



## NOVO CÓDIGO PENAL ESPANHOL (LEI ORGÂNICA 5/2010) RESPONSABILIDADE PENAL DO ENTE COLETIVO - IMPRESSÕES INICIAIS

Ciências Penais | vol. 14 | p. 431 | Jan / 2011 | DTR\2011\1819

### **Luiz Regis Prado**

Professor Titular de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá.

**Área do Direito:** Penal

### **Sumário:**

Novo Código Penal espanhol (reformado pela Lei Orgânica 5/2010), em vigor desde 24.12.2010:

“Art. 31 bis.

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. En estos supuestos, los



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

Na esteira da tendência político-criminal europeia de institucionalização da responsabilidade penal da pessoa jurídica, por influência, sobretudo, de sistemas jurídicos anglo-saxões ou similares, e de convenções internacionais,<sup>1</sup> a Espanha, de filiação romanística, acaba por consagrá-la na nova legislação penal (Código Penal espanhol de 2010 [art. 31 bis] – instituído pela Ley Orgánica 5/2010, que reformou grandemente o anterior Código Penal de 1995).

Regula-se, assim, detalhadamente, pela vez primeira, essa modalidade de responsabilidade penal na Espanha. É, sem dúvida alguma, a mais relevante modificação ocorrida no Código Penal espanhol.<sup>2</sup>

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

A responsabilidade penal da pessoa jurídica vem prevista de forma ampla e independente, paralelamente à responsabilidade da pessoa natural (art. 31 bis, 3 e 5, do CP espanhol). Nesse ponto, ressaí certa margem de dubiedade ou imprecisão legislativa quando se compara o contido no art. 31 bis, 1 e o disposto no item 2 do mesmo artigo. No primeiro, adota-se o modelo de responsabilidade por atribuição (indireto) e no segundo, busca-se alcançar a ideia de responsabilidade penal própria (direta) da pessoa jurídica.

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

Não obstante isso, e para além, não foram dados, no novo Código Penal espanhol, o devido acabamento e condições de sustentabilidade teórica ao edifício que buscou construir. Isso porque, apesar de estabelecer seu pressuposto conceitual (art. 31 bis, 1 e 2), sanções aplicáveis (art. 33,7)<sup>3</sup> e elementos relativos à sua determinação (circunstâncias atenuantes, agravantes, excludentes etc.), esqueceu-se o legislador de fixar seu fundamento próprio e autônomo, isto é, elementos ou critérios específicos indispensáveis à conformação dessa forma de responsabilidade [v.g., responsabilidade penal da pessoa jurídica direta/por fato próprio – culpabilidade por defeito de organização (Tiedemann); pelo estado de necessidade de proteção de bens jurídicos, sem culpabilidade (Schünemann); pala condução da atividade empresarial (Heine) etc.].

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

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

Nesse particular aspecto, vê-se que o Código Penal francês (art. 121-2), em vigor, opta claramente por um sistema de responsabilidade penal da pessoa jurídica de cunho antropomórfico, por representação, reflexo ou atribuição *a pari* ao tradicional da pessoa física, agasalhando inteiramente o mecanismo de empréstimo com todas as disposições a ele adstritas, inclusive processuais. Daí exigir-se, em caso de crime ou delito, como condição prévia, a infração penal praticada pela pessoa



física, para só então proceder-se àquela do ente moral. Essa sistemática, ainda que imperfeita, permite contornar mais facilmente alguns problemas dogmáticos, mas acaba não elidindo o principal: responsabilidade por fato alheio.

De sua vez, estabelece a nova lei espanhola também a prática de delito por parte da pessoa física que se encontra em seu interior, como condicionante legal. Não é outro o dizer do art. 31, 1: "(...) as pessoas jurídicas serão penalmente responsáveis *pelos delitos praticados* em seu nome ou por sua conta, e, em seu proveito, por seus representantes legais e administradores de fato e de direito" (sem grifo no original).

De modo similar à legislação francesa, prevê o Estatuto espanhol a cláusula de especialidade para responsabilidade da pessoa jurídica, bem como exclui de sua incidência o Estado e outros entes públicos (art. 31 bis, 5). Dessa maneira, a responsabilidade penal da pessoa jurídica encontra-se prevista sob a forma de *numerus clausus* para os delitos seguintes: tráfico de órgãos (art. 156 bis), tráfico de seres humanos (art. 177 bis), prostituição (art. 189 bis), acesso ilícito a dados e programas informáticos (art. 197, 3), estelionato (art. 251 bis), insolvências e concursos puníveis (art. 261 bis), sabotagens e danos informáticos (art. 264, 4), delitos relativos ao mercado, consumidores e corrupção privada (art. 288), receptação e lavagem de capitais (art. 302, 2), delitos contra a Fazenda Pública e Previdência Social (art. 310 bis), delitos contra os direitos dos trabalhadores (art. 318 bis, 4), delitos contra a ordenação do território (art. 319, 4), delitos contra o meio ambiente (arts. 327 e 328, 6), delitos contra resíduos e/ou emissões ionizantes (art. 343, 3), fabricação, manipulação, transporte, posse ou comercialização de explosivos (art. 348, 3), tráfico ou favorecimento ao consumo de drogas tóxicas ou estupefacientes (art. 369 bis), falsificação de cartões de crédito e cheques de viagem (art. 399 bis), suborno (art. 427, 2), tráfico de influências (art. 430), corrupção de funcionário público estrangeiro ou de organização internacional (art. 445, 2), organizações e grupos criminosos (art. 570) e financiamento do terrorismo (art. 576 bis, 3).

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

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

A partir das observações feitas, calha trazer a lume o magistral asserto de Montesquieu: "qu'une chose n'est pas juste parce qu'elle est loi, mais qu'elle doit être loi parce qu'elle est juste".

Resta assim a espera atenta, pois cabe ao futuro dar uma verdadeira e final resposta a essa incitante interrogação...

---

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

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

3 Código Penal español:

“Art. 33.

(...)

7. Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:

a) Multa por cuotas o proporcional.

b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.

c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.

f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.

g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.”