

Imputação subjetiva da pessoa jurídica: Dolo eventual, culpa consciente e o “juízo probabilístico do risco”

Subjective allocation of the legal person: Eventual intent, conscious neglect and the “probabilistic judgement of risk”

Rafael Aguilera Gordillo 

Diretor do Programa de Especialização em Compliance e Professor de Criminal Compliance na Universidade Loyola, Espanha. Codiretor do curso de pós-graduação em Responsabilidade Criminal de Pessoas Jurídicas, Sistemas Forenses e de Compliance em Marcos Internacionais e Nacionais da Universidade de Valladolid, Espanha. Codiretor do Compliance Advisory LAB da Grant Thornton Espanha. Doutor em Direito Penal pela Universidade de Córdoba, Espanha.

Tradutor:

Lucas Fernandes da Costa 

Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo, Brasil

Resumo: Neste artigo é realizado um exame da imputação subjetiva dentro do regime de responsabilidade penal da pessoa jurídica e sua relação com outros elementos, como a “análise de risco” de sistemas de *compliance* ou vieses (“bases”) heurísticos. Embora seja oferecida uma visão do estado da arte na Espanha, é uma questão que transcende fronteiras, razão pela qual é relevante no contexto internacional. A imputação subjetiva constitui elemento crucial para o destino penal (condenação ou absolvição) da pessoa jurídica, pois se o órgão julgador inferir que houve dolo, a condenação prosseguirá; porém, se deduzir que houve culpa, não pode ser condenada (salvo se para aquele crime estiver contemplada a responsabilidade penal da pessoa jurídica na modalidade culposa). O texto analisa como a Suprema Corte espanhola diferencia os dois conceitos que marcam a fronteira difusa entre dolo e culpa: dolo eventual e culpa consciente. Da mesma forma, são abordados outros efeitos jurídico-criminais que a apuração do dolo pode gerar para a própria pessoa jurídica (como a possibilidade de ser punido por tentativa) ou para pessoas jurídicas terceiras (punibilidade por participação).

Palavras-chave: Gestão de Riscos; Juízo Probabilístico do Risco; vieses heurísticos; Imputação Subjetiva das Organizações; Participação Penal de outras Pessoas Jurídicas

Abstract: In this article, an examination of the subjective imputation is carried out within the criminal liability regime of the legal person and its relationship with other elements, such as the “risk analysis” of the compliance systems or the biases or heuristics. Although a vision of the state of the issue in Spain is offered, it is an issue that transcends borders, which is why it is relevant in the international context. The subjective imputation constitutes a crucial element for the criminal fate (conviction or acquittal) of the legal entity since, if the judging body infers that there was fraud, the conviction will proceed; however, if it deduces that there was recklessness, it cannot be convicted (unless for that crime the criminal liability of the legal person in reckless mode is contemplated). The text

analyzes how the Spanish Supreme Court differentiates between the two concepts that mark the diffuse border between intent and recklessness: eventual intent and conscious recklessness. Likewise, other legal-criminal effects are addressed that the assessment of intent can generate for the legal entity itself (such as the possibility of being punished for attempt) or for third-party legal entities (punishability for participation).

Keywords: Risk Management; Probabilistic Risk Judgment; Bias; Heuristics; Subjective Imputation of Organizations; Criminal Participation of other Legal Entities

1. Introdução

Todas as condutas criminosas que compõem o catálogo de crimes para os quais está prevista a responsabilidade penal da pessoa jurídica na Espanha¹ estão contempladas na modalidade dolosa, apenas cinco incriminam conduta culposa². Em outras palavras, a imputação subjetiva constitui um aspecto crucial para o “destino penal” da pessoa jurídica quando um gestor, intermediário ou funcionário subordinado pratica um ato criminoso.

Isto implica que, na grande maioria dos casos em que concorrem os elementos, dentre outros requisitos, para a atribuição de responsabilidades, o fato de uma empresa, associação, fundação ou outra entidade com personalidade jurídica poder ser condenada criminalmente dependerá do que o tribunal infere sobre o aspecto subjetivo. Ou seja, se o órgão julgador extrair ou deduzir que houve dolo no comportamento, a condenação prosseguirá; por outro lado, se deduzir que houve culpa, não poderá sancionar criminalmente a pessoa jurídica³, devendo absolvê-la. Pois bem, neste contexto, é pertinente colocar as seguintes questões: Qual é o estado da arte da imputação subjetiva no quadro da responsabilidade penal da pessoa jurídica? Quais são as características definidoras dos dois conceitos que marcam a tênue fronteira entre dolo e

¹ O artigo foi traduzido do espanhol para o português pelo Prof. Dr. Lucas Fernandes da Costa, Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo, Brasil. A lista ou catálogo de crimes para os quais se contempla a responsabilidade penal das pessoas jurídicas na Espanha consta no Anexo.

² A Circular 1/2016 da *Fiscalía General del Estado español*, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma efectuada por ley orgánica 1/2015 (que é um documento dirigido a todos os fiscais, em que se contemplam os critérios a seguir em matéria de responsabilidade penal corporativa e sistemas de *compliance*) destaca em seu apartado 7: *Conclusiones* o seguinte: «Un recorrido por los delitos para los que está prevista la responsabilidad de la persona jurídica muestra que la inmensa mayoría describe comportamientos exclusivamente dolosos. Los delitos contra la salud pública prevén la modalidad imprudente (art. 367), pero la responsabilidad de la persona jurídica no se extiende a ella (art. 366). Exclusión, por otra parte, desafortunada, pues imposibilita la exigencia de responsabilidad a las empresas que hayan incumplido gravemente los deberes mínimos de diligencia en la fabricación o comercialización de productos letales o gravemente dañinos para la salud de los consumidores, actuaciones no precisamente desconocidas en la jurisprudencia española. Finalmente, solo cuatro grupos de conductas imprudentes son susceptibles de generar un reproche penal a la persona jurídica, a saber: las insolvencias punibles, los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, el delito de blanqueo de capitales y los delitos de financiación del terrorismo.». In: *Boletín Oficial del Estado*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2016-00001>. Acesso em: 06 jun. 2022.

No entanto, é notório que esta Circular 1/2016 omite — ou esquece — o crime de contrabando, que não está previsto no Código Penal espanhol, mas está previsto em Lei Penal Especial. Especificamente no artigo 2.5 em relação ao art. 2.6 da *ley orgánica* 12/1995, de 12 de diciembre de represión del contrabando, In: *Boletín Oficial del Estado*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-26836>. Acesso em: 06 jun. 2022.

³ Com exceção dos cinco crimes indicados na nota anterior, que contemplam a modalidade temerária.

culpa e qual doutrina jurisprudencial aplica o Supremo Tribunal espanhol? Quais os efeitos jurídico-criminais que a conduta criminosa dolosa pode gerar para a empresa, para o próprio contexto societário e para outras pessoas jurídicas?

Neste artigo vamos abordar as questões levantadas, analisando, a partir das diferentes abordagens existentes em relação à tipicidade subjetiva no campo único da responsabilidade penal da pessoa jurídica, os critérios que servem para inferir a existência de dolo ou culpa; como o Supremo Tribunal espanhol distingue dolo eventual de culpa consciente, bem como as implicações que a avaliação do dolo tem — ou pode ter — para a própria pessoa jurídica (punibilidade em caso de tentativa) e para outras entidades (punição de terceiros).

Como o leitor poderá extrair, trata-se de questões jurídico-criminais decisivas, tanto para as pessoas jurídicas quanto para as pessoas naturais envolvidas, onde o juízo probabilístico do risco tem papel essencial, bem como os vieses heurísticos que afetam os processos de tomada de decisão e gestão de riscos. Por isso, este texto é de particular interesse para *compliance officers*, profissionais com responsabilidades em assuntos de *compliance*, advogados, assessores jurídicos, instrutores especializados em treinamento de *compliance* e analistas de risco criminal corporativo.

2. A questão da imputação subjetiva dentro do marco da responsabilidade penal da pessoa jurídica

Como se sabe, a criminalidade não se configura apenas por elementos objetivos de natureza descritiva ou normativa, mas, superado o filtro da imputação objetiva, é necessário que haja dolo ou culpa na conduta⁴. Da mesma forma, quando o Código Penal espanhol especifica condutas, tais comportamentos criminosos são, regra geral, intencionais. A conduta negligente ou imprudente só poderá ser punida quando expressamente prevista no próprio Código Penal espanhol (CP, doravante). Por sua vez, ao constataremos que uma conduta é sancionada tanto na modalidade maliciosa quanto na temerária, observaremos como a maliciosa tem pena muito mais grave, pois a reprovação pelo desrespeito é consideravelmente maior quando a decisão de atentar ao bem jurídico coincide.

Em geral, o esclarecimento judicial sobre se a conduta criminosa foi dolosa ou temerária constitui um ponto extremamente complexo, uma vez que uma disposição subjetiva carece de elementos diretos que a exibam. Para inferir se esse comportamento foi realizado com dolo ou culpa⁵ se recorre a indícios, às normas sociais de atribuição de conhecimento ou, ainda, a

⁴ No regime jurídico-penal espanhol, tal está previsto no Código Penal nos seus artigos 5.º e 10.º:

Artigo 5 do CP: “No hay pena sin dolo o imprudencia”. Artigo 10 do CP: “Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”. O Código Penal espanhol foi aprovado pela Lei Orgânica 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal. No entanto, passou por inúmeras reformas, In: **Boletín Oficial del Estado**. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em: 06 jun. 2022.

⁵ Vale ressaltar que, além da questão da avaliação do dolo ou da culpa — que incide no cerne da imputação subjetiva —, em alguns tipos dolosos são exigidos outros elementos subjetivos particulares do injusto (como um espírito específico ou intencionalidade), os elementos especiais do tipo do injusto.

indicadores. Alguns desses indicadores são: o grau de conhecimento ou treinamento associado às características pessoais do sujeito, as medidas de controle de risco que foram adotadas e aplicadas, os comportamentos desenvolvidos imediatamente antes e após o crime, o grau de perigo gerado etc. Na terceira seção do artigo, estuda-se a fronteira decisiva e imprecisa entre dolo e culpa, mas antes de entrar nesse extremo, é necessário abordar um aspecto anterior: qual assunto examinamos ao avaliar a imputação subjetiva sob o sistema de responsabilidade penal da pessoa jurídica e se existem ou não divergências quanto à análise efetuada às pessoas naturais.

Apesar de a instituição da responsabilidade penal da pessoa jurídica existir há anos em vários Estados do mundo e de, no âmbito espanhol, estar assumida há mais de uma década⁶, pode-se afirmar que, pelo menos na Espanha, não existe um modelo de responsabilidade unanimemente aceito. Como se sabe, existem dois principais modelos opostos (autorresponsabilidade de base sistêmica vs. heterorresponsabilidade)⁷ e, entre ambos, uma ampla gama de posições e teses ecléticas, muitas das quais estão mais bem preparadas para enfrentar os desafios impostos pela casuística, oferecem maior solidez dogmática, sua validade é sustentada por evidências científicas obtidas no âmbito de contextos corporativos, ajustam-se mais rigorosamente à realidade ou à dimensão ontológica das próprias organizações, etc.

Em relação ao modelo de autorresponsabilidade ou responsabilidade pelas próprias ações, podemos apontar brevemente que ele encontra seu fundamento nas velhas hipóteses da "teoria dos sistemas". Essa teoria concebe a organização ou, conforme o caso, a pessoa jurídica, como uma entidade com suposta capacidade de auto-organização e autodireção. Por isso, diante da avaliação de um defeito organizacional estrutural que propiciou um ato criminoso — que se concretizou —, a pessoa jurídica pode ser responsabilizada criminalmente pelo próprio fato que "realizou": o defeito organizacional. O referido defeito conforma a própria injustiça praticada pela entidade. A teoria dos sistemas gozou de certa notoriedade no século passado, mas foi superada por outras teorias sociológicas mais avançadas e complexas que, além disso, têm maior respaldo empírico.⁸

O precursor mais famoso das ideias sistêmicas foi Luhmann, que extraiu noções sistêmicas do campo da biologia e as simplificou⁹ com a alegação de que poderiam ser

⁶ Na Espanha foi introduzido por meio de uma reforma operada por meio da *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.

⁷ Vid. AGUILERA GORDILLO, Rafael. **Manual de Compliance Penal en España**. 2ª ed., Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2022. Em particular, as seguintes seções: 1.2. *Autoorganización y responsabilidad penal por hecho propio: consideraciones críticas y necesidad de actualizar la base socio-legal de la responsabilidad penal de la persona jurídica*; 3.I. *Persona física y acción social sobre el cumplimiento: desde la elección racional (fundamentos criminológicos y socio-legales) hasta el «behavioral compliance»* e 5.VII. *Otros aspectos clave: la cuestión de la «eficacia», estrategias de optimización del cumplimiento en entornos corporativos y la «pericial de compliance»*.

⁸ AGUILERA GORDILLO, Rafael. **Manual de Compliance Penal en España**. p. 77-98.

⁹ Este processo de "simplificação" foi reconhecido pelo próprio Luhmann, vid. LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo** [Tit. orig.: *Organisation und Entscheidung. Autopoiesis, handlung und kommunikative verständigung*, 1982], Anthropos Editorial, Barcelona, 2005.

aplicáveis a todas as organizações. Entre as deficiências das hipóteses sistêmicas¹⁰ pode-se destacar a mutação e a incompatibilidade da noção de autopoiese articulada por Luhmann com o conceito original¹¹ ou que não serve para explicar como surgem os elementos fundamentais e os mecanismos causais dos sistemas¹². Da mesma forma, outro aspecto especialmente destacado por Habermas (particularmente crítico da teoria dos sistemas) é o modo como a teoria dos sistemas ignora os membros que compõem a organização como sujeitos tomadores de decisão¹³; são marionetes de um sistema que determina o destino da organização. Essa abordagem sistêmica transgride claramente a concepção do ser humano como sujeito livre, com capacidade de escolher agir ou não com ética e culpa. E é que, para as ideias sistêmicas, embora haja substituição de pessoas naturais, permanece a hipotética preeminência autoorganizacional da organização (os indivíduos são peças intercambiáveis que carecem de importância na análise da organização)¹⁴. Consequentemente, a importância do fator humano é totalmente ignorada no exame da origem da atribuição da responsabilidade penal à pessoa jurídica e é evidente que são os particulares que criam a entidade, elaboram e aprovam os procedimentos, geram as influências, executam ações e gerenciam riscos. Em suma, tudo o que compõe a base ontológica do que acontece na organização ou o que compõe o que poderia ser descrito como verdadeira cultura organizacional (seja *compliance* ou, ao contrário, não conformidade): o substrato humano e o contexto de influências e interações¹⁵; apesar de serem transcendentais para os processos de tomada de decisão e o desenvolvimento de comportamentos.

Atribuir faculdades pseudoantropomórficas a uma organização, como faz a teoria dos sistemas, é algo simples e fácil de assimilar, mas carece de base ontológica e não responde à

¹⁰ Para aprofundar, vide KNUDSEN, Morten. Displacing the Paradox of Decision Making: The Management of Contingency in the Modernization of a Danish County, In: SEIDL, D./BECKER H. (Eds.) **Niklas Luhmann and Organization Studies**, Copenhagen: Liber & Copenhagen Business School Press, 2005. p. 107-126.

¹¹ FUCHS, Christian; HOFKIRCHNER, Wolfgang. Autopoiesis and Critical Social Systems Theory. Magalhães, & Sanchez (Eds.) **Autopoiesis in Organization Theory and Practice**, 2009. p. 111-129; MINGERS, John. Observing Organizations: An Evaluation of Luhmann's Organization Theory. Hernes/Bakken (Eds.), **Autopoietic Organization Theory: Drawing on Niklas Luhmann's Social Systems Perspective**, Copenhagen: Copenhagen Business School Press, 2003. p. 103-122.

¹² MINGERS, John. Can Social Systems Be Autopoietic? Assessing Luhmann's Social Theory. **Sociological Review**, 50, 2002, p. 290.

¹³ HABERMAS, Jürgen. Excursus on Luhmann's Appropriation of the Philosophy of the Subject through Systems Theory, In: HABERMAS, **The Philosophical Discourse of Modernity: Twelve Lectures**, Ed. Cambridge Polity Press, 1987, p. 368-386.

¹⁴ Como paradigma da relevância da componente humana no contexto organizacional, pode apontar-se a enorme importância que os gestores e administradores têm para cumprir os regulamentos aprovados e implementados na empresa, a influência que este exerce no resto do empregados é capital; em relação a este fim, vide BLOUNT, Justin ; MARKEL, Spencer. The End of the Internal Compliance World as we know it, or an Enhancement of the Effectiveness of Securities Law Enforcement? Bounty Hunting Under the Dodd-Frank Act's Whistleblower Provision. **Fordham Journal of Corporate & Financial Law**, Vol. 17, nº 4, 2012, p. 1023-1062. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1317&context=jcfl>. Acesso em: 06 jun. 2022.

¹⁵ As restrições, relacionamentos estratégicos, influências e práticas aceitas, etc. sim, eles são considerados no eclético "*modelo antrópico de responsabilidad penal de la persona jurídica*". Trata-se de uma proposta um pouco mais próxima dos postulados da hetero responsabilidade (pois se baseia no fato de que a responsabilidade penal da pessoa jurídica decorre de uma conduta ilícita da pessoa física), mas que leva em consideração os fatores da contexto organizacional e as influências que são geradas, pois são determinantes para analisar se, do ponto de vista sociojurídico, a declaração de responsabilidade criminal da pessoa jurídica é pertinente e adequada. Para aprofundar, vide AGUILERA GORDILLO, Rafael. **Manual de Compliance Penal en España**.p. 253-325.

realidade extremamente complexa que as organizações apresentam. Especialmente representativas são as afirmações de dois grandes especialistas em análise organizacional, Seidl e Mormann, quando, analisando mais de vinte e cinco teorias que tratam do estudo das organizações, apontam que os trabalhos baseados em teses sistêmicas têm se destacado por terem pouco impacto nos estudos atuais sobre as organizações, por ignorar as deficiências que apresentam e pela escassa pesquisa empírica¹⁶.

No entanto, esta abordagem sistêmica é a que — inicialmente — foi aceita pelo Supremo Tribunal espanhol. Uma das principais razões para esta posição pode ser que ela tenta evitar o complexo problema que surge com o princípio da culpa e personalidade das penas no âmbito da responsabilidade penal empresarial. Assumindo-se a validade da teoria dos sistemas, podemos considerar a pessoa jurídica como um sistema autônomo capaz de realizar seu próprio ato (o defeito organizacional) e, portanto, responsabilizá-lo por ele. No entanto, é muito possível que a utilização de simples hipóteses sistêmicas para ultrapassar este obstáculo gere outros problemas ligados à ausência de metodologias cientificamente validadas que permitam responder aos desafios que se colocam (como ocorre nos casos de transferência de responsabilidade penal entre empresas)¹⁷.

Por outro lado, no que diz respeito ao modelo de heterorresponsabilidade, pode-se destacar que a *Fiscalía General* do Estado espanhol é um acérrimo defensor do mesmo. De fato, afirma com a força — e rigor — que o Código Penal espanhol assumiu um modelo de transferência de responsabilidade baseado no ato de uma pessoa física¹⁸ (ao contrário do que foi sustentado pelo Supremo Tribunal). O critério da *Fiscalía General* do Estado espanhol segue a lógica literal do Código Penal que, em seu artigo 31 bis 1, diz que as pessoas jurídicas são responsáveis "por" crimes cometidos por certas pessoas físicas¹⁹. Nada é dito sobre a atribuição de responsabilidade por atos próprios ou com base em defeito organizacional; o que se especifica é o efeito de isenção dos sistemas de *compliance* ou programas de prevenção, mas

¹⁶ SEIDL, David; MORMANN, Hannah. Niklas Luhmann as Organization Theorist. **The Oxford Handbook of Sociology, Social Theory, and Organization Studies**, vers. digital, Oxford: Ed. Oxford University Press, 2014.

¹⁷ AGUILERA GORDILLO, Rafael. Responsabilidad penal de la persona jurídica 'trasladada' por transformación, fusión o escisión: la situación del *Santader* como evidencia de la deficitaria fundamentación analítica de la responsabilidad criminal corporativa. **Actualidad Penal 2021**, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 15-44.

¹⁸ A Circular 1/2016 da Fiscalía General del Estado, assevera (p. 3): "... el modelo de atribución de responsabilidad a la persona jurídica no ha cambiado sustancialmente y que, como se decía en la Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, "En los dos párrafos del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal se establece un mecanismo normativo de atribución de la responsabilidad por transferencia o de tipo vicarial" mediante un sistema de *numerus clausus* que supedita la imposición de la pena a una expresa previsión de comisión del delito en el Libro II del Código Penal."

¹⁹ Assim, no nº 1 do artigo 31 bis do Código Penal espanhol, consta o seguinte:

"1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto 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 haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso."

não que a ausência de implementação do sistema de *compliance* constitui um elemento do tipo. Da mesma forma, o modelo de heterorresponsabilidade parece respeitar a maioria dos postulados que sustentam a teoria geral do crime, como o fato de que são os indivíduos que compõem a organização que têm capacidade de agir criminalmente, uma vez que possuem consciência e controle da vontade e são os únicos que podem desenvolver, realmente e para fins criminosos, uma conduta ilícita, alterando o ambiente.

A construção da responsabilidade penal da pessoa jurídica com base na conduta da pessoa natural no âmbito societário parece estar mais rigorosamente ajustada à realidade sociológica do que o modelo sistêmico de autorresponsabilidade, e tem um caráter jurídico-penal mais convincente como apoio dogmático. Não é à toa que aqueles países que possuem uma maior tradição em matéria de responsabilidade penal da pessoa jurídica começaram a articulá-la com teorias baseadas nos postulados da heterorresponsabilidade. Como paradigmas disso, podemos citar o caso britânico (“doutrina de identificação”, que se espalhou por toda a área anglo-saxônica) ou o caso francês (responsabilidade da empresa “por espelho”)²⁰.

Essa concepção de responsabilidade da pessoa jurídica pelo ato alheio — ou posições ecléticas muito próximas — é defendida por um setor doutrinário muito amplo. Gómez Martín, ao analisar o sistema de determinação das penas, afirmou que se pressupõe a existência de um modelo de responsabilidade vicária²¹. Fernández Teruelo destaca ainda que o sistema jurídico-penal espanhol adota um modelo vicarial²². Nesta linha, também se destacou Mir Puig, que salientou que a intervenção do particular está sempre por trás da responsabilidade penal da pessoa jurídica²³. Por sua vez, Bacigalupo Sagesse destaca a importância do comportamento individual para o funcionamento da responsabilidade penal empresarial²⁴.

Da mesma forma, Del Rosal Blasco afirma que a responsabilidade penal das empresas sempre se baseia na conduta praticada por pessoas físicas²⁵, portanto, sua visão dessa

²⁰ Sobre isso, PRADEL afirma: “*En sentido estricto, la persona jurídica tiene ciertamente un nombre y un domicilio, es titular de un patrimonio, pero no “quiere” la infracción ni comete imprudencias. Ya es difícil admitir que cometa el elemento material de la infracción, pero resulta imposible reconocer que pueda realizar el elemento psicológico. [...] Este elemento sólo se concibe en una persona física. Si la persona jurídica no es más que una creación o una prolongación de las personas físicas, su responsabilidad no puede ser distinta de la de las personas físicas que la componen. La persona jurídica se encarna así en personas físicas, en sus órganos o representantes. [...] Ésta es, por otra parte, la solución que parece imponer el artículo 121-2 CP y que admite el Derecho anglosajón...*”. PRADEL, Jean. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho francés: “algunas cuestiones”. **Revista de Derecho penal y Criminología**, n. 4, 1999, p. 662-ss.

²¹ GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR. Penas para las personas jurídicas: ¿Ovejas con piel de lobo?». LANDA GOROSTIZA (Dir.) **Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015**. Madrid: Ed. Dykinson, 2017, p.276.

²² FERNÁNDEZ TERUELO, Javier. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el art. 31 bis 1. b) del Código Penal español. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC**, núm. 21-03, 2019, p. 3.

²³ MIR PUIG, Santiago.; Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC**, núm. 06-01, 2004, p. 01:2- 01:17.

²⁴ BACIGALUPO SAGESSE, Silvina. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Buenos Aires, 2001.

²⁵ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención, In: AAVV/MORILLAS CUEVA (DIR.). **Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)**. Madrid: Ed. Dykinson, 2015. p. 87-88.

instituição está fortemente ancorada nas premissas clássicas da heterorresponsabilidade²⁶. Poder-se-ia afirmar, portanto, que o modelo de heterorresponsabilidade está coberto pela solidez empírica que implica que uma parte central da análise sobre a origem da pena à pessoa jurídica trate da conduta ilícita do indivíduo que agiu sob o guarda-chuva da organização.

No entanto, a adoção acrítica de um modelo estrito de heterorresponsabilidade também levanta questões; especialmente quanto à possível violação do princípio da culpa e da pessoalidade das penas. É que, apesar de utilizarmos o filtro dos fatos de ligação ou título de imputação (que impedem uma atribuição de responsabilidade objetiva proibida), punimos a pessoa jurídica pela conduta criminosa praticada pela pessoa natural. González Cussac avisa sobre isso²⁷: «*el modelo clásico (heterorresponsabilidad) practica una espuria importación del contenido teórico del Derecho civil, con serias dudas de violación del principio de culpabilidad*»²⁸.

Como se sabe, trata-se de uma discussão que ultrapassa as fronteiras nacionais, uma vez que esse debate ocorre em quase todos os Estados que assumiram essa instituição. Ora, logicamente, essa divergência afeta ou pode afetar a análise realizada sobre a imputação subjetiva dentro do sistema de responsabilidade penal empresarial.

Em relação ao exposto e como síntese das múltiplas abordagens que emergem sobre a questão específica que consiste em quais critérios devem ser utilizados para extrair e inferir dolo e culpa no âmbito da responsabilidade penal da pessoa jurídica (tipicidade subjetiva) é pertinente trazer à tona as declarações de Gómez Tomillo²⁹:

“...caben, al menos, cuatro opciones. En primer lugar, estimar que, en el caso de delitos, o infracciones administrativas, cometidos por personas jurídicas no es posible diferenciar entre infracciones dolosas o culposas, considerando que se trata de categorías elaboradas fundamentalmente pensando en las personas físicas que no admiten ser extrapoladas a los entes colectivos. En segundo lugar, cabe realizar una construcción particular del dolo o de la culpa de las personas jurídicas. Una tercera opción es tomar como punto de partida el carácter doloso o imprudente de la persona o personas físicas que han actuado para la sociedad, empresa o asociación infractora de que se trate. Por fin, cabe estimar que la responsabilidad penal de la persona jurídica es puramente objetiva...”

[...]

En cuanto a las construcciones efectuadas ad hoc para las personas jurídicas, carecen de sentido en la medida en que tratan de efectuar una distinción sobre la base de conceptos que han sido elaborados pensando en personas naturales.”

²⁶ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. **Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas**, Madrid: Wolters Kluwer, 2018.

²⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, JOSE LUIS. La eficacia eximente de los programas de prevención de delitos». **Estudios Penales y Criminológicos**, vol. XXXIX, 2019, p. 604.

²⁸ É neste ponto que as teses mistas ou os modelos ecléticos assumem especial importância.

²⁹ GÓMEZ TOMILLO, MANUEL. INTRODUCCIÓN A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, VALLADOLID: LEX NOVA, 2010, p. 155-156. Além disso, é relevante que o autor não coloque o dolo e culpa da pessoa jurídica no tipo de injusto, mas sim no julgamento da culpa. Trata-se de uma abordagem bastante difundida na doutrina onde, a partir de uma posição sólida, estima-se que a noção de defeito organizativo reside na culpa - e que será mais condenável quando a conduta criminosa da pessoa natural envolvida no crime se desenvolve com dolo.

Relativamente a estas opções, convém assinalar o seguinte: a primeira e a quarta parecem ter sido, por enquanto, relegadas de alguma forma para o primeiro plano do debate. A segunda modalidade, aquela que defende que dolo ou culpa podem ser extraídos analisando exclusivamente a própria pessoa jurídica (considerada como entidade autônoma, com qualidades pseudo-humanas e capacidade de agir sob tais elementos) é mantida por aqueles que defendem um modelo sistêmico de autorresponsabilidade. Sob esta tese, assume-se que a pessoa jurídica pode agir com dolo ou culpa por entender que a entidade é um sistema com capacidade hipotética de se auto-organizar independentemente do substrato humano que compõe a organização e daqueles que ocupam cargos relevantes (órgão de administração, diretores, responsáveis pela conformidade etc.). Dada a óbvia impossibilidade de se recorrer aos critérios e indicadores utilizados para examinar as pessoas naturais, constroem-se noções fictícias para tentar extrair se existe dolo ou culpa na pessoa jurídica. Assim, o aparente “conhecimento” da pessoa jurídica sobre os níveis de risco em confluência com a ausência da sua vontade de controlar os riscos é abordado, por exemplo, com a observância de normas ou sistemas de *compliance* e controle de riscos. Essa posição enfrenta críticas de parte notável da doutrina, que afirma que o tipo subjetivo, por sua própria natureza, é incompatível com a pessoa jurídica³⁰ e que a efetiva implementação de normas ou sistemas de conformidade sejam considerados em outra etapa da análise que não a subjetiva. Alguns desses autores são Bacigalupo Zapater, Del Rosal Blasco, Zugaldía Espinar etc.; o magistrado do Supremo Tribunal espanhol Antonio Del Moral expõe (a título privado e fora da abordagem mantida pelo Supremo Tribunal):

“El ‘culpable’ de esa acción delictiva será el empleado. También podrá decirse que el administrador encargado de vigilar a ese empleado incurrió en una conducta imprudente al no establecer las debidas medidas de control: ¿es eso culpa de la persona jurídica? Si se quiere, llámesele así: pero es culpa del administrador (o administradores). Es verdad que también podríamos seguir la cadena y encontraríamos a otras personas (accionistas mayoritarios, v. gr.) a las que podría dirigirse cierto reproche por haber elegido como administrador a alguien que no era merecedor de esa confianza, porque carecía de las cualidades debidas para «controlar» adecuadamente a los empleados de la empresa. ¿Llamaremos a eso culpabilidad de la sociedad? Se podrá decir que sí, pero también será una ficción: la culpa solo será atribuible en su caso a las personas físicas accionistas que eligieron a esa persona, pero no a los que votaron en contra. Y, desde luego, en el menor -que es al final el que padecerá la pena en mayor medida, si no única- por más que nos empeñemos no seremos capaces de hallar ni una gota de culpabilidad.

***En último término toparemos siempre con una o varias personas físicas que han realizado acciones más o menos reprobables, bien intencionadamente, bien negligentemente.** Será solo la conducta de una persona, o la confluencia de las conductas de varios o muchos vinculados a la empresa. Si queremos denominar a esa confluencia de conductas individuales culpables o a la de uno especialmente relevante «culpabilidad de la sociedad», de acuerdo; pero no nos engañemos diciéndonos que con eso queda a salvo el principio de culpabilidad tal y como se ha entendido siempre. Estaremos predicando de la persona jurídica, lo que ha sido la culpabilidad de una o varias personas físicas”.*

³⁰ DEL MORAL GARCÍA, Antonio. “A vueltas con los programas de cumplimiento y su trascendencia penal”. *Revista de jurisprudencia*, octubre, 2017. Disponível em: <https://elderecho.com/vueltas-los-programas-cumplimiento-trascendencia-penal>. Acesso em: 6 jun. 2022.

Por outro lado, encontramos a terceira opção (predominante, pelo menos por enquanto). A partir dessa posição, afirma-se que, para elucidar se há dolo ou culpa, deve-se recorrer ao indivíduo ou indivíduos que — realmente — praticaram a conduta criminosa (dado que um dos pressupostos para a responsabilidade penal da pessoa jurídica é a existência de um crime cometido por uma pessoa natural). Neste quadro, a pessoa jurídica constitui uma ficção sem capacidade real de desejar ou querer algo, são os sujeitos que a constituem e que dela fazem parte que — realmente — podem deter tais características e que utilizam a pessoa jurídica como instrumento jurídico ou canal cooperativo para atingir determinados fins. Essa opção parece ser mais sólida, tanto do ponto de vista jurídico-penal quanto do ponto de vista ético (uma pessoa como sujeito capaz de deliberar, refletir livremente sobre seus próprios atos e incorporar elementos de tendência que decorrem de seu próprio psiquismo). Portanto, somente as pessoas físicas são capazes de praticar um comportamento de forma intencional ou negligente. No entanto, entre a segunda e a terceira opção existem vários posicionamentos e subteses, mas deve-se notar que a maioria dessas abordagens se baseia no pressuposto de que, necessariamente, deve haver crime de pessoa física envolvida no âmbito e benefício da pessoa jurídica (de acordo com as disposições da seção 1 do art. 31 bis do CP).

Embora não seja apropriado parar para analisar cada uma das posições intermediárias³¹, convém indicar que buscam respeitar a visão convencional do princípio da culpa e, por sua vez, reforçam a existência de uma característica injusta da entidade — separada daquela exercida pela pessoa natural —; trata-se de reforçar a noção de defeito estrutural da organização como fundamento central da própria culpabilidade baseada em violação grave da pessoa jurídica (como canal para responsabilizá-la subjetivamente). Deste ponto de vista, a existência de um contexto societário que possibilitou a materialização de um risco não permitido (por exemplo: por não aplicação dos requisitos de um³² ou outro *standard* ou normas voltadas para o controle de risco) e o nexo de causalidade com o crime anterior de pessoa física pode fundamentar essa imputação subjetiva. Esse tipo de abordagem recebe algumas críticas como: que se defende uma construção onde, a rigor, a pessoa jurídica é sancionada por infringir um dever de cuidado, o que implica que — realmente — a conduta da pessoa jurídica seria — sempre — imprudente ou que, se a pessoa jurídica for punida por não ter agido adequadamente para controlar os riscos, está sendo aplicada uma espécie de punição por participação por omissão em crime alheio³³ etc.

Em todo o caso (independentemente das diferentes perspectivas), não há dúvida de que no quadro espanhol, a análise prévia ou inicial deve incidir sobre a pessoa natural que realizou o ato de ligação ou título de imputação contemplado, no caso, em letras a ou b do inciso 1 do

³¹ Entre outros, o "modelo antrópico de responsabilidade penal da pessoa jurídica" atualizado que, tem sólido respaldo sociojurídico, pois se baseia em teorias de comprovada validade científica e é acompanhado de rigorosas metodologias de análise (como a teoria dos jogos ou modelagem), para aprofundar *vide* AGUILERA GORDILLO, Rafael. **Manual de Compliance Penal en España**, 2022.

³² GALÁN MUÑOZ, Alfonso. **Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 242-243.

³³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. "¿Penamos a la persona jurídica por conductas de participación?". **Almacén del Derecho**, 2019. Disponível em: <https://almacenderecho.org/penamos-a-la-persona-juridica-por-conductas-de-participacion>. Acesso em: 6 jun. 2022.

art. 31 bis do Código Penal espanhol, uma vez que não podemos ignorar que a prática de um crime por um gestor, supervisor, intermediário ou trabalhador subordinado (realizado em seu âmbito funcional dentro do perímetro da pessoa jurídica e gerando benefício para a entidade) constitui um pressuposto necessário para a ativação da responsabilidade penal da pessoa jurídica. E que as condutas ilícitas dos que atuam no âmbito da organização devem enquadrar-se num dos tipos penais incluídos no sistema de *numerus clausus* dos crimes para os quais se contempla a responsabilidade penal empresarial e ser objetiva e subjetivamente imputáveis, pelo que, uma vez superado o filtro da imputação objetiva, deve-se avaliar o dolo ou, se previsto um tipo negligente, a culpa.

3. Dolo eventual e culpa consciente: os dois conceitos limítrofes de consequências relevantes para a pessoa jurídica

Como apontado no início, as consequências derivadas do ato são significativamente diferentes conforme o órgão julgador inferir que houve dolo ou temeridade. Por exemplo, para apreciar a culpa (exceto nos cinco crimes para os quais a lei penal espanhola contempla a responsabilidade penal de pessoas jurídicas na modalidade culposa), a corporação seria absolvida, nada mais e nada menos. Por isso, é particularmente importante extrair os traços distintivos de ambos os títulos de imputação subjetiva, mas sobretudo das subcategorias limítrofes: culpa com maior grau de consciência e dolo com menor grau de intencionalidade. É que culpa consciente e dolo eventual são dois conceitos totalmente ligados ao "tratamento do risco" e ao seu "juízo probabilístico", tão próximos ou contíguos que a tarefa de distinção é verdadeiramente complexa. Além disso, poderíamos chegar ao ponto de dizer que, em mais de um caso, é difícil ter certeza de onde estamos. Esta é uma questão que, como veremos, afeta não só a pessoa jurídica, mas também os dirigentes ou membros de órgãos com poder decisório associados ao tratamento do risco em contextos societários e mesmo outras pessoas jurídicas.

O ponto de partida desse exame poderia ser que, na conduta imprudente, o sujeito pratica a conduta criminosa com ausência de vontade e conhecimento sobre a ilegalidade do ato, mas viola um padrão de cuidado ou diligência que deveria ter sido critério norteador do seu desempenho; Da mesma forma, o resultado criminal deve ser previsível porque, se não o fosse, seria impossível exigir a devida diligência na ação — sem saber o que poderia acontecer³⁴ —. O autor gerou um risco não aprovado e para avaliá-lo na esfera subjetiva, deve-se sempre realizar um "juízo *ex ante*" do desenvolvimento do comportamento específico, uma análise na perspectiva de um sujeito que teria o conhecimento do autor e quem seria colocado nessa mesma situação.

³⁴ Luzón Peña, incide: «Ahora bien, aparte de la vulneración del deber de cuidado, la cual es imprescindible que exista para que se trate de un delito imprudente, también es necesario que el resultado producido fuese previsible, puesto que de no serlo no se puede exigir dicho deber o actuar diligente, ya que no habría manera de conocer que se iba a producir dicho resultado típico». LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. **Lecciones de Derecho Penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.

Por outro lado, na conduta dolosa o autor sabe — tem consciência de — que está agindo com o concurso dos elementos do tipo penal, trata-se de um atentado consciente ou voluntário contra um bem jurídico tutelado. *A priori*, pode-se entender que, no dolo, há um componente intelectual (sabe-se que estão presentes os elementos do tipo e do perigo gerado pela conduta) e volitivo (quer-se que o resultado criminoso ocorra)³⁵. Agora, discute-se se, para inferir o dolo, é necessária a concorrência desses dois elementos (intelectual e volitivo) no sujeito ou se, em vez disso, basta apreciar um deles. Nesse campo, há um debate importante sobre se deve ser considerada a conduta dolosa, além de o sujeito conhecer os elementos do tipo e risco que ela gera, deve-se exigir um componente volitivo integral na sua materialização (incluindo o resultado, nos crimes de resultado) ou, por outro lado, podemos limitar-nos a considerar a mera assunção de um elevado risco de ocorrência de tais elementos. Questões como as apontadas nos levam às diferentes teorias que são utilizadas para distinguir o dolo — eventual — da culpa — consciente —. Vejamos quais são os critérios que contemplam e abordaremos qual é a tese que o Supremo Tribunal espanhol aceita e aplica para diferenciá-los.

De um lado está a tese da aprovação ou consentimento sobre o dolo. Uma teoria que incide sobre a vontade do sujeito, de modo que o principal fator de diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente é justamente que o autor aceita ou aprova o resultado provável. Sob essa teoria, considera-se um fator muito fraco que o autor simplesmente considere que com seu comportamento o resultado seja provável de ocorrer. Por esse motivo, para apreciar o dolo, é necessário que o sujeito o aprove. E para que haja dolo eventual tal aprovação ou anuência necessária pode ser apreciada naqueles casos em que o autor, prevendo a realização do tipo como possível, agiria da mesma forma como se o tivesse previsto como seguro³⁶. Conforme indicado acima, para distinguir dolo de culpa, devemos realizar um juízo *ex ante* em que, sem conhecer a certeza do resultado que foi finalmente produzido, se analisa se o autor quis ou não gerar aquele resultado. Se neste hipotético juízo *ex ante* se puder concluir que o agente, se conhecesse o resultado posterior que gerou, teria praticado a sua conduta, há dolo eventual, pelo contrário, se se concluir que o agente não teria, deve-se apreciar uma culpa. Assim, por exemplo, não haveria dolo na conduta de um diretor ou administrador que, se soubesse que um crime se materializaria ao tomar determinada decisão, não a teria adotado. Em suma, o elemento volitivo ou vontade inferida tem peso decisivo para discriminar o aspecto subjetivo.³⁷

³⁵ Nesta área, podemos encontrar as duas submodalidades de dolo direto: primeiro grau e segundo grau. Resumidamente, no dolo direto de primeiro grau, o sujeito conhece e deseja realizar o comportamento típico, enquanto no dolo direto de segundo grau ou consequências necessárias, o sujeito conhece os elementos com menor grau de certeza e, embora não queira como objetivo prioritário o tipo penal, assume-o como necessário e está incluído no seu âmbito volitivo (age com vontade de causá-lo).

³⁶ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa, **tesis doctoral**, UPF p. 68. Como afirmado, trata-se da tradução da conhecida *primera fórmula de Frank*: “*el bandido habría disparado igualmente aunque hubiera sabido que se produciría la muerte. El fumador habría apagado el cigarrillo si hubiera sabido que iba a caer una chispa en la cama y que la casa iba a arder. La previsión del resultado como posible sólo sirve para el concepto de dolo cuando la previsión del mismo como seguro no habría detenido al autor, no habría tenido el significado de un contramotivo decisivo (...) Esto es lo que por aquí y por allá se denomina ‘consentimiento’*”. Em FRANK, ZStW, 10, 1890, p. 210-211.

³⁷ Há outras teses que vêm modular uma visão estrita da teoria do consentimento. Por exemplo, a tese do sentimento, que leva em consideração o tratamento dado pelo autor ao bem jurídico que tutela o tipo penal. Se apreciada uma total indiferença ou desrespeito a esse direito legal, caberia a imputação sob dolo — eventual —.

Em contraposição a essa teoria, há outra baseada em uma concepção cognitiva do dolo, tese em que, acima da vontade do sujeito, se encontra seu conhecimento sobre a probabilidade ou previsão do risco de materialização do crime que gera seu comportamento. Para a teoria da probabilidade ou representação, se o sujeito representa o resultado como altamente provável (apesar de não querer sua ocorrência), há dolo eventual. Pelo contrário, se não for altamente previsível, haverá culpa consciente. O desejo ou elemento volitivo do sujeito que desenvolve a conduta criminosa é indiferente à importância do conhecimento que possui sobre o grau de probabilidade. De tal forma que, se inferir que o sujeito sabia que havia 95% de probabilidade de que o resultado ocorresse, haveria comportamento doloso. Nesta tese, a probabilidade de materialização do resultado tratado pelo sujeito é de importância crítica. E isso, independentemente das fontes que permitem incorporar essa informação à sua psique ou da forma como a probabilidade é representada (seja por porcentagem, índice ou outras fórmulas). O que é decisivo na avaliação do dolo eventual é que nesse julgamento probabilístico que se realiza *ex ante*, se extrai que ele sabia da existência de um alto percentual de materialização.

Nesse sentido, outro aspecto discutível é onde se abandona o "território" da culpa consciente e se localiza a fronteira probabilística que marca o início do dolo eventual. Ela se localiza quando há mais de 75% de probabilidade de ocorrência do risco, mais que 79%, 85%, 90%? Não esqueçamos que, no campo empresarial, as consequências criminais para o sujeito ou sujeitos envolvidos e para a própria pessoa jurídica podem ser diversas e especialmente incisivas conforme seja dolo eventual ou culpa consciente. Como vimos, se o juiz inferir que a conduta foi intencional, o sujeito que é o protagonista da conduta poderá ser condenado (a menos que haja causa que exclua culpa ou punição), assim como a própria pessoa jurídica³⁸. Da mesma forma, poderiam ser aplicadas as demais fórmulas de extensão da tipicidade ou canais de extensão punitiva que operam quando o sujeito que pratica o crime age dolosamente: a condenação por tentativa e a condenação dos participantes. Ou seja, se for detectado o dolo, o sujeito e a empresa poderão ser condenados por tentativa de crime, e outros sujeitos e outras pessoas jurídicas por sua participação no crime; vamos aprofundar isso um pouco mais tarde.

Ora, dada a existência destas duas teses, o Supremo Tribunal espanhol passa a aplicar uma "teoria eclética" ou mista em que, a partir da análise do processo decisório do sujeito, se combinam alguns componentes de ambas as teses. No entanto, é possível adiantar que essa teoria está muito mais próxima dos postulados — objetivistas — da teoria da representação do que dos critérios da teoria do consentimento. A tese eclética que segue a doutrina jurisprudencial aprofunda suas raízes em uma teoria da decisão baseada nos postulados da escolha racional (que afirma que os processos de "tomada de decisão" estão sujeitos ao filtro de critérios lógicos e aplicados reflexivamente pelo ser humano, levando em conta custos/benefícios, aspirações etc.³⁹). Esta tese entende que o sujeito sabe da existência de uma alta probabilidade de materialização do risco gerado pelo seu comportamento e que se conforma

³⁸ Para qualquer um dos crimes do catálogo de crimes do sistema de responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

³⁹ Amplamente em AGUILERA GORDILLO, Rafael. **Manual de Compliance Penal en España**. 2022. Em concreto, epígrafe 3.I. *Persona física y acción social sobre el cumplimiento: desde la elección racional (fundamentos criminológicos y socio-legales) hasta el «behavioral compliance*, p. 253-313.

ou consente com esse fator. O elemento cognitivo é evidente no conhecimento da probabilidade e o elemento volitivo na aceitação do risco gerado por seu comportamento (ignorando se há aceitação concreta do resultado). Há dolo eventual, portanto, se o sujeito desenvolve um comportamento que, do ponto de vista racional, gera alto risco de ferir o bem jurídico e, apesar disso, o aceita. Ao contrário, não há dolo eventual e sim culpa consciente se não houver alto risco de lesão (o fator probabilístico é essencial).

Neste ponto, é pertinente trazer à tona a STS nº 333/2020 de 19 de junho⁴⁰. É uma sentença que, ao tratar de um homicídio, recolhe os pontos-chave da tese eclética aceita e os critérios para discernir entre dolo eventual e culpa consciente. Sem dúvida, a referida resolução constitui uma das sentenças mais ilustrativas e recentes do Supremo Tribunal espanhol nesta matéria. Especialmente significativo é o que está contido no *Fundamento de Derecho Cuarto*:

“En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es mas que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo, en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado, o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado. Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se concreta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si, además, resulta acreditado la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo, en los delitos de resultado. Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, vida (véanse SS.T.S. de 8 de marzo de 2.004, 10 de diciembre de 2.004 y 14 de febrero de 2.005, entre otras muchas)...”

Portanto, há dolo se um sujeito age acima dos níveis de risco permitidos, tem conhecimento da existência de níveis de risco elevados em relação à probabilidade de a lesão se concretizar e, apesar disso, age com indiferença em relação a ela. A este respeito, outro dos fragmentos especialmente significativos do referido *Fundamento de Derecho Cuarto* observa:

“3.- El conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite de riesgo permitido es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento. La indiferencia respecto a unos resultados graves. [...] Así obrará con dolo el que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto y desaprobado jurídicamente, pues habría tenido conocimiento de los elementos del tipo objetivo, que caracterizan precisamente al dolo. La aceptación del resultado existe cuando el agente ha preferido la ejecución de la acción peligrosa a la evitación de sus posibles consecuencias. Así, volviendo a la ya citada sentencia 348/1993, de 20 de febrero, la jurisprudencia de esta Sala, ha llegado a una situación eclética, conjugando las tesis de la

⁴⁰ Magistrado prolator da decisão: Exmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

probabilidad con la del consentimiento, estimando que el dolo eventual exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado y que, además, se conforme con tal producción y decida ejecutar la acción pretendida asumiendo la eventualidad de que aquel resultado se produzca, pero en todo caso, es exigible la consciencia por el autor del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene."

Da mesma forma, esta decisão do Supremo Tribunal espanhol destaca o critério substantivo que permite distinguir dolo eventual de culpa ou culpa consciente dentro da tese eclética que aceita: a probabilidade de materialização do risco ou lesão ao bem jurídico. É o que afirma o ponto 4 do *Fundamento de Derecho Cuarto*, quando diz:

"...A diferencia del dolo directo, donde el agente quiere el resultado, y el directo de segundo grado, donde dicho resultado se representa como una consecuencia inevitable de la acción, que admite el autor, en el llamado dolo eventual el agente se representa el resultado como posible.

Por otra parte, en la culpa consciente no se quiere causar la lesión del bien jurídico, aunque también se advierte su posibilidad, y, sin embargo, se actúa. Se advierte el peligro pero se confía que no se va a producir el resultado.

Por ello, existe en ambos elementos subjetivos del tipo una base de coincidencia: advertir la posibilidad del resultado, pero no querer el mismo.

Para la teoría del consentimiento habrá dolo eventual cuando el autor consienta y apruebe el resultado advertido como posible.

La teoría de la representación se basa en el grado de probabilidad de que se produzca el resultado, cuya posibilidad se ha representado el autor.

Sin embargo, la culpa consciente se caracteriza por que, aun admitiendo dicha posibilidad, se continúa la acción en la medida en que el agente se representa la producción del resultado como una posibilidad muy remota."

Portanto, a culpa poderia ser apreciada apesar de o sujeito estar realizando uma ação com certo grau de conhecimento de sua periculosidade (culpa consciente)⁴¹. No entanto, nesta modalidade, o sujeito deve acreditar ou confiar que tal conduta não levará a resultados prejudiciais. Para apoiar essa crença, deve haver razões ou informações para substantiar isso (por exemplo, níveis de probabilidade baixos ou muito baixos). A esse respeito, Polaino Navarrete afirma⁴²:

"habrá dolo eventual si el autor, consciente del peligro de sus actuaciones, acepta que se produzca el resultado típico. En cambio, habrá imprudencia consciente cuando el autor es conocedor de la peligrosidad de sus acciones, tal como hemos manifestado con anterioridad, y no acepta el resultado, sino que confía en que no se producirá el mismo, ya sea por sus aptitudes o porque subestima el peligro causado"

Aqui emerge outro ponto que afeta diretamente o campo do *compliance* corporativo, especialmente nos administradores, diretores e órgãos de controle com formação em *compliance* e que: a) tenham acesso a informações sobre índices ou percentuais sobre os níveis de risco decorrentes das tarefas associadas "gestão de risco" (por exemplo, mapas de risco), ou

⁴¹ Entre muitos outros, os seguintes acórdãos tratam desta questão: STS número 54/2015, datado 11 de fevereiro de 2015 e a SAP Las Palmas número 10/2019 datado de 14 de fevereiro.

⁴² POLAINO NAVARRETE, M.; *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Ed. Tecnos, 2019. p. 126.

b) recorrem a ferramentas de análise de risco de *compliance* digital ou software de “análise de risco” como suporte nas suas decisões.

Nesse quadro, pode-se colocar a seguinte questão, vinculada ao próprio desenho e execução do sistema de *compliance* da pessoa jurídica em cuja esfera um ou mais de seus membros cometem o crime em benefício daquela entidade: que impressão o conhecimento prévio pode ter na imputação subjetiva de que, no “mapa do risco penal empresarial”, havia uma alta probabilidade de materialização do risco específico?

Dado que o grau de conhecimento ou nível de representação da ocorrência do referido risco constitui fator relevante para avaliar o aspecto subjetivo, há quem considere que o fato de o autor ter acessado essa informação probabilística sobre o risco ou mesmo ter participado na elaboração do mapa de riscos criminais corporativos, deve ser levado em consideração. Nessa perspectiva, se um sujeito da corporação toma uma decisão especialmente comprometida ou ligada a algum risco de relevância criminal e o risco se materializa, mas o mapa de risco de que ele tinha conhecimento mostrava que a probabilidade de o risco se concretizar tinha níveis baixos, encontraríamos um fator que poderia ser utilizado para refutar a inferência de um possível dolo eventual (o autor tinha informações prévias que ilustravam uma baixa probabilidade e isso merece ser levado em consideração, apreciando a culpa consciente). E, inversamente, o fato de um sócio da empresa tomar uma decisão que afete um risco criminal sobre o qual tenha informações que o alertem para a alta probabilidade de ocorrência aumentaria muito as chances de o juiz inferir dolo. No entanto, essa abordagem pode ser refutada argumentando que uma questão é a informação geral em abstrato e um tempo relativamente considerável antes da ocorrência do risco, e outra muito diferente é o conhecimento particular dos níveis ou probabilidade do risco em circunstâncias específicas que antecedem a materialização decorrente da decisão singular do sujeito desenvolvida no âmbito de suas funções.

Por outro lado, no que respeita aos processos de tomada de decisão levados a cabo por órgãos com capacidade executiva em contextos corporativos auxiliados por software de *compliance* ou ferramentas de “análise de risco”, pode-se afirmar o seguinte: é palpável que, no seio das empresas, estão a recorrer cada vez mais e mais ao uso de software que fornece dados probabilísticos ou estimativas de risco. Esse tipo de informação sobre probabilidades fornecida por software de *compliance* ou análise de risco (que utiliza *big data* e *machine learning*) pode ter um papel determinante no processo de inferência (dolo x culpa). É claro que, conforme observado acima, sua virtualidade pode ser discutida e variar dependendo do imediatismo e semelhança com o risco específico. No entanto, podem ser mais transcendentais para extrair ou inferir o aspecto subjetivo do que pode parecer à primeira vista; portanto, antes de selecionar a ajuda de uma ou outra ferramenta, se deve refletir sobre fatores como: quais algoritmos a suportam, como elas realmente funcionam, se permitem extrair evidências claras das informações que ela fornece etc. Da mesma forma, como é lógico, uma vez que o nível de conhecimento do assunto é levado em consideração, o grau de especialização e a formação que recebem, também são fatores determinantes no julgamento de inferência sobre o aspecto

subjetivo e devem ser levados em consideração no que tange à responsabilização da pessoa jurídica.

O que foi dito sobre a dificuldade quanto à distinção entre eventual dolo e culpa consciente e suas consequências nos permite deduzir o papel crucial que, em um possível cenário judicial, podem desempenhar os documentos físicos, digitais ou periciais que ilustram ao órgão julgador o risco de crime avaliado pelo sujeito e o risco real no momento em que este praticou a conduta.

Além disso, esses tipos de elementos não são apenas convenientes para fazer um julgamento hipotético *ex ante* adequado sobre a probabilidade de materialização do direito legal, mas também constituem suportes adequados para analisar possíveis vieses cognitivos⁴³ e heurísticos que, independentemente de informações ou dados objetivos, podem afetar qualquer pessoa que tome decisões em uma empresa (e especialmente naquelas decisões vinculadas a riscos).

Portanto, maior atenção deve ser dada a esses tipos de fatores no plano judicial. De fato, até mesmo o próprio órgão julgador é passível de ser influenciado pelo que se conhece como “viés de resultado” quando se trata de inferir se a conduta do sujeito, que resultou na lesão de um bem jurídico, conformou-se aos parâmetros do dolo eventual ou da culpa consciente. Consequentemente, seria oportuna a contribuição de um documento ou, até mesmo, de um perito que incluísse esse tipo de questão em sua análise — para tentar distorcer esse viés — mostrando o verdadeiro estágio em que o sujeito se encontrava.

4. Os efeitos extensivos gerados pela apreciação de dolo: tentativa e punição pela participação de terceiros pessoas jurídicas

Conforme apontado na seção anterior, quando se constata que uma conduta criminosa foi praticada intencionalmente, duas fórmulas são acionadas para apreciar a criminalidade (tentativa e participação) que não podem operar com culpa. Essas fórmulas de ampliação podem ter repercussões muito sérias tanto dentro como fora da esfera da própria pessoa jurídica. Assim, a inferência de que um membro da pessoa jurídica praticou intencionalmente uma conduta ilícita, que cumpra os pressupostos contidos na letra “a” ou “b” do n.º 1 do artigo 31º bis do CP, gera:

A) Que a pessoa jurídica pode ser declarada criminalmente responsável pela tentativa de crime se o sujeito não puder cometer o crime.

⁴³AGUILERA GORDILLO, Rafael. **Manual de Compliance Penal en España**. 2022; em particular, a seção 5.VII. *Otros aspectos clave: la cuestión de la «eficacia», estrategias de optimización del cumplimiento en entornos corporativos y la «pericial de compliance»*, p. 633-652. A impressão de vieses na tomada de decisão é evidente e foi cientificamente comprovada. Para acessar uma representação simples dos vieses cognitivos mais relevantes: 1) Dezoito vieses cognitivos, 2) Cinquenta vieses cognitivos.

B) Que outros membros da pessoa jurídica ou fora dela, incluindo outras pessoas jurídicas, possam ser declarados criminalmente responsáveis pela sua participação no crime.

Quando o sujeito (ou coautores) que atuou na esfera da pessoa jurídica não pôde realizar todos os elementos do tipo objetivo, procede-se à condenação pelo cometimento do crime em grau de tentativa⁴⁴. A prática judiciária observada até aqui permite extrair vários pressupostos onde se declara a responsabilidade penal da pessoa jurídica pelos crimes praticados por alguns dos seus membros em grau de tentativa. Sobre a possibilidade de punir a pessoa jurídica, o Supremo Tribunal espanhol, no seu acórdão número 165/2020 de 19 de maio⁴⁵, assevera em seu *Fundamento de Derecho Séptimo*:

“En efecto, las personas jurídicas pueden cometer un hecho delictivo tanto en grado de consumación como en imperfecto grado de ejecución, como es la tentativa. No existe óbice alguno de naturaleza dogmática, para no hacer esta distinción en la ejecución criminal. Si la pena de multa se impusiere en grado de tentativa, ha de rebajarse conforme resulta del art. 62 del Código Penal.”

A presente decisão trata de caso em que a sociedade limitada é declarada criminalmente responsável por tentativa de crime de fraude processual e o administrador de fato da empresa — sob autoria mediata — por crime de falsidade em documento particular⁴⁶, previsto no artigo 395 do CP, relativamente ao artigo 390, 1º, 2º e 3º, do CP, e de tentativa de crime de fraude processual, do artigo 250, 1, 7º, do CP, em concorrência com a norma do artigo 8, 4 do CP. Esta sentença examina um caso em que o administrador de fato da pessoa jurídica, após dispensar um empregado, falsifica por meio de terceiro (outro empregado da pessoa jurídica) o documento de desligamento do empregado e o entrega à defesa da empresa para sua contribuição à ação judicial para reclamar o valor solicitado pelo trabalhador demitido. Portanto, quando um órgão de gestão de fato da pessoa jurídica cometer um crime e atender aos requisitos contidos na letra “a” do 31 bis 1 do CP, a própria pessoa jurídica é condenada (por não ter um sistema de *compliance* efetivamente implementado e aplicado). A sentença explica em seu *Fundamento de Derecho Segundo*:

“...conforme al art. 28 del Código Penal, ha de considerarse autor tanto al que realiza el hecho por sí solo o conjuntamente, o por medio de otro del que se sirve como instrumento, y que el delito de falsedad documental no es un delito de propia mano, sino que admite la posibilidad de autoría mediata, reprocha su participación

⁴⁴ Artigo 16 C.P.: «1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor. 2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito. 3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito.»

⁴⁵ Magistrado que prolatou a decisão: Exmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

⁴⁶ Como se depreende, o crime de falsidade em documento particular não é imputado à pessoa jurídica e apenas é imputada a fraude processual, pois a primeira não está contemplada no *numerus clausus* dos crimes para os quais está prevista a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

delictiva a título de autor... »

«De manera que, como bien dice, tanto es autor quien falsifica materialmente como quien se aprovecha de la acción con tal que ostente o tenga el condominio del hecho, recordando que a estos efectos resulta indiferente que el artífice material sea el propio acusado o una persona a la que se encarga esta misión.

Esto es precisamente lo que ocurre en estos autos.»

Outro caso a referir é o da condenação ao pagamento de multa de oitenta mil euros, em virtude da declaração de responsabilidade criminal, a uma sociedade anônima por tentativa de fraude processual praticada pelo administrador da sociedade no âmbito de processo civil de pedido de quantia. Este é o caso examinado pela sentença do Tribunal Provincial de Saragoça n.º 575/2016 de 1 de dezembro onde, na sua Base VIII:

“Por lo que respecta a la acusada FRUTAS ANDALUZ S.A. es, al igual que Javier, es responsable en concepto de autora de un delito de estafa procesal en grado de tentativa tipificado en el artículo 248 en relación con el 249, 250.1, 5.º y 7.º, 251, 16 y 62 todos ellos del Código Penal en virtud de lo establecido en el artículo 31.1 bis del Código Penal vigente en el momento de acaecimiento de los eventos que han dado lugar a la presente causa y anterior a la reforma introducida por la L.O. 1/2015 de 30 de marzo.

El mencionado artículo 31. bis del Código Penal establece que ... ‘En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre y por cuenta de las mismas y en su provecho por los representantes ...’

En el caso que nos ocupa vemos que la demanda civil que dio lugar a la presente causa se interpuso por FRUTAS ANDALUZ S.A. contra CONSESA aunque haya sido su único administrador y propietario, Javier el que presentó en el procedimiento civil los documentos inveraces con las miras de obtener una resolución favorable a sus intereses en perjuicio de tercero.”

Por fim, outra das implicações de se cometer um crime sob a modalidade dolosa é a possibilidade de punir a participação intencional de outros sujeitos (opção que não se aplica quando o principal ator do crime desenvolve a conduta de forma culposa⁴⁷):

- pessoas naturais, dirigentes ou empregados, da mesma pessoa jurídica em cuja esfera o autor ou o agente principal seja o protagonista do crime.

- pessoas naturais, diretores ou funcionários de outras sociedades e terceiros alheios ou fora do contexto societário.

- outras pessoas jurídicas, consoante a entidade da contribuição (a favor do autor ou ator principal) efetuada pela pessoa natural que atue no âmbito e em benefício da “outra” pessoa jurídica.

Há pouco espaço para dúvidas quanto à possibilidade de punir outras pessoas físicas por sua participação intencional (independentemente de pertencerem à mesma pessoa jurídica que

⁴⁷ Há uma doutrina reconhecida que sustenta que a participação intencional em crimes imprudentes teria lugar em nosso sistema jurídico-penal. Por exemplo, Robles Planas ou Silva Sánchez.

o sujeito ou ator principal que seja o autor do crime). Há participação ativa e omissiva⁴⁸. Da mesma forma, dependendo do momento, da importância e intensidade da contribuição, pode-se dizer que nos encontramos com um colaborador necessário, um cúmplice⁴⁹, indutor etc. No que se refere à imputação subjetiva do participante, o que chama a atenção é a exigência do que se conhece como dolo duplo, que pode ser sintetizado na ideia de que o participante deve saber que o sujeito ou ator principal está cometendo um crime e, por sua vez, que com sua contribuição ele está ajudando, apoiando ou contribuindo efetivamente para aquele crime praticado pelo ator principal. Outro ponto relevante, especialmente ligado ao exposto na seção anterior e que merece ser destacado, é que é possível a avaliação de dolo eventual do participante. Em seguida, são apresentadas diferentes decisões judiciais do Supremo Tribunal espanhol que são especialmente significativas nesta área.

STS número 503/2008, datada de 17 de julho:

“la doctrina y la jurisprudencia han exigido en el cooperador un doble dolo. Debe abarcar, de un lado, el hecho que realiza o que va a realizar el autor, cuyo propósito debe conocer en sus aspectos esenciales, y de otro, que su aportación supone una colaboración, lo que implica que el cooperador ha de conocer la finalidad con la que aquella va a ser utilizada por el autor, siendo consciente de que con ella se facilita de alguna forma relevante la ejecución de aquel hecho, al menos mínimamente

⁴⁸ Quanto à participação omissiva, é paradigmática a STS nº 749/2010 de 16 de setembro (magistrado relator da resolução: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez) onde, em seu *Fundamento de Derecho Decimoséptimo* observa: «La jurisprudencia de esta Sala, si bien ha reconocido expresamente que la admisibilidad de una participación omisiva es de difícil declaración, ha aceptado ésta, asociando su concurrencia a la de los elementos propios del art. 11 del CP, entre ellos, que el omitente ocupe una posición de garante (STS 1273/2004, 2 de noviembre).

De ahí que sea posible incluso en los delitos de acción, cuando la omisión del deber de actuar del garante haya contribuido, en una causalidad hipotética, a facilitar o favorecer la causación de un resultado propio de un delito de acción o comisión y que podría haberse evitado o dificultado si hubiera actuado como le exigía su posición de garante. [...] «La jurisprudencia de esta Sala, en relación con la complicidad omisiva impone la concurrencia de los siguientes requisitos: a) un presupuesto objetivo, esto es, el favorecimiento de la ejecución; b) un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de facilitar la ejecución; y c) un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante (STS 1480/1999, 13 de octubre)»

⁴⁹ Assim, por exemplo, segundo a jurisprudência, para distinguir entre cumplicidade e cooperação necessária, deve-se analisar a importância da contribuição. Nesse sentido, a STS nº 311/2015, de 16 de abril, «Para la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, entre la teoría del dominio del hecho y la de la relevancia, la jurisprudencia, aún con algunas vacilaciones, se ha decantado a favor de esta última, que permite, a su vez, distinguir entre coautores y cooperadores necesarios, visto que “el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce “de modo que” el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el momento de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene, en principio, el dominio del hecho” y así “será un partícipe necesario, pero no coautor”, concluyendo que “lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación...».

Sobre isso, a STS nº 384/2019, de 23 de julho, diz o seguinte: «Tal y como decíamos en nuestra sentencia 377/2011, de 12 de mayo: “La distinción entre complicidad y cooperación necesaria no siempre es sencilla. La jurisprudencia ha señalado en alguna ocasión (STS594/2000, entre otras) que debe apreciarse la cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la “conditio sine quanon”), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos), o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho), y la complicidad se apreciará cuando no concurriendo las circunstancias antes expuestas caracterizadoras de la cooperación necesaria exista una participación accidental, no condicionante y de carácter secundario...».

determinado. Se ha admitido que, en este sentido, es bastante el dolo eventual, de forma que no es preciso que el cooperador oriente su conducta de modo directo a la facilitación del hecho del autor principal cuyo propósito de ejecución conoce...”.

STS número 258/2007, datada de 19 de julho:

“En la doctrina reciente es discutido si el dolo del partícipe, especialmente del cooperador, debe ser referido sólo a la prestación de ayuda o si además se debe extender a las circunstancias del hecho principal... [...] el partícipe debe haber tenido una representación mental del contenido esencial de la dirección del ataque que emprenderá el autor. No se requiere, por el contrario, conocimiento de las particularidades del hecho principal, tales como dónde, cuándo, contra quién, etc. será ejecutado el hecho, aunque éstas pueden ser relevantes, en algún caso, para determinar la posible existencia de un exceso por el que el partícipe no está obligado a responder...”.

STS número 311/2014, datada de 16 de abril:

“El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél, (SSTS. 5.2.98, 24.4.2000)”.

Consequentemente, na esfera subjetiva, para punir outras pessoas físicas como participantes de um crime alheio, não é necessário que elas conheçam detalhadamente o plano criminoso do autor (ou autores), mas sim que conheçam e consintam que com eles estão contribuindo⁵⁰. Em outras palavras, para a condenação por participação, é necessário que o participante conheça a intenção criminosa do autor principal, o provável dano ao bem jurídico que o crime possa causar e que o mesmo participante, com a sua conduta, ajude ou realize uma contribuição que aumente o risco desse crime⁵¹. Mais uma vez nos deparamos com o fator de risco probabilístico, o que confirma sua importância.

Por fim, há a polêmica questão da responsabilidade penal de outras pessoas jurídicas por sua participação em crime alheio. Como o leitor saberá, não há jurisprudência que ajude a delinear quando poderia operar a responsabilidade penal por participação em pessoas jurídicas e o Código Penal não exclui nem contempla claramente essa possibilidade. Assumindo essa opção, pode-se argumentar que, assim como para declarar a responsabilidade penal da pessoa jurídica “autora”, é exigida a prática prévia do crime por administrador ou empregado sob qualquer das formas de autoria. No caso da participação de pessoa jurídica “participante” deve-

⁵⁰ Ficam excluídos os chamados atos neutros ou comportamentos cotidianos associados ao desconhecimento do crime.

⁵¹ Também pode ser citada a STS nº 442/2014, de 2 de junho, que expõe: «cuando se trata de un cooperador, el dolo eventual deberá manifestarse en el conocimiento, de un lado, de la probable intención del autor principal, y además, de otro lado, en el de las probables consecuencias de su aportación respecto a la ejecución por el autor principal de un hecho mínimamente determinado. Por lo tanto, el cooperador debe conocer que existe el peligro concreto de realización del tipo por parte del autor principal, y que su aportación significa un incremento de tal riesgo...».

se supor que um dos membros dessa “segunda” pessoa jurídica contribua ou efetue fraudulentamente uma contribuição que favoreça o crime alheio⁵². Esta participação deve ser realizada no âmbito das suas funções (dentro daquela “segunda” entidade jurídica) e em seu benefício.

Na ausência de jurisprudência que revele claramente algum critério ou diretriz, note-se que, no campo da doutrina mais reconhecida, encontramos aqueles que não aceitam a possibilidade de punir a pessoa jurídica por participação, aqueles que aceitam essa opção e os que aceitam com nuances. De forma esquemática, como exemplo de um autor que se opõe a essa possibilidade, pode-se destacar Lascuraín Sánchez, que argumenta que, tanto no início da letra “a” como na letra “b” do inciso 1 do artigo 31 bis do CP espanhol, é dito literalmente que as pessoas jurídicas serão criminalmente responsáveis “pelos crimes cometidos” (e, em seguida, indica as condições e características das pessoas físicas que — realmente — realizam o ato criminoso). Para este autor, o fato de ter sido utilizado o verbo «cometer» implica que a pessoa natural que atua na esfera jurídica deve ser a autora do crime, uma vez que “o participante não comete crime, mas sim ajuda o autor a cometê-lo”⁵³. Além disso, sublinha que, do ponto de vista sistemático, punir a pessoa jurídica pela participação seria algo semelhante a punir a participação na participação (na medida em que o próprio instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica é uma espécie de participação omissiva em crime da pessoa natural que efetivamente comete o crime).

Contra essa posição estão outros autores especializados na matéria que sustentam que, em nosso sistema jurídico-penal, há espaço para a punição da pessoa jurídica como participante. Dentro deste grande grupo, o debate gira em torno de quais são as categorias que incluímos — ou incluiríamos — na participação punível da pessoa jurídica. É que, embora não haja dúvidas no momento de punir a pessoa jurídica por crimes sob as diferentes modalidades de autoria (“autoria direta”, “coautoria” e “autoria mediata”), n.º 1 do artigo 28 do CP, há incerteza se a pessoa jurídica só pode ser punida pela participação nas categorias de “indução” ou “cooperação necessária” (alíneas “a” e “b” do n.º 2 do artigo 28.º do CP) ou se, adicionalmente, a pessoa jurídica poderia ser punida por “cumplicidade” (contemplada no artigo 29 do CP)⁵⁴. A

⁵² Obviamente, deve ser um crime incluído no catálogo de crimes do sistema de responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

⁵³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. “¿Penamos a la persona jurídica por conductas de participación?”, 2019.

⁵⁴ Artigo 28 do CP: “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.

b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.”

Artigo 29 do CP: «Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos».

Como se sabe, os autores em sentido estrito são aqueles incluídos na primeira seção do art. 28. O instigador e o colaborador necessário só são equiparados ao agente para efeitos de determinação da pena. Apenas os autores têm pleno domínio do fato, enquanto os participantes fazem contribuições e dependem da decisão do autor. Por isso, a participação se destaca pelo seu caráter incidental, pois depende de uma conduta típica e ilícita do autor..

propósito desta questão, Fernández Teruelo destaca o seguinte⁵⁵:

“el legislador parece haber tenido en cuenta únicamente la intervención de los diferentes sujetos que cometen el hecho delictivo, a título de autor (‘haber cometido’), no activándose la responsabilidad de la propia entidad cuando su comportamiento haya consistido en intervenir en hechos (distintos de los enumerados por el precepto) de otros a título de inductor o cooperador”.

Por sua vez, Del Rosal Blasco⁵⁶ aponta a origem da punição à pessoa jurídica sob a “cooperação necessária” ou “indução”, excluindo a figura da “cumplicidade”, enquanto Gómez Tomillo⁵⁷, em uma interessante análise das consequências jurídico-criminais decorrentes das interações entre pessoas jurídicas e naturais, sustenta que as mesmas categorias de participação previstas para pessoas naturais podem ser aplicadas a pessoas jurídicas:

“Desde nuestra perspectiva, y en un plano teórico, admitida la responsabilidad penal de las personas jurídicas, coherentemente, debería aceptarse su extensión al ámbito de las figuras de participación en el delito. Si la Ley permite imputar a una persona jurídica una conducta susceptible de ser calificada como delictiva a título de autor, debería también poder imputarse a la misma persona una inducción punible, de naturaleza jurídica accesoria...

[...]

... que no entendemos que la regulación positiva que desprenden los artículos 28.B) y 29 del Código Penal se desprenda obstáculo alguno a la consideración efectuada. Especialmente si, como venimos haciendo, se estima que el reconocimiento de responsabilidad penal de las personas jurídicas no supone que estas lleven a cabo una conducta descrita en un tipo (en este caso en contacto con las normas de participación), sino que supone un juicio valorativo de atribución de tal responsabilidad”

5. Conclusão

O que evidencia a disparidade de critérios e opiniões expostas é que, apesar de a responsabilidade penal da pessoa jurídica ser um instituto assumido há anos por um número muito relevante de países, há uma ampla gama de aspectos que não estão totalmente definidos ou, pelo menos, sobre os quais não há amplo consenso.

No caso espanhol, há muitos pontos relevantes a serem delineados nesta área de responsabilidade penal da pessoa jurídica e do *compliance*. Não se pode ignorar que, em termos relativos, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas constitui um campo novo. De certa

⁵⁵ FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER. “Criterios de transferencia o conexión en el modelo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas: La doble vía de imputación (art. 31 bis 1. apartados a y b CP)”, In: AAVV/SUAREZ LÓPEZ; BARQUÍN SANZ; BENÍTEZ ORTUZAR; JIMÉNEZ DÍAZ; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS (Dirs.). **Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva**, Madrid: Dykinson, 2018, p. 226.

⁵⁶ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo.; **Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas**. Madrid: Wolters Kluwer, 2018, p.132.

⁵⁷ GÓMEZ TOMILLO, Manuel. **Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas**, 2ª Edición, Ed. Aranzadi, 2015, p. 222-226.

forma, essa circunstância compromete ou afeta a necessária segurança jurídica que deve ser apreciada (especialmente quando o legislador não costuma ser ágil e não realiza reformas profundas e abrangentes que permitam esclarecer as questões levantadas).

Da mesma forma, os pontos abordados nas primeiras seções deste artigo nos mostram que, além das questões jurídico-criminais que já vinham se tornando especialmente complexas, existem as particularidades e desafios da responsabilidade penal no contexto empresarial. Nesse quadro, a jurisprudência avança com calma e, progressivamente, é obrigada a tentar esclarecer dúvidas. Resta-nos esperar e, entretanto, continuar a analisar este tipo de desafio e sondar fórmulas que nos permitam dar uma resposta mais eficaz aos desafios que se colocam.

Anexo: catálogo de crimes para os quais a responsabilidade penal da pessoa jurídica é prevista na Espanha⁵⁸

Tráfico ilegal de órgãos (Art. 156 bis em relação ao Art. 156 bis 7 do Código Penal Espanhol)

Tráfico de seres humanos (Art. 177 bis em relação ao Art. 177 bis 7 do Código Penal Espanhol, doravante CP)

Prostituição, exploração sexual e corrupção de menores e incapazes, pornografia infantil (arts. 187, 188 e 189 bis em relação ao art. 189 ter do CP)

Descoberta e divulgação de segredos e invasões informáticas (arts. 197, 197 bis e 197 ter em relação ao art. 197 quinquies do CP)

Golpes (Arts. 248, 249, 250 e 251 em relação ao Art. 251 bis do CP)

Ocultação de bens e frustração na execução (arts. 257, 258 e 258 bis em relação ao art. 258 ter do CP)

Insolvências puníveis (arts. 259, 259 bis, 260 e 261 em relação ao art. 261 bis do CP)

Danos no computador (Arts. 264, 264 bis e 264 ter em relação ao Art. 264 quater do CP)

Propriedade intelectual (arts. 270, 271, 272 em relação ao art. 288 do CP)

Propriedade industrial (arts. 273, 274, 275, 277 em relação ao art. 288 do CP)

Mercado e Consumidores (Arts. 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis, 283, 284, 285, 285 bis, 285 ter, 285 quater e 286 em relação ao Art. 288 do CP)

⁵⁸ Para aprofundar os requisitos, casuística e jurisprudência sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica e o programa de compliance criminal na Espanha, bem como um modelo antrópico atualizado e universalmente válido de responsabilidade penal empresarial, vide AGUILERA GORDILLO, Rafael. **Manual de Compliance Penal en España**. 2022.

Corrupção nos negócios e corrupção nas transações internacionais (arts. 286 bis, 286 ter e 286 quater em relação ao art. 288 do CP)

Lavagem de dinheiro (Art. 301 em relação ao Art. 302.2 do CP)

Financiamento ilegal de partidos políticos (Art. 304 bis em relação ao Art. 304 bis 5 do CP)

Crimes contra a Fazenda Pública, Previdência Social e Fraude de Subsídios (arts. 305, 306, 307, 307 ter, 308 e 310 em relação ao art. 310 bis do CP)

Crimes contra os direitos dos cidadãos estrangeiros (Art. 318 bis em relação ao Art. 318 bis 5 do CP)

Crimes contra o ordenamento do território e urbanismo (Art. 319 em relação ao Art. 319.4 do CP)

Crimes ambientais (arts. 325, 326, 326 bis, 330 em relação ao art. 328 do CP)

Crimes relacionados com energia nuclear e radiações ionizantes (Art. 343 em relação ao Art. 343.3 do CP)

Crimes de risco causados por explosivos e outros agentes (Art. 348 em relação ao Art. 348.3 do CP)

Crimes contra a saúde pública na forma de adulteração de medicamentos, alimentos, alimentos e água (Arts. 359, 360, 361, 361 bis, 362, 362 bis, 362 ter, 362 quinquies, 363, 364 e 365 em relação ao art. 366 do computador)

Crimes contra a saúde pública na forma de tráfico de drogas (arts. 368 e 369 em relação ao art. 369 bis do CP)

Moeda falsa e efeitos carimbados (Art. 386 em relação ao Art. 386.5 do CP)

Falsificação de cartões de crédito e débito e cheques de viagem (art. 399 bis em relação ao art. 399 bis 1 do CP)

Suborno e suborno de funcionário estrangeiro (Arts. 424 e 427 em relação ao Art. 427 bis do CP)

Tráfico de influência (arts. 429 e 430 em relação ao art. 430 do CP)

Peculato (Arts. 432, 433, 433 bis, 434, 435 em relação ao Art. 435.5 do CP)

Provocação à discriminação, ódio ou violência contra grupos (Art. 510 em relação ao Art. 510 bis do CP)

Terrorismo e financiamento do terrorismo (Arts 571, 572, 573, 573 bis, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 579 bis, 580 em relação ao Art. 580 bis do CP)

Contrabando (classificado em direito penal especial: art. 2.6 da Lei Orgânica 12/1995, de 12 de dezembro, sobre a repressão ao contrabando de contrabando)

Crimes para os quais, além da modalidade intencional, a responsabilidade penal da pessoa jurídica está contemplada na modalidade imprudente na Espanha:

Insolvências puníveis (Art. 259.3 em relação ao Art. 261 bis do CP)

Lavagem de dinheiro (Art. 301.3 em relação ao Art. 302.2 do CP)

Crimes ambientais (Art. 331 em relação ao Art. 328 do CP)

Financiamento do terrorismo (Art. 576.4 em relação ao Art. 580 bis CP)

Contrabando (Art. 2.5 em relação ao Art. 2.6 da Lei Orgânica 12/1995, de 12 de dezembro, sobre a repressão ao contrabando)

Lista de referências

- AGUILERA GORDILLO, Rafael. **Manual de Compliance Penal en España** (2ª Edición), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022.
- BACIGALUPO SAGESSE, Silvina.; **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**, Buenos Aires, 2001.
- BLOUNT, Justin ; MARKEL, Spencer. The End of the Internal Compliance World as we know it, or an Enhancement of the Effectiveness of Securities Law Enforcement? Bounty Hunting Under the Dodd-Frank Act's Whistleblower Provision. **Fordham Journal of Corporate & Financial Law**, Vol, 17, nº 4, 2012, pp. 1023-1062. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1317&context=jcfl>. Acesso em: 06 jun. 2022.
- DEL MORAL GARCÍA, Antonio. “A vueltas con los programas de cumplimiento y su trascendencia penal”. **Revista de jurisprudencia**, outubro, 2017. Disponível em: <https://elderecho.com/vueltas-los-programas-cumplimiento-trascendencia-penal>. Acesso em: 6 jun. 2022.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo.; **Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas**, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2018.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención. AAVV/MORILLAS CUEVA (DIR.); **Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)**. Ed. Dykinson, Madrid, 2015.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el art. 31 bis 1. b) del Código Penal español. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC**, núm. 21-03, 2019.
- FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER. “Criterios de transferencia o conexión en el modelo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas: La doble vía de imputación (art. 31 bis 1. apartados a y b CP)”, en AAVV/SUAREZ LÓPEZ; BARQUÍN SANZ; BENÍTEZ ORTUZAR; JIMÉNEZ DÍAZ; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS (Dirs.). **Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva**, Ed. Dykinson, Madrid, 2018.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso; **Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015**, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- FUCHS, Christian.; HOFKIRCHNER, Wolfgang. Autopoiesis and Critical Social Systems Theory. Magalhães, & Sanchez (Eds.) **Autopoiesis in Organization Theory and Practice**, 2009.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Penas para las personas jurídicas: ¿Ovejas con piel de lobo?». LANDA GOROSTIZA (Dir.) **Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015**, Ed. Dykinson, Madrid, 2017.
- GÓMEZ TOMILLO, MANUEL. **Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas**, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel. **Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas**, 2ª Edición, Ed. Aranzadi, 2015.
- HABERMAS, Jürgen. Excursus on Luhmann's Appropriation of the Philosophy of the Subject through Systems Theory, In HABERMAS, **The Philosophical Discourse of Modernity: Twelve Lectures**, Ed. Cambridge Polity Press, 1987.

- KNUDSEN, Morten. Displacing the Paradox of Decision Making: The Management of Contingency in the Modernization of a Danish County. EN SEIDL, D./BECKER H. (Eds.) **Niklas Luhmann and Organization Studies**, Ed. Liber & Copenhagen Business School Press, Copenhagen, 2005.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. “¿Penamos a la persona jurídica por conductas de participación?”. **Almacén del Derecho**, 2019. Disponível em: <https://almacenederecho.org/penamos-a-la-persona-juridica-por-conductas-de-participacion>. Acesso em: 6 jun. 2022.
- LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo** [Tit. orig.: *Organisation und Entscheidung. Autopoiesis, handlung un kommunikative verständigung*, 1982], Anthropol Editorial, Barcelona, 2005.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. **Lecciones de Derecho Penal**, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- MINGERS, John. Observing Organizations: An Evaluation of Luhmann’s Organization Theory. Hernes/Bakken (Eds.), **Autopoietic Organization Theory: Drawing on Niklas Luhmann’s Social Systems Perspective**, Ed. Copenhagen Business School Press, Copenhagen, 2003.
- MINGERS, John. Can Social Systems Be Autopoietic? Assessing Luhmann’s Social Theory, en **Sociological Review**, 50, 2002.
- MIR PUIG, Santiago.; Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC**, núm. 06-01, 2004, p. 01:2- 01:17.
- PRADEL, Jean. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho francés: “algunas cuestiones”. **Revista de Derecho penal y Criminología**, núm. 4, 1999.
- RAGUÉS i VALLÈS, Ramón. La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa, **tesis doctoral**, UPF, 1998. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10803/7299> . Acesso em: 6 jun. 2022
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Lecciones de Derecho Penal Parte General**, Ed. Tecnos, 2019.
- SEIDL, David; MORMANN, Hannah. Niklas Luhmann as Organization Theorist. **The Oxford Handbook of Sociology, Social Theory, and Organization Studies**, vers. digital, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2014.

Recebido em: 12/05/2022

Aprovado em: 23/06/2022

