

A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. UMA RESENHA DE PROSPECTIVAS E PROBLEMAS

Criminal responsibility of legal entity. A review of problems and perspectives

Leo Peppe¹

RESUMO

Algumas das empresas protagonistas da terrível crise financeira de 2008 poderiam ser responsabilizadas pelos seus comportamentos passados, motivo pelo qual é necessário estudar com profundidade a responsabilidade penal da pessoa jurídica, que somente no Brasil tem dimensão constitucional. Na Itália, o tema sofreu alterações introduzidas pelo decreto legislativo 231/2001, assim como pelas inovações introduzidas pela prática dos chamados *cyber crimes*, em 2008, com a aprovação da Lei n. 48 (ratificação e execução da Convenção do Conselho da Europa sobre a criminalidade informática). Devido à natureza das próprias sanções, a ampliação dos tipos penais puníveis foi sensível em poucos anos, em um contexto qualificado por obrigações de cooperação entre os Estados-membros e/ou com a Comissão de Bruxelas. A análise histórica sobre a origem do brocardo *societas delinquere potest* demonstra que um acontecimento da história da terminologia jurídica vem se colocando como um possível exemplo de semântica histórica, de significados que mudam e se confundem.

Palavras-chave: Biossegurança; Crimes Cibernéticos; Legislação Italiana; Pessoa Jurídica; Responsabilidade Penal.

ABSTRACT

Some protagonists companies of terrible financial crisis of 2008 could be called to answer for their past behavior which makes necessary to deep analyze the criminal liability for legal personality, that, only in Brazil, has a constitutional dimension. In Italy, the subject has been changed by the d.lgs. 231/2001, as well as by the innovations introduced through the practice of the so-called cybercrimes in 2008, with the approval of Law No. 48 (ratification and implementation of the Council of Europe about

¹ Professor Titular, Università Degli Studio Roma Tre. Roma – Itália. Texto recebido em 13.12.2009.

cybercrime). Due to the nature of the sanctions themselves, the expansion of the criminal offenses was sensitive in a context of cooperation obligatory among Member States and/or with the Brussels Commission. Historical analysis about the origin of the maxim *societas delinquere potest* shows that an event of history of legal terminology has been considered as a possible example of semantics historical of meanings that change and mix themselves.

Keywords: Biosafety; Criminal Liability; Cybercrimes; Italian Legislation; Legal Personality.

PREMISSA

O argumento demonstra-se sempre mais atual e importante no mundo todo, em todos os países, assim como nas organizações internacionais e supranacionais. E, possivelmente, algumas das empresas protagonistas da terrível crise financeira do outono de 2008 poderiam ser chamadas a responder pelos seus comportamentos passados, também sob o ponto de vista que aqui nos interessa.

Faço, agora, duas premissas.

Não me delongarei sobre o direito brasileiro e falarei somente sob a ótica de um observador estrangeiro que gostaria de abstrair sua estrutura e sua especificidade. Digo, desde já, não por dever de hospitalidade, que à primeira vista, a experiência jurídica brasileira me pareceu ser de grande interesse, particular e bem diferente sob alguns aspectos, por exemplo, quando comparada com as experiências que melhor conheço.

Certamente, o clima e a atitude da cultura jurídica brasileira sempre foram parecidos com os da cultura europeia continental: com argumentações esparsas em vários lugares, desde o início de 1800 até há algumas décadas atrás, houve sem dúvida a forte predominância da afirmação de que não é aceitável a introdução da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Essa opinião era expressa e resumida na geral difusão da máxima jurídica *societas delinquere non potest*, uma sociedade não pode manter um comportamento criminoso e ser responsável penalmente por ele. Acerca desse provérbio, voltarei ao final desta minha intervenção.

Em tempos ainda recentes, um advogado brasileiro se fez essa pergunta: a responsabilidade penal da pessoa jurídica: realidade ou sonho? Uma pergunta provavelmente só retórica. De fato, certamente podem ser recordadas infrutíferas tentativas de introduzir a responsabilidade jurídica, mas, concretamente, é suficiente lembrar que em 2008 aconteceram dois

eventos: os 20 anos da promulgação da Constituição Federal e os dez anos da Lei Ambiental (Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998).

Nesse período, houve uma rica produção bibliográfica sobre essa normativa, além de decisões jurisprudenciais fundamentais, como a de n. 564.960/SC do Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, de 13 de junho de 2005, que sujeitou a responsabilidade penal da pessoa jurídica “à imputação simultânea do ente moral e da pessoa física”, seguindo, portanto, a “teoria da dupla imputação”.

Como observador estrangeiro, quatro pontos me parecem especialmente interessantes:

a) primeiro ponto: o fato (por alguns rejeitado em razão de interpretações literais forçadas) de que a responsabilidade penal para a pessoa jurídica tenha sido expressamente prevista – pelo menos no que abrange à temática ambiental – em nível de Constituição Federal, ou seja, pela lei fundamental do Estado brasileiro, no artigo 225, parágrafo 3º: uma solução que não encontrei em outros lugares. Dessa forma, o âmbito de abrangência dessa responsabilidade é o bem ambiente, que recebe assim uma prioridade mais relevante, se comparada à maioria das outras experiências por mim conhecidas, que, mesmo assim, têm em primeiro lugar tipos penais de crimes financeiros ou de corrupção. Mais genérico é, por outro lado, o artigo 173, parágrafo 5º, no qual o uso sem qualificações do termo “responsabilidade” relacionado às pessoas jurídicas fez duvidar do fato de que nele se fizesse referência também à responsabilidade penal, além da civil e administrativa.

b) segundo ponto: o princípio constitucional fixado pelo artigo 225 tem aplicação concreta com a Lei Ambiental n. 9.605/98. A combinação da lei constitucional e dessa lei ordinária abre a porta, como se falará a seguir, para desenvolvimentos imprevisíveis pela sua dimensão e relevância (com um trajeto parecido ao que está acontecendo na Itália, mesmo que somente com base na lei ordinária).

c) terceiro ponto: o artigo 24 da Lei de 1998 escolheu estabelecer não somente sanções pecuniárias (como muitos outros ordenamentos jurídicos), mas também sanções restritivas de direitos, chegando à liquidação da pessoa jurídica, à “pena de morte empresarial”: essa é uma escolha radical, compartilhada por outros ordenamentos, como – por exemplo – recentemente também o italiano. Mas, ainda está se discutindo se esse regime sancionador explicitamente penal é completamente legítimo, ao passo que é indiscutível o previsto no Capítulo VI (Da Infração Administrativa), com as sucessivas atualizações, que preveem também

notáveis agravamentos, se comparados com as sanções administrativas inicialmente previstas no mesmo capítulo.

d) quarto ponto: a extensão dessa responsabilidade a novos tipos penais. Penso em um recente e clamoroso caso, o das possíveis consequências da já afirmada constitucionalidade da pesquisa sobre as células-tronco embrionárias. O Supremo Tribunal Federal do Brasil, em 29 de maio de 2008, confirmou a constitucionalidade do artigo 5º da Lei n. 11.105/2005 sobre biossegurança (Lei de biossegurança). Já se havia concluído que certamente os crimes previstos nessa lei (arts. 24 a 29) podem ser imputados às pessoas jurídicas, nos termos do artigo 3º da Lei Ambiental. Obviamente, trata-se de matéria delicadíssima e muito discutida, em consideração aos valores envolvidos: aqui, eu a menciono só para lembrar um exemplo extremamente atual, mas na realidade a responsabilidade das pessoas jurídicas foi evocada também para outros tipos penais.

A segunda premissa que desejo fazer é que não sou nem um estudioso nem um *expert* do direito penal ou do direito processual penal: sou um historiador do direito. Interessei-me por essa específica problemática porque, como em breve direi, no início do século XXI, o meu país, a Itália, decidiu superar a antiga posição negativa introduzindo uma nova e revolucionária normativa que depois – com o passar dos anos – foi enormemente ampliando seu campo de aplicação. Nesse novo contexto, uma série de posições tradicionais, normativas e doutrinárias, foi desrespeitada: e, pelo fato dessa novidade ter contemplado muitos países e o próprio direito da União Europeia, meu interesse estendeu-se até essas outras realidades. A meu ver, emergiu um panorama de grande interesse, que se apresenta como um afresco de novidade sobre um substrato precedente, complexo e rico de uma história articulada e talvez indecifrável. A esse passado, após ter exposto a problemática sob seus aspectos mais atuais, dedicarei a parte final do meu discurso de hoje: uma pesquisa útil porque muitas das dificuldades do novo direito derivam daquelas exigências que em tempos menos recentes confirmaram-se como prevaletentes.

1 INTRODUÇÃO

Entrando no assunto. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas é um argumento que foge de uma abordagem unitária; o mesmo objeto, uma responsabilidade qualificada como “penal”, corre o risco de ser puramente nominalista ou de ser revestido com terminologia maliciosamente diferente, como a qualidade de responsabilidade “administrativa”, com a finalidade de não incorrer nas características

próprias do direito penal, e assim arriscar a rejeição por parte do ordenamento.

Em certa medida, o próprio direito da União Europeia muito tempo pareceu por esquivar-se da vontade de indicar de modo exclusivo a seara do direito na qual uma eventual sanção deveria ser prevista. Por exemplo, em 1991, no famoso caso Vandevenne, a Corte de Justiça da Comunidade Europeia limitou-se a prescrever que, primeiramente, as sanções previstas pelos Estados nacionais “*aient un caractère effectif, proportionné et dissuasif*”. É terminologia que será reencontrada na sucessiva normativa comunitária e da OECD (Convenção contra a corrupção de agente público, de 17 de dezembro de 1997); particularmente interessante é o artigo 3º (*Sanções*), em seu ponto 2: “Caso em que, segundo o sistema jurídico de uma Parte, a responsabilidade penal não seja aplicável às pessoas jurídicas, a Parte em questão deverá assegurar que as pessoas jurídicas sejam passíveis de sanções não penais eficazes, proporcionais e dissuasivas [...]”. Na realidade, nessa frase fica claro que a norma objetiva uma responsabilidade substancialmente penal na perspectiva da Organização, mas amortece as consequências sobre as normativas nacionais.

Frente a um quadro evidentemente articulado, começarei por uma exposição sumária em ordem cronológica da situação dos três grandes países “latinos” europeus: França, Espanha e Itália – com uma menção à Bélgica pelo interesse que seu ordenamento apresenta –, analisando posteriormente a Itália, em especial. No direito desses países, até os primeiros anos da década de 90, sempre havia prevalecido, em síntese, quanto expresso pelo tradicional provérbio jurídico *societas delinquere non potest*, acerca do qual falarei algo no final: um sujeito não assimilável a uma pessoa física não pode ser penalmente responsável. Esse brocardo passou por uma modificação não revolucionária perto da metade de 1900, tornando-se também *societas delinquere potest, sed puniri non potest*.

Na realidade, já na doutrina dos três países começou-se a duvidar da atualidade dessa regra jurídica; na França, houve também algumas sentenças que iniciaram a inovar em matéria. Na Itália, em 1970, *Franco Bricola* foi propulsor da mudança, *Gaetano Pecorella* escreveu em 1977 um artigo com o título *Societas delinquere potest*.

Na França, começando pelo histórico Código Penal de 1810, essa responsabilidade não era prevista e foi introduzida, como automática consequência da responsabilidade da entidade pelo fato ilícito do funcionário, pelo Código Penal em 1994, no artigo 121-2, nestes dizeres: “*Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement,*

selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.”

A admissibilidade da responsabilidade penal parece, assim, ser circunscrita somente às *personnes morales*, exceto os *groupements non personnalisés*.

Na Espanha, a responsabilidade penal é uma novidade recente, desde 1995 e provavelmente essa mudança poderia ter sido ainda maior considerando-se o *Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma* do Código Penal de 2006; antes a doutrina predominante negava essa possibilidade, pelos argumentos tradicionais que podem ser reconduzidos ao citado brocardo *societas delinquere non potest*.

Primeiro a *Ley Orgánica* n. 10/1995, de 23 de novembro, introduziu no Código Penal o artigo 129 (*consecuencias accesorias*); sucessivamente a *Ley Orgánica* n. 15/2003, de 25 de novembro, introduziu no artigo 31 do Código Penal o número 2, com o escopo, segundo a *Exposición de Motivos de la Ley*, “*de ampliar sensiblemente la proyección de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*”: “2. *En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó.*”

Parece então serem contempladas nessa previsão as pessoas jurídicas *sociedad, empresa, fundación o asociación*, com o intuito do legislador espanhol de adequar a própria política criminal ao que foi propugnado pelas organizações internacionais; até a alteração do artigo 31, em 2003, duvidou-se na Espanha sobre a natureza da pena dessas sanções, mas agora essa opinião parece ser amplamente prevalecente e o tema mais debatido parece ser o dos *critérios de imputación* da responsabilidade criminal de uma pessoa jurídica.

Uma menção especial merece a Bélgica que, em 1999, promulgou (após a lei de 30 de junho de 1971, que determinava sanções administrativas impostas pelo *Ministère de l'Emploi et du Travail* contra o empregador, seja ele pessoa física, seja *personne morale*) a lei de 4 de maio de 1999, “*instaurant la responsabilité pénale des personnes morales*”. O artigo 2 dessa lei introduziu um novo artigo 5º no Código Penal belga e constitui uma novidade, comparado ao que foi visto até agora: “*Toute personne morale est pénalement responsable des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu’elles ont été commises pour son compte*”. Ao ter agido *pour compte* (como no direito francês) ou *en nombre o por cuenta*

(direito espanhol), associa-se a avaliação teleológica dos comportamentos (*réalisation, défense, les faits concrets*) que levaram à conduta criminal.

Esse artigo 5º, no seu parágrafo 3º, traz outra novidade notável: não se exige a personalidade legal, dessa forma estando incluídas em seu rol e sendo equiparadas às *personnes morales*, associações temporárias, *joint ventures, partnerships* civis que não tenham se tornado sociedades comerciais; exclui-se, somente e explicitamente, uma série de entidades substancialmente públicas, como na normativa francesa.

Entre os regimes aqui sintetizados, o belga é com certeza o mais próximo do que aconteceu na Itália no começo do novo milênio, primeiramente dando início ao percurso, como acima mencionado, com Lei delegada n. 300/2000 e depois com o Decreto Legislativo 231/2001, ao qual, com o passar dos anos, foram sendo inseridos ulteriores tipos criminais, quando eram introduzidos no ordenamento penal italiano.

2 “PIERCING THE VEIL”

Outro discurso merece o mundo anglo-americano, especialmente os Estados Unidos (mas chegando, após a guerra, também no Japão). Nesses países, desde o século XIX, foi sendo introduzida progressiva e extensivamente a responsabilidade penal das pessoas jurídicas (primeiramente dos vários tipos de *liability*); utilizando uma frase famosa, pode-se afirmar que o véu ideológico foi levantado definitivamente em 1912, partindo daquele que os juristas norte-americanos chamam *the seminal study* na matéria: *Piercing the veil of corporate entity*, de *Wormser*, com uma terminologia hoje já tradicional. Na categoria *corporate crimes* estão inclusos infinitos comportamentos e são contemplados mecanismos procedimentais e institucionais complexos, também pelas enormes dimensões dos interesses econômicos implicados. Pararei neste ponto, devido à complexidade dos conhecimentos que aquele mundo requer; deve ser lembrado, porém, que a Convenção OECD de 1997 contra a corrupção, já lembrada, tem sua origem em uma lei norte-americana de 1997, que proibia às sociedades daquele país corromper funcionários estrangeiros com a finalidade de concluir ou manter negócios em seus países, com sanções bem enérgicas.

Mas, a consciência alcançada da natureza de *veil* das pessoas jurídicas se difundirá também na Europa; para a Itália, basta ler um dos maiores civilistas italianos, *Francesco Galgano*, que, em 1995, escreveu: “a pessoa jurídica é [...] somente um instrumento da linguagem jurídica, útil para resumir – insubstituível nessa sua função semântica – uma complexa

disciplina normativa de relações intercorrentes entre pessoas físicas”, concluindo, substancialmente, tratar-se de “um conjunto de privilégios”.

Finalizo esta rápida resenha de algumas experiências importantes. Poderiam ser examinadas muitas outras, praticamente, todos os Estados deveriam ser considerados. Esse não é o contexto e eu nem possuo essas competências. Nem é questão de dimensão ou peso geopolítico: particularmente interessantes seriam na Europa, por exemplo, as experiências portuguesa e a inglesa. O método das *Guidelines* (EUA) foi adotado também pela Inglaterra, após o *Criminal Justice Act* de 2003; mas o sistema inglês é muito complexo e baseado essencialmente na obra dos juízes, aos quais se deve uma lenta e pontual afirmação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, iniciando daquele que é, de forma unânime, considerado o ponto de partida desse percurso, a condenação, em 1842, de uma companhia de transporte ferroviário por conduta omissiva.

Prefiro encerrar com a recente experiência daquela singularidade que é a Suíça, pequeno país, mas grande centro financeiro, fora da União Europeia, mas em seu centro geográfico.

A Suíça tem uma tradição codicista, já em seus códigos cantonais pré-unitários, absolutamente contrária à responsabilidade penal das pessoas jurídicas, posição reafirmada em uma sentença do Tribunal Federal de 1915 e recebida pelo Código Penal Federal de 1937. As coisas mudaram um pouco já em 1974, com a *Loi fédérale sur le droit penal administratif*, cujo artigo 7º pode ser parcialmente aplicado também “*aux collectivités sans personnalité juridique*”; até que, após um conturbado percurso legislativo, em 21 de março de 2003, entrou em vigor o novo regime do artigo 102 do Código Penal suíço, que introduziu a cargo da empresa a responsabilidade subsidiária, por meio de uma multa até o limite de cinco milhões de francos. É interessante perceber que o regime geral prevê que tal responsabilidade seja subsidiária, ou seja, pode existir somente se “por carência na organização interna” não for possível identificar a pessoa física responsável (art. 102, § 1). Existe sempre, porém, a responsabilidade da empresa em caso de um crime previsto pela lei federal suíça contra a concorrência desleal e, sobretudo, para os crimes que estão previstos na Convenção da União Europeia Contra a Corrupção, de 1997. Assim, a Suíça, mesmo não pertencendo à União Europeia, adotou dela uma inovadora disciplina jurídica.

Desejando sintetizar o que foi exposto até este momento, pode-se dizer que a responsabilidade das pessoas não físicas, primeiramente e de preferência das pessoas jurídicas, foi sancionada somente em tempos recentes e só em alguns casos afirmou-se explicitamente que se trata de responsabilidade penal e não administrativa ou penal administrativa.

Sobre as sanções, elas sempre tiveram natureza pecuniária e somente em alguns casos natureza restritiva de direitos, com problemas não simples em matéria de medidas cautelares.

Analisando as realidades supranacionais, eficazmente afirmou-se que somente com a Convenção da Comunidade Europeia, de 26 de julho de 1995 (que tutela os interesses financeiros da Comunidade) – e, portanto, recentemente – nasceu um verdadeiro direito penal da União Europeia.

3 A ITÁLIA ANTES DO DECRETO LEGISLATIVO N. 231/2001

Se considerarmos o dado normativo, a única norma que tinha uma certa relevância, mesmo que com mínima eficácia, era o artigo 197 do Código Penal, que previa a “obrigação civil das pessoas jurídicas para o pagamento das multas e das multas por contravenção” em caso de insolvência do condenado que fosse empregado ou representante da própria pessoa jurídica; vale evidenciar, porém, como entre os tipos considerados está presente a circunstância que o crime tenha sido cometido “no interesse da pessoa jurídica”. Ainda menos relevante foi o artigo 6º da Lei n. 689, de 24 de novembro de 1981 (“Alterações ao sistema penal”), que configurava para a entidade uma obrigação solidária com o autor físico, em relação à violação.

O verdadeiro centro do problema era representado pelo vínculo colocado aos demais pelo artigo 27, parágrafo 1º, da Constituição italiana: “A responsabilidade penal é pessoal”; nem foi considerada irrelevante a previsão sucessiva que as penas “devem visar à reeducação do condenado”. Como pode uma pessoa jurídica ser reeducada? Mas, bem mais relevante é o primeiro ponto, como responsabilidade por fato próprio, que afinal foi contornado com a escolha do termo “sanção administrativa”; teria sido mais correto falar em sanção penal administrativa, como faz o ordenamento da República Federal da Alemanha (“*Gesetz uber Ordnungswidrigkeiten*“, especialmente com relação às multas do § 30): um *tertium genus*, do qual se fala na *relazione* de acompanhamento do Decreto Legislativo n. 231/2001. Permaneceu somente a expressão “sanção administrativa”: por isso, acerca da solução italiana, falou-se em “fraude das etiquetas”.

4 A ITÁLIA APÓS O DECRETO LEGISLATIVO N. 231/2001

Neste ponto, gostaria de evidenciar, segundo minha opinião, os aspectos mais interessantes da normativa italiana resultantes do Decreto Legislativo n. 231/2001, com uma ressalva necessária para compreender

melhor a importância de quanto introduzido; inicialmente, o novo regime estava previsto somente para a corrupção; gradativamente, o rol dos chamados “*reati-presupposto*” foi muito ampliado, abrangendo crimes contra a Administração Pública e empresariais, crimes de terrorismo e de atentado à ordem democrática, tráfico de pessoas, crimes e ilícitos financeiros, com outras importantíssimas novidades em 2007 e em 2008. Ficam ainda excluídos os crimes ambientais e tributários; mas, acerca dos crimes de evasão fiscal ligados aos casos de fraude, corrupção e lavagem de dinheiro, interveio a recente Lei n. 135, de 4 de agosto de 2008, que introduziu (no seu art. 6º) o dever de assistência entre os Estados-membros da União Europeia. Essa lei autoriza a Itália a ratificar o segundo Protocolo da Convenção sobre a Tutela dos Interesses Financeiros, selado em Bruxelas, em 19 de junho de 1997.

Gostaria de encerrar esta resenha de “*reati-presupposto*” pela responsabilidade, evidenciando duas novidades recentes na Itália, que abrangem vastas áreas da realidade jurídica e social.

A. A primeira área é a da *segurança no trabalho*; a Lei delegada n. 123, de 3 de agosto 2007, em seu artigo 9º, prevê, efetivamente, a inserção no Decreto Legislativo n. 231/2001 do artigo 25, inciso VII, que pune o homicídio culposo e lesões graves ou gravíssimas cometidas com violação às normas contra acidentes no trabalho e às tutelas de higiene e saúde no trabalho. A remessa ao Decreto Legislativo n. 231/2001 é sucessivamente completada pelo decreto legislativo de atuação da lei delegada acima citada, o Decreto n. 81, de 9 de abril de 2008 (*Texto único sobre a segurança*): esse decreto, em seu artigo 30, contém normas inovadoras em matéria de segurança na construção dos modelos de *compliance program*: maior rigor, mas também particulares excludentes de punibilidade.

B. A segunda área é a dos *cyber crimes*; em 2008, o Parlamento italiano aprovou a Lei n. 48, de 18 de março de 2008 (ratificação e execução da Convenção do Conselho da Europa sobre a criminalidade informática), que, em seu artigo 7º prevê a introdução da repressão dos crimes informáticos no artigo 25, inciso VII, do Decreto Legislativo n. 231/2001. Nesse contexto, ocupa obviamente um espaço particular, quando aborda a pedofilia pela internet, já reprimida pela Lei n. 38, de 6 de fevereiro de 2006 (“Disposições em matéria de luta contra a exploração sexual das crianças e a pedofilia pornográfica também através a internet”), e que, com o artigo 10, insere os crimes entre os do artigo 25, V, parágrafo 1º, do Decreto Legislativo n. 231/2001.

Enfim, devido à natureza das próprias sanções, a ampliação dos tipos penais puníveis podia se dar somente por meio de lei e assim

efetivamente aconteceu, com um sensível aumento em poucos anos – aproximadamente dez – de tipos de crimes aos quais é introduzida a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, em um contexto qualificado por sempre maiores obrigações de cooperação entre os Estados-membros e/ou com a Comissão de Bruxelas.

Não é este o lugar para entrar em detalhes sobre cada norma, sanção pecuniária e restritiva de direitos, e dos perfis processuais. Após uma primeira avalanche de publicações por ocasião da publicação da Lei n. 300/2000 e do Decreto Legislativo n. 231/2001, presenciou-se na Itália um proliferar de portais informáticos de associações profissionais, de publicações (mesmo de diferente valor, ainda que, nos casos mais voltados à prática, com um enfoque nos problemas teóricos) e de cursos universitários. Para não me alongar, remeto a uma coletânea do fim de 2007 da editora IPSOA, que é um verdadeiro comentário do Decreto Legislativo n. 231/2001.

Particularmente importante foi a atividade de predisposição dos códigos de conduta (previstos no art. 6º do Decreto Legislativo n. 231/2001) por parte das associações representativas das entidades, dentre as quais, de clara e fundamental relevância, foi a da Confederação da Indústria, que culminou em 2 de abril de 2008 com a aprovação, por parte do Ministério da Justiça italiano, com uma aparência nova: em um volume de 151 páginas, dividido em 4 partes e um suplemento de *case study*.

De importância significativa, mesmo se menor que a relevância do tema conduziria a imaginar, foi a obra da jurisprudência de mérito e de legitimidade no esclarecimento de alguns pontos que levantaram dúvidas, como veremos a seguir, no parágrafo 6º; mesmo assim, no começo de 2006, havia pouco mais de 100 procedimentos contra pessoa jurídica tramitando pela Procuradoria.

Deve-se afirmar, outrossim, que a disciplina do Decreto Legislativo n. 231/2001 veio permeando muitos aspectos da realidade econômica e jurídica italiana, algumas vezes também de forma não esperada. Posso citar, por exemplo, um fato muito conhecido, pelo clamor que suscitou na Itália e no Brasil, sobre a luta pelo controle da Brasil Telecom: após três anos, em julho de 2008, em Milão, a Procuradoria encerrou suas investigações sobre os relatórios ilegais realizados – sobretudo por meio de interceptações telefônicas e espionagem informática – pelo serviço de segurança interno da Pirelli e depois da Telecom. Uma longa série de crimes foi imputada a 34 pessoas; não foram acusadas as altas esferas das duas sociedades, ao passo que estas foram indiciadas pela violação ao Decreto Legislativo n. 231/2001, por não ter pré-determinado, antes da realização do fato, modelos de organização e

gestão idôneos para a prevenção dos tipos de crimes ocorridos, tendo sido adotado modelo organizacional capaz de prevenir a consumação dos crimes somente em maio de 2003 e, mesmo assim, desde o momento da adoção, não o tendo eficazmente aplicado e não tendo adequadamente vigiado sua observância, possibilitando que X., na qualidade de responsável pela função *security* do grupo Telecom Itália, perpetrasse, no interesse da sociedade, os crimes a ele imputados.

Nesse ato judiciário, merece ser destacada a importância da falta de vigilância. De fato, o artigo 6º, parágrafo 1º, do Decreto Legislativo n. 231/2001 prevê que a entidade não responde se

“b) a tarefa de vigiar pelo funcionamento e a observância dos modelos de cuidar de sua atualização foi confiada a um organismo da entidade, dotado de poderes autônomos de iniciativa e de controle; c) as pessoas cometeram o crime eludindo fraudulentamente os modelos de organização e de gestão; d) não se verificou omissão ou carência na vigilância por parte do organismo da letra b)”.

Qual é o resultado concreto dessa norma? A praxe da Procuradoria de Milão considera, mesmo assim, a vigilância carente se o órgão de controle não se reúne com uma frequência de poucos meses entre uma reunião e outra.

5 ALGUNS PONTOS FUNDAMENTAIS DO DECRETO LEGISLATIVO N. 231/2001

Gostaria de sublinhar somente alguns pontos fundamentais da normatização italiana, sob o aspecto teórico, deixando de lado os aspectos mais técnicos, não menos interessantes, como, por exemplo, a forte discricionariedade do juiz no cálculo das “quotas” colocadas como base das multas por contravenções.

“Artigo 1º - (*Âmbito e sujeitos*): 1. O presente decreto legislativo disciplina a responsabilidade das entidades pelos ilícitos administrativos dependentes de crimes. 2. As disposições neste contidas aplicam-se às entidades providas de personalidade jurídica e às sociedades e associações, mesmo que não providas de personalidade jurídica”.

Merece ser destacada – em comparação aos outros ordenamentos – a ausência do requisito da personalidade jurídica. A regra do item 3 (“Não se aplicam ao Estado, às entidades públicas territoriais, às outras entidades públicas não econômicas e nem àquelas que desempenham funções de relevância constitucional”) possui alguns problemas na delimitação de sua abrangência.

“Artigo 2º - (*Princípio da legalidade*): 1. A entidade não pode ser considerada responsável por um fato que constitui crime, e sua responsabilidade administrativa, em relação àquele crime e as sanções inerentes, não foi expressamente prevista por uma lei entrada em vigor antes da realização do fato”.

É risível a inserção dessa norma, obviamente pleonástica, como considerado pelo Supremo Tribunal, mas é claro o indício da dificuldade do legislador de colocar essa providência no ordenamento jurídico italiano.

“Artigo 5º - (*Responsabilidade da entidade*) 1. A entidade é responsável pelos crimes cometidos em seu interesse e para sua vantagem: a) por pessoas [...] 2. A entidade não responde se as pessoas indicadas no parágrafo 1º agiram unicamente em interesse próprio ou de terceiros”.

Em relação às noções de interesse e de vantagem, talvez tenha ocorrido o debate mais interessante, com uma importante sentença do Supremo Tribunal Penal Italiano (n. 3.615, de 2006), objeto de inúmeros comentários, a respeito dos quais retornaremos no próximo parágrafo.

“Artigo 8º - (*Autonomia das responsabilidades da entidade*) 1. A responsabilidade da entidade existe também quando: a) o autor do crime não foi identificado ou é inimputável; b) o crime se extingue por causa diferente da anistia”.

Este artigo sanciona a plena autonomia das responsabilidades da entidade sobre a responsabilidade das pessoas físicas eventualmente envolvidas.

6 A JURISPRUDÊNCIA

Os primeiros casos foram de corrupção, mas prontamente foram levantadas algumas questões interessantes. De forma resumida:

- particularmente importante foi a exclusão da menção do Decreto Legislativo n. 231/2001 ao empreendedor individual, pois toda a normativa em objeto faz referência somente às “entidades”, “termo que evoca o inteiro espectro dos sujeitos de direito metaindividuais”;

- tal normativa foi considerada aplicável às sociedades estrangeiras que operam na Itália, porque sujeitas à nossa lei;

- a entidade é responsável mesmo se dotada de *compliance program*, se não cuidou da sua efetiva operacionalidade;

- para os fins do Decreto Legislativo n. 231/2001, são necessárias certeza e relevância do resultado, mas não a exata quantificação; além disso, a noção de resultado de caráter relevante tem um conteúdo mais

amplo que aquele que se entende por lucro líquido, pois nesse conceito recaem também vantagens não imediatas;

- o juiz não pode, ao revogar uma medida cautelar de interdição, impor ao ente a adoção coativa de modelos organizacionais;

- colocou-se como requisito a presença de pelo menos uma das condições previstas em matéria de aplicação das medidas de interdição cautelar;

- especialmente complexos os acontecimentos originados pelas facilidades financeiras em relação à autonomia da responsabilidade da entidade.

Entre todas as decisões da Corte de segunda instância, a que provavelmente teve mais repercussão – também na imprensa não especializada – foi a da Cass., II Seção penal, de 30 de janeiro de 2006, n. 3.615, uma sentença especialmente bem redigida, acerca de um caso de fraude contra o Estado para a obtenção de verbas públicas. Particularmente, em relação ao ponto fundamental do Decreto Legislativo n. 231/2001, ou seja, à “existência do requisito objetivo do interesse ou da vantagem da entidade, como condição de aplicabilidade da sanção”, a Suprema Corte negou o caráter de *hendiadis* ao binômio interesse/vantagem: o interesse da sociedade deve ser avaliado *ex ante*, a vantagem requer uma avaliação *ex post*. No máximo, o tipo ocorreria mesmo se o interesse fosse uma locupletação premeditada, mas sucessivamente não realizada, ou a vantagem poderia ser objetivamente alcançada com o êxito do crime, mesmo se não expressamente planejada *ex ante* pelo agente.

7 SOCIETAS DELINQUERE POTEST

Nessa altura, encaminho-me à conclusão desta apresentação e, para isso, quero retornar ao início, ao brocardo *societas delinquere potest*, ao qual tinha atribuído a origem e a justificação da resistência ideológica e cultural no admitir a responsabilidade das pessoas jurídicas, na Europa continental e na Itália em especial.

Quando a Faculdade à qual pertencço (Faculdade de Direito da Universidade Roma Tre), também por minha colaboração através de alguns contatos pessoais, organizou dois simpósios quando da publicação do Decreto Legislativo n. 231/2001, fiquei surpreso pela frequência com que esse aforismo era citado, dando por certo que pertencesse ao direito romano. Certamente não sou um profundo conhecedor do direito positivo,

mas conheço algo a mais sobre o direito romano; assim, acreditava poder excluir a existência de uma *regula* romana como essa ou, pelo menos, poder excluir que nas fontes romanas se pudesse identificar um seguro progenitor do nosso provérbio jurídico. À reconstrução dessa afirmada ascendência dediquei uma pesquisa, já publicada há alguns anos. De fato, encontrei o brocardo citado como romano e evocado nos mais diversos contextos; provavelmente, o contexto para mim mais impressionante foi o processo de Nüremberg no qual, em 23 de fevereiro de 1946, durante uma audiência, Merkel, defensor da *Gestapo*, a *Geheime Staatspolizei*, a polícia de Estado secreta nazista, invocou o brocardo para sustentar que somente os que a ela pertenciam podiam ser condenados e somente pelos seus comportamentos pessoais. O defensor não apenas negava a criminalidade da *Gestapo* como conjunto, mas colocava o problema dos membros inocentes da *Gestapo*, que nessa qualidade não poderiam ser punidos. Este problema dos inocentes é sempre levantado quando se aborda a responsabilidade penal de um conjunto. Ao mesmo tempo, deve-se lembrar que o Tribunal Militar Internacional de Nüremberg foi instituído com base no Pacto de Londres, de 8 de agosto de 1945, e do Estatuto do Tribunal anexo ao Pacto. No Estatuto deve ser destacado que o artigo 9º permitia ao Tribunal chegar a declarar que um grupo ou uma organização fosse uma organização criminosa: e a *Gestapo* foi reconhecida como tal e condenada; e seus componentes foram considerados como pertencentes a uma organização criminosa. Segue a intervenção do advogado da *Gestapo* (*Autos do processo de Nüremberg*, v. 21, p. 496):

“For criminal guilt means the embodiment of conditions which are punishable not only in an objective, but also in a subjective form. In other words, a crime can only be committed in terms of guilt, that is, only intentionally. [...]

*However, the problem of collective guilty lies, in a sense, much deeper. The thought of rejecting the collective guilty goes to the most ancient times. It originated in the Old Testament, and through Hellenic culture and Christianity it spread over the entire world. In this way it has become the guiding legal principle of the entire moral order of the world. In Roman law the sentence was expressed clearly: *societas delinquere non potest*. In modern times we have retained the thought of individual guilt.”*

Acontece que minha pesquisa sobre as origens não levou a nenhum dado certo. Minha conclusão foi que muito provavelmente o brocardo foi lançado pela doutrina em matéria de direito penal alemã na metade de 1800, com base no dogma voluntarístico de *Savigny*, provavelmente reformulando um princípio estabelecido pelo Papa Inocêncio IV: *impossibile est quod universitas delinquat*. Mas, em realidade, até o final

de 1700, nunca se havia seriamente duvidado do fato que as *universitates* pudessem *delinquere*, mesmo isso trazendo consequências muito graves também para quem não tinha compactuado de uma certa conduta culpável, circunstância que tinha levantado discussões.

8 UMA ULTERIOR TENTATIVA

Mas essa conclusão não havia me satisfeito. Ao longo de uma recente permanência para estudos em Heidelberg, procurei aprofundar ulteriormente a pesquisa sobre a origem do brocardo *societas delinquere non potest*, sobretudo no contexto do direito em língua alemã. Essa atenção preferencial à cultura e às experiências jurídicas daquela área (inclusive a Suíça) derivou do modo pelo qual se desenvolveu minha pesquisa anterior e, particularmente, da conexão que me pareceu ter percebido entre o princípio jurídico expresso no aforismo e aquelas experiências jurídicas, particularmente com a afirmação do pensamento de *Savigny* e, sucessivamente, de sua escola. Afinal, a afirmação dessa conexão é muito difundida, mesmo se, às vezes, é associada (mas não contraposta) a outra conexão, aquela com as concepções de pena de matriz Iluminista. Dessa predominante orientação podem ser encontrados infinitos exemplos, como o jusromanista *von Lubtow* ou o jovem comparatista suíço *Macaluso*. Na ciência jurídica brasileira muitas e, quiçá, prevalentes foram as menções a *Savigny*, mas recorrem também posições diferentes, que lembram a importância do Iluminismo e de *Feuerbach*.

Afinal, o próprio *Savigny*, em 1840, lembrou *Feuerbach* entre os negadores absolutos da admissibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Feuerbach*, em 1801, portanto bem antes de *Savigny*, expressava-se de forma totalmente negativa. Com um avanço historiograficamente interessante, *Mittermaier* – o sucessivo editor do manual de *Feuerbach* – em 1847, na 14ª edição do manual, opera a citação somente bibliográfica do *System* de *Savigny*.

Assim, de qualquer forma, a menção adequada parece ser a da doutrina alemã dos primórdios de 1800; todavia, um levantamento mais aprofundado na literatura sobre o direito penal alemão da primeira metade de 1800 não deu resultado sobre o nosso brocardo. De fato, posto que na metade do século XVIII todos os manuais afirmavam a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, ao passo que no começo de 1800 a maioria afirmava o oposto, o brocardo não foi citado nem na doutrina contrária ao princípio, nem na favorável.

Nessa incerta origem da matriz do brocardo, acredito ser possível afirmar que certamente podem ser identificadas três linhas de pensamento: por um lado, duas linhas paralelas e parcialmente sobrepostas (as de *Feuerbach* e *Savigny*) e, por outro, uma totalmente contraposta, que predomina no direito da metade de 1700, sobrevive como teoria por boa parte de 1800 e retoma fôlego somente com *Otto von Gierke*, sem, todavia, conseguir se tornar direito vigente.

Renunciei (por ora) a continuar minha indagação, mas vale a pena evidenciar como, em 1937, o brocardo surgiu na dissertação dedicada ao nosso tema por um fanático nazista, *Kampmann*. Ele o menciona duas vezes, atribuindo-o ao direito romano e colocando-o na base do pensamento de *Savigny*, que sucessivamente é por ele profundamente atacado como expoente do pensamento romano/individualista; conclui que – por força do art. 124 do ato normativo para a defesa do povo e do Estado, de 28 de fevereiro de 1933, e do *Führerprinzip* – chegou o momento de uma plena atribuição da responsabilidade penal às associações, beirando ao extremo de atribuir explicitamente um papel também à *Gestapo* (p. 43) na guarda delas. Mas, essas conclusões do jovem nazista podem ser consideradas também o indício de algo mais amplo e relevante, ou seja, o indício não somente de um programa de política do direito, mas também da aversão profunda do nazismo à própria noção de pessoa jurídica, em favor da “personalidade concreta”.

Esse aprofundamento sobre a origem do brocardo parece ser útil para o fim de expressar a complexidade das ideias e das inspirações culturais que se dão na área alemã. Porém, mais interessante seja talvez o que surgiu em um ponto específico: a utilização nele do termo *societas*.

9 GIERKE E O TERMO “*SOCIETAS*”

Os locais onde *Gierke* discute a responsabilidade penal são numerosos e distribuídos nos volumes 2, 3 e 4 do *Das deutsches Genossenschaftsrecht*, mas *Gierke* recorre também ao exame do termo *societas*: uma primeira vez, no final do volume 3, ao longo da exposição da legislação alemã no tempo da recepção e a teoria da corporação, quando se afirma – como uma das consequências da reforma em matéria de bens eclesiásticos – uma nova atenção às romanas *Kategorien* da *societas* ou da *communio*, com acento no conteúdo patrimonial. Em 1700, aparece expressamente o termo *Societät*, em referência aos fenômenos já pré-existentes em 1500 e 1600 de associações profissionais

(*Gewerkschaftsrecht*) com base patrimonial. O panorama oferecido por *Gierke* em 1881 (data de publicação do volume 3) muda radicalmente após 30 anos, em 1913, no volume 4: aqui, *societas* comparece na página 260, no âmbito da abordagem da temática por parte das teorias do Estado em 1600, quando *Gierke* escreve que *universitas*, muitas vezes, é identificada como a soma de cada *individua* e muitas vezes os limites entre *universitas* e *societas* se confundem. Segue, sucessivamente, o exame dos teóricos do direito natural, partindo de *Grotius* e sua noção de *societas*; no segundo capítulo, *Gierke* percorre quase dois séculos de teorias sobre o direito natural.

Concluindo e ao fim de sua pesquisa, *Gierke* atribui à influência do direito natural o fato de que a corporação e o próprio Estado tornaram-se *societas*. Estamos, então, no final de 1700.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na primeira pandectística, em *Puchta* de 1845, *societas* torna-se um gênero de *universitas personarum*, a mais usual como *privata societas*: há, também, um tipo especial, que *Korporationsrechte hat*, após o Estado e os entes cívicos, trata de corporações que de certa forma estão ligadas a instituições estatais, *collegia, societates* (qualificadas justamente como *publica*, como as *publicanorum*); depois, a Igreja e as corporações eclesásticas. Somente elas têm a personalidade, mas, sucessivamente, de forma confusa, afirma-se que ela pode ser estendida também a outros, por meio de concessão.

Passadas algumas décadas, dessa terminologia não fica nenhum sinal, como no exemplo de *Heinrich Dernburg* (nascido em 1829 e falecido em 1907), pandectista da fase mais tardia e expoente da escola histórica, mas grande personalidade independente e livre de doutrinanismos. O pensamento de *Dernburg* é substancialmente parecido com o de *Puchta*, porém mais claro e diferentemente expresso: ele faz da concessão o momento fundamental e distingue simplesmente entre pessoas jurídicas de direito público e de direito privado, sem portanto usar a terminologia pandectista de *Puchta*. O termo *societas* não é mais termo genérico, contudo volta, na linguagem do direito, ao seu valor especial.

E assim, um acontecimento da história da terminologia jurídica vem se colocando como um possível discreto exemplo de semântica histórica, de significados que mudam, se sobrepõem, se confundem.

REFERÊNCIAS

- BACIGALUPO Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Barcelona: Bosch, 1998. (Buenos Aires, 2001).
- BLANC NOUGUÉS, José María. Acerca de la responsabilidad penal de las “civitates” en derecho romano. In: D’IPPOLITO, Federico M. (Coord.). *Filia scripti per Gennaro Franciosi*. Napoli: Satura Editrice, 2007. v. 1, p. 255-274.
- BRICOLA Franco. Il costo del principio *societas delinquere non potest* nell’attuale dimensione del fenomeno societário. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 13, p. 951-1031, 1970.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*. 1. Auflage. Giessen, 1801.
- GALGANO Francesco. Persona giuridica. In: DIGESTO delle discipline privatistiche, sezione civile. Torino: UTET, 1995. v. 13, p. 403.
- GIARDA, Angelo et al. (Coords). *Responsabilità “penale” delle persone giuridiche*: D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231. A cura di Angelo Giarda, Enrico Maria Mancuso, Giorgio Spangher, Gianluca Varraso. Milano: Ipsoa, 2007.
- HECKER Bernd. *Europäisches Strafrecht*. 2. aktualisierte und erw. Aufl. Berlin: Springer, 2007. (Springer-Lehrbuch).
- LAREAU, François. *Selected Bibliography on the Criminal Liability of Corporations (with elements of criminology, history, philosophy and sociology) = Bibliographie choisie sur la responsabilité pénale des corporations (avec des éléments de criminologie, d’histoire, de philosophie et de sociologie)*. Ottawa, 2004. Disponível em: <www.lareau-law.ca/corporationsRZ.html>. Acesso em: 10 jan. 2011.
- LÜBTOW, Ulrich von. Bemerkungen zum Problem der juristischen Person. In: L’EUROPA e il diritto romano: studi in memoria di Paolo Koschaker. Milano: Giuffrè, 1954. v. 2, p. 467-510.
- MACALUSO, A. *La responsabilité pénale des personnes morales et de l’entreprise: éléments de droit comparé et étude des articles 100quater et 100quinquies CPS*. 2004. 268 p. Thèses (Doctorat) – Faculté de Droit et des Sciences Criminelles, Université de Lausanne, Lausanne, 2004.
- MEINI MENDEZ, Iván Fabio. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1999.

- PEPPE, Leo. *Societas delinquere non potest: un altro brocardo se ne va. Labeo: Rassegna di Diritto Romano*, Napoli, v. 48, n. 3, p. 2002, p. 370-380; e In: PEPPE, Leo (Org.). *Persone giuridiche e storia del diritto*. Torino, 2004. p. 143-158.
- SCHMITT, Rudolf. *Strafrechtliche Massnahmen gegen Verbände: Gleichzeitig ein Beitrag zur Lehre von den strafrechtlichen Unrechtsfolgen*. Stuttgart: Kohlhammer, 1958.
- SILVA, Fernando Quadros da. A gestão dos recursos hídricos após a Lei 9.433, de 08 de janeiro de 1997. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). *Direito ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 2000. v. 1, p. 79-93.
- SOUSA, Gaspar Alexandre Machado de. *Crimes ambientais: responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. Goiânia: AB Editora, 2007.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho portugués*. In: CONGRESO UNIVERSITARIO DE ALUMNOS DE DERECHO PENAL, 19., 2007, Salamanca. *El derecho penal y la nueva sociedad*. Coordinadora: Nieves Sanz Mulas. Albolote, Granada: Comares, 2007. p. 1 ss.
- WORMSER I. M. Piercing the veil of corporate entity. *Columbia Law Review*, v. 12, n. 6, p. 496-518, 1912.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones: presupuestos sustantivos y procesales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008.

VERSÃO ORIGINAL

LA RESPONSABILITÀ PENALE DELLA PERSONA GIURIDICA. UNA RASSEGNA DI PROSPETTIVE E PROBLEMI¹

Leo Peppe²

PREMESSA

L'argomento appare sempre più attuale ed importante in tutto il mondo, in tutti gli Stati così come nelle organizzazioni internazionali e sovranazionali. E forse alcune delle società protagoniste della terribile crisi finanziaria dell'autunno 2008 potrebbero essere chiamate a rispondere dei loro passati comportamenti anche dal punto di vista che qui interessa.

Faccio subito due premesse.

Non parlerò a lungo del diritto brasiliano e ne parlerò solo nella particolare prospettiva di un osservatore straniero che vorrebbe coglierne la struttura e le specificità. Dico subito, e non per dovere di ospitalità, che ad una prima impressione l'esperienza giuridica brasiliana mi è apparsa di grande interesse, per alcuni aspetti particolare e assai diversa, ad es., rispetto alle esperienze che conosco meglio.

Certamente il clima e l'atteggiamento della cultura giuridica brasiliana sono sempre stati simili a quelli della cultura europeo-continentale: con argomentazioni diffuse dappertutto, dagli inizi del 1800 fino a pochi decenni fa vi è stata certamente la forte prevalenza dell'affermazione che non è accettabile l'introduzione della responsabilità penale della persona giuridica. Questa opinione veniva espressa e riassunta nella generale diffusione del proverbio giuridico *societas delinquere non potest*, una società non può tenere un comportamento delittuoso ed esserne responsabile penalmente. Su questo proverbio tornerò alla fine di questo mio intervento.

In anni ancora recenti un avvocato brasiliano si è posta la domanda: *a responsabilidade penal da pessoa jurídica: realidade ou sonho?*

¹ l.=legge; d.lgs.=decreto legislativo; d.l.=decreto legge; c.p.=codice penale.

² Professore di Diritto Romano, Università Degli Studio Roma Tre.

Una domanda forse solo retorica. Infatti certamente si possono ricordare lontani infruttuosi tentativi di introduzione della responsabilità giuridica, ma molto concretamente è sufficiente ricordare che nel 2008 si sono avute due ricorrenze: i venti anni dall'emanazione della Costituzione Federale e i dieci anni da quella della *Lei ambiental* 9605 del 12 febbraio 1998.

In questo periodo vi è stata una ricca bibliografia su questa base normativa, così come fondamentali decisioni giurisprudenziali, quale la n. 564960/SC del Superior Tribunal de Justiça, 5ª turma, del 13.06.2005, che ha subordinato la responsabilità penale della persona giuridica alla 'imputação simultânea do ente moral e da pessoa física', seguendo cioè la "teoria da dupla imputação".

Da osservatore straniero, quattro punti mi sembrano particolarmente interessanti:

a) il primo punto: il fatto (da alcuni negato in forza di interpretazioni letterali forzate) che la responsabilità penale per la persona giuridica sia stata prevista esplicitamente – almeno per quanto riguarda la tematica ambientale – al livello della Costituzione Federale, cioè della legge fondamentale dello Stato brasiliano, all'art. 225 § 3: una soluzione che non ho trovato altrove. In questo modo l'ambito di riferimento di questa responsabilità è il bene ambiente, che riceve così una priorità ben più rilevante rispetto alla maggior parte delle altre esperienze a me note, le quali comunque hanno al primo posto fattispecie di reati finanziari o di corruzione. Più generico è invece l'art. 173 § 5, nel quale l'uso senza qualificazioni del termine "responsabilidade" in relazione alle persone giuridiche ha fatto dubitare del fatto che lì si facesse riferimento anche alla responsabilità penale, oltre a quella civile ed amministrativa.

b) Il secondo punto: il principio costituzionale fissato all'art. 225 viene concretamente attuato con la *Lei ambiental* 9605/1998. Il combinato disposto della legge costituzionale e di questa legge ordinaria apre la via, come si accennerà tra breve, a sviluppi imprevedibili per la loro ampiezza e rilevanza (con un percorso nella sostanza simile a quanto sta avvenendo in Italia, sia pure sulla base della sola legge ordinaria).

c) Il terzo punto: l'art. 24 della legge del 1998 ha scelto di prevedere non solo sanzioni pecuniarie (come molti altri ordinamenti giuridici), ma anche sanzioni interdittive, arrivando alla liquidazione della persona giuridica, alla "pena de morte empresarial": è questa una scelta radicale, condivisa da altri ordinamenti, come – ad es. – di recente anche quello italiano. È però ancora discusso se tale regime sanzionatorio esplicitamente penale sia del tutto legittimo, mentre è indiscusso quanto

previsto nel *Cap. VI - Da Infração Administrativa* (con i successivi aggiornamenti, che prevedono anche notevoli aggravamenti rispetto alle sanzioni amministrative inizialmente previste dal *Cap. VI*).

d) Il quarto punto: l'estensione a sempre nuove fattispecie di questa responsabilità. Penso ad un recentissimo e clamoroso caso, quello delle possibili conseguenze della ormai affermata costituzionalità della ricerca su cellule staminali embrionali. Il Supremo Tribunal Federal del Brasile il 29 maggio 2008 ha confermato la costituzionalità dell'art. 5 della legge 11.105/2005 sulla biosicurezza (*Lei de bioassegurança*). Ma alcuni avevano già concluso che con certezza i crimini previsti in questa legge (articoli da 24 a 29) possono essere imputati alle persone giuridiche ai termini dell'articolo 3 della *Lei Ambiental*. Ovviamente si tratta di materia delicatissima e assai discussa in considerazione dei valori implicati: qui vi accenno solo per ricordare un esempio estremamente attuale, ma in realtà la responsabilità delle persone giuridiche è stata evocata anche per altre fattispecie.

La seconda premessa che desidero fare è che io non sono né uno studioso né un pratico del diritto penale o del diritto processuale penale; sono uno storico del diritto. Mi sono interessato a questa specifica problematica perché, come tra breve vi dirò, agli inizi del XXI secolo il mio Paese, l'Italia, ha deciso di superare l'antica posizione negativa introducendo una nuova e rivoluzionaria normativa che poi – con il passare degli anni – è venuta enormemente ampliando il suo ambito di applicazione. In questo nuovo contesto, una serie di posizioni tradizionali, normative e dottrinali, sono state travolte: e poiché questa novità ha in qualche modo riguardato molti altri Paesi e lo stesso diritto dell'Unione Europea, il mio interesse si è esteso anche a queste altre realtà. Ne è emerso a mio avviso un panorama di grande interesse, che si presenta come un affresco di novità su un sostrato precedente, complesso e ricco di una storia articolata e talvolta indecifrabile. A questo passato, dopo aver esposto la problematica nei suoi aspetti più attuali, dedicherò la parte finale del mio discorso di oggi: una ricerca utile, perché molte delle difficoltà del nuovo diritto provengono da quelle esigenze che in un tempo meno recente si erano affermate come prevalenti.

1 INTRODUZIONE

Ma entriamo in argomento. La responsabilità penale delle persone giuridiche è un argomento che sfugge ad una trattazione unitaria; lo stesso oggetto, una responsabilità qualificata come “penale”, rischia di essere

puramente nominalistico oppure di essere rivestito con terminologia furbescamente diversa, come la qualità di responsabilità “amministrativa”, con lo scopo di non incorrere nelle caratteristiche proprie del diritto penale e quindi di rischiare il rigetto da parte dell’ordinamento.

In una certa misura lo stesso diritto dell’Unione Europea è sembrato per molto tempo rifuggire dal volere indicare in modo esclusivo il settore del diritto nel quale una eventuale sanzione debba essere prevista. Ad es., nel 1991, nel famoso caso Vandevenne, la Corte di Giustizia delle Comunità europee si limitava a prescrivere che in primo luogo le sanzioni previste dagli Stati nazionali “*aient un caractère effectif, proportionné et dissuasif*”. È terminologia che si ritroverà nella successiva normativa comunitaria e dell’OCSE (OECD) (Convenzione 17/12/1997, contro la corruzione di pubblico ufficiale); particolarmente interessante l’art. 3 (*Sanzioni*), al punto 2. : “Nel caso in cui, secondo il sistema giuridico di una Parte, la responsabilità penale non è applicabile alle persone giuridiche, la Parte in questione deve assicurare che le persone giuridiche siano passibili di sanzioni non penali efficaci, proporzionate e dissuasive [...]”. In realtà in questa frase è chiaro che l’obiettivo della norma guarda ad una responsabilità sostanzialmente penale nella prospettiva dell’Organizzazione, ma ne ammorbidisce le conseguenze sulle normative nazionali.

Davanti ad un quadro evidentemente articolato, prenderò avvio da una sommaria ricognizione in ordine cronologico della situazione dei tre grandi Paesi “latini” europei, Francia, Spagna e Italia – con un accenno al Belgio per l’interesse che il suo ordinamento presenta –, soffermandomi poi sull’Italia in particolare. Nel diritto di questi Paesi, fino ai primi anni ’90, aveva sempre prevalso, in sintesi, quanto espresso nel tradizionale proverbio giuridico *societas delinquere non potest*, a proposito del quale dirò qualcosa alla fine: un soggetto non riconducibile ad una persona fisica non può essere penalmente responsabile. Questo brocardo ha subito una modificazione non stravolgente intorno alla metà del ‘900, divenendo anche *societas delinquere potest, sed puniri non potest*.

In realtà, già nella dottrina dei tre Paesi si era cominciato a mettere in dubbio l’attualità di tale regola giuridica, in Francia si era avuta anche qualche sentenza che aveva iniziato a innovare in materia. In Italia, nel 1970 Franco Bricola si è fatto propugnatore del cambiamento, nel 1977 Gaetano Pecorella scrisse un articolo dal titolo *societas delinquere potest*.

In Francia, a partire dallo storico Codice penale del 1810, tale responsabilità non era prevista ed è stata introdotta, come automatica derivazione della responsabilità dell’ente dal fatto illecito del dipendente,

dal Codice penale del 1994, all'art. 121-2, con successiva estensione: “*Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.*”

L'ammissibilità della responsabilità penale sembra quindi essere circoscritta alle sole *personnes morales*, con esclusione dei *groupements non personnalisés*.

Quanto alla Spagna, la responsabilità penale in Spagna è una recente novità, a partire dal 1995 e forse il cambiamento sarebbe stato ancora maggiore se si guarda all'*Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma* del C.p. del 2006; prima la dottrina di gran lunga prevalente ne negava la possibilità con i tradizionali argomenti che si possono ricondurre al citato brocardo *Societas delinquere non potest*.

Prima la *Ley Orgánica* n.10/1995, del 23 novembre, ha introdotto nel Codice penale l'art. 129 (*consecuencias accesorias*); successivamente la L.O. n. 15/2003, del 25 novembre, introduce nell'art. 31 del c.p. il n. 2, allo scopo, secondo la *Exposición de Motivos de la Ley*, “*de ampliar sensiblemente la proyección de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*”.

Art. 31 c.p.: 2. *En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó.*

Sembra quindi che ricadano in questa previsione le persone giuridiche *sociedad, empresa, fundación o asociación*, nella volontà del legislatore spagnolo di adeguare la propria politica criminale a quanto propugnato dalle Organizzazioni internazionali; fino alla modifica dell'art. 31 nel 2003 si era dubitato in Spagna della natura di pena di queste sanzioni, ma ora questa opinione appare ampiamente prevalente e il tema più dibattuto appare essere quello dei *criterios de imputación* della responsabilità criminale di una persona giuridica.

Un accenno particolare merita il Belgio, che nel 1999 si dà (dopo la legge 30 giugno 1971, che prevedeva sanzioni amministrative irrogate dal *Ministère de l'Emploi et du Travail* contro il datore di lavoro, sia persona fisica sia *personne morale*) la legge 4 maggio 1999, “*instaurant la responsabilité pénale des personnes morales*». L'art. 2 di questa legge introduce un nuovo art. 5 nel c.p. belga e costituisce una novità rispetto a quanto visto finora: *Toute personne morale est pénalement responsable des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles*

ont été commises pour son compte. All'aver agito *pour compte* (come nel diritto francese) o *en nombre o por cuenta* (diritto spagnolo), si affianca la valutazione teleologica dei comportamenti (*réalisation, défense, les faits concrets*) che hanno portato alla condotta criminale.

Tale art. 5, al § 3, contiene un'ulteriore notevole novità: non si richiede affatto la personalità legale, cosicché rientrano nel suo ambito e sono parificate alle *personnes morales* associazioni temporanee, *joint ventures, partnerships* civili che non siano diventate società commerciali; sono esclusi solo ed esplicitamente una serie di enti sostanzialmente pubblici, a somiglianza della normativa francese.

Tra i tre regimi or ora sintetizzati, quello belga è certamente il più vicino a quanto l'Italia si è dato agli inizi del nuovo millennio, prima avviando il percorso con i già citati legge delega n. 300/2000 e poi il d.lgs. 231/2001, nel quale con il passare degli anni si sono venute inserendo ulteriori fattispecie criminose, man mano che esse venivano introdotte nell'ordinamento penale italiano.

2 “PIERCING THE VEIL”

Tutt'altro discorso deve farsi per il mondo angloamericano, in particolare per gli Stati Uniti (ma arrivando dopo la guerra anche al Giappone). In questi Paesi a partire dal XIX secolo si è venuta introducendo progressivamente ed estensivamente la responsabilità penale delle persone giuridiche, con una complessità sempre maggiore di categorie giuridiche (in primo luogo dei vari tipi di *liability*); utilizzando una frase famosa, può dirsi che il velo ideologico è stato sollevato definitivamente dal 1912, a partire da quello che i giuristi nordamericani chiamano “the seminal study” in materia: Wormser, *Piercing the veil of corporate entity*, con una terminologia oggi ormai tralatizia. Nella categoria unitaria *corporate crimes* rientrano infiniti comportamenti, sono coinvolti meccanismi procedurali e istituzionali complessi, anche per le dimensioni spesso enormi degli interessi economici implicati. Su ciò mi fermo, anche per la complessità delle conoscenze che quel mondo richiede; deve però ricordarsi che la Convenzione OCSE del 1997 contro la corruzione già ricordata trova la sua origine in una legge statunitense del 1997 che proibiva alle società di quel Paese di corrompere funzionari stranieri al fine di concludere o conservare affari nei loro Paesi, con sanzioni piuttosto pesanti.

Ma l'acquisita consapevolezza della natura di “veil” delle persone giuridiche si diffonderà anche in Europa, per l'Italia basta leggere uno dei maggiori civilisti italiani, Francesco Galgano, che nel 1995 ha scritto: “La

persona jurídica è [...] solo uno strumento del linguaggio giuridico, utile per riassumere – insostituibile, anzi, in questa sua funzione semantica – una complessa disciplina normativa di rapporti intercorrenti tra persone fisiche”, concludendo l’A. che nella sostanza però si tratterà di “una somma di privilegi”.

Concludo questa rapida rassegna di alcune importanti esperienze; se ne potrebbero esaminare tante altre, praticamente si dovrebbero prendere in considerazione tutti gli Stati. Non è questo il contesto, né io ne ho le competenze. Né è questione di dimensioni o peso geopolitico: particolarmente interessanti sarebbero in Europa ad es. l’esperienza portoghese oppure l’esperienza inglese. Il metodo delle *Guidelines* (U.S.A.) è stato fatto proprio anche dall’Inghilterra, a seguito del *Criminal Justice Act* del 2003; ma il sistema inglese è molto complesso e basato essenzialmente sull’opera dei giudici, ai quali si deve un lento e casistico affermarsi della responsabilità penale delle persone giuridiche, a partire da quello che è unanimemente considerato il punto di partenza di questo percorso, la condanna nel 1842 di una compagnia di trasporto ferroviario per condotta omissiva.

Preferisco chiudere con la recentissima esperienza di quella singolarità che è la Svizzera, piccolo Paese ma grande centro finanziario, fuori dell’Unione Europea ma al suo centro geografico.

La Svizzera ha una tradizione codicistica, già nei singoli codici cantonali preunitari, assolutamente contraria alla responsabilità penale delle persone giuridiche; posizione ribadita in una sentenza del Tribunale Federale del 1915 e recepita nel Codice Penale Federale del 1937. Le cose cambiano un poco già nel 1974, con la *Loi fédérale sur le droit pénal administratif*, ove l’art. 7 può essere parzialmente applicato anche “aux collectivités sans personnalité juridique”; finché, dopo un travagliato percorso legislativo, il 21 marzo 2003 entra in vigore il nuovo regime dell’art. 102 del Codice Penale svizzero, che introduce a carico dell’impresa la responsabilità sussidiaria per un’ammenda, fino ad un massimo di cinque milioni franchi. È interessante notare che il regime generale prevede che tale responsabilità è sussidiaria, cioè può sussistere solo se “per carente organizzazione interna” non è possibile individuare la persona fisica responsabile (art. 102 c. 1). Sussiste sempre invece la responsabilità dell’impresa nel caso di un reato previsto dalla legge federale svizzera contro la concorrenza sleale e soprattutto per quei reati che sono previsti dalla Convenzione dell’Unione Europea contro la corruzione del 1997: quindi la Svizzera, pur non facendo parte dell’Unione Europea, ne ha adottato un’innovativa disciplina giuridica.

Volendo tracciare una sintesi di quanto visto finora, può dirsi che la responsabilità delle persone non fisiche, in primo luogo e preferibilmente delle persone giuridiche, è stata sanzionata solo in tempi piuttosto recenti e solamente in alcuni casi si è detto esplicitamente che si tratta di responsabilità penale e non amministrativa o penale amministrativa. Quanto alle sanzioni, esse hanno sempre natura pecuniaria e solo in qualche caso natura interdittiva, con problemi non semplici in materia di misure cautelari.

Guardando alle realtà sopranazionali, sta di fatto che efficacemente si è detto che solo con la Convenzione della Comunità Europea del 26 luglio 1995 (tutela degli interessi finanziari della Comunità) – e quindi piuttosto di recente – nasce un vero diritto penale dell’Unione Europea.

3 L’ITALIA PRIMA DEL D.LGS. 231/2001

Se si guarda al dato normativo, l’unica norma di un certo interesse, anche se di scarsa efficacia, era l’art.197 c.p. che prevedeva ‘l’obbligazione civile delle persone giuridiche per il pagamento delle multe e delle ammende’ in caso di insolvibilità del condannato che fosse dipendente o rappresentante della persona stessa; vale la pena però di evidenziare come tra le fattispecie prese in considerazione vi fosse la circostanza che il reato fosse stato commesso “nell’interesse della persona giuridica”. Ancora meno rilevante fu l’art. 6 della l. 24 nov. 1981, n. 689 (‘Modifiche al sistema penale’), che configurava a carico dell’ente una obbligazione solidale con l’autore fisico in relazione alla violazione.

Il vero centro del problema era costituito dal vincolo posto secondo i più dall’art. 27 della Costituzione italiana, al c. 1: ‘La responsabilità penale è personale’; né è stata considerata irrilevante la previsione successiva che le pene “devono tendere alla rieducazione del condannato.” Come può essere rieducata una persona giuridica? Ma ben più rilevante è il primo punto, come responsabilità per fatto proprio, che alla fin fine è stato aggirato con la scelta del termine ‘sanzione amministrativa’; sarebbe forse stato più corretto parlare di sanzione penale amministrativa ad imitazione dell’ordinamento della Repubblica Federale di Germania (“Gesetz über Ordnungswidrigkeiten“, in particolare per quanto riguarda le ammende di cui al § 30): un *tertium genus*, del quale del resto si parla nella *Relazione* di accompagnamento al d.lgs. 231/2001. È rimasta la sola dizione “sanzione amministrativa”: per questo si è parlato, in relazione alla soluzione italiana, di “truffa delle etichette”.

4 L'ITALIA DOPO IL D.LGS. 231/2001

A questo punto, vorrei solo evidenziare i punti a mio avviso più interessanti della normativa italiana così come risulta dal d.lgs. 231/2001, con un'avvertenza necessaria per comprendere meglio l'importanza di quanto introdotto; inizialmente, il nuovo regime era previsto solo per la corruzione; gradualmente la casistica dei cd. „reati presupposto“ è stata molto ampliata a molti reati contro la Pubblica Amministrazione e societari, ai delitti con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico, alla tratta delle persone, a delitti e illeciti finanziari, con ulteriori, importantissime novità nel 2007 e nel 2008. Ne rimangono ancora esclusi i reati ambientali e tributari; ma per quanto riguarda i reati di evasione fiscale collegati con casi di frode, corruzione e riciclaggio, è intervenuta la recentissima legge 135 del 4 agosto 2008, che ha introdotto (all'art. 6) il dovere di assistenza tra gli Stati membri della Unione Europea. Questa legge autorizza l'Italia a ratificare il secondo Protocollo alla Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari, Protocollo fatto a Bruxelles il 19 giugno 1997.

Vorrei chiudere questa rassegna di reati-presupposto per la responsabilità mettendo in luce due novità recenti in Italia che investono vasti campi della realtà giuridica e sociale.

A. Il primo campo è quello della *Sicurezza sul lavoro*; la l. delega n. 123 del 3 agosto 2007 all'art. 9 prevede infatti l'inserimento nel 231/2001 dell'art. 25-*septies*, che sanziona l'omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro. Il richiamo al d.lgs. 231/2001 è poi completato dal decreto lgs. di attuazione della legge delega su citata, il decreto 9 aprile 2008 n. 81 (*Testo Unico sulla sicurezza*): questo decreto all'art. 30 contiene norme innovative in materia di sicurezza nella costruzione dei modelli di *compliance program*: maggior rigore ma anche particolari esimenti.

B. Il secondo campo di novità è quello dei *Cyber crimes*; nel 2008 il Parlamento italiano ha approvato la l. 18 marzo 2008 n. 48 (ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica), che all'art. 7 prevede l'inserimento della repressione dei reati informatici nell'art. 25-*septies* del d.lgs. 231/2001. In questo ambito occupa ovviamente uno spazio particolare quanto rientra nella pedofilia telematica, già repressa dalla l. n. 38 del 6 febbraio 2006 (“Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet”), e che con l'art. 10 faceva

rientrare i relativi reati tra quelli dell'art.25-*quinquies*, comma 1, del d.lgs. 231/2001.

In conclusione, proprio per la natura delle sanzioni stesse, l'ampliamento delle fattispecie sanzionabili poteva avvenire solo tramite legge e ciò è quanto è effettivamente avvenuto, con un aumento impressionante in pochi anni – nemmeno dieci – di fattispecie di reato per le quali viene introdotta la responsabilità penale delle persone giuridiche, in un contesto qualificato da sempre maggiori obblighi di cooperazione tra gli Stati membri fra di loro e/o con la Commissione di Bruxelles.

Non è questa la sede per entrare nel dettaglio delle singole norme, delle sanzioni pecuniarie e interdittive, dei profili processuali. Dopo una prima ondata di pubblicazioni in occasione dell'emanazione della legge 300/2000 e del d.lgs. 231/2001, si è assistito in Italia ad un proliferare di portali telematici, di associazioni professionali, di pubblicazioni (anche di diseguale valore, pur se spesso, finanche nei casi maggiormente rivolti alla pratica, con una buona attenzione ai problemi teorici implicati), di corsi universitari dedicati. Per brevità, rinvio qui ad un volume collettivo della fine del 2007 della casa editrice IPSOA, che è un vero e proprio commentario del d.lgs. 231/2001.

Di particolare importanza è stata l'attività di predisposizione dei codici di comportamento (previsti dall'art. 6 del d.lgs. 231/2001) da parte delle Associazioni rappresentative degli enti, tra i quali di ovvia primaria importanza quello della Confindustria, giunto il 2 aprile 2008 all'approvazione da parte del Ministero della Giustizia italiano, in una rinnovata veste: un volumetto di 151 pagine, articolato in 4 parti e un' *Appendice di Case Study*.

Di una notevole importanza, anche se forse minore di quanto la rilevanza del tema avrebbe fatto immaginare, è stata l'opera della giurisprudenza di merito e di legittimità nel chiarire qualche punto che si è palesato dubbio, come si vedrà tra breve, nel § 6; comunque, agli inizi del 2006, erano poco più di 100 i procedimenti iscritti in procura a carico di persone giuridiche.

Si deve altresì dire che la disciplina del d.lgs. 231/2001 è venuta permeando molti aspetti della realtà economica e giuridica italiana, qualche volta anche in modo inaspettato. Posso portare ad esempio una vicenda assai nota, per il clamore che ha suscitato in Italia e in Brasile, trattandosi della battaglia per il controllo di Brasil Telecom: dopo tre anni di inchiesta, nel luglio 2008 a Milano la procura ha chiuso le indagini sui dossier illegali allestiti — soprattutto con intercettazioni

telefoniche e spionaggio informatico — dal servizio di sicurezza interno della Pirelli e poi della Telecom. 34 persone sono state imputate di una lunga serie di reati; non sono stati imputati i vertici delle due società, mentre queste sono state indagate per la violazione del d.lgs. 231/2001, per non aver “predisposto, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, essendo stato adottato modello organizzativo al fine di prevenire la commissione di reati solo nel maggio 2003 e comunque, dal momento dell’adozione, non avendolo efficacemente attuato e non avendo adeguatamente vigilato sull’osservanza dello stesso, [rendendo] possibile che X X, in qualità di responsabile della funzione Security del gruppo Telecom Italia, commettesse, nell’interesse della società, i reati a lui attribuiti”.

In questo atto giudiziario merita di essere sottolineato il rilievo della mancata vigilanza; infatti l’art. 6 del d.lgs. prevede che l’ente non risponde se (c. 1, lett. b, c, d) “ b) il compito di vigilare sul funzionamento e l’osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento e’ stato affidato a un organismo dell’ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi e’ stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell’organismo di cui alla lettera b).”

Qual è il risultato concreto di questa norma? La prassi della Procura di Milano considera comunque carente la vigilanza se l’organo di controllo non si riunisce ogni pochi mesi.

5 ALCUNI PUNTI FONDAMENTALI DEL D.LGS. 231/2001

Della normativa italiana vorrei sottolineare solo i punti fondamentali da un punto di vista teorico, tralasciando gli aspetti più tecnici, anche ugualmente interessanti, come – ad es. – la forte discrezionalità del giudice nel calcolo delle “quote” poste a base delle ammende.

Art. 1 del d.lgs. 231/2001 (*Ambito e soggetti*):

“1. Il presente decreto legislativo disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. 2. Le disposizioni in esso previste si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica.” Merita di essere sottolineata — rispetto ad altri ordinamenti — l’assenza del requisito della personalità giuridica. Le norme del decreto “3. Non si applicano allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici

nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale”, con qualche problema di definizione di ambito.

Art. 2 (Principio di legalità)

“1. L’ente non può essere ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la sua responsabilità amministrativa in relazione a quel reato e le relative sanzioni non sono espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto”. È addirittura risibile l’inserimento di questa norma, ovviamente pleonastica, come del resto ha rilevato la Cassazione: ma è sicuro indizio della difficoltà del legislatore nel collocare questo provvedimento nell’ordinamento giuridico italiano.

Art. 5 (Responsabilità dell’ente)

“1. L’ente e’ responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: a) da persone [...]

2. L’ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell’interesse esclusivo proprio o di terzi.” Intorno alle nozioni di interesse e vantaggio si è avuto forse il dibattito più interessante, con una importante sentenza della Cassazione penale italiana, n. 3615 del 2006, oggetto di numerosi commenti, sulla quale si tornerà nel prossimo §.

Art. 8 (*Autonomia delle responsabilità dell’ente*)

“1. La responsabilità dell’ente sussiste anche quando: a) l’autore del reato non è stato identificato o non è imputabile; b) il reato si estingue per una causa diversa dall’amnistia.” Questo articolo sancisce la piena autonomia delle responsabilità dell’ente rispetto a quella delle persone fisiche eventualmente coinvolte.

6 LA GIURISPRUDENZA

I primi casi sono stati di corruzione, ma subito si sono poste anche alcune questioni interessanti. In modo del tutto sintetico:

- particolarmente importante è stata l’esclusione della riferibilità del d.lgs. 231/2001 all’imprenditore individuale, in quanto tutta la normativa in oggetto si riferisce unicamente agli “enti”, “termine che evoca l’intero spettro dei soggetti di diritto metaindividuali”;

- tale normativa è stata ritenuta applicabile alle società straniere operanti in Italia, perché soggette alla nostra legge;

- l’ente è responsabile anche se dotatosi di *compliance program*, se non si è vigilato sull’effettiva operatività dello stesso;

- ai fini del d.lgs. 231/2001 sono necessari certezza e rilevanza del profitto, ma non l'esatta quantificazione dello stesso; inoltre la nozione di profitto di rilevante entità ha un contenuto più ampio di quello inteso come utile netto, in quanto in tale concetto rientrano anche vantaggi non immediati;

- il giudice non può, nel revocare una misura cautelare interdittiva, imporre all'ente l'adozione coattiva di modelli organizzativi;

- si è richiesta la sussistenza di almeno una delle condizioni previste in materia di applicazione delle misure interdittive cautelari;

- particolarmente complesse le vicende originate da agevolazioni finanziarie in relazione all'autonomia della responsabilità dell'ente.

Tra tutte le decisioni della Cassazione quella che forse ha avuto più eco – anche presso la stampa non professionale – è stata Cass., II Sez. pen., 30 gennaio 2006, n. 3615, una sentenza particolarmente ben scritta, circa un caso di truffa ai danni dello Stato per il conseguimento di erogazioni pubbliche. In particolare, in relazione al punto fondamentale del d.lgs. 231/2001, cioè alla “sussistenza del requisito oggettivo dell'interesse o del vantaggio dell'ente, condizione di applicabilità della sanzione”, la Suprema Corte nega il carattere di endiadi alla coppia interesse/vantaggio: l'interesse della società deve essere valutato *ex ante*, il vantaggio richiede una verifica *ex post*. Al limite, la fattispecie ricorrerebbe anche se l'interesse fosse ad una locupletazione, prefigurata ma non più realizzata, oppure il vantaggio potrebbe essere obiettivamente conseguito all'esito del reato, perfino se non espressamente divisato *ex ante* dall'agente”.

7 SOCIETAS DELINQUERE POTEST

A questo punto mi avvio a chiudere il mio discorso e per farlo voglio tornare all'inizio, a quel brocardo *Societas delinquere non potest* al quale avevo attribuito l'origine e la giustificazione della resistenza ideologica e culturale ad ammettere la responsabilità delle persone giuridiche, nell'Europa continentale e in Italia in particolare.

Quando la Facoltà di cui faccio parte (Giurisprudenza dell'Univ. Roma Tre), anche con la mia collaborazione per via di alcuni rapporti personali, ha organizzato *in limine* all'emanazione del d.lgs. 231/2001 due importanti convegni, sono rimasto sorpreso dalla frequenza con la quale il brocardo veniva citato, dando per ovvio che esso fosse diritto romano. Non sono certo un profondo conoscitore del diritto positivo, ma qualcosa di più di diritto romano conosco, cosicché mi sembrava

di poter escludere l'esistenza di una simile *regula* romana o almeno che nelle fonti romane si potesse rintracciare un sicuro progenitore del nostro proverbio giuridico. Alla ricostruzione di questa asserita ascendenza ho dedicato una ricerca, ormai pubblicata da qualche anno; in effetti ho trovato il brocardo citato come romano ed evocato nei contesti più diversi, forse quello per me più impressionante è stato il processo di Norimberga ove, il 23 febbraio 1946, durante un'udienza del processo di Norimberga, Merkel, il difensore della *Gestapo*, la *Geheime Staatspolizei*, la polizia segreta di stato nazista, lo invocò per sostenere che solo i singoli appartenenti ad essa potevano essere condannati e solo per i loro personali comportamenti. Il difensore non solo negava la criminalità della *Gestapo* come insieme, ma poneva il problema dei membri innocenti della *Gestapo*, che in quanto tali non dovevano essere puniti: questo degli innocenti è sempre un problema quando si tratta della responsabilità penale di un insieme. Nello stesso tempo si deve ricordare che il Tribunale militare internazionale di Norimberga fu istituito sulla base dell'accordo di Londra dell'8 agosto 1945 e dello Statuto del Tribunale allegato all'accordo. E nello Statuto va sottolineato che l'art. 9 consentiva al Tribunale di arrivare a dichiarare che un gruppo o un'organizzazione era un'organizzazione criminale: e la *Gestapo* fu riconosciuta come tale e condannata; e i suoi componenti furono considerati come appartenenti ad un'organizzazione criminale. Ma si legga l'intervento dell'avvocato della *Gestapo* (*Atti del processo di Norimberga*, vol. XXI, p. 496):

“For criminal guilt means the embodiment of conditions which are punishable not only in an objective, but also in a subjective form. In other words, a crime can only be committed in terms of guilt, that is, only intentionally. [...]

*However, the problem of collective guilty lies, in a sense, much deeper. The thought of rejecting the collective guilty goes to the most ancient times. It originated in the Old Testament, and through Hellenic culture and Christianity it spread over the entire world. In this way it has become the guiding legal principle of the entire moral order of the world. In Roman law the sentence was expressed clearly: *Societas delinquere non potest*. In modern times we have retained the thought of individual guilt.”*

Sta di fatto che la mia ricerca delle origini non ha portato a nessun dato sicuro; la mia conclusione era stata che molto probabilmente il brocardo è stato coniato dalla criminalistica tedesca alla metà del 1800 sulla base del dogma volontaristico di Savigny, forse riformulando un principio stabilito da Papa Innocenzo IV: *impossibile est quod universitas delinquat*. Ma, in realtà, fino alla fine del 1700 non si era mai seriamente

dubitato del fatto che le *universitates* potessero *delinquere*, anche se ciò poteva comportare conseguenze molto gravi anche per chi ad una certa condotta colpevole non aveva aderito, circostanza questa che molto aveva fatto discutere.

8 UN ULTERIORE TENTATIVO

Ma questa conclusione non mi aveva soddisfatto. Nel corso di un recente soggiorno di studio ad Heidelberg ho cercato di approfondire ulteriormente la ricerca sull'origine del brocardo *Societas delinquere non potest*, soprattutto sul versante del diritto di lingua tedesca. Questa attenzione privilegiata alla cultura ed alle esperienze giuridiche di quell'area (compresa la Svizzera) è derivata dal modo in cui si era svolta la mia precedente ricerca e in particolare dalla connessione che mi era sembrato di aver colto tra il principio giuridico espresso nel brocardo e quelle esperienze giuridiche, in particolare con l'affermarsi del pensiero di Savigny e poi della sua scuola. Del resto l'affermazione di tale connessione è assai diffusa, anche se talvolta le si affianca (ma non contrappone) una diversa connessione, quella con le concezioni penalistiche di matrice illuministica. Di tale prevalente orientamento si possono fare infiniti esempi, ad es. il giusromanista von Lübtow o il giovane comparatista svizzero Macaluso. Nella scienza giuridica brasiliana molti e forse prevalenti sono i rinvii a Savigny, ma ricorrono anche posizioni diverse, che ricordano l'importanza dell'Illuminismo e di Feuerbach.

Del resto, lo stesso Savigny, nel 1840, ricorda Feuerbach tra i negatori assoluti dell'ammissibilità della responsabilità penale della persona giuridica. Feuerbach, nel 1801, perciò ben prima di Savigny, si esprimeva appunto in modo del tutto negativo. Con un rimbalzo storiograficamente interessante, Mittermaier – il successivo rieditore del manuale di Feuerbach – nel 1847 nella 14a edizione del manuale opera la citazione solo bibliografica del *System* di Savigny.

Quindi, in ogni caso il rinvio opportuno comunque appare essere quello alla dottrina tedesca degli inizi dell'800; tuttavia un sondaggio più approfondito nella letteratura penalistica tedesca della prima metà dell'800 non ha dato risultati circa il nostro brocardo. Infatti, posto che alla metà del XVIII secolo tutti i manuali affermano la responsabilità penale delle persone giuridiche, mentre agli inizi del 1800 la maggior parte è di avviso contrario, il brocardo non risulta citato né dalla dottrina contraria al principio né da quella favorevole.

In questa incerta origine della matrice del brocardo, mi sembra si possa dire che con certezza si possano individuare tre linee di pensiero, da una parte due linee parallele e parzialmente sovrappostesi (quelle di Feuerbach e Savigny), dall'altra una del tutto contrapposta, che è dominante nel diritto alla metà del 1700, sopravvive come teoria per buona parte dell'800 e riprende pieno vigore solo con Otto von Gierke, senza però riuscire a tornare ad essere diritto vigente.

Ho rinunciato (per ora) a proseguire l'indagine, ma vale la pena di evidenziare come nel 1937 il brocardo emerge nella dissertazione dedicata al nostro tema da un fanatico nazista, Kampmann. Egli menziona due volte il brocardo, attribuendolo al diritto romano e ponendolo alla base del pensiero di Savigny, che poi viene da lui attaccato a fondo come esponente del pensiero romano/individualistico; giunge alla conclusione che – in forza dell'art. 124 dell'ordinanza per la difesa del popolo e dello stato del 28 febr. 1933 e del *Führerprinzip* – è venuto il momento di una piena attribuzione di responsabilità penale alle associazioni, arrivando all'estremo di assegnare esplicitamente un ruolo anche alla *Gestapo* (p. 43) nella sorveglianza delle stesse. Ma queste conclusioni del giovane nazista possono essere considerate anche la traccia di qualcosa di più ampio e rilevante: la traccia cioè non solo di un programma di politica del diritto, ma dell'avversione profonda del nazismo per la stessa nozione di persona giuridica, a favore di quella di 'personalità concreta'.

Questo approfondimento in ordine all'origine del brocardo appare comunque utile ai fini della puntualizzazione della complessità delle idee e dei prestiti culturali che avvengono in area tedesca. Ma più interessante è forse quanto è emerso in relazione ad un punto specifico del brocardo, l'uso in esso del termine *societas*.

9 GIERKE E IL TERMINE SOCIETAS

I luoghi nei quali Gierke discute della responsabilità penale sono numerosissimi distribuiti nei volumi 2, 3 e 4 de *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, ma in Gierke ricorre anche l'esame del termine *societas*: una prima volta alla fine del III volume, nel corso della esposizione della legislazione tedesca nel tempo della Recezione e la teoria della corporazione, quando si afferma – come una delle conseguenze della Riforma in ordine ai beni ecclesiastici – una nuova attenzione alle romane 'Kategorien' della *societas* o della *communio*, con accentuazione del contenuto patrimoniale. Nel 1700 appare poi espressamente il termine 'Societät', in particolare riferito

a fenomeni già preesistenti nel 1500 e nel 1600 di associazioni professionali (*Gewerkschaftsrecht*) su base patrimoniale. Il panorama offerto da Gierke nel 1881 (data di pubblicazione del III volume) cambia radicalmente trent'anni dopo, nel 1913, nel IV volume: qui *societas* riappare a p. 260, nel contesto dell'approccio alla tematica da parte delle teorie dello stato nel 1600, quando Gierke scrive che 'universitas' spesso è identificata con la somma dei singoli individui e molte volte si confondono i confini tra 'universitas' e 'societas'. Segue poi l'esame dei teorici del diritto naturale, a partire da Grozio e la sua nozione di *societas*; nel secondo capitolo Gierke ripercorre quasi due secoli di teorie del diritto naturale.

In conclusione e al termine della sua ricerca Gierke attribuisce all'influsso del diritto naturale il fatto che la corporazione e lo stesso Stato siano divenuti '*societas*'. Siamo alla fine del 1700.

10 UNA CONCLUSIONE

Nella prima pandettistica, nel Puchta del 1845, *societas* torna ad essere un genere di *universitas personarum*, la più consueta come *privata societas*: ve ne è poi un tipo particolare, che "Korporationsrechte" hat', dopo lo Stato e gli aggregati civici: si tratta delle corporazioni che in qualche modo sono in rapporto con istituzioni statali, collegia, societates (qualificate appunto *publicae*, come quelle *publicanorum*); poi la Chiesa e le corporazioni ecclesiastiche: queste sole hanno la personalità, ma poi in modo confuso si dice che essa può essere estesa anche ad altri, mediante una concessione.

Passa qualche decennio e di questa terminologia non resta più nulla, ad es. in Heinrich Dernburg (nato nel 1829 e morto nel 1907), tardo pandettista ed appartenente alla scuola storica, ma grande personalità piuttosto indipendente ed abbastanza libera da dottrinarismi. Il pensiero di Dernburg è nella sostanza simile a quello di Puchta, ma molto più chiaro ed espresso diversamente: egli fa della concessione il momento fondamentale e distingue semplicemente tra persone giuridiche di diritto pubblico e diritto privato, senza appunto più usare la terminologia pandettistica di Puchta. Il termine *societas* non è più termine generico, ma è tornato, nel linguaggio del diritto, alla sua valenza specialistica.

E così una vicenda di storia della terminologia giuridica viene a porsi come un possibile discreto esempio di semantica storica, di significati che cambiano, si sovrappongono, si confondono.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

- BACIGALUPO Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Barcelona: Bosch, 1998. (Buenos Aires, 2001).
- BLANC NOUGUÉS, José María. Acerca de la responsabilidad penal de las “civitates” en derecho romano. In: D’IPPOLITO, Federico M. (Coord.). *Filia scritti per Gennaro Franciosi*. Napoli: Satura Editrice, 2007. v. 1, p. 255-274.
- BRICOLA Franco. Il costo del principio *societas delinquere non potest* nell’attuale dimensione del fenomeno societário. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 13, p. 951-1031, 1970.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*. 1. Auflage. Giessen, 1801.
- GALGANO Francesco. Persona giuridica. In: DIGESTO delle discipline privatistiche, sezione civile. Torino: UTET, 1995. v. 13, p. 403.
- GIARDA, Angelo et al. (Coords). *Responsabilità “penale” delle persone giuridiche*: D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231. A cura di Angelo Giarda, Enrico Maria Mancuso, Giorgio Spangher, Gianluca Varraso. Milano: Ippsoa, 2007.
- HECKER Bernd. *Europäisches Strafrecht*. 2. aktualisierte und erw. Aufl. Berlin: Springer, 2007. (Springer-Lehrbuch).
- LAREAU, François. *Selected Bibliography on the Criminal Liability of Corporations (with elements of criminology, history, philosophy and sociology) = Bibliographie choisie sur la responsabilité pénale des corporations (avec des éléments de criminologie, d’histoire, de philosophie et de sociologie)*. Ottawa, 2004. Disponível em: <www.lareau-law.ca/corporationsRZ.html>. Acesso em: 10 jan. 2011.
- LÜBTOW, Ulrich von. Bemerkungen zum Problem der juristischen Person. In: L’EUROPA e il diritto romano: studi in memoria di Paolo Koschaker. Milano: Giuffrè, 1954. v. 2, p. 467-510.
- MACALUSO, A. *La responsabilité pénale des personnes morales et de l’enterprise: éléments de droit comparé et étude des articles 100quater et 100quinquies CPS*. 2004. 268 p. Thèses (Doctorat) – Faculté de Droit et des Sciences Criminelles, Université de Lausanne, Lausanne, 2004.
- MEINI MENDEZ, Iván Fabio. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1999.

- PEPPE, Leo. *Societas delinquere non potest: un altro brocardo se ne va. Labeo: Rassegna di Diritto Romano*, Napoli, v. 48, n. 3, p. 2002, p. 370-380 (= In: PEPPE, Leo (Org.). *Persone giuridiche e storia del diritto*. Torino, 2004. p. 143-158).
- SCHMITT, Rudolf. *Strafrechtliche Massnahmen gegen Verbände: Gleichzeitig ein Beitrag zur Lehre von den strafrechtlichen Unrechtsfolgen*. Stuttgart: Kohlhammer, 1958.
- SILVA, Fernando Quadros da. A gestão dos recursos hídricos após a Lei 9.433, de 08 de janeiro de 1997. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). *Direito ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 2000. v. 1, p. 79-93.
- SOUSA, Gaspar Alexandre Machado de. *Crimes ambientais: responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. Goiânia: AB Editora, 2007.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho portugués*. In: CONGRESO UNIVERSITARIO DE ALUMNOS DE DERECHO PENAL, 19., 2007, Salamanca. *El derecho penal y la nueva sociedad*. Coordinadora: Nieves Sanz Mulas. Albolote, Granada: Comares, 2007. p. 1 ss.
- WORMSER I. M. Piercing the veil of corporate entity. *Columbia Law Review*, v. 12, n. 6, p. 496-518, 1912.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones: presupuestos sustantivos y procesales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008.