁰⁶

A colaboração deverá ser concretizada em um comportamento ativo, não sendo suficiente não obstaculizar as tarefas de investigação,¹⁰⁷ e consiste, estritamente, em oferecer provas, isto é, material probatório derivado de qualquer meio de prova. Não estão abarcados os comportamentos de prevenção de futuros delitos. Essas provas irão referidas a aclarar as responsabilidades penais do fato, seja da pessoa física transferente, de seus partícipes ou da pessoa jurídica, ainda que, em regra, dado seu caráter determinante, se referirão à primeira;¹⁰⁸ nada impede incluir provas excludentes da responsabilidade de umas ou outras pessoas.¹⁰⁹ As provas devem ser novas e decisivas, o que será valorado em termos objetivos e não em função da crença subjetiva de quem as fornece: serão novas se se trata de materiais probatórios que não estão à disposição das autoridades investigadoras ou instrutoras, o que não será o caso de material probatório já disponível ou que confirma fatos já suficientemente comprovados; se estão em poder das outras partes, serão novas enquanto não tenham sido trazidas à investigação. Serão decisivos os materiais probatórios que joguem um papel relevante na formação da convicção judicial; não o será o material probatório acessório ou periférico, mas o pode ser o material probatório indireto.¹¹⁰ A colaboração poderá ter lugar em qualquer momento do processo, sempre que seja procedimentalmente admissível o oferecimento de material probatório.¹¹¹

4. A atenuante de reparação do dano – art. 31 bis, 4 c – é praticamente idêntica à vigente para as pessoas físicas no art. 21, 5.^a, com a ressalva de que melhora sua redação através de melhoras técnicas, todas elas plausíveis, e que não supõem modificações de conteúdo respeito a sua homônima.

5. A atenuante de estabelecimento de medidas de prevenção e descobrimento de delitos para o futuro – art. 31 bis, 4 d – supõe uma limitada introdução do instituto, próprio das sociedades, de *compliance programs*. No marco do modelo de autorresponsabilidade, sua efetiva implantação com anterioridade à comissão do delito costuma conduzir à exclusão da responsabilidade societária. Nosso ordenamento não vai mais além de atribuir um efeito atenuante a condutas societárias equiparáveis a regimentos internos sempre que se realizem depois da comissão do delito e para prevenir ou detectar novos delitos no futuro.¹¹²

Em qualquer caso, se alude a medidas correspondentes em boa parte com as próprias dos *compliance programs*.¹¹³ Contudo, ao se exigir que estejam especificamente dirigidas a prevenir ou descobrir a comissão de delitos, não é suficiente que prevejam ou descubram outras infrações ou danos e, naturalmente, os delitos a prevenir ou detectar são aqueles dos que se pode fazer responsável às pessoas jurídicas.¹¹⁴

Exige-se legalmente que essas medidas sejam eficazes, isto é, adequadas para alcançar os objetivos de prevenção e detecção pretendidos; isso pressupõe que sejam efetivas, ou seja, que estejam em condições de serem postas em prática. Isso implica sua avaliação de acordo com a atividade, estrutura e condições particulares da sociedade, sem que, dada sua natureza prospectiva, devam estar ligadas a um caso concreto. Será necessário, em regra, um meio de prova pericial que deverá excluir medidas aparentes que somente buscam melhorar a imagem societária, sem repercussões reais em prevenção e detecção.¹¹⁵

As medidas devem ser estabelecidas antes do início do juízo oral, prazo temporal superior ao de algumas das atenuantes precedentes, tendo efeito todas aquelas estabelecidas depois da comissão do delito. Não é necessário esperar que se tenha iniciado o procedimento de implantá-las, nem ficam sem efeito as adotadas depois de conhecer a abertura de um procedimento judicial em contra.

9. REFERÊNCIAS

Bacigalupo Sagesse, Silvina. Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos. *Diario La Ley* 7541. 5 de enero de 2011.

Bacigalupo Zapater, Enrique. Responsabilidad penal y administrativa de personas jurídicas y programas de compliance. *Diario La Ley* 7442. 9 de julio de 2010.



Bajo Fernández, Miguel. La responsabilidad penal colectiva. *Cuadernos de Derecho Judicial*. vol. 7. p. 33-92. 2006.

Boldova Pasamar, Miguel Ángel; Rueda Martín, María Ángeles. La responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal español. En: Pieth, Mark; Ivory, Radha (eds.). *Corporate criminal liability: emergence, convergence, and risk*. London: Springer 2011.

Carbonell Mateu, Juan Carlos. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010. *Cuadernos de Política Criminal*. vol. 101. p. 5-33. 2010.

_____; Morales Prats, Fermín. Responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. del Libro I: 31 bis, supresión del 31.2 y nuevos, 66 bis, 116.3, 66.3, 130; y del Libro II: arts. 156 bis, 177 bis, 189 bis, 197, 251 bis, 261 bis, 264, 288, 302, 310 bis, 318 bis, 319, 327, 328, 343, 369, 369 bis, 399 bis, 427, 430, 445, 576 bis). En: Álvarez García, Francisco Javier; González Cussac, José Luis (dirs.). *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

Corcoy Bidasolo, Mirentxu. Art. 130. En: _____. Mir Puig, Santiago (dirs.). *Comentarios al Código Penal (LGL\1940\2)*. *Reforma LO 5/2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

Cuerda Riezu, Antonio Rafael. El principio de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cualitativas. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*. vol. 62. n. 1. p. 157-209 y p. 211-252. 2009.

Del Rosal Blasco, Bernardo. La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis n. 1, del Código Penal (LGL\1940\2). *Cuadernos de Política Criminal*. vol. 103. p. 41-94. 2011.

Díez Ripollés, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*. Madrid: Trotta, 2003.

_____. *Derecho penal español. Parte general. En esquemas*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

_____. *Las penas de las personas jurídicas, y su determinación legal y judicial*. Regulación española. 2012. En prensa.

Dopico Gómez-Aller, Jacobo. Responsabilidad de las personas jurídicas. En: Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo (coord.). *Memento experto. Reforma penal 2010*. Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, 2010.

Fiscalía General del Estado (2011). Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal (LGL\1940\2) efectuada por LO 5/2010.

Fisse, Brent; Braithwaite, John. *Corporations, crime and accountability*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

García Arán, Mercedes. Arts. 31 bis, 66 bis. En: Córdoba Roda, Juan; _____. (dirs.). *Comentarios al Código Penal (LGL\1940\2)*. *Parte general*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

Gómez-Jara Díez, Carlos. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal (LGL\1940\2). *Diario La Ley* 7534. 23 de diciembre de 2010.

_____. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Montevideo: Editorial B de F, 2010.

Gómez Martín, Víctor. Actualización de la obra de Santiago Mir Puig Derecho penal. Parte general, 8. edición, 2008, a la LO 5/2010, de modificación del Código Penal (LGL\1940\2), que entra en vigor el 23.12.2010. En: Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 8. ed. Barcelona: Reppertor S.L., 2010.

_____. Art. 31 bis. En: Corcoy Bidasolo, Mirentxu; Mir Puig, Santiago (dirs.). *Comentarios al Código Penal (LGL\1940\2)*. *Reforma LO 5/2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.



Gómez Rivero, María del Carmen. Lección XXVI. Problemas especiales de la autoría. En: _____ (coord.). *Nociones fundamentales de derecho penal. Partegeneral*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2010.

Heine, Günter. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*. Baden-Baden: Nomos, 1995.

Jescheck, Hans-Heinrich; Weigend, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

Lampe, Ernst-Joachim. Systemunrecht und Unrechtssysteme. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 106. p. 683-745. 1994.

Martínez González, María Isabel. Lección XXX. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. En: Gómez Rivero, María del Carmen (coord.). *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte general*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2010.

Mir Puig, Santiago. Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: Octavio de Toledo Ubieto, Emilio; Gurdíel Sierra, Manuel; Cortés Bechiarelli, Emilio (coords.). *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

Morales Prats, Fermín. La responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis, 31.2 supresión, 33.7, 66 bis, 129, 130.2 CP (LGL\1940\2)). En: Quintero Olivares, Gonzalo (dir.). *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*. Madrid: Cizur Menor (Aranzadi-Thomson), 2010.

Muñoz Conde, Francisco; García Arán, Mercedes. *Derecho penal. Parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

Nieto Martín, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008.

Octavio de Toledo Ubieto, Emilio. ¿Responsabilidad penal para los entes sociales? *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*. vol. 62. n. 1. p. 63-155. 2009.

Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial (*compliance programs*). En: Goñi Sein, José Luis (dir.). *Ética empresarial y códigos de conducta*. Madrid: La Ley (Temas), 2011.

Robles Planas, Ricardo. Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP (LGL\1940\2). *Diario La Ley* 7705. 29 de septiembre de 2011.

Silva Sánchez, Jesús-María. La reforma del Código Penal (LGL\1940\2): una aproximación desde el contexto. *Diario La Ley* 7464. 9 de septiembre de 2010.

Zugaldía Espinar, José Miguel. Tema 34. En: _____ (dir.). *Fundamentos de derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

_____. *Aproximación teórico y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español*, 2012. En prensa.

Zúñiga Rodríguez, Laura del Carmen. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Madrid: Cizur Menor (Thomson-Aranzadi), 2003.

_____. El sistema de sanciones penales aplicables a personas jurídicas. En: Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio; Pérez Cepeda, Ana Isabel; _____. *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*. Madrid: Iustel, 2010. t. I.

1 Tradução de Patrícia Carraro Rossetto, mestre em direito penal pela Universidade de Maringá e doutoranda em direito penal e política criminal na Universidade de Málaga.

2 Vide Díez Ripollés. *Las penas de las personas jurídicas, y su determinación legal y judicial*. Regulación española, 2012.



3 Vide García Arán. Arts. 31 bis, 66 bis. En: Córdoba Roda; _____ (dirs.). *Comentarios al Código Penal (LGL\1940\2)*. Parte general. 2011. p. 387-388; Morales Prats. La responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis, 31.2 supresión, 33.7, 66 bis, 129, 130.2 CP (LGL\1940\2)). En: Quintero Olivares (dir.). *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*. 2010. p. 48, 52-53; Zugaldía Espinar. Tema 34. En: _____ (dir.). *Fundamentos de derecho penal. Parte general*. 2010. p. 578-579; e Zúñiga Rodríguez. Op. cit., p. 55 e ss., entre outros.

4 Sem dúvida, há esforços relevantes nesse sentido. Vide Gómez-Jara Díez. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2010; Zúñiga Rodríguez. Op. cit.; Carbonell Mateu. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010. *Cuadernos de Política Criminal*, vol. 101, p. 5-33; e Bacigalupo Sagesse. Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos. *Diario La Ley 7541*, p. 1-8, entre outros.

5 Vide Nieto Martín. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*. 2008. p. 38-42; Zúñiga Rodríguez. Op. cit., p. 70, 98-100; Zúñiga Rodríguez. El sistema de sanciones penales aplicables a personas jurídicas. En: Berdugo Gómez de La Torre; Pérez Cepeda; _____, *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*. 2010. t. I, p. 314-315; Ortiz de Urbina Gimeno. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial (*compliance programs*). En: Goñi Sein (dir.). *Ética empresarial y códigos de conducta*. 2011. p. 97-100; Carbonell Mateu. Op. cit., p. 10-11; y García Arán. Op. cit., p. 388.

6 Faz-se alusão, no primeiro sentido, à autoria mediata, atuação em lugar de outro, delitos de infração de dever, comissão por omissão etc. A respeito, vide: Nieto Martín. Op. cit., p. 48-52; Zúñiga Rodríguez. *Bases...* cit., p. 99; e Ortiz de Urbina Gimeno. Op. cit., p. 99; também Carbonell Mateu. Op. cit., p. 10.

7 Vide Nieto Martín. Op. cit., p. 43-47; Dopico Gómez-Aller. Responsabilidad de las personas jurídicas. En: Ortiz de Urbina Gimeno (coord.). *Memento experto. Reforma penal 2010*. 2010. p. 12-13; y Ortiz de Urbina Gimeno. Op. cit., p. 100-101.

8 Sobre seu emprego incorreto na culpabilidade, vide Díez Ripollés. *Derecho penal español. Parte general. En esquemas*. 2011. p. 400 e ss.

9 Vide Nieto Martín. Op. cit., p. 52 e ss.; e Dopico Gómez-Aller. Op. cit., p. 12-13.

10 Sobre eles, vide mais detalhadamente, Díez Ripollés. *Derecho...* cit., p. 130 y ss., e a doutrina ali citada.

11 No sentido exposto na minha obra titulada *La racionalidad de las leyes penales*: vide Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*. 2003. p. 86 e ss.

12 Sobre este princípio, vide Cuerda Riezu. El principio de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cualitativas. *ADPCP*, vol. 62, n. 1, p. 157-209; e Cuerda Riezu. Op. cit., p. 211-252; também Díez Ripollés. *Derecho...* cit., p. 237 e ss.

13 Propõem uma interpretação do modelo neste último sentido Cuerda Riezu. Op. cit., p. 215 y ss., y p. 234-235; e Gómez Rivero. Lección XXVI. Problemas especiales de la autoría. En: _____ (coord.). *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte general*. 2010. p. 352 e 354.

14 No mesmo sentido, vide entre outros Boldova Pasamar; Rueda Martín. La responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal español. En: Pieth; Ivory (eds.). *Corporate criminal liability: emergence, convergence, and risk*. 2011. p. 277; Carbonell Mateu. Op. cit., p. 16-17; e Robles Planas. Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP (LGL\1940\2). *Diario La Ley 7705*, p. 2-3.

Não creio que o modelo deva ser criticado a partir de outros princípios que costumam ser mencionados. A meu juízo não infringe o princípio da proibição do *bis in idem*, pois não se imputa um mesmo fato com o mesmo fundamento a uma pessoa duas vezes, pelo contrário, se faz responder a uma pessoa, a jurídica, por um fato que foi cometido por outra, a física, pelo qual esta já respondeu 16



Com opinião distinta, Boldova Pasamar; Rueda Martín. Op. cit., p. 287; y Nieto Martín. Op. cit., p. 110 e ss.

Tampouco deve estar em primeiro plano o princípio exclusão da responsabilidade objetiva, pois não fazemos responsável a uma pessoa jurídica por um fato que tenha realizado ou produzido materialmente, mas que não lhe pode ser imputado materialmente por falta de dolo ou culpa. Em realidade, fazemos responder a uma pessoa jurídica por um fato que é imputável objetiva e subjetivamente a outra pessoa, e pelo qual esta já responde. Assim também Cuerdo Riezu. Op. cit., p. 193 e 217; de outra opinião, Bacigalupo Sagesse. Op. cit., p. 26; Boldova Pasamar; Rueda Martín. Op. cit., p. 287; Nieto Martín. Op. cit., p. 115 y ss.; Ortiz de Urbina Gimeno. Op. cit., p. 118-120; e Robles Planas. Op. cit., p. 2.

15 Assim, Bajo Fernández. La responsabilidad penal colectiva. *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. 7, p. 60-61; y Nieto Martín. Op. cit., p. 116-120; em sentido contrário, Cuerdo Riezu. Op. cit., p. 215 y ss.; Dopico Gómez-Aller. Op. cit., p. 13 y 18; y Ortiz de Urbina Gimeno. Op. cit., p. 103-109, 122-123.

Nosso Tribunal Constitucional até agora não se pronunciou de forma clara.

16 Entretanto, nesse sentido Dopico Gómez-Aller. Op. cit., p. 13 e 18; e Nieto Martín. Op. cit., p. 116-120; também Ortiz de Urbina Gimeno. Op. cit., p. 103-109, e p. 122-123.

17 Sobre o conceito, de clara raiz habermasiana, vide Díez Ripollés. *La racionalidad...* cit., p. 91-92.

18 Vide a este último respeito Nieto Martín. Op. cit., p. 120-126; e Ortiz de Urbina Gimeno. Op. cit., p. 120-121.

19 Assim, por exemplo, Gómez-Jara Díez. Op. cit. passim; Gómez-Jara Díez. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal (LGL\1940\2). *Diario La Ley* 7534, p. 9-10; Carbonell Mateu. Op. cit., p. 22 e ss.; e Bacigalupo Sagesse. Op. cit., p. 17-19.

20 Nesse sentido a maioria da doutrina: vide, entre muitos outros, Bacigalupo Zapater. Responsabilidad penal y administrativa de personas jurídicas y programas de compliance. *Diario La Ley* 7442, p. 3-4; Nieto Martín. Op. cit., p. 146 e ss.; Ortiz de Urbina Gimeno. Op. cit., p. 116; Zugaldía Espinar. *Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español*. 2012. p. 3-4; e Zúñiga Rodríguez. *Bases...* cit., p. 195 e ss.

21 Assim, vide Heine. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*. 1995; y Lampe, Systemunrecht und Unrechtssysteme. *ZStW* 106, p. 683-745; também em parte Gómez-Jara Díez. *Fundamentos...* cit., p. 15 e ss.; e Gómez-JARA Díez. La responsabilidad... cit., p. 10.

22 Assim Fisse; Braithwaite. *Corporations, crime and accountability*. 1993.

23 Essa mesma objeção vale para o critério de defeito de organização, na medida em que se exige um defeito organizativo que se estenda no tempo, antes e depois da conduta delitativa concreta. Vide Nieto Martín. Op. cit., p. 150 e ss.; y Silva Sánchez. La reforma del Código Penal (LGL\1940\2): una aproximación desde el contexto. *Diario La Ley* 7464, p. 6.

24 E isso inclusive se consta a atitude favorável dos órgãos societários a que pessoas físicas, em seu interior, realizem esse fato delitivo. No mesmo sentido, Carbonell Mateu. Op. cit., p. 19; e Robles Planas. Op. cit., p. 4.

A objeção também se aplica às duas variantes anteriores já criticadas, por mais que nestes casos nem sequer se guarde relação com um fato concreto.

25 Entre os primeiros se encontra Nieto Martín. Op. cit., p. 155 e ss. Entre os segundos, vide Zugaldía Espinar. *Aproximación...* cit., p. 7-10, o qual aceita um injusto meramente objetivo da persona física, se se desconhece sua identidade. Não falta quem insiste em realizar uma imputação subjetiva à sociedade, a partir de um dolo ou culpa coletivos muito normatizados (assim, por exemplo, Zúñiga Rodríguez. *Bases...* cit., p. 237 y ss.; e Zugaldía Espinar. *Fundamentos...* cit., p. 17



581-582), algo que, a meu juízo, desnaturaliza a imputação subjetiva (também criticamente, vide Nieto Martín. Op. cit., p. 160-162).

Criticamente em geral, vide Silva Sánchez. Op. cit., p. 5-6.

26 Sem prejuízo de aproximações valiosas, como as de Gómez-Jara Díez. *Fundamentos...* cit., passim; e Carbonell Mateu. Op. cit., p. 22 e ss. Também criticamente, Robles Planas. Op. cit., p. 2-3.

27 Reconhece-o Zugaldía Espinar. *Fundamentos...* cit., p. 582. Em sentido crítico semelhante, vide Cuerda Riezu. Op. cit., p. 217-218, e p. 234-235; e Silva Sánchez. Op. cit., p. 6.

28 Ao torná-la também responsável, a pessoa física responde por um fato alheio, o da pessoa jurídica.

29 Assim, Carbonell Mateu. Op. cit., p. 9-10; Mir Puig. Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: Octavio de Toledo Ubieto; Gurdíel Sierra; Cortés Bechiarelli (coords.). *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*. 2004. p. 760-761; Morales Prats. Op. cit., p. 53; y Octavio de Toledo Ubieto. ¿Responsabilidad penal para los entes sociales? *ADPCP*, vol. 62, n. 1, p. 151 e ss.

30 Nesse sentido, vide principalmente Zugaldía Espinar. *Fundamentos...* cit., p. 578; também em sentido similar Nieto Martín. Op. cit., p. 20 e ss.

31 De forma mais ampla Díez Ripollés. *Derecho...* cit., p. 136. Também criticamente, Nieto Martín. Op. cit., p. 177 e ss.

32 Assim também Nieto Martín. Op. cit., p. 29 e ss.; y Gómez-Jara Díez. La responsabilidad... cit., p. 8.

33 Também são excluídas as organizações internacionais de direito público ou as que exerçam poderes públicos de soberania ou administrativos.

34 Assim Carbonell Mateu; Morales Prats. Responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. del Libro I: 31 bis, supresión del 31.2 y nuevos, 66 bis, 116.3, 66.3, 130; y del Libro II: arts. 156 bis, 177 bis, 189 bis, 197, 251 bis, 261 bis, 264, 288, 302, 310 bis, 318 bis, 319, 327, 328, 343, 369, 369 bis, 399 bis, 427, 430, 445, 576 bis). Em: Álvarez García; González Cussac (dirs.). *Comentarios a la reforma penal de 2010*. 2010. p. 78; Dopico Gómez-Aller. Op. cit., p. 14; García Arán. Op. cit., p. 411-413; Gómez-Jara Díez. La responsabilidad... cit., p. 7-8; Gómez Martín. Actualización de la obra de Santiago Mir Puig Derecho penal. Parte general, 8. edición, 2008, a la LO 5/2010, de modificación del Código Penal (LGL\1940\2), que entra en vigor el 23.12.2010. En: Mir Puig. *Derecho penal. Parte general*. 2010. p. 9; e Zúñiga Rodríguez. El sistema... cit., p. 318-319.

35 Assim Nieto Martín. Op. cit., p. 31; parcialmente, vide também Dopico Gómez-Aller. Op. cit., p. 14.

36 Vide Carbonell Mateu; Morales Prats. Op. cit., p. 78; Dopico Gómez-Aller. Op. cit., p. 15 – ainda que com matizes -; García Arán. Op. cit., p. 413-414; Gómez-Jara Díez. La responsabilidad... cit., p. 8; e Morales Prats. Op. cit., p. 61. Em sentido contrário, vide Gómez Martín. Op. cit., p. 9-10; e Zúñiga Rodríguez. El sistema... cit., p. 319.

37 Vide estes conceitos nas leis 28/2006, 6/1997 y 3/2003, entre outras.

38 Assim Dopico Gómez-Aller. Op. cit., p. 13-16; e García Arán. Op. cit., p. 414. Em sentido contrário Gómez Martín. Op. cit., p. 9.

39 Nesse sentido, Zugaldía Espinar. *Fundamentos...* cit., p. 591. Em todo caso, a pena de dissolução está prevista para estes casos no art. 66 bis (parágrafo 3).

40 De qualquer forma, ao não estar contemplada a hipótese de que foi depois de sua criação quando se degeneraram em meras entidades instrumentais delitivas, que é a hipótese criminológica mais relevante, a previsão dificilmente será aplicável às entidades de direito público do art. 31 bis, 5



(parágrafo 1). Assim também Dopico Gómez-Aller. Op. cit., p. 15; Gómez Martín. Op. cit., p. 10; Gómez Martín. Art. 31 bis. En: Corcoy Bidasolo; Mir Puig (dirs.). *Comentarios al Código Penal (LGL\1940\2)*. *Reforma LO 5/2010*. 2011. p. 131-132; e García Arán. Op. cit., p. 414-415.

41 Assim Corcoy Bidasolo. Art. 130. En: Corcoy Bidasolo; Mir Puig (dirs.). *Comentarios al Código Penal (LGL\1940\2)*. *Reforma LO 5/2010*. 2011. p. 307; e Dopico Gómez-Aller. Op. cit., p. 36. Contudo, o art. 130.2 faz referência às entidades resultantes da cisão.

42 A qual se acumula à responsabilidade por fato alheio já produzida ao transferir o fato delitivo da pessoa física à jurídica, como veremos infra. Vide Robles Planas. Op. cit., p. 6.

43 Vide outras soluções mais acertadas da doutrina para resolver este problema em Díez Ripollés. *Derecho...* cit., p. 139.

44 Não creio que esta definição legal inverta o ônus da prova, atentando ao princípio de presunção de inocência, como, entretanto, sustenta Bacigalupo Sagesse. Op. cit., p. 31.

45 Se, por outro lado, foi possível paralisar a tempo, de forma cautelar, o processo de dissolução da sociedade, então responderá esta.

46 Fazem alusão a isso Gómez-Jara Díez. *La responsabilidad...* cit., p. 8; e Nieto Martín. Op. cit., p. 30. Também nesse sentido, vide Fiscalía General del Estado. Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal (LGL\1940\2) efectuada por LO 5/2010. 2011. p. 28-29.

47 Uma enumeração em Díez Ripollés. *Derecho...* cit., p. 243-244.

48 Vide criticamente, a respeito, Bacigalupo Sagesse. Op. cit., p. 27-28; Boldova Pasamar; Rueda Martín. Op. cit., p. 280; Dopico Gómez-Aller. Op. cit., p. 23-24; Fiscalía General del Estado. Op. cit., p. 56 e ss.; e Zugaldía Espinar. *Aproximación...* cit., p. 15.

49 Destaca esta carência Carbonell Mateu; Morales Prats. Op. cit., p. 84; também Morales Prats. Op. cit., p. 57.

50 Entre outros, chegam a conclusão semelhante, Boldova Pasamar; Rueda Martín. Op. cit., p. 277 e 287; Fiscalía General del Estado. Op. cit., p. 30 e ss.; Gómez Martín. *Actualización...* cit., p. 8 e 11; Gómez Martín. Art. 31... cit., p. 131; ROBLES PLANAS. Op. cit., p. 6; e Zúñiga Rodríguez. *El sistema...* cit., p. 315-317.

51 Vide de forma ampla no Manual de Jescheck; Weigend. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 1996, p. 143-150.

52 Vide infra.

53 Admitem expressamente os efeitos da justificação da conduta da pessoa física na responsabilidade da pessoa jurídica, Bacigalupo Sagesse. Op. cit., p. 30; García Arán. Op. cit., p. 404-405; Gómez Rivero. Op. cit., p. 357; Morales Prats. Op. cit., p. 58-59; Muñoz Conde; García Arán. *Derecho penal. Parte general*. 2010. p. 632; e Nieto Martín. Op. cit., p. 204.

54 Aparentemente chega à mesma conclusão García Arán. Op. cit., p. 404.

55 Assim Fiscalía General del Estado. Op. cit., p. 51 e ss.; Gómez-Jara Díez. *La responsabilidad...* cit., p. 10; Gómez Rivero. Op. cit., p. 357; Gómez Martín. *Actualización...* cit., p. 16-17; Nieto Martín. Op. cit., p. 204; e Zúñiga Rodríguez. *El sistema...* cit., p. 322, entre outros.

56 Vide de forma mais ampla em Díez Ripollés. *Derecho...* cit., p. 244-245. Reconhecem o parcial esvaziamento do art. 66 bis (parágrafo 1) García Arán. Op. cit., p. 639; e Morales Prats. Op. cit., p. 66-67.

57 Entretanto, favorável à participação *sui generis*, Boldova Pasamar; Rueda Martín. Op. cit., p. 277.



a favor da coautoria, vide Gómez Rivero. Op. cit., p. 352.

58 Vide o supramencionado no item 3 do presente artigo. No mesmo sentido, Boldova Pasamar; Rueda Martín. Op. cit., p. 277 y 287; Cuerdo Riezu. Op. cit., p. 234; García Arán. Op. cit., p. 392-393; Gómez Martín. Actualización... cit., p. 11; Morales Prats. Op. cit., p. 55-56; Muñoz Conde. Op. cit., p. 630; Octavio de Toledo Ubieto. Op. cit., p. 148-151; Robles Planas. Op. cit., p. 6; e Zúñiga Rodríguez. El sistema... cit., p. 315 e ss.

59 Bem entendido que para justificar a atual regulação bastaria admitir a transferência do injusto, e não de toda responsabilidade da pessoa física à sociedade. Vide supra os termos do debate.

60 Vide Díez Ripollés. *Derecho...* cit., p. 245-246.

61 Parte também de um juízo genérico de culpabilidade García Arán. Op. cit., p. 396-397 e p. 400-401.

62 Vide infra.

63 Vide o mencionado no item 4 do presente artigo sobre sucessão e dissolução aparente de pessoas jurídicas.

64 Assim, Bacigalupo Sagesse. Op. cit., p. 20-23, 26; Carbonell Mateu. Op. cit., p. 27 e 31; Dopico Gómez-Aller. Op. cit., p. 13, 16 e ss.; García Arán. Op. cit., p. 392 e ss.; Gómez-Jara Díez. La responsabilidad... cit., p. 8-10; Gómez Rivero. Op. cit., p. 353-354; Morales Prats. Op. cit., p. 55-56; Ortiz de Urbina Gimeno. Op. cit., p. 122-123; e Zugaldía Espinar. *Fundamentos...* cit., p. 581-583.

65 Entretanto, consideram o defeito de organização como elemento fundamentador da culpabilidade, ou consideram difícil delimitar seu conteúdo de injusto e culpabilidade, Bacigalupo Zapater. Op. cit., p. 3-4; García Arán. Op. cit., p. 394-397, 400-401; Zugaldía Espinar, *Fundamentos...* cit., p. 582; y Zugaldía Espinar. *Aproximación...* cit., p. 9-10, entre outros.

Ademais, existem discrepâncias sobre a admissão legal da comissão culposa do defeito de organização: admitem-na em todo caso Dopico Gómez-Aller. Op. cit., p. 18, p. 20-21; e García Arán. Op. cit., p. 392 e ss.; limitada à segunda modalidade comissiva do art. 31 bis, 1, Ortiz de Urbina Gimeno. Op. cit., p. 124-126; somente em hipóteses isoladas expressamente previstas, Carbonell Mateu. Op. cit., p. 28; e Morales Prats. Op. cit., p. 57.

66 As poucas formulações sobre o conteúdo da culpabilidade são muito diversas – García Arán. Op. cit., p. 394-397 y p. 400-401; Gómez-Jara Díez. La responsabilidad... cit., p. 8-10; e Zugaldía Espinar. *Aproximación...* cit., p. 7, 9-10.

Em todo caso se reconhece a falta de previsão de excludentes ou atenuantes da culpabilidade própria da pessoa jurídica – assim, Bacigalupo Sagesse. Op. cit., p. 28-30; García Arán. Op. cit., p. 396; Morales Prats. Op. cit., p. 58; Nieto Martín. Op. cit., p. 204; e Zugaldía Espinar. *Fundamentos...* cit., p. 586-587, 592 -, por mais que alguns autores promovam certas interpretações que levam à admissão de umas ou outras, ou de ambas, assim, por exemplo, Bacigalupo Zapater. Op. cit., p. 4; Gómez-Jara Díez. La responsabilidad... cit., p. 10; y Zugaldía Espinar. *Aproximación...* cit., p. 13.

67 O que, segundo estes autores, implica que essa pessoa física tenha realizado um injusto culpável, um injusto ou somente o tipo objetivo. Vide posturas diferentes em García Arán. Op. cit., p. 390, 392-393, e 404-405; Gómez Rivero. Op. cit., p. 352-353; Morales Prats. Op. cit., p. 55-59; Ortiz de Urbina Gimeno. Op. cit., p. 117-118; Zugaldía Espinar. *Fundamentos...* cit., p. 582; e Zugaldía Espinar. *Aproximación...* cit., p. 8-9; entre outros.

68 Com interpretações muito distintas, Bacigalupo Zapater. Op. cit., p. 2-3; Nieto Martín. Op. cit., p. 177; e Silva Sánchez. Op. cit., p. 6. Deixamos de considerar neste estudo as propostas que defendem que a reforma do Código Penal (LGL1940\2) em matéria de pessoas jurídica não introduziu, em que pese sua localização sistemática e os termos utilizados, responsabilidade penal de classe alguma.

Para alguns destes autores teria sido criada uma responsabilidade objetiva pelo risco, vinculada ao



enriquecimento ilícito obtido pela pessoa jurídica a partir de ações realizadas por pessoas físicas em sua estrutura. Tratar-se-ia de uma responsabilidade de caráter jurídico-público, mas que careceria, todavia, de natureza penal ou sancionadora administrativa.

Vide, a respeito, Robles Planas. Op. cit., p. 5-8; e Del Rosal Blasco. La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis n. 1, del Código Penal (LGL\1940\2). *Cuadernos de Política Criminal*, vol. 103, p. 94.

69 Sobre os destinatários da exigência de controle, vide infra.

70 Assim também Gómez Martín. Actualización... cit., p. 13-14; Gómez Martín. Art. 31... cit., p. 133-134; y Robles Planas. Op. cit., p. 6-7. Uma enumeração dos poucos delitos nos que coincide uma regulação expressa da punição da imprudência e da responsabilidade das pessoas jurídicas, em Díez Ripollés. *Derecho...* cit., p. 244.

71 Assim García Arán. Op. cit., p. 395-396; Gómez Rivero. Op. cit., p. 357; Morales Prats. Op. cit., p. 59 e ss.; Ortiz de Urbina Gimeno. Op. cit., p. 129-130.

En contra, Gómez-Jara Díez. La responsabilidad... cit., p. 9-10; e Zugaldía Espinar. *Aproximación...* cit., p. 13 y 16.

Isso sem prejuízo das excludentes e circunstâncias modificativas da responsabilidade das pessoas físicas que são consideradas transferíveis às pessoas jurídicas.

72 Vide o mencionado no item 4.

73 Reconhecem o citado problema, entre outros autores, Bacigalupo Sagesse. Op. cit., p. 26; Carbonell Mateu. Op. cit., p. 30; DOPICO Gómez-Aller. Op. cit., p. 22; vide também Gómez-Jara Díez. La responsabilidad... cit., p. 11-12; y Zugaldía Espinar. *Fundamentos...* cit., p. 591-592.

74 O que sucede com inúmeras figuras delitivas, e, de modo mais geral, nos arts. 52.4 e 66 bis (parágrafo 1 2.^a) do Código Penal (LGL\1940\2).

75 Substancialmente igual, Fiscalía General del Estado. Op. cit., p. 42-44; também em parte, Bacigalupo Sagesse. Op. cit., p. 25. Partem de que é um elemento subjetivo, sendo suficiente sua concorrência, e debatendo se deve ser o motivo predominante, García Arán. Op. cit., p. 390; Gómez-Jara Díez. La responsabilidad... cit., p. 9, com matizes; Gómez Martín. Art. 31... cit., p. 133; Del Rosal Blasco. Op. cit., p. 87-88; e Zugaldía Espinar. *Aproximación...* cit., p. 8-9.

76 Assim, Dopico Gómez-Aller. Op. cit., p. 18; Fiscalía General del Estado. Op. cit., p. 43; García Arán. Op. cit., p. 390; Gómez Martín. Actualización... cit., p. 13; Gómez Martín. Art. 31... cit., p. 133; e Zugaldía Espinar. *Aproximación...* cit., p. 9.

77 Substancialmente igual, Dopico Gómez-Aller. Op. cit., p. 16-17; Fiscalía General del Estado. Op. cit., p. 41-42; García Arán. Op. cit., p. 391; Gómez Martín. Actualización... cit., p. 11-12; e Gómez Martín. Art. 31... cit., p. 133.

Note, de qualquer forma, que no âmbito mercantil, em geral, o administrador de direito é precisamente o que exerce funções de representação orgânica da sociedade. Vide, a respeito das sociedades de capital, os arts. 209, 233-234 da TRL 1/2010.

Esse desajuste indevido com as previsões normativas do direito privado levou Del Rosal Blasco. Op. cit., p. 54-65, a propor uma discutível interpretação que vincula o conceito penal de representante legal empregado no art. 31 bis, 1, com a função de intermediário ou mandatário geral da sociedade.

78 Neste último caso serão sujeitos ativos as pessoas físicas que administrem, em nome da sociedade administradora, a sociedade administrada. Vide a respeito o art. 212.1 TRL 1/2010.

Em sentido similar, Fiscalía General del Estado. Op. cit., p. 50-51; e Gómez Martín. Actualización... cit., p. 12. Em sentido contrário, Bacigalupo Sagesse. Op. cit., p. 22.



79 Assim também DOPICO Gómez-Aller. Op. cit., p. 17; Gómez Martín. Actualización... cit., p. 11; e Gómez Martín. Art. 31... cit., p. 132. Em sentido contrário, no que respeita a intermediários, Del Rosal Blasco. Op. cit., p. 64-65.

80 Com frequência a doutrina não distingue entre os dois elementos alternativos. Vida interpretações nem sempre coincidentes em Bacigalupo Sagesse. Op. cit., p. 24; Dopico Gómez-Aller. Op. cit., p. 18; Fiscalía General del Estado. Op. cit., p. 40-41; García Arán. Op. cit., p. 389; Gómez Martín. Actualización... cit., p. 12; Gómez Martín. Art. 31... cit., p. 133; Gómez-Jara Díez. La responsabilidad... cit., p. 9; Gómez RIVERO. Op. cit., p. 354; Del Rosal Blasco. Op. cit., p. 86; e Zugaldía Espinar. *Aproximación...* cit., p. 8.

81 Así, Bacigalupo Sagesse. Op. cit., p. 23; Bacigalupo Zapater. Op. cit., p. 2-4; Dopico Gómez-Aller. Op. cit., p. 18; García Arán. Op. cit., p. 394 e ss.; Gómez-Jara Díez. La responsabilidad... cit., p. 9-10; Ortiz de Urbina Gimeno. Op. cit., p. 123; e Zugaldía Espinar. *Aproximación...* cit., p. 7 e ss.

82 Vide o item precedente do presente trabalho.

83 Isto é reconhecido inclusive pelos partidários ou propensos à interpretação criticada: Dopico Gómez-Aller. Op. cit., p. 13 e 18; Morales Prats. Op. cit., p. 55-56; e Ortiz de Urbina Gimeno. Op. cit., p. 123; entre muitos outros autores que são favoráveis ou não à mesma.

84 Assim o reconhece Ortiz de Urbina Gimeno. Op. cit., p. 123-126.

85 Os intentos de introduzir atipicidade, excludentes ou atenuantes em tais casos – vide, por todos, Bacigalupo Sagesse. Op. cit., p. 28-29; Bacigalupo Zapater. Op. cit., p. 3-4; Dopico Gómez-Aller. Op. cit., p. 18 e ss.; García Arán. Op. cit., p. 396-397; Gómez-Jara Díez. La responsabilidad... cit., p. 9-10; e Zugaldía Espinar. *Aproximación...* cit., p. 10 e 13 – pecam por voluntarismo.

Nesse sentido, Fiscalía General del Estado. Op. cit., p. 51-52; Gómez Martín. Actualización... cit., p. 16; e Morales Prats. Op. cit., p. 59.

86 Assim, Dopico Gómez-Aller. Op. cit., p. 19-20; Fiscalía General Del Estado. Op. cit., p. 46; Gómez Martín. Actualización... cit., p. 13; Gómez Martín. Art. 31... cit., p. 133; e Del Rosal Blasco. Op. cit., p. 88-89, entre outros.

87 Assim também, entre outros, Gómez Martín. Actualización... cit., 2010, p. 15; Robles Planas. Op. cit., p. 6; y Del Rosal Blasco. Op. cit., p. 90-91. Por outro lado, intenta eludir esta conclusão Bacigalupo Sagesse. Op. cit., p. 22.

88 Nisso parece referir-se a menção a representantes e administradores do art. 31 bis, 3. Se cumprem o tipo do art. 31 bis, 1, esse injusto poderá ser transferido à sociedade. De forma ampla, sobre a responsabilidade dos controladores, vide Del Rosal Blasco. Op. cit., p. 65-85.

89 Assim, Bacigalupo Sagesse. Op. cit., p. 28-29; Bacigalupo Zapater. Op. cit., p. 3-4; Carbonell Mateu. Op. cit., p. 28-29 y 32 – com algumas reticências –; Dopico Gómez-Aller. Op. cit., p. 20-21; García Arán. Op. cit., p. 394 y ss., p. 403; Gómez-Jara Díez. La responsabilidad... cit., p. 9-10; Ortiz de Urbina Gimeno. Op. cit., p. 122-123; e Zugaldía Espinar. *Aproximación...* cit., p. 9-10. Contrário à exigência do defeito de organização societário, Boldova Pasamar; Rueda Martín. Op. cit., p. 287-288; Fiscalía General del Estado. Op. cit., p. 48 e ss.; Gómez Martín. Actualización... cit., p. 14-15; Gómez Martín. Art. 31... cit., p. 134; e Del Rosal Blasco. Op. cit., p. 92-94, entre outros.

90 Assim, entre outros, García Arán. Op. cit., p. 394 e ss.; Ortiz de Urbina Gimeno. Op. cit., p. 124; e Silva Sánchez. Op. cit., p. 6.

91 Todavía, como vimos, cabe que sua conduta de falta de controle cumpra o tipo do art. 31 bis (parágrafo 1), em cujo caso caberá a transferência do delito por eles cometido à sociedade.

92 Reconhecem-no Carbonell Mateu. Op. cit., p. 28; e Morales Prats. Op. cit., p. 57.



- 93 Reconhece-o Nieto Martín. Op. cit., p. 201-202.
- 94 Em sentido contrário Ortiz de Urbina Gimeno. Op. cit., p. 117-118.
- 95 Assim também García Arán. Op. cit., p. 402.
- 96 Mesmo quando o preceito parece dar a entender o contrário, já vimos no item 6 que cabe apreciar outras, salvo as referidas à culpabilidade.
- 97 Assim, por todos, Dopico Gómez-Aller. Op. cit., p. 32; Fiscalía General Del Estado. Op. cit., p. 52; e García Arán. Op. cit., p. 395-396, 407. Críticamente Morales Prats. Op. cit., p. 59.
- 98 Sobre a fundamentação genérica da categoria da punibilidade em torno à necessidade do juízo de responsabilidade, vide Díez Ripollés. *Derecho...* cit., p. 513 e ss. Neste caso, a doutrina, como costuma fazer com os elementos da punibilidade, faz referência a razões político-criminais de promoção de certos comportamentos, ou de necessidade de pena – assim, por todos, Dopico Gómez-Aller. Op. cit., p. 32 e ss.; García Arán. Op. cit., p. 407; Gómez Martín. *Actualización...* cit., p. 17; Gómez Martín. Art. 31... cit., p. 135; e Muñoz Conde. Op. cit., p. 632.
- Para Gómez-Jara Díez. *La responsabilidad...* cit., p. 10, todas estas atenuantes societárias expressam o fenómeno da autorregulação.
- 99 Convém recordar que nas sociedades de capital os administradores são os representantes legais da sociedade, que essa representação pode ser exercida por um ou vários administradores, ou pelo conselho de administração, que o conselho de administração pode atribuir a representação a uma comissão executiva, ou a um ou vários conselheiros delegados, que em casos de pluralidade de administradores estes exercerão a representação, segundo os casos, de forma solidária ou mancomunada, e que a administração pode ser exercida por pessoas físicas ou jurídicas – arts. 209-212, 233-235, 249, 252 TRL 1/2010 de Sociedades de capital.
- 100 Assim também Dopico Gómez-Aller. Op. cit., p. 33 e ss.; García Arán. Op. cit., p. 407-408; Gómez Martín. *Actualización...* cit., p. 16-18; e Gómez Martín. Art. 31... cit., p. 136.
- 101 Sem dúvidas as atenuantes de confissão, reparação e, para certos delitos, de colaboração, de acordo com os arts. 21.4.º e 5.ª, 376 (parágrafo 1) e 579.4 CP (LGL\1940\2).
- 102 Vide, para proibições e deveres de abstenção dos administradores em sociedades de capital, arts. 225 e ss. TRL 1/2010. Alude a esta problemática García Arán. Op. cit., p. 407-408.
- 103 Vide Díez Ripollés. *Derecho...* cit., p. 526 e 784-785.
- 104 Vide Dopico Gómez-Aller. Op. cit., p. 33; García Arán. Op. cit., p. 409; Gómez-Jara Díez. *La responsabilidad...* cit., p. 10.
- 105 Que não seja exigido também o abandono voluntário das atividades delitivas pode estar relacionado com a adoção do modelo de transferência.
- 106 Assim também Fiscalía General Del Estado. Op. cit., p. 38-39 e p. 48-50. Además, críticamente Dopico Gómez-Aller. Op. cit., p. 33-34; e Gómez-Jara Díez. *La responsabilidad...* cit., p. 10.
- 107 Em sentido contrário, Gómez-Jara Díez. *La responsabilidad...* cit., p. 10.
- 108 Aludem tanto à persona física como à jurídica, entre outros, Dopico Gómez-Aller. Op. cit., p. 33; García Arán. Op. cit., p. 410; e Morales Prats. Op. cit., p. 60.
- De acordo com o já mencionado na atenuante da confissão, não é preciso que se identifique a pessoa física transferente desconhecida, nos casos em que tem conhecimento de sua identidade.
- 109 Contempla somente provas incriminatórias Morales Prats. Op. cit., p. 60.



110 Vide, com posturas nem sempre coincidentes com o texto mencionado, Dopico Gómez-Aller. Op. cit., p. 34; Fiscalía General del Estado. Op. cit., p. 54; Gómez-Jara Díez. La responsabilidad... cit., p. 10; García Arán. Op. cit., p. 410; Martínez González. Lección XXX. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. En: Gómez Rivero (coord.). Op. cit., p. 405; e Morales Prats. Op. cit., p. 60.

111 Sobre a possível superposição desta atenuante com a confissão, vide Díez Ripollés. *Derecho...* cit., p. 527. Também, entre outros, Dopico Gómez-Aller. Op. cit., p. 34; Gómez Martín. Actualización... cit., p. 18; e Gómez Martín. Art. 31... cit., p. 136.

112 Um setor da doutrina se serve, injustificadamente, desta atenuante como argumento adicional para atribuir efeitos excludentes da responsabilidade societária aos *compliance programs* prévios ao delito. Assim, por exemplo, Bacigalupo Sagesse. Op. cit., p. 28-30; Dopico Gómez-Aller. Op. cit., p. 34-35; Gómez-Jara Díez. La responsabilidad... cit., p. 11 – parcialmente –; Gómez Martín. Actualización... cit., p. 19; e Ortiz de Urbina Gimeno. Op. cit., p. 129-130.

Em sentido contrário Morales Prats. Op. cit., p. 60-61; Nieto Martín. Op. cit., p. 178; Del Rosal Blasco. Op. cit., p. 93-94; e Zúñiga Rodríguez. El sistema... cit., p. 323-324.

113 Vide sucintamente os fins perseguidos pelos mesmos em Díez Ripollés. *Derecho...* cit., p. 528 e, de forma mais ampla em Gómez-Jara Díez. La responsabilidad... cit., p. 11; Nieto Martín. Op. cit., p. 215 e ss.; e Ortiz de Urbina Gimeno. Op. cit., p. 126-131, entre otros.

114 Note que o preceito faz referência à *com os meios ou sob a cobertura da pessoa jurídica*. Isso deixa de fora hipóteses em que a sociedade pretende prevenir ou perseguir delitos que não são por sua conta ou proveito. Vide sobre estes aspectos Dopico Gómez-Aller. Op. cit., p. 34; e Gómez-Jara Díez. La responsabilidad... cit., p. 11.

115 Vide sobre alguns de estes temas, entre outros, Fiscalía General del Estado. Op. cit., p. 55; Martínez González. Op. cit., p. 406; e Morales Prats. Op. cit., p. 61.