

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

Escola de Lisboa



Mestrado Forense

Responsabilidade contraordenacional das pessoas coletivas

O problema da identificação do agente singular

Orientadora: Mestre Teresa Serra

Mestrando: José Manuel Gonçalves Henriques

31 de agosto de 2014

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

Escola de Lisboa

Mestrado Forense

Responsabilidade contraordenacional das pessoas coletivas

O problema da identificação do agente singular

Orientadora: Mestre Teresa Serra

Mestrando: José Manuel Gonçalves Henriques

31 de agosto de 2014

Índice

Introdução ao problema.....	4
Natureza do direito das contraordenações	7
Princípio da legalidade no direito das contraordenações	9
A responsabilidade das pessoas coletivas	14
Generalidades	14
Modelo de imputação das contraordenações às pessoas coletivas	15
Critério formal.....	23
Conceito de órgãos	26
Conceito de Representantes.....	29
Representantes de facto	31
Critério Material	32
Atuação funcional.....	33
Atuação em nome e no interesse da pessoa coletiva	33
Exclusão da responsabilidade por atuação contra ordens expressas	34
A necessidade de identificação do agente singular	36
Introdução.....	36
Imputação direta	38
Imputação indireta	42
Posição adotada	43
Elementos do tipo	43
A culpabilidade.....	45
Conclusões	48
Bibliografia.....	51

ABREVIATURAS

AA.VV.	autores vários
al. (s)	alínea (s)
cfr.	confrontar
cit.	citado
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CMVM	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
CVM	Código dos Valores Mobiliários
DMOS	Direito de mera ordenação social
ed.	edição
n.º (s)	número(s)
p. (pp.)	página (s)
RGCO	Regime Geral das Contraordenações
RGICSF	Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras
RGIT	Regime Geral das Infrações Tributárias
ss.	seguintes
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
t.	tomo
v.	vide
vol. (s)	volume (s)

Introdução ao problema

O tema da responsabilidade das pessoas coletivas no âmbito do direito sancionatório tem sido alvo de grande debate ao longo dos últimos anos. A proliferação destas estruturas, mas também o facto de constituírem um meio de concentração de esforços e de recursos, para além de justificar esse debate, torna imperioso o tratamento da questão das reacções sancionatórias a factos ilícitos cometidos por pessoas coletivas ou entidades equiparadas.

Entre nós, como na generalidade das ordens jurídicas com as mesmas raízes e idêntica matriz, a questão foi inicialmente resolvida pela negativa. A doutrina maioritária, onde se incluíam nomes como EDUARDO CORREIA e CAVALEIRO DE FERREIRA, rejeitava a responsabilidade penal das pessoas coletivas com base no argumento de princípio de que estas eram incapazes de ação¹ e, ademais, incapazes de culpa². A culpa, enquanto categoria do facto punível construída numa base ontológica, era entendida como “pessoal e intransmissível”³ e, por isso, insuscetível de ser aferida em relação à coletividade. Neste sentido, só aos agentes que a compõem seria possível aplicar sanções criminais por só estes serem sujeitos capazes de culpa.

Sem prejuízo de se encontrar ultrapassada, nos dias de hoje, esta posição, valendo como posição maioritária na doutrina e na lei a de que as pessoas coletivas são agentes possíveis dos ilícitos penais, no direito de mera ordenação social a aceitação deste fenómeno foi mais pacífica. Com efeito, já EDUARDO CORREIA, adepto da doutrina *societas delinquere non potest*, sustentou que o direito de mera ordenação social era o campo ideal para combater os ilícitos perpetrados por pessoas coletivas, dada a sua “censura puramente social, (...) advertência desprendida de todo o sentido ético, [que] tanto pode, na verdade, referir-se a uma pessoa singular como a uma pessoa coletiva”⁴. Defendia o Autor que o direito de mera ordenação social, para

¹ A este respeito, escreve EDUARDO CORREIA, “[o] comportamento de que se parte é o comportamento humano, e, em princípio, ao contrário do que acontece noutros ramos do direito, nomeadamente no direito civil, só os indivíduos e não o das colectividades: *societas delinquere non potest*”. v. EDUARDO CORREIA (2007, p. 234).

² Neste sentido, CAVALEIRO DE FERREIRA é lapidar ao afirmar que, “[s]e a culpa é pressuposto da responsabilidade penal, e se a culpa é vontade consciente e livre de que só o homem é capaz, a responsabilidade penal é necessariamente pessoal”, acrescentando ainda que “[a]s conveniências da prevenção geral da criminalidade não podem alterar a realidade ontológica e não devem postergar a validade do princípio da culpabilidade”. v. CAVALEIRO DE FERREIRA (2010, p. 267).

³ SOUSA (1985, p. 17).

⁴ EDUARDO CORREIA (1998, p. 12).

além de abrir caminho à descriminalização, constituindo uma resposta adequada à proliferação excessiva do direito criminal, possibilitava também o “alargamento dos agentes a que podem ser impostas”⁵ as suas sanções.

No mesmo sentido se pronunciou também JORGE FIGUEIREDO DIAS que defende que as pessoas coletivas são entidades capazes de culpa, não havendo, por isso, qualquer impedimento de princípio em admitir a responsabilização penal destes agentes em paralelo com a responsabilidade dos titulares dos órgãos corporativos⁶. Ainda assim, é no âmbito do direito de mera ordenação social que este Autor encontra um campo de aplicação mais propício à responsabilização destas entidades e onde se colocam, decerto, mais vezes estas hipóteses⁷.

O legislador português, influenciado pela experiência da lei das contraordenações alemã de 1952 (*Ordnungswidrigkeitengesetz*, doravante OWiG) e por iniciativa de EDUARDO CORREIA, consagrou pela primeira vez no ordenamento português o direito de mera ordenação social em 1979, através da publicação do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de julho. Este diploma previa já, no seu artigo 7.º, a responsabilidade contraordenacional das pessoas coletivas e entidades equiparadas.

A aplicação deste diploma foi, no entanto, suspensa pelo Decreto-Lei n.º 411-A/79, de 1 de outubro, definitivamente revogado e substituído pelo Decreto-Lei n.º 433/82 de 27 de outubro, que instituiu o RGCO⁸. Não obstante, o artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de julho, resistiu a todas estas peripécias e é, ainda hoje, o regime que temos consagrado no RGCO para a responsabilidade contraordenacional das pessoas coletivas⁹.

⁵ Entendia EDUARDO CORREIA (1998, p. 8) que os entes coletivos, desprovidos de capacidade de culpa, eram passíveis de ser responsabilizados no âmbito do direito de mera ordenação social, uma vez que as infrações deste ramo do direito têm uma natureza diferente das infrações criminais – as infrações criminais têm um fundamento ético enquanto que as sanções do direito de mera ordenação social não comungavam da mesma “ressonância moral na consciência social”, pelo que poderiam ser perpetradas por entidades incapazes de culpa.

⁶ FIGUEIREDO DIAS (1998b, pp. 263 e ss.). Nesta sede, o Autor apresenta vários argumentos para justificar a possibilidade e a conveniência da responsabilização penal das pessoas coletivas, nomeadamente exigências de política criminal que se têm acentuado com o passar dos anos, e a inadequação dos institutos clássicos, em especial a “atuação em nome doutrem” para responder convenientemente ao problema.

⁷ FIGUEIREDO DIAS (1998a, p. 28).

⁸ Todas as referências a artigos sem menção do diploma remetem para o Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 244/95, de 14 de setembro e pela Lei n.º 109/2001, de 24 de dezembro.

⁹ Sobre esta origem histórica do RGCO, v. MOUTINHO (2008, pp. 21 e ss).

A persistência e antiguidade do artigo 7.º não foi, no entanto, acompanhada por uma cristalização da sua interpretação. De facto, o critério de imputação de contraordenações às pessoas coletivas que ali se consagra continua a prestar-se a várias críticas¹⁰ e a interpretações muito diversas.

Pode ler-se no artigo 7.º, n.º 1, que “[a]s coimas podem aplicar-se tanto às pessoas singulares como às pessoas colectivas, bem como às associações sem personalidade jurídica”. E acrescenta o seu n.º 2 que “[a]s pessoas colectivas serão responsáveis pelas contraordenações praticadas pelos seus órgãos no exercício das suas funções.”

Esta norma tem dado lugar a variadas interpretações no sentido de procurar sedimentar o seu preciso alcance. Neste ponto, interessa apenas salientar que se formaram essencialmente duas correntes principais em torno das quais se vão posicionando os autores, com mais ou menos particularidades: por um lado, alinham aqueles que vêm no preceito a previsão de um critério de imputação autónoma das contraordenações às pessoas coletivas, por outro aqueles que defendem estarmos perante um critério de imputação que comunga da teoria da identificação e que não prescinde de um comportamento de ligação que, quando praticado por determinadas pessoas, é passível de desencadear a responsabilidade da pessoa coletiva.

É, pois, neste ponto que nos propomos desenvolver este trabalho. De facto, dado o crescente afastamento por parte de vários regimes especiais do critério contido no RGCO, urge analisar o verdadeiro alcance deste último e determinar com precisão qual o modelo que aí se estabelece por contraponto às várias soluções que foram consagradas no âmbito de vários regimes especiais.

No entanto, esta análise não pode, em nossa opinião, prescindir de um ponto prévio que passa por fixar a natureza do direito de mera ordenação social. A essencialidade desta análise é tanto mais decisiva quanto tivermos em linha de conta a chamada natureza híbrida deste ramo do direito sancionatório no qual é possível identificar, quer características administrativas, quer sancionatórias. É, por isso, de fulcral importância proceder neste ponto a esta definição, pois desta opção dependerão, como veremos, várias das soluções defendidas ao longo do trabalho.

¹⁰ Neste sentido cfr., entre outros, SERRA (1999, pp. 189-190) e VILELA (2013, pp. 528-533).

Natureza do direito das contraordenações

A questão da natureza do direito de mera ordenação social tem sido discutida desde que foi introduzido no nosso ordenamento jurídico pela primeira vez com o Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de julho. O RGCO não resolve este problema. Na verdade, muito embora procurando criar uma categoria de ilícito “distinto e autónomo do direito penal”¹¹, é o próprio legislador que assume, no preâmbulo do Decreto-lei n.º 433/82, de 27 de outubro, que a distinção entre aqueles dois ramos do direito sancionatório “terá, em última análise, de ser jurídico-pragmática e, por isso, também necessariamente formal”. O critério adotado pelo legislador, plasmado também no artigo 1.º, é, assim, um critério eminentemente formal: será contraordenação o comportamento que a lei classificar como tal¹².

No entanto, a decisão do legislador terá necessariamente que orientar-se por critérios materiais que legitimem a sua intervenção, não podendo a distinção entre crimes e contraordenações operar-se meramente no plano conceitual¹³. Com este fito, têm sido apontados pela doutrina, quer critérios qualitativos, quer critérios quantitativos, com o que se formaram essencialmente duas teorias: a teoria qualitativa segundo a qual a contraordenação é uma infração qualitativamente diferente do crime, um *aliud* em relação a este¹⁴, e a teoria quantitativa que reduz a diferença entre crime e contraordenação a uma mera diferença de grau, um *minus*¹⁵, portanto.

Não cabe no objeto do presente estudo o aprofundamento da definição de contraordenação e da delimitação dos critérios materiais que devem orientar a decisão tipificadora do legislador. No entanto, em vista do desenvolvimento das questões que

¹¹ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro.

¹² Note-se que o legislador alemão, fonte inspiradora do RGCO, adoptou também um critério formal para classificar um determinado comportamento como *Ordnungswidrigkeit*. De facto, o § 1 da OWiG estabelece, no que não se pretende como tradução, que serão contraordenações os comportamento ilegais e reprováveis para os quais a lei estipule como consequência a aplicação de uma coima (§ 1 *Begriffsbestimmung - (1) Eine Ordnungswidrigkeit ist eine rechtswidrige und vorwerfbare Handlung, die den Tatbestand eines Gesetzes verwirklicht, das die Ahndung mit einer Geldbuße zuläßt.*).

¹³ Nas palavras de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, o critério jurídico pragmático adotado pelo legislador “não significa porém que atrás da decisão legislativa não estejam (e devam estar) razões de ordem substancial que a comandam e que ela tem de respeitar”. Cfr., FIGUEIREDO DIAS (1998a, p. 26).

¹⁴ Cfr. EDUARDO CORREIA (1998, pp. 257 ss.); no mesmo sentido, embora com ligeiras demarcações, também FIGUEIREDO DIAS (1998a, pp. 19 e ss).

¹⁵ Cfr. CAVALEIRO DE FERREIRA (2010, pp. 107 e ss).

verdadeiramente nos ocuparão nas páginas seguintes, é fundamental tomar uma posição, ainda que sucinta, acerca deste tema¹⁶.

O direito das contraordenações surgiu no nosso ordenamento jurídico como alternativa à hiper-criminalização e à degradação do direito penal em direito disciplinar. No entanto, decorre desde logo do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, que a intenção do legislador foi criar um ramo de direito sancionatório “distinto e autónomo do direito penal”. Acresce que a própria CRP, admite a construção do direito de mera ordenação social como uma categoria separada, quer do direito penal, quer do chamado direito disciplinar – veja-se, nomeadamente, o teor dos artigos 32.º, n.º 10, 165.º, n.º 1, al. *d*), e 282.º, n.º 3, todos da CRP.

Assim e não sendo este o lugar para avançar qualquer critério que permita operar uma distinção segura entre os conceitos materiais de crime e contraordenação, entendemos que o direito de mera ordenação social é um ramo do direito sancionatório diferente e autónomo do direito penal. Esta consideração não invalida, no entanto, que o direito das contraordenações comungue dos mesmos princípios e, por vezes, das mesmas soluções que o direito e processo penal – que, além do mais, constituem direito subsidiário relativamente ao primeiro (artigos 32.º e 41.º).

Enquanto ramo do direito sancionatório – como é, de resto, enquadrado pelo artigo 32.º, n.º 10, da CRP –, o direito de mera ordenação social obedece a um conjunto de princípios comuns a todo ele. Em especial, vigora no direito sancionatório um princípio de segurança e previsibilidade especialmente qualificado que se impõe em razão da sua natureza restritiva dos direitos dos cidadãos. Neste sentido, entendemos que também no direito das contraordenações se exige uma concreta definição dos seus tipos, impondo-se especiais exigências de previsibilidade na definição das condutas ilícitas com vista à salvaguarda das expectativas e segurança dos próprios destinatários destas normas.

Vejamos pois, e com mais pormenor, o sentido e alcance deste princípio no direito de mera ordenação social.

¹⁶ Para um aprofundamento desta questão, com referências à doutrina alemã, cfr., MOUTINHO (2008, pp. 17 e ss.).

Princípio da legalidade no direito das contraordenações

A natureza e o alcance do princípio da legalidade vigente no direito de mera ordenação social é um ponto que merece particular atenção neste domínio. O artigo 1.º define as contraordenações por referência a um tipo legal e o artigo 2.º prevê um princípio da legalidade que, a começar pela redação do próprio preceito, em tudo se assemelha àquele que consta do artigo 1.º do CP, que, por sua vez, postula o princípio inscrito no artigo 29.º, n.º 1, da CRP e é corolário do princípio do Estado de direito democrático.

Quer na doutrina, quer na jurisprudência, existem vozes que defendem que este princípio da legalidade não tem, no direito de mera ordenação social, o mesmo alcance e a mesma força que em matéria criminal. De facto, ora (i) a natureza híbrida do direito de mera ordenação social que conhece uma parte administrativa no seu processo¹⁷; (ii) ora a falta de ressonância ética das suas imposições; (iii) ora a menor gravidade das suas sanções, justificam, à vez, que se veja o princípio da legalidade em matéria contraordenacional de uma forma mais branda e mais maleável.

Entendemos, no entanto, que o problema não pode ser colocado nestes termos. A verdade é que, apesar da natureza híbrida do processo contraordenacional, o direito de mera ordenação social constitui um ramo de direito sancionatório e, como tal, deve comungar dos seus princípios estruturantes. Neste sentido se pronunciou já AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO em anotação ao artigo 29.º da CRP. Para este Autor, “embora o artigo 29.º se refira somente à lei criminal, deve considerar-se que parte destes princípios (nomeadamente, o da proibição da aplicação retroativa desfavorável) se aplicam também aos outros dois ramos do chamado *direito público sancionatório*: o direito de mera ordenação social e o direito disciplinar (...)”¹⁸. Note-se que a CRP deixa transparecer, em vários preceitos, que a categoria do direito de mera ordenação social constitui um terceiro ramo do direito sancionatório e, como bem nota JOSÉ LOBO MOUTINHO, referindo-se às normas constitucionais dos artigos 165.º, n.º 1, al. d), 227.º, n.º 1, al. q) e 282.º, n.º 3, “é inequívoca a consagração constitucional da

¹⁷ Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 11/2013.

¹⁸ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (2010, p. 676).

figura, enquanto sector do direito sancionatório diverso do direito penal, por um lado, e do direito disciplinar, por outro”¹⁹.

No mesmo sentido se pronunciou já o Tribunal Constitucional, defendendo que, muito embora a CRP não confira a mesma densidade ao direito de mera ordenação social e ao direito penal, com prejuízo para o primeiro, a verdade é que “o direito sancionatório público, enquanto restrição relevante de direitos fundamentais, participa do essencial das garantias consagradas explicitamente para o direito penal, isto é, do núcleo de garantias relativas à segurança, certeza, confiança e previsibilidade dos cidadãos”²⁰. Acrescenta ainda o Tribunal, discorrendo sobre o grau de proteção que o princípio da legalidade confere aos ilícitos contraordenacionais, que, muito embora esta garantia possa não resultar diretamente da chamada “Constituição Penal”, decorre do “princípio do Estado de Direito consagrado no artigo 2.º da Constituição”.²¹

Ainda neste sentido se pronunciou JORGE FIGUEIREDO DIAS que salienta que o RGCO consagra um princípio de legalidade em nada diverso daquele que rege o direito penal. Numa passagem que merece ser aqui transcrita, sustenta o Autor que “o Decreto-Lei n. 433/82, no seu art. 2.º, em nada diminui as exigências do princípio da legalidade no campo do direito das contraordenações, o que constitui decisão que não pode deixar de ser saudada”²².

Em nosso entender, é de aderir a esta última posição. Na verdade, tratando-se essencialmente de dois ramos do direito sancionatório público, o direito penal e o direito de mera ordenação social comungarão dos mesmos princípios enformadores. Como ficou já demonstrado, a natureza híbrida do processo de contraordenações não é argumento para que se adote um entendimento maleável do princípio da legalidade²³, na medida em que estamos perante um ramo do direito sancionatório que, por isso, tem que obedecer a exigências mínimas de segurança e previsibilidade dos comportamentos que sanciona.

¹⁹ MOUTINHO (2008, pp. 40-41).

²⁰ Ac. n.º 41/2004, proferido no âmbito do processo n.º 375/2003.

²¹ *Idem*.

²² FIGUEIREDO DIAS, (1998b, p. 62, nota 96).

²³ Em sentido oposto vai o parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 11/2013.

Ademais, não nos parece que a natureza administrativa do processo de contraordenação seja justificativa de um afastamento do princípio da legalidade uma vez que, também nesta sede, a administração pública, no seu conceito mais lato, está vinculada a este princípio, não podendo, com as suas ações, extravasar as previsões normativas que regulam a sua atuação.

Nem se diga que a menor gravidade das sanções justifica a diminuição da proteção do princípio da legalidade neste domínio. Para além do facto de o arsenal sancionatório das entidades reguladoras contar já com meios bem musculados de repressão²⁴ (veja-se, por exemplo, os poderes de instrução conferidos à Autoridade da Concorrência pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e a previsão de coimas que podem ascender, nalguns casos, aos cinco milhões de euros no domínio do mercado dos valores mobiliários), a onnipresença do direito de mera ordenação social em todas as áreas económicas impõe a necessidade de determinar de forma clara que comportamentos são ou não proibidos. O próprio objetivo de “ordenação social” ver-se-á prejudicado se o princípio da legalidade não for entendido em termos muito semelhantes ao que já acontece no direito penal.

Também não colhe o argumento da falta de ressonância ética das contraordenações por duas ordens de razão: em primeiro lugar, a sensibilidade ética dos indivíduos é diferente e, como tal, este não pode ser um critério que legitime diferenças de tratamento desta questão ou mesmo que legitime diferenças de natureza do direito de mera ordenação social face ao direito penal²⁵; em segundo lugar, a considerar-se assim, teria de admitir-se a mesma maleabilidade em face dos crimes cuja distinção em relação às contraordenações opera unicamente com base em critérios quantitativos (como acontece no âmbito do RGIT, por exemplo). Neste sentido, se pronunciou também o Tribunal da Relação de Évora que, analisando especificamente a questão que nos ocupa, desconsiderou o argumento da menor dignidade do direito das contraordenações e decidiu que “o direito contra-

²⁴ Neste sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, referindo-se à gravidade das sanções aplicáveis no âmbito do direito de mera ordenação social, chama a atenção para uma possível “burla de etiquetas”, acrescentando que “a previsão e efectiva aplicação de coimas de milhões de euros (...), bem como de interdições de direitos profissionais até 5 anos, não pode ser ignorada pela doutrina penal” v. FIGUEIREDO DIAS (2012, p. 539).

²⁵ Argumento adiantado por JOSÉ LOBO MOUTINHO (2008, p. 56) e afluído também no seu ensino oral nas aulas de Direito das Contraordenações em 2012.

ordenacional é direito sancionatório público onde impera o princípio da legalidade, da não retroatividade e da *tipicidade*, (...)”²⁶.

Por fim, cumpre ainda referir que o TEDH sustentou já, no acórdão *Öztürk vs Alemanha*²⁷, que uma *Ordnungswidrigkeit* alemã, fonte, sublinhe-se, do RGCO, pode suscitar a aplicação do artigo 6.º da CEDH quando se refere às garantias processuais em matéria penal (a *criminal offence* nas palavras do acórdão). Entre os argumentos apresentados pelo tribunal, encontram-se a circunstância de não haver uma clara e absoluta separação, no direito alemão, entre as ofensas criminais e as ofensas contraordenacionais (*administrative offences*) e o facto de as disposições que regulam o processo penal serem aplicáveis analogicamente à fase judicial do processo das contraordenações. O Tribunal rejeitou ainda o argumento da diferente densidade ética dos ilícitos e a diferença das respectivas sanções, tendo entendido que, ainda assim, um ilícito de natureza administrativa está abrangido pelo conceito de matéria criminal previsto no artigo 6º da CEDH, devendo, em consequência, comungar das garantias nele previstas.

Por tudo isto, consideramos que vigora, no direito das contraordenações, um princípio de legalidade muito idêntico ao que preside às infrações de natureza criminal e que faz depender a punição dos respetivos agentes da determinação legal anterior de um facto como passível de ser punido com uma coima. Assim sendo, aplicam-se no direito de mera ordenação social as exigências de lei prévia, lei estrita e lei certa, sendo proibida qualquer interpretação analógica dos pressupostos de responsabilização contraordenacional²⁸.

No entanto, e apesar de tudo quanto ficou dito, entendemos que os tipos contraordenacionais não estão sujeitos a regras de clareza e determinabilidade tão apertadas quanto aquelas que presidem ao direito penal. De facto, o carácter regulador do direito de mera ordenação social, a especialidade e as especificidades dos domínios que regula e a obrigação de os agentes económicos que atuam nesses domínios conhecerem as normas que regulam a sua atividade justificam que a previsão dos

²⁶ No ac. de 11 de julho de 2013, proferido no âmbito do proc. n.º 82/12.

²⁷ Proferido no âmbito do processo 8544/79.

²⁸ Afasto-me, assim, de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE que, com base na “omissão da proibição expressa da analogia”, defende que vigora no direito das contraordenações um princípio da “legalidade enfraquecido”, cfr. (ALBUQUERQUE, 2011, pp. 34 e 35).

comportamentos puníveis como contraordenação experimente algum grau de complexidade. Veja-se, por exemplo, o problema das “normas penais em branco”. Muito embora não se coloquem no direito de mera ordenação social os problemas de competência que esta temática suscita no direito penal²⁹, a verdade é que muitas vezes os tipos contraordenacionais são preenchidos com recurso a parâmetros exteriores à disposição em que a contraordenação vem descrita, nomeadamente por referências a normas técnicas, mas que fazem igualmente parte do tipo. Este entendimento foi já adoptado pelo Tribunal Constitucional num aresto em que decidiu pela não inconstitucionalidade desta técnica legislativa no âmbito do direito de mera ordenação social sem deixar, no entanto, de sublinhar as exigências do princípio da legalidade³⁰.

O que acaba de afirmar-se não prejudica o princípio da legalidade e da tipicidade, sendo perfeitamente aceitável, no domínio do direito de mera ordenação social, que se exija um particular cuidado aos destinatários das normas no sentido de apreenderem corretamente que comportamentos são ilícitos ou não. Note-se que os destinatários destas normas são, na sua grande maioria, pessoas/agentes qualificados e sobre os quais recai um especial dever de conhecimento e familiaridade com as normas e regras técnicas que regem a sua atividade. Assim sendo, estando estes agentes sujeitos a um dever, se quisermos agravado, de conhecer as normas que regem a sua atividade, deverão dedicar um particular esforço de identificação dos seus deveres, o que se compadece com algum grau de complexidade³¹.

Não se confunda, no entanto, complexidade com incerteza. A certeza deve cunhar o essencial do tipo de contraordenação, sob pena de se encontrar violado o princípio da tipicidade e, como tal, o princípio da legalidade contraordenacional.

²⁹ Sobre o tema ver por todos (BELEZA e COSTA PINTO, 1999).

³⁰ Ac. n.º 41/2004, proferido no âmbito do processo n.º 375/2003.

³¹ Não cremos, no entanto, que esta exigência vá ao ponto de afastar a aplicação do instituto do erro sobre a proibição no âmbito das atividades reguladas, não sendo, em nossa opinião, o facto de determinados agentes económicos serem destinatários específicos das normas tipificadoras suficiente para cunhar como censurável qualquer desconhecimento. Em sentido oposto v. (COSTA PINTO, 1997b, pp. 74-79).

A responsabilidade das pessoas coletivas

Generalidades

A responsabilidade sancionatória das pessoas coletivas é um tema que tem sido alvo, nos últimos anos, de um aprofundado interesse por parte da doutrina nacional e estrangeira³². Entre nós, muito embora a responsabilidade penal das pessoas coletivas seja uma inovação relativamente recente e comungue ainda de um carácter tendencialmente excecional no ordenamento jurídico-penal clássico, no âmbito do direito das contraordenações a sua aceitação foi mais pacífica³³, vigorando aqui um verdadeiro “princípio da responsabilidade irrestrita das pessoas colectivas”³⁴.

Entre os vários problemas que se colocam no âmbito do tema da responsabilidade das pessoas coletivas em geral, aquele que se pretende aqui tratar é o problema do critério de imputação das contraordenações, problema que não é, tão-pouco, estranho ao domínio do direito penal³⁵.

A pessoa coletiva, ou as entidades que a elas são equiparadas para estes efeitos, são uma criação jurídica construída para facilitar a conjunção de esforços, humanos e materiais, incluindo financeiros, para a prossecução de determinado fim³⁶. É para prossecução desse fim que o direito atribui à pessoa coletiva a “susceptibilidade de ser titular de direitos e de estar adstrita a vinculações”³⁷.

Por sua vez, a capacidade de exercício desses mesmos direitos é mediada pela atribuição de um determinado feixe de poderes a um conjunto de órgãos da sociedade: as suas competências. Assim sendo, podemos afirmar que a pessoa coletiva atua “pelos seus órgãos segundo certos meios técnicos postos pelo Direito à sua

³² Sobre o tratamento doutrinário da questão, com referências de direito comparado, ver por todos MARQUES DA SILVA (2008b, pp. 80 e ss.) e ainda ROCHA, 1998, pp. 431 a 488).

³³ Bastará lembrar nesta sede que o artigo 7.º mantém a mesma redação que foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de julho, que introduziu o direito das contraordenações no ordenamento jurídico português.

³⁴ VILELA (2013, p. 529), onde a Autora acrescenta que a esta solução “dá lugar a uma equiparação entre as pessoas singulares e as pessoas colectivas”.

³⁵ Sobre os vários modelos de imputação da responsabilidade penal às pessoas coletivas cfr., GERMANO MARQUES DA SILVA (2008b, pp. 174 e ss).

³⁶ Fim esse que terá de ser um fim determinado, comum e lícito, cfr. CARVALHO FERNANDES (2007, pp. 428 e ss.). De facto, o benefício da personalidade coletiva só deve ser tolerado enquanto dele for feito um uso legítimo. Não deve, pois, admitir-se que sejam constituídas ao abrigo do direito entidades jurídicas que não se conformem com os seus princípios ou que se furtem ao cumprimento das suas regras.

³⁷ CARVALHO FERNANDES (2007, p. 406).

disposição, para exercer os seus direitos e cumprir as suas vinculações, prosseguindo interesses legítimos, em função dos quais existe”³⁸.

Por aqui se traça a particular importância que assume a definição de um critério de imputação de responsabilidade contraordenacional à pessoa coletiva. Nas pessoas coletivas existe uma certa separação entre a estrutura jurídica que é susceptível de ser titular de direitos e de estar adstrita a vinculações e a entidade que atua materialmente, levando a cabo a prossecução dos seus interesses.

Ainda que se diga que o órgão mais não é do que um elemento da pessoa coletiva, a verdade é que os seus titulares comungam de uma individualidade necessariamente diferente da pessoa coletiva, muito embora a sua atuação se encontre funcionalmente vinculada àquela. A este respeito, FARIA COSTA sustenta que, para que as pessoas coletivas se possam “assumir como pessoa jurídica, [têm] de actuar *necessariamente* através de órgãos ou representantes”³⁹.

Posto isto, vejamos o que estipula o RGCO nesta sede.

Modelo de imputação das contraordenações às pessoas coletivas

O artigo 7.º determina, no seu n.º 1, que “[a]s coimas podem aplicar-se tanto às pessoas singulares como às pessoas colectivas, bem como às associações sem personalidade jurídica”, acrescentando o seu n.º 2 que “[a]s pessoas colectivas ou equiparadas serão responsáveis pelas contra-ordenações praticadas pelos seus órgãos no exercício das suas funções”.

Entendemos que neste artigo o legislador previu um critério de imputação que assenta em dois pressupostos fundamentais: um formal e outro material⁴⁰. Como critério formal de imputação, a lei dispõe que os factos que constituem a infração têm de ser praticados por determinados agentes qualificados: os órgãos da pessoa coletiva. Como critério material, exige a lei que esses comportamentos, para que possam ser imputados à pessoa coletiva, tenham sido praticados no exercício das respetivas funções.

³⁸ *Idem*, p. 604

³⁹ FARIA COSTA (1998, p. 514).

⁴⁰ Seguimos aqui de perto a denominação utilizada por GERMANO MARQUES DA SILVA a propósito do tratamento do regime do artigo 11.º do CP. Assim, cfr. MARQUES DA SILVA (2012, pp. 391 e ss.).

O artigo 7.º deve ser entendido como uma norma que determina a amplitude das normas tipificadoras das contraordenações, sendo os critérios propostos no seu n.º 2 os limites dentro dos quais o legislador entendeu imputar a prática de uma contraordenação à pessoa coletiva. Nas palavras de TERESA SERRA, o critério de imputação presente no RGCO corresponde a um “modelo clássico de imputação que âncora a responsabilidade de entidades colectivas na realização, em determinadas circunstâncias, de uma infração por um ou mais indivíduos”⁴¹.

No mesmo sentido, ainda que no âmbito do artigo 11º do CP, se pronunciou também JORGE DOS REIS BRAVO. Sustenta o Autor que o regime ali previsto estabelece um critério de imputação que toma por referência um comportamento de determinados agentes singulares, especialmente qualificados pela lei como aptos a responsabilizar a sociedade. Neste sentido, o critério estabelecido na lei penal não prescinde, “para o estabelecimento da responsabilidade criminal do ente colectivo, da responsabilidade de um ou mais agentes individuais, que actuem dentro dos moldes previstos na lei, assim vinculando aquele”⁴².

Ainda em comentário ao artigo 11.º do CP, escrevem MIGUEZ GARCIA e J. M. CASTELA RIO que “[a] responsabilidade penal dos entes colectivos depende, pois, da existência de um facto de conexão imputável a uma pessoa física”, acrescentando ainda que “[o] ilícito colectivo constrói-se a partir do facto da pessoa física, um titular de órgão, um dirigente ou um dos subordinados (art. 11.º/2, a e b)”⁴³.

Neste contexto, entendemos que, face à similitude estrutural das normas contidas no artigo 7.º e no artigo 11.º, n.º 2, do CP, as mesmas considerações se podem tecer também no domínio das contraordenações. Na verdade, consideramos que uma estruturação tão semelhante terá sido necessariamente conduzida por uma linha de pensamento e fundamentação idêntica. Assim sendo, e sem prejuízo das especificidades que a questão dos destinatários das contraordenações possa colocar neste âmbito, entendemos que a dogmática da responsabilidade penal das pessoas

⁴¹ SERRA (1999, pp. 189-190).

⁴² BRAVO (2008, p. 195).

⁴³ GARCIA e RIO (2014, p. 94). Ainda no contexto do artigo 11º do CP, TERESA QUINTELA DE BRITO sustenta que “[a] responsabilidade criminal tem sempre que assentar na imputação do facto típico a uma pessoa singular com posição de liderança, porque só esta pode envolver a colectividade como tal na prática do crime” v. BRITO (2013, p. 129)

coletivas pode ser exportada, com as devidas adaptações, para o domínio do direito das contraordenações – ou não fosse aquele direito subsidiário face a este último.

Assim sendo, não acompanhamos a posição de FREDERICO COSTA PINTO, que identifica no artigo 7.º um “modelo de imputação autónoma” de responsabilidade contraordenacional às pessoas colectivas. Este Autor, defende que o n.º 1 do artigo 7.º visa apenas determinar quem são os destinatários dos tipos contraordenacionais, imputando-se-lhes, depois, os factos com base nas “regras gerais de atribuição da responsabilidade, nomeadamente da imputação objectiva e subjectiva”. Por seu turno, o n.º 2 visa possibilitar a “imputação cumulativa [das contraordenações] a pessoas singulares e colectivas quando as pessoas singulares actuem dentro dos pressupostos do preceito, (...)”. Sendo assim, a norma do artigo 7.º, n.º 2, é encarada como forma de “resolver problemas de imputação às pessoas colectivas quando certos agentes singulares (titulares de órgãos) tenham praticado a contra-ordenação”, ultrapassando-se desta forma as lacunas de punibilidade que se verificariam na falta desta disposição⁴⁴.

Ora, entendemos que a questão da definição do critério de imputação previsto no regime geral não pode ser resolvida exclusivamente em vista das lacunas de punibilidade a que o preceito possa dar lugar. Lembre-se que também no âmbito das contraordenações vigora um princípio de legalidade reforçado característico do direito sancionatório, pelo que, perante qualquer silêncio legal, se torna necessário levar a cabo uma minuciosa análise no sentido de determinar se estamos ou não perante uma verdadeira lacuna legal, o que não nos parece ser o caso no artigo 7.º.

O critério previsto do artigo 7.º, assente na teoria da identificação, faz mediar a imputação de uma determinada contraordenação à pessoa coletiva da prática dos factos típicos em causa por parte de determinados agentes qualificados, naquilo que se pode chamar de imputação funcional⁴⁵. Assim sendo, a delimitação do conjunto de pessoas que podem desencadear a responsabilidade das pessoas coletivas é uma verdadeira decisão de política criminal através da qual se determina o âmbito da incriminação das normas tipificadoras. Este não é, por isso, um exercício que compita ao intérprete, mas sim ao legislador.

⁴⁴ Todas as citações de COSTA PINTO (1999, pp. 313-314).

⁴⁵ Expressão utilizada por MARQUES DA SILVA (2008b, pp. 294 e ss.).

Ademais, não colhe o argumento apresentado pelo mesmo Autor e segundo o qual o artigo 7.º, n.º 2, vem possibilitar a imputação cumulativa da contraordenação à pessoa coletiva e aos agentes singulares, uma vez que esta interpretação não cabe, a nosso ver, no escopo da norma em causa: a norma não trata desta questão.

Ainda que se possa conceder que a letra da lei não se oponha a este entendimento, a verdade é que, bem vistas as coisas, também não se dirige a esta concreta questão. Nessa medida, é impreciso o raciocínio interpretativo que, a partir de uma determinada disposição legal, procura atingir um resultado que lhe é completamente alheio.

Para além disso, ainda que se entendesse que este *iter* interpretativo pudesse merecer algum acolhimento na letra da lei, sempre se imporá o artigo 18.º, n.º 2, da CRP, uma vez que estamos no âmbito de normas que restringem os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. À luz deste artigo, as normas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem limitar-se “ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Ao proceder desta forma, o legislador constitucional estabeleceu um verdadeiro princípio da proibição do excesso, que impõe, como corolário do princípio da proporcionalidade, que quando se trate de restrições aos direitos fundamentais as mesmas se limitem ao mínimo indispensável. Quer isto dizer que, numa interpretação conforme à Constituição, se o intérprete for confrontado com várias interpretações possíveis face a uma norma restritiva dos direitos, liberdades e garantias deverá optar por aquela que de forma menos restritiva cumpre os objectivos propostos. Portanto, ainda que se colocasse como possível, esta interpretação estaria ferida de inconstitucionalidade por violação do princípio da proporcionalidade inscrito no artigo 18.º, n.º 2, da Lei Fundamental.

Dito isto, entendemos que a *ratio* da norma contida no artigo 7.º, n.º 2, é eleger, dentre o círculo de pessoas singulares que levam a cabo a atividade da pessoa coletiva, aquelas cujo comportamento está tão intimamente ligado a esta, dadas as suas particulares características funcionais, a ponto de se poder afirmar que essa atuação exprime a vontade da pessoa coletiva. O resultado interpretativo a que chega FREDERICO COSTA PINTO não exprime a razão de ser da norma mas antes um resultado a que a lei é completamente alheia.

Em apoio desta conclusão, podemos ainda recorrer a um lugar paralelo: o artigo 11.º do CP. O artigo 11.º, n.º 2, do CP apresenta, como já aflorámos antes, muitas semelhanças estruturais com o artigo 7.º, n.ºs 1 e 2. Senão, vejamos: ambas as disposições procuram primeiro *(i)* determinar que as pessoas coletivas e entidades equiparadas são agentes possíveis de determinadas normas incriminadoras (o facto de o catálogo ser limitado em nada obsta ao raciocínio que aqui propomos) e, num segundo momento, *(ii)* listar o leque de pessoas cuja atuação desencadeia a responsabilidade daquelas entidades. As alíneas do artigo 11.º, n.º 2, do CP nada dizem sobre a possibilidade de responsabilização cumulativa de pessoas singulares e coletivas. Tanto assim é que o legislador reservou para o efeito o n.º 7 do mesmo artigo.

Por aqui se vê que a norma contida no artigo 11.º, n.º 2, do CP não se destina a preencher uma lacuna de punibilidade, mas antes a determinar a extensão da punibilidade da norma incriminadora, definindo o leque de pessoas cujo comportamento é apto a responsabilizar a pessoa coletiva. Isto sem prejuízo da responsabilização a título individual, sempre salvaguardada pelo artigo 11.º, n.º 7, do CP.

É também duvidoso que o artigo 7.º, n.º 2, vise suprir uma lacuna de punibilidade que se verificaria no caso de os agentes aí indicados praticarem uma contraordenação. De facto, seguindo o raciocínio deste Autor, uma tal imputação seria já possível ao abrigo do n.º 1. Se o artigo 7.º, n.º 1, se limita a enumerar os destinatários das normas tipificadoras das contraordenações e a imputação aos respetivos agentes deve obedecer aos critérios gerais, então sempre que um seu órgão (note-se que é esta a expressão utilizada pela lei e não a pessoa singular titular do órgão, como parece sugerir o Autor) praticasse uma contraordenação no exercício das respetivas funções, a pessoa coletiva seria responsável pela mesma. Isto porque, sendo o órgão o centro de imputação funcional da pessoa coletiva e o instrumento pela qual esta “pensa” e age, a atuação do órgão constitui atuação da própria pessoa coletiva. Ou seja, para que se imputasse à pessoa coletiva um facto praticado pelo órgão – facto esse que será sempre e, pela própria natureza das coisas, necessariamente uma conduta dos seus titulares – não seria necessário que um

qualquer preceito legal o estabelecesse especificamente: as próprias “regras gerais de imputação” seriam suficientes para o fazer.

Para além disso, não cremos que com esta interpretação se esteja a abrir caminho à irresponsabilidade dos titulares dos órgãos da pessoa coletiva que objetivamente agiram praticando a contraordenação por duas ordens de razão: em primeiro lugar, ao aceitar um cargo de administração ou um qualquer cargo de responsabilidade no âmbito de uma pessoa coletiva, a pessoa singular que ocupa o cargo aceita também um leque de deveres inerentes à função. Nestes termos, sempre que uma determinada contraordenação esteja formulada por referência à violação desses deveres funcionais, o titular do órgão tornar-se-á destinatário daquela norma, havendo lugar à sua responsabilização nos termos gerais.

Ademais, julgamos que, neste contexto, haverá sempre que questionar se a intenção do legislador que tipificou uma determinada contraordenação por referência a um conjunto de agentes que reúnem especiais características se compadece com um alargamento que possibilite a aplicação destas contraordenações a agentes que não possuem aquelas características. É que, muito embora se conceda que o artigo 16.º, n.º 1, 2ª parte prevê, também no RGCO, o instituto da comunicabilidade, o intérprete não fica por isso dispensado de indagar sobre a verificação, *in casu*, dos pressupostos da sua aplicação – ⁴⁶. Em nosso entender, não será de rejeitar a existência de situações em um tal alargamento não cabe no elemento teleológico da norma tipificadora.

De facto, não há como obviar à circunstância de que certos tipos contraordenacionais são construídos tendo como destinatários apenas pessoas coletivas. É o que acontece, por exemplo, em algumas contraordenações do CVM⁴⁷ e, em geral, nas contraordenações que são construídas por referência à violação (“não objectivada numa acção ou num resultado”⁴⁸) de um determinado dever que apenas impende sobre as pessoas coletivas. Nestes casos, o que acontece é que estamos

⁴⁶ Esta verificação dependerá, naturalmente, de se encontrar ultrapassada a questão prévia, não menos importante, diga-se, de saber se é possível ou não haver comparticipação entre a pessoa coletiva e a pessoa singular que permite a imputação.

⁴⁷ Veja-se, a título de exemplo, o artigo 394.º, n.º 1, al. c) e n.º 2, al. a), do CVM.

⁴⁸ BELEZA (1992, p. 343). Neste texto, a Autora defende ainda que a “mera violação de deveres extrapenais deve ficar entregue a outros subsistemas jurídicos, sejam eles os estruturantes da responsabilidade disciplinar, civil ou outra” – diríamos nós, contraordenacional. Efetivamente, basta que olhemos para a estruturação das contraordenações contra a segurança social para perceber que, no domínio do DMOS, é frequente a utilização desta técnica tipificadora que não objetivando a ação concreta que determina violação do dever em causa, torna a contraordenação numa verdadeira infração de dever.

perante normas que se dirigem especialmente a um conjunto específico de destinatários, não sendo intenção do legislador punir as pessoas singulares mas tão só as pessoas coletivas que estavam vinculadas a uma determinada conduta⁴⁹.

Nesta medida, considero que o regime previsto no artigo 7.º não dá azo a quaisquer lacunas de punibilidade, já que também no direito das contraordenações deve vigorar, como corolário do princípio da legalidade, um princípio de fragmentariedade. Quer isto dizer que as eventuais lacunas de punibilidade são sempre escolhas do legislador e não é função do intérprete, em especial no âmbito do direito sancionatório, corrigi-las.

Por tudo isto, entendemos que a adopção de um modelo de responsabilidade que não prescinda de um facto de conexão praticado por uma pessoa singular é, como veremos melhor, ainda um modelo de responsabilidade direta e não dá origem a qualquer lacuna inadmissível de punibilidade.

Com isto não negamos que o artigo 7.º, n.º 1, se destine a identificar os destinatários das normas que tipificam as contraordenações. O que propomos é que seja entendido na mesma perspetiva que o artigo 11.º do CP, em nome da sua proximidade estrutural e da similitude de situações que ambos visam regular. Paralelamente, deve ainda ter-se em consideração a *ratio* dos tipos contraordenacionais por forma a determinar os agentes possíveis das mesmas e, nessa medida, quem são os seus destinatários.

Quando aconteça que as pessoas coletivas sejam destinatárias das normas tipificadoras, em paralelo ou não com as pessoas singulares, o legislador entendeu por bem estabelecer um critério de imputação que não se alinha necessariamente com os critérios de imputação do direito penal clássico. Nem tal seria possível dada a própria natureza das pessoas coletivas que, embora personificadas e capazes de culpa, não agem por si sós, antes dependendo da atuação das pessoas singulares para levar a cabo a sua atividade.

Por último, cumpre frisar que não nos parece que o modelo de imputação autónoma da responsabilidade possa prescindir de um critério de imputação. O que

⁴⁹ Seguimos, neste ponto, uma construção próxima daquela que foi defendida por CLAUS ROXIN no que respeita à estrutura da autoria nos crimes de violação de dever *v.* ROXIN (2000).

com ele se procura é que a pessoa coletiva seja responsabilizada por uma culpa própria e não pela dos terceiros que levam a cabo a sua atividade. Este modelo cabe assim ainda na categoria dos chamados modelos de imputação direta. De facto, o que nos dizem estes modelos não é a responsabilidade da pessoa coletiva não deva ser mediada, mas antes que a pessoa colectiva é punida por factos e culpa próprios, imputando-se os factos diretamente na sua esfera e não operando uma qualquer transferência dos comportamentos ilícitos e da respectiva reprovação dos agentes singulares para a coletividade⁵⁰.

No modelo de imputação autónoma o que se pretende é ver a infração como facto próprio da pessoa coletiva, na esfera da qual se aferirão depois os restantes elementos típicos (objectivos e subjetivos). Não se deve, portanto, prescindir de um critério que, dada a alternatividade da pessoa coletiva, lhe impute um determinado comportamento praticado por quem está encarregue de prosseguir a sua atividade e de desempenhar as funções necessárias à concretização das suas atribuições⁵¹.

No artigo 7.º, estamos perante, isso sim, uma forma específica de comissão dos ilícitos por parte das pessoas coletivas, nada impedindo, como veremos adiante, que um modelo que adopte um critério de imputação que exija um determinado elemento de ligação possa preencher os elementos subjetivos da incriminação ao nível da coletividade.

Assim sendo, entendemos que a norma do artigo 7.º funciona como uma norma de tipificação indireta, com base na qual se estendem os tipos contraordenacionais previstos na lei por forma a abrangerem as pessoas coletivas e entidades equiparadas quando os seus factos constitutivos forem praticados pelos agentes e nas condições especificadas no n.º 2. Mais, o artigo 7.º, à semelhança do que acontece com o artigo 11.º no CP e em geral com as disposições que regulam em especial a imputação de responsabilidade delitual às pessoas coletivas, visa estabelecer a forma pela qual as

⁵⁰ Assim v. MARQUES DA SILVA, (2008b, pp. 174-176).

⁵¹ Neste sentido refere GERMANO MARQUES DA SILVA que “[n]os modelos de imputação directa dos factos à sociedade também se põe a questão de quais as pessoas físicas que podem comprometer a sociedade e em termos idênticos aos dos modelos de representação, porque é sempre necessária a prática de um facto típico. O que há de substancialmente diferente é que no modelo de imputação directa se busca a culpa diretamente na sociedade e a eventual responsabilidade dos agentes físicos é autónoma da responsabilidade da sociedade.” Cfr. MARQUES DA SILVA (2008b, p. 189).

peças coletivas praticam os ilícitos, elegendo os critérios formais e materiais dos quais dependerá, em concreto, a imputação.

Posto isto, vejamos em concreto de que critérios faz o RGCO depender a imputação de uma contraordenação a uma pessoa coletiva. De referir ainda que a análise que se segue poderá ser aplicada a qualquer regime especial de imputação na medida em que estes, pelo menos na sua maioria, seguem a mesma matriz estruturante, muito embora procurem sempre ampliar os elementos de conexão, procurando com isso maximizar a responsabilização das pessoas coletivas.

Critério formal

O RGCO prevê um critério de imputação que pode ser reconduzido ao modelo da identificação, ou seja, só o facto praticado por certo conjunto qualificado de pessoas, sob determinadas circunstâncias pode ser imputado à pessoa coletiva como facto próprio desta última⁵².

Neste critério, a amplitude da imputação é determinada, como já se foi referindo, pelo conjunto de agentes cuja atuação pode desencadear a responsabilidade da pessoa coletiva. Neste sentido, as normas do mesmo tipo que o artigo 7.º podem ser, por um lado, normas que imputem à pessoa coletiva os atos praticados por toda e qualquer pessoa singular que faça parte da organização ou, no outro extremo, podem restringir essa imputação à atuação das pessoas singulares que sejam titulares dos órgãos da pessoa coletiva.

A primeira opção comunga de uma concepção vicarial fundada, como bem nota TERESA SERRA, “na teoria do *respondeat superior*, que traduz uma visão pragmática que, facilitando bastante a prova, permite, do mesmo passo, um maior alargamento da responsabilidade”⁵³. Esta aproximação traduz um alargamento da responsabilidade da pessoa coletiva ao ponto de a tornar responsável por todo e qualquer risco da sua atividade. Neste modelo, e muito embora o mesmo comungue da teoria da identificação, a prova da prática da infração torna-se muito fácil, sendo mesmo defensável, em última análise, que se poderá dispensar a identificação da pessoa

⁵² Cfr. BRAVO (2008, pp. 112–113); e SERRA (1999, p. 190).

⁵³ SERRA (1999, p. 192). No mesmo sentido também BRAVO (2008, pp. 111-112).

singular que praticou os atos em causa, uma vez que a pessoa coletiva é responsável pelas contraordenações praticadas por qualquer pessoa que integre a sua organização.

No nosso ordenamento jurídico, é já possível encontrar sintomas de aproximação a este polo. O legislador, no CVM e no RGICSF, entendeu por bem prever um critério de imputação que se apresenta com uma amplitude tamanha que possibilita a imputação de contraordenações às pessoas coletivas – que não raras vezes representam coimas de valores muito avultados – decorrentes da prática de atos ilícitos por parte dos trabalhadores de uma dada sociedade. De facto, dada a amplitude dos artigos 401.º, n.º 2, do CVM, e 203.º, n.º 1, do RGICSF, estes modelos aproximam-se perigosamente de situações de responsabilidade pelo risco – com as complicações ao nível da culpa que daí advêm –, uma vez que parecem dispensar, pelo menos em determinadas situações, a identificação da pessoa singular que em concreto atuou pelo simples facto de que, quem quer que tenha atuado, poderá sempre ser reconduzido a uma das categorias daquelas normas⁵⁴.

No polo oposto, encontram-se aqueles que defendem a concepção que consta do artigo 7.º e que restringe aos “órgãos” o leque de agentes cujos comportamentos podem ser imputados à pessoa coletiva. Esta concepção tem fundamento na concepção orgânica do direito civil e partilha da ideia de que os atos praticados pelos órgãos da pessoa coletiva são atos próprios desta e, como tal, só estes podem desencadear a sua responsabilidade contraordenacional. Tradicionalmente, quer a doutrina, quer a jurisprudência, têm entendido que a referência feita nesta norma aos órgãos deve remeter, mais concretamente, para as pessoas titulares desses mesmos órgãos, uma vez que apenas estes podem atuar fisicamente e não os órgãos em si⁵⁵.

⁵⁴ Neste sentido se pronunciou já o Tribunal da Relação de Lisboa em acórdão datado de 6 de abril de 2011 no âmbito do processo 1.724/09.27FLSB, a propósito do CVM, e em acórdão datado de 26 de fevereiro de 2013, proferido no âmbito do processo n.º 911/11, em que decidiu pela imputação da prática de contraordenações aos arguidos, bancos em ambos os casos, sem que a mesma fosse precedida de qualquer individualização dos agentes materiais dos factos em causa.

⁵⁵ Não cremos, por isso, que seja relevante a letra da lei quando se refere por um lado a “órgão” e a “titular de órgão”, como parece sugerir, ainda que implicitamente, TERESA QUINTELA DE BRITO quando a propósito do artigo 7.º admite que “a responsabilidade de entes colectivos não dependa da imputação da infração a determinado titular de órgão” e acrescenta ainda que “[b]asta a imputação do ilícito contra-ordenacional ao órgão efetivamente competente (e, logo, responsável) para o cumprimento do dever em causa” v. BRITO (2013, p. 1247).

Entre estes dois extremos podem ser gizados vários outros modelos, mais equilibrados, que constroem o grau de responsabilidade das pessoas coletivas ou equiparadas por referência a diferentes categorias de pessoas susceptíveis de desencadear a responsabilidade das pessoas coletivas, o que de resto acontece nos vários regimes especiais entre nós consagrados.

A primeira das soluções vai no sentido de alargar o conjunto de agentes individuais aos representantes da pessoa coletiva, sejam eles representantes legais ou voluntários⁵⁶. De facto, este alargamento encontra o seu fundamento nas concepções civilistas segundo as quais os atos do representante repercutem-se diretamente na esfera do representado e, nessa medida, são entendidos como atos próprios deste último, fundando-se assim na teoria da representação.

Com relevância nesta sede, há ainda a salientar a posição de KLAUS TIEDEMANN⁵⁷ que defendeu dever estender-se o leque de agentes individuais também aos quadros superiores das empresas, neles se incluindo os *high managerial agents* e os níveis de *middle management*. A razão para esta posição reside no facto de estes agentes serem responsáveis, e muitas vezes os únicos responsáveis, pela supervisão e controlo de determinadas áreas de negócio da empresa. Assim sendo, é ainda possível considerar que estes agentes, nas palavras de JORGE DOS REIS BRAVO, “identificam-se com a entidade coletiva, assim como esta se identifica com eles”⁵⁸.

Desta sucinta exposição é já possível retirar uma conclusão em reforço do que já anteriormente aflorámos: a definição do conjunto de agentes singulares cuja atuação é susceptível de desencadear a responsabilidade contraordenacional de uma pessoa coletiva é uma importante questão de política criminal na medida em que se traduz numa verdadeira definição da extensão do âmbito da norma incriminadora.

⁵⁶ Não acompanhamos, neste ponto, JORGE DOS REIS BRAVO na afirmação de que é admissível, à luz da teoria da representação, aceitar-se “uma extensão do conceito de “órgão” de forma a incluir os indivíduos representantes,...” v. BRAVO (2008, p. 111). Cremos que este alargamento, embora de construção possível, e talvez desejável de *iuri condendo*, pelas razões apresentadas pelo autor, não pode retirar-se, sem mais, por simples interpretação do conceito de órgão. De facto, muito embora seja aceite no direito civil a representação da pessoa coletiva pelos seus órgão, repare-se que não têm o mesmo estatuto os representante, digamos, estatutários e um qualquer representante pontual da sociedade. Entendemos que, com base na teoria da identificação e no princípio da legalidade, uma tal interpretação seria abusiva e não encontra um mínimo de correspondência na letra da lei tal como a temos hoje no RGCO.

⁵⁷ *Apud* SERRA (1999, p. 193). No mesmo sentido, salientando também a posição de TIEDEMANN, cfr. BRAVO (2008, p. 112).

⁵⁸ BRAVO (2008, p. 112).

Convém, no entanto, salientar que o alargamento da base de pessoas aptas a responsabilizar a pessoa coletiva não é, por seu turno, uma decisão consequente apenas ao nível da tipicidade. Na verdade, esta definição tem também reflexos processuais, em especial no que diz respeito à prova dos elementos de conexão entre o facto material e a pessoa coletiva. É que, quanto maior for aquele leque de pessoas mais difícil se torna a prova dos elementos subjetivos da infração e, nessa medida, mais próximo se fica da responsabilidade objetiva da pessoa coletiva.

Não se quer com isto dizer que a culpa da pessoa coletiva se deva aferir por referência à culpa das pessoas singulares que levam a cabo os factos materiais. Em consonância com a nossa convicção de que as pessoas coletivas são capazes de culpa, entendemos que estes elementos se devem aferir na esfera do ente colectivo. No entanto, a culpa da pessoa coletiva deve ser aferida por referência ao facto concretamente praticado e não por referência a uma qualquer noção de risco⁵⁹. O que se defende neste ponto é que os elementos subjetivos da infração devem ser aferidos na pessoa coletiva mas por referência ao facto concretamente praticado. Na medida em que este último é dissipado ao ponto de ser praticamente impossível de individualizar no seio da colectividade, sai prejudicado este último pressuposto e por isso falamos em responsabilidade objetiva. Na prática, um modelo que tome a responsabilidade das pessoas coletivas em termos tão amplos torná-la-á responsável por um risco mais do que por um facto, o que não é admissível em face dos princípios gerais do direito sancionatório público.

Conceito de órgãos

O critério de imputação do artigo 7.º parte do pressuposto de que apenas os órgãos são capazes de exprimir a vontade relevante da pessoa coletiva para efeitos de atribuição de responsabilidade contraordenacional. Sem prejuízo da inadequação desta opção legislativa, de resto já denunciada pela doutrina⁶⁰, cumpre analisar que estruturas da pessoa coletiva podem ser enquadradas neste conceito.

⁵⁹ Este é, aliás, o regime previsto no direito civil – artigo 500.º do Código Civil – mas que, em nossa opinião, não poderá transpor-se sem inconvenientes para o direito sancionatório e certamente não sem lei que o permita.

⁶⁰ SERRA (1999) e também ALBUQUERQUE (2010, pp. 46 e ss).

O conceito de “órgão” tem tradicionalmente sido entendido por referência a um “centro de imputação de poderes funcionais, com vista à formação e manifestação da vontade juridicamente imputável à pessoa coletiva, para o exercício dos direitos e cumprimento das vinculações que a esta cabem”⁶¹. Daqui transparece claramente que a opção do legislador do RGCO passou pela recepção em sede de DMOS da teoria organicista⁶² do direito civil. Esta teoria vem consagrar os órgãos da pessoa coletiva como estruturas inerentes à própria entidade e pelas quais a pessoa coletiva se torna um agente comunicacional juridicamente relevante.

Assim sendo, os atos praticados pelos órgãos da pessoa coletiva no âmbito da sua competência⁶³ são tidos originariamente como atos próprios desta última – uma vez que só estes são verdadeiros atos da pessoa coletiva –, não se lhe imputando um mero conjunto de efeitos por eles desencadeados, como é característico do regime da representação.

A lei não distingue quais os órgãos que podem responsabilizar a pessoa coletiva com a sua atuação, o que não pode deixar de ser louvado. Muito embora se antecipe que nem todos os órgãos da pessoa coletiva sejam tão propícios à prática de atos que consubstanciem contraordenações, a verdade é que nada impede que sejam previstas determinadas contraordenações nas áreas específicas em que atuam, por exemplo, os órgãos de fiscalização da sociedade. Não avançando qualquer distinção, a lei admite que qualquer órgão no exercício das suas competências pratique um ato que possa responsabilizar a pessoa coletiva.

Dos órgãos, cumpre distinguir os simples agentes ou auxiliares. Estes últimos, apenas executam, sob incumbência dos órgãos, “atos materiais que interessam à pessoa coletiva”⁶⁴. A sua capacidade é determinada por uma atribuição de poderes decidida, segundo os processos legais prescritos, pelos órgãos da pessoa coletiva, não exercendo, ao invés destes últimos, competências próprias. Por último, existe nos agentes ou auxiliares, e também nos mandatários, uma individualidade própria que os

⁶¹ CARVALHO FERNANDES (2007, p. 439-440).

⁶² Foi, outrora, discutida na doutrina a posição dos órgãos em relação à pessoa coletiva. Em particular, para o que ora nos importa, discutia-se que entre eles se estabelecia uma mera relação de representação ou de verdadeira organicidade. Sobre estas considerações, de todo pertinentes neste domínio mas que por razões de espaço não cabem ser aqui exploradas, cfr. ANDRADE (1997, pp. 114-121).

⁶³ “Conjunto de poderes funcionais, atribuídos a cada órgão” para prossecução dos fins da pessoa coletiva em que se inserem. Cfr. CARVALHO FERNANDES (2007, p. 440).

⁶⁴ ANDRADE (1997, p. 116).

separa da pessoa coletiva em termos tais que se torna possível cindir a sua atuação da atuação da pessoa coletiva, na qual apenas terão reflexo os efeitos desses comportamentos e não já os comportamentos em si mesmo considerados.

Neste ponto, interessa fazer breve referência à interpretação de TERESA QUINTELA DE BRITO que dá relevância à letra da lei salientando a diferença que existiria quando a lei se refira a “órgãos” e a “titulares” desses órgãos. Não cremos, como adiante se verá, ser de grande relevância esta diferença terminológica, uma vez que, como salienta CARVALHO FERNANDES, “os órgãos, em si mesmos, não têm realidade física, pois esta só existe nas pessoas singulares que são seus *suportes* ou *titulares*”⁶⁵.

Para concluir, cumpre ainda fazer referência ao caso específico dos órgãos plurais e ao seu particular processo de decisão. Nos órgãos de composição plural, as decisões são tomadas, em regra, por maioria. No entanto, nem todos os atos praticados exigem essa maioria ou sequer uma deliberação, sendo ao invés frequente a prática de atos materiais que são levados a cabo por um único administrador ou diretor responsável por determinado sector da pessoa coletiva⁶⁶. Nestas situações, consideramos que se deve atender aos efeitos do ato em concreto. Se casos há em que é suficiente a atuação de um único titular do órgão para vincular a sociedade, não deve ser exigida, para imputar a contraordenação à pessoa coletiva, que a decisão da prática do ato tenha sido tomada pela maioria dos membros do órgão. Desde que seja tomada uma decisão e executado um determinado ato típico, pode ser a pessoa coletiva responsabilizada pela prática de uma contraordenação.

Coisa diferente é a de saber se a invalidade da deliberação ou a falta de competência do órgão tem por efeito a irresponsabilidade da pessoa coletiva. Em nossa opinião, não tem relevância a competência do agente para a prática do ato concreto uma vez que, do que aqui se trata, é de saber se foi ou não praticado um ato que, por imposição legal, não deveria tê-lo sido. Outra interpretação corresponderia à impunidade sempre defensável da pessoa coletiva, no limite, com fundamento na

⁶⁵ Cfr. CARVALHO FERNANDES (2007, p. 439). No mesmo sentido já se pronunciara ANDRADE (1997, p. 118) salientando o diferente grau de identificação com o representado consoante se fale de órgão ou de representante. Ainda no mesmo sentido v. SERRA (1999, p. 193 nota 22).

⁶⁶ Não nos referimos neste ponto aos atos praticados ao abrigo de delegação de poderes, uma vez que, nestas situações, sempre será possível identificar o ato como ato do órgão e, nessa medida, da própria pessoa coletiva.

argumentação de que, se os poderes que integram a competência dos órgão estão sempre funcionalmente orientados à prossecução um fim lícito, então os órgãos não têm competência para a prática de atos ilícitos. Além disso, o perigo de se imputarem à pessoa coletiva atuações que visaram prejudicá-la, tornando-a vítima desses atos, ficará salvaguardado com a aplicação dos critérios materiais que avaliaremos de seguida.

Conceito de Representantes

Outra categoria de agentes individuais que a lei considera, embora apenas nos regimes especiais⁶⁷, que podem responsabilizar a pessoa coletiva é a categoria dos representantes. Distinguem-se dos órgãos na medida em que, muito embora também estes possam ter poderes de representação, a “intervenção destes [órgãos] resulta dos próprios estatutos (só por si ou integrados pelas disposições legais aplicáveis), ao passo que a daqueles [representantes] resulta de deliberação tomada pelos órgãos”⁶⁸.

O conceito de representação conhece já uma grande estabilidade no direito civil, sendo entendido como a “prática de um ato jurídico em nome de outrem, para na esfera desse outrem se produzirem os respetivos efeitos”⁶⁹. Tipicamente, podem ser atribuídos poderes de representação por determinação da lei, por ato do representado ou através dos estatutos de uma pessoa coletiva.

As pessoas coletivas, no decurso normal da sua atividade, podem constituir representantes para a prática de determinados atos. No entanto, e apesar de normalmente a atribuição de poderes representativos resultar de uma declaração expressa, v.g. uma ata do órgão de administração ou uma procuração, “nada impede que ela seja emitida na forma tácita, isto é, que possa ser extraída de factos que, com toda a probabilidade, a revelam (cfr. art. 217/1 do Código Civil)”⁷⁰.

Assim colocadas as coisas, o leque de agentes abrangidos pelo conceito de representação vai muito além dos tradicionais mandatários, incluindo todas aquelas pessoas que tenham sido indicadas para uma “posição que está tipicamente ligada

⁶⁷ É o caso do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 28/84, do artigo 7.º do RGIT ou o artigo 401.º do CVM.

⁶⁸ ANDRADE (1997, p. 116).

⁶⁹ MOTA PINTO (2012, p. 539).

⁷⁰ OLIVEIRA ASCENSÃO e CARNEIRO DA FRADA (1993, pp. 47).

(segundo as regras do tráfico) à atribuição de poderes representativos”⁷¹. A amplitude de poderes atribuídos por esta via é fixada logo no ato concludente que determina também a atribuição de poderes, por referência aos atos que são normalmente necessários (e até convenientes) ao desempenho das respectivas funções⁷².

Entendemos que, a bem da unidade da ordem jurídica, o conceito de representante tomado pelo legislador nos vários regimes especiais não deve distanciar-se do seu correspondente civil. Concedemos que a interpretação que expusemos acima pode tornar o conceito de representante mais abrangente do que à primeira vista se previa. No entanto, não pode deixar de ser assim, já que, não raras vezes, os agentes que levam a cabo a atividade material da pessoa coletiva agem com o intuito de a representarem e esta, as mais das vezes, aproveitar-se-á das atuações destes sujeitos. Assim sendo, não faz sentido que se exija, no direito sancionatório, um título de atribuição de poderes mais apertado do que aquele necessário em direito civil. Se o representante, ainda que tacitamente constituído, tem capacidade para vincular a sociedade nos atos de comércio que pratique, então deve também admitir-se que os seus atos que constituam contraordenações sejam aptos a responsabilizar a sociedade.

No mesmo sentido se pronuncia GERMANO MARQUES DA SILVA quando, a propósito do regime do artigo 3.º do Decreto-lei n.º 28/84, de 20 de janeiro, refere que “o conceito de representante para efeitos do direito penal, enquanto pressuposto de imputação dos factos ao representado, não se afasta do correspondente conceito no direito civil. Importa, porém reter, que o título que está na base da representação não tem de ser solene e por isso até que o ato de atribuição de poderes de representação possa ser ineficaz”⁷³.

De notar, uma vez mais, que a abrangência que este critério formal pode representar à partida será, num segundo momento, controlada em sede de critério material. Assim, apenas os atos que se compreendam dentro das suas funções (para os

⁷¹ *Idem*, p. 48.

⁷² Com base nesta construção, serão representantes da pessoa coletiva os chefes de serviço, gerentes de filiais e até os funcionários, na estrita medida das funções normalmente desempenhadas pelas várias categorias. Cfr. neste sentido OLIVEIRA ASCENSÃO e CARNEIRO DA FRADA (1993, p. 47).

⁷³ MARQUES DA SILVA (2008b, p. 243).

quais esteja capacitado o representante) serão aptos a responsabilizar a pessoa coletiva. Trataremos desta questão com mais pormenor no ponto seguinte.

Representantes de facto

Problema que importa aqui referir é o caso dos administradores de facto. Nestas situações, o que acontece é que os destinos da pessoa coletiva, normalmente uma sociedade comercial, são decididos por alguém que não é um seu representante legal, muito embora possa ter a aquiescência destes últimos para desempenhar tais funções (são os chamados “testas de ferro”). Nestas situações, a questão que se coloca é a de saber se o conceito de “representantes” abrange também estes agentes ou não.

Sobre este assunto já se pronunciou o Tribunal Constitucional num aresto em que considerou que “a expressão ‘representante’, sem qualquer qualificativo (...) é, à partida, idónea a abranger quer representantes com legitimação representativa (...) quer ‘administradores de facto’”⁷⁴. Este entendimento não foi, no entanto, consensual, tendo a Conselheira Maria Fernanda Palma considerado, na declaração de voto em que motivou a sua discordância com o acórdão, referido que este entendimento não constituía um exercício interpretativo legítimo face ao princípio da legalidade, uma vez que se estava perante a “equiparação dos representantes de facto aos representantes compreendidos no sentido normativo específico do referido preceito”.

Em nossa opinião, há aqui que fazer uma distinção entre os casos em que a atuação do representante de facto é consentida pela pessoa coletiva e aqueles outros em que tal não acontece. Neste último caso, não é possível identificar a atuação do representante de facto com a pessoa coletiva, caso em que o agir comunicacional dele não pode ser imputado àquela. No entanto, para os casos em que a atuação do representante de facto é tolerada pela pessoa coletiva, sendo até possível identificar que é aquele quem comanda os seus negócios e não os representantes legais, não pode deixar de verificar-se aquela identificação de vontades e, nessa medida, considerar que estamos perante um verdadeiro representante. De facto, da tolerância dos órgãos competentes da pessoa coletiva pode retirar-se um comportamento concludente à atribuição de poderes representativos ao agente de facto que legitimam a sua atuação e a identificam com a própria sociedade. Ademais, de outra forma permitiríamos a

⁷⁴ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 395/2003.

impunidade da pessoa coletiva quando esta última se aproveitou dos atos praticados pelo representante de facto. cremos, por isso, que neste último caso o comportamento do representante de facto seria suficiente para responsabilizar a pessoa coletiva pela prática de uma contraordenação⁷⁵.

Critério Material

O artigo 7.º, n.º 2, estabelece ainda, além do critério formal que explorámos anteriormente, um outro critério material de imputação: os atos cometidos pelas pessoas que a lei considera especialmente qualificadas só serão imputados à pessoa coletiva se forem praticados “no exercício das suas funções”. Trata-se de uma exigência que vem delimitar negativamente os atos que, muito embora praticados pelos órgãos da pessoa coletiva, a esta não podem ser imputados por não se identificarem com a sua vontade.

A alternatividade característica das pessoas coletivas determina, como se salientou já, a existência de uma separação entre a entidade titular dos direitos e a pessoa singular que os exerce efetivamente em seu benefício. E muito embora se vejam os órgãos como elementos da pessoa coletiva a verdade é que o substrato que os compõe – os concretos titulares, pessoas singulares ou coletivas – comungam da sua própria individualidade. Por isso que possam existir atos que, apesar de praticados por quem está especialmente qualificado para expressar a vontade da pessoa coletiva, não se identificam com essa mesma vontade. Nessa medida, o critério material do artigo 7.º, n.º 2, também utilizado nos regimes especiais, tem o mérito de delimitar um conjunto de atos que, pelas razões apresentadas, não se podem identificar com a vontade da pessoa coletiva e, como tal, não lhe podem ser imputados.

Quanto à natureza deste critério material, quer a doutrina, quer a jurisprudência, se têm pronunciado no sentido de que o mesmo não faz parte do tipo de contraordenação, constituindo antes uma condição da imputação⁷⁶. Este entendimento é consentâneo com a posição que manifestámos já no sentido de considerar que o

⁷⁵ No mesmo sentido, cfr. MARQUES DA SILVA (2008b, p. 243-246).

⁷⁶ Neste sentido cfr. MARQUES DA SILVA (2008 p. 257). E, na jurisprudência, Tribunal da Relação de Lisboa, acórdão de 16 de março de 2011, processo 147/10, que considerou claramente que “[i]mporta reter que o facto praticado em nome e no interesse coletivo não é elemento do tipo de crime, mas condição da imputação.”

modelo de imputação previsto na lei é, antes de tudo, a previsão da forma pela qual as entidades coletivas praticam os factos típicos.

Atuação funcional

O RGCO elege como critério material de imputação a atuação funcional. Para que o ato dos órgãos seja imputado à pessoa coletiva e a responsabilize pela contraordenação é necessário que o mesmo tenha sido cometido no “exercício das suas funções”, ou seja, “atuando ao abrigo das suas competências”. Não basta, assim, para imputar a contraordenação à pessoa coletiva, que os atos tenham sido praticados por um administrador ou por um representante. É necessário que esse ato seja compreendido na função que o seu executor desempenha no seio da coletividade, pois que, de outra forma, um tal ato não poderá senão ser visto como ato próprio do agente singular.

O que se pretende com este critério é vincar a identificação que em cada caso se tem de verificar entre a atuação do agente singular e a pessoa coletiva. Note-se que não se exige que, em cada ato praticado, o agente reivindique que o faz ao abrigo das suas funções. O que se pretende é salvaguardar uma certa coerência que permita identificar aquele determinado ato com a pessoa coletiva, ou seja, que revele ser um “ato funcional, que no seu contexto revele ser um facto praticado por causa da sociedade” exigindo-se que o ato revele uma “conexão adequada” com o exercício da função”⁷⁷. Nas palavras claras de TERESA QUINTELA DE BRITO, “[o] agente do facto de conexão tem sempre de *actuar como parte da colectividade ou de manifestar no facto uma vontade imputável à pessoa jurídica*”⁷⁸.

Atuação em nome e no interesse da pessoa coletiva

Os regimes especiais que consagram critérios de imputação diferentes do que consta do RGCO identificam, muitas vezes, outros critérios materiais. É o caso da exigência de que os factos típicos sejam praticados “em nome” e no “interesse” da pessoa coletiva. Cumpre, neste ponto, clarificar apenas o que se deverá entender por interesse, uma vez que da exposição que desenvolvemos a propósito dos

⁷⁷ MARQUES DA SILVA (2008, p. 260).

⁷⁸ BRITO (2012a, p. 207).

representantes resulta já com alguma clareza o que se deverá entender por atuação “em nome” da pessoa coletiva.

Na argumentação trazida aos nossos tribunais é frequente encontrar-se quem defenda que a sociedade não retirou qualquer vantagem económica da prática dos factos, razão pela qual a contraordenação não lhe deverá ser imputada. Que dizer a este respeito? Será de uma vantagem lucrativa que se trata quando se refere o interesse da pessoa coletiva?

De facto, é sabido que muitas pessoas coletivas, em especial as sociedades comerciais, se constituem com o objetivo de obter para os seus membros benefícios económicos através do lucro. No entanto, cremos que a lei se refere a interesse num sentido mais lato, que engloba não só o lucro mas todos os atos que se dirijam à prossecução da atividade da pessoa coletiva como atos dirigidos “à organização, ao funcionamento ou à realização dos fins da sociedade [ou outra pessoa coletiva], mesmo se desses factos não resulte para a sociedade qualquer proveito financeiro ou até acarrete dano”⁷⁹. Assim sendo, o que a lei considera fundamental é que determinada contraordenação tenha sido praticada em vista da atividade da sociedade, prosseguindo de alguma forma os seus objetivos⁸⁰.

Exclusão da responsabilidade por atuação contra ordens expressas

Por fim, prevê-se nalguns regimes especiais que é excluída a responsabilidade da pessoa coletiva quando o agente singular tiver atuado contra ordens expressas de quem de direito⁸¹. Nestas situações, mais uma vez, o que acontece é que o ato em causa não pode ser visto como ato da pessoa coletiva e, nessa medida, não lhe é imputável. Se a pessoa coletiva é punida por facto e culpa próprios, não faz sentido condená-la se o agente que praticou a contraordenação atuou contra a sua vontade.

Nesta sede importa também referir que, para que se considere o comportamento típico contrário às ordens de quem de direito, não basta à pessoa coletiva emitir orientações de carácter geral ou proibir tais atos no regulamento interno ou,

⁷⁹ BRITO (2012a, p. 261).

⁸⁰ A este respeito afirma GERMANO MARQUES DA SILVA que se deve considerar “que age no interesse da sociedade o órgão ou representante que pratica o facto em ordem à organização ou à realização dos fins da sociedade”, cfr. MARQUES DA SILVA (2008b, p. 261).

⁸¹ Assim artigo 3.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro e artigo 7.º, n.º 2 do RGIT, para citar apenas alguns exemplos.

eventualmente, no código de conduta. Exige-se algo mais. Para que as ordens sejam aptas a eximir da responsabilidade a pessoa coletiva é necessário que traduzam uma verdadeira política corporativa avessa à prática desses concretos ilícitos, ou seja, as ordens, mais, os atos que se exigem à pessoa coletiva são atos que revelem claramente um grau elevado de empenho no sentido de evitar o cometimento de contraordenações no decurso da sua atividade. Neste sentido, são necessárias, por parte da pessoa coletiva, ações que claramente a distanciem da atuação do agente singular, tornando esta última em algo estranho à política e à orientação (à personalidade, quase diríamos) da pessoa coletiva.

Neste sentido, TERESA QUINTELA DE BRITO sustenta, num excerto em que se propõe interpretar a norma do artigo 11.º, n.º 6, do CP, que o conceito de interesse da pessoa coletiva está intimamente ligado com esta exigência. Sustenta a Autora que “[a]s ‘instruções ou ordens expressas’ são per se irrelevantes: nada dizem acerca do modo de organização e funcionamento da pessoa jurídica e/ou da sua cultura ‘de grupo’”⁸².

Este critério parece poder ser importado, embora sem regra expressa, para o RGCO. De facto, assumindo que a vontade do agente singular que atua contra as ordens da pessoa coletiva não se identifica com a vontade desta última, não pode imputar-se a contraordenação que resulte da prática desse facto, uma vez que tal equivaleria a responsabilizar objectivamente a pessoa coletiva, o que, à luz do artigo 8.º, está vedado. Se esta interpretação não resulta já da correta interpretação do artigo 7.º e do regime de imputação das contraordenações à pessoa coletiva, sempre se poderá lançar mão da aplicação analógica, ao abrigo do artigo 32.º, regime do artigo 11.º, n.º 6, do CP, uma vez que, tratando-se de uma interpretação em benefício do arguido, não está proibida pelo princípio da legalidade.

⁸² BRITO (2012b, p. 241).

A necessidade de identificação do agente singular

Introdução

Uma questão que tem dividido a doutrina e a jurisprudência é a de saber se, perante o regime que consta do RGCO, e também face a outros regimes especiais, a condenação de uma pessoa coletiva e entidades equiparadas depende da identificação do agente singular ou da pluralidade de agentes singulares que praticam o facto típico ou se se basta com a prova de que o mesmo foi praticado “pela pessoa coletiva”.

A questão não é, tampouco, exclusiva do direito contraordenacional. De facto, os ilícitos penais praticados no âmbito de uma organização empresarial apresentam sempre especificidades que colocam problemas à aplicação dos critérios de imputação clássicos e originalmente pensados para atuações individuais de pessoas físicas.

As pessoas coletivas são organizadas em torno de mecanismos coletivos de formação da vontade, sendo esta resultado do encontro das vontades individuais dos membros que a compõem. Não raras vezes, no entanto, as estruturas empresarias são tão “infinitamente complexas” que se colocam problemas delicados quando se torna necessário identificar o substrato de vontades individuais que determinaram uma concreta ação ou omissão da pessoa coletiva. Neste sentido, é feliz a expressão de RAÚL CERVINI e GABRIEL ADRIASOLA que comparam o processo de formação da vontade – e, de alguma forma, também os processos de execução da vontade – de uma pessoa coletiva com um “sofisticado mecanismo de relojoaria onde existem papéis diferenciados, pessoas em postos chave, transmissores de decisões, e que, uma vez em andamento, funciona quase automaticamente”⁸³.

A questão também não se encontra resolvida na jurisprudência, sendo possível encontrar decisões em ambos os sentidos. Tomemos dois acórdãos do Tribunal da Relação de Évora como exemplo: o primeiro, de 27 de março de 2012, considerou que “a responsabilidade contraordenacional da pessoa coletiva pressupõe, necessariamente, uma conduta de um seu órgão ou de um seu representante, no exercício das suas funções”, considerando ferida de nulidade a decisão da autoridade

⁸³ “Se trata de casos en los que podría decirse que prácticamente se monta un sofisticado mecanismo de relojería, donde existen roles diferenciados, personas en puestos clave, transmisores de las decisiones, y que una vez echado a andar, el mecanismo funciona casi automáticamente.” CERVINI e ABRISOLA (2005, p. 140).

administrativa que não os identifique; ao passo que o segundo, de 11 de julho de 2013, considera que “a não identificação da pessoa física que perpetrar o facto típico ou o conjunto de pessoas que para ele contribuiu, na estrita medida em que tal não é elemento necessário à existência de responsabilidade de uma pessoa coletiva (por acção ou omissão) é irrelevante, bastando para tal que se estabeleça um nexo causal entre si [pessoa coletiva] e o acto ilícito e se não prove a exclusão da sua responsabilidade”.

Na doutrina existem, como já demos nota, duas orientações nesta matéria que se podem reconduzir a duas tendências que se fazem sentir também no âmbito da responsabilidade penal das pessoas coletivas. Neste seguimento, temos, de um lado, quem entenda que o artigo 7.º prevê um modelo de imputação autónoma das contraordenações à pessoa coletiva e, por outro, aqueles que defendem um modelo de responsabilidade indireta ou por representação. Entre estas duas orientações e em termos muito genéricos, estabelece-se uma clivagem quanto à questão da necessidade de identificar o agente singular – se quisermos, material – dos factos tipificados como contraordenação.

Na primeira orientação, defende-se que a pessoa coletiva será responsável por todo e qualquer ilícito contraordenacional que se prove ter sido praticado no seu âmbito. Prescinde-se assim da identificação do agente singular e, em certa medida, de um facto de ligação entre o ilícito e a colectividade, aproximando-se, a nosso ver perigosamente, de um modelo de responsabilidade objectiva.

A segunda orientação, elege como critério de imputação a prática de uma contraordenação por um conjunto delimitado de sujeitos que, com a sua atividade são aptos, pelas suas especiais características, a responsabilizar a pessoa coletiva. Para os defensores destes modelos, os atos praticados por determinados agentes, identificados por referência a um conjunto definido de características, são factos próprios da entidade coletiva, numa teorização derivada do direito civil.

Assim, a responsabilidade das pessoas coletivas, para estes autores, dependerá da identificação de um comportamento de ligação que apenas quando praticado por determinadas pessoas é passível de desencadear a responsabilidade da pessoas coletiva.

Imputação direta

Antes de tudo, cumpre aqui definir o que entendemos por imputação direta. Seguindo de perto a distinção avançada por GERMANO MARQUES DA SILVA, consideramos estar perante um modelo de imputação direta quando os comportamentos que consubstanciam a infração em causa são diretamente imputados à pessoa coletiva, sem que seja necessário, numa primeira fase, atribuir os factos a uma pessoa singular e, num segundo momento, atribuir esse comportamento e a respetiva reprovação à pessoa coletiva⁸⁴.

Uma vez enquadrados desta forma, avancemos então com a análise de algumas questões que se suscitam em torno da interpretação do artigo 7.º no que respeita ao modelo de responsabilidade que o mesmo prevê.

Entre nós, e defendendo um modelo que, quanto a nós, pode ser reconduzido aos modelos de imputação direta, temos FREDERICO COSTA PINTO, que considera que o artigo 7.º, n.º 2, prevê um modelo de imputação autónoma da responsabilidade contraordenacional das pessoas coletivas⁸⁵. Para este Autor, o artigo 7.º deve ser entendido em duas partes: a primeira parte desta norma, que corresponde ao seu n.º 1, identifica os destinatários das normas que tipificam as contraordenações, ou seja, de quem pode ser autor das mesmas; a segunda parte, plasmada no seu n.º 2, estende a responsabilidade das pessoas coletivas às contraordenações praticadas por certos agentes em determinadas condições⁸⁶.

Na sequência desta posição, este Autor sustenta que as contraordenações serão imputáveis diretamente à pessoa coletiva sem necessidade de identificar os agentes concretos que praticaram os factos típicos, ou seja, a pessoa coletiva será responsável por todo e qualquer ilícito contraordenacional que se prove ter sido praticado no seu âmbito, sem que seja necessária a identificação do agente singular e um facto de ligação entre o ilícito e a coletividade

⁸⁴ MARQUES DA SILVA, (2008b, pp. 174-196 mas, em especial pp. 174-176).

⁸⁵ COSTA PINTO, (1999, p. 311 e ss.).

⁸⁶ COSTA PINTO, (1999, p. 315).

Para sustentar esta conclusão, o FREDERICO COSTA PINTO apresenta, essencialmente, três ordens de argumentos:

- i. este é o entendimento que melhor se articula com o § 30 da OWiG alemã, fonte, segundo o autor, do artigo 7.º e que não tem um preceito equivalente ao artigo 7.º n.º 1;
- ii. as normas do RGCO estão dirigidas a todos os destinatários do artigo 7.º, n.º 1, a não ser que o contrário resulte do próprio preceito em causa. A não ser assim, algumas normas do RGCO não poderiam ser aplicadas às pessoas coletivas por falta de um preceito donde constasse o comportamento individual e a respetiva imputação à pessoa coletiva; e
- iii. este entendimento é o que melhor se articula com as várias formas de comissão dos ilícitos contraordenacionais, nomeadamente com a figura da omissão.

Como veremos de seguida, o artigo 7.º não pode ser lido desta forma, desde logo porque, muito embora a OWiG alemã tenha sido a fonte inspiradora do legislador português na introdução do direito de mera ordenação social no nosso ordenamento jurídico, não é forçoso que o artigo 7.º tenha a sua origem no § 30 da OWiG. O § 30 da OWiG surgiu apenas em 1986, não fazendo parte da versão originária do diploma que apenas previa a aplicação de coimas a entidades coletivas “como sanção acessória do facto praticado pelo titular do órgão”⁸⁷, pelo que não colhe o argumento histórico utilizado pelo autor. Note-se, além do mais, que o ordenamento jurídico alemão ainda hoje não reconhece a responsabilidade penal das pessoas coletivas⁸⁸.

Ainda que assim não fosse, atualmente, a própria lei alemã faz depender, em nossa opinião, a possibilidade de aplicar uma coima à pessoa coletiva da atuação de um leque bem delimitado de agentes, não dispensando a sua identificação quando é chegado o momento de imputar uma determinada conduta à pessoa coletiva.

⁸⁷ Neste sentido cfr. SERRA (1999, p. 194, nota 24).

⁸⁸ Muito embora se esteja a discutir a aprovação, no parlamento alemão, de uma lei que vem introduzir a responsabilidade penal das pessoas coletivas naquele ordenamento.

Para além disso, entendemos que o argumento histórico da interpretação nos impõe uma conclusão diferente. Ao ler o artigo 7.º da maneira que se apresentou, o Autor não tem em consideração a forma como tradicionalmente este tipo de normas tem sido entendido entre nós. Tanto assim é que o próprio legislador, no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro, que pela primeira vez introduziu no ordenamento jurídico português a responsabilidade das pessoas coletivas, salienta que “o princípio da responsabilidade penal das pessoas coletivas é consagrado com prudência: *exige-se sempre uma conexão entre o comportamento do agente - pessoa singular - e o ente colectivo, já que aquele deve actuar em representação ou em nome deste e no interesse colectivo*”.

Tendo em conta que o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 28/84 se aplica a todas as infrações previstas no diploma – sejam crimes, sejam contraordenações –, não se vê razão para considerar que o legislador aplicou diferentes modelos de imputação em contextos tão próximos como estes. Nesta medida, entendemos que o elemento histórico da interpretação, quando devidamente utilizado, sustenta a opção pela necessidade de identificação do agente singular, opondo-se aquilo que FREDERICO COSTA PINTO propõe com o modelo de imputação autónoma.

No entanto, entendemos haver ainda outras razões que determinam a inadmissibilidade desta interpretação.

A segunda razão apontada também não merece o nosso acordo, uma vez que o facto de as normas que constam do RGCO se dirigirem a todos os sujeitos previstos no artigo 7.º não significa que se possa prescindir de um critério de imputação dos factos à pessoa coletiva. Nem se diga, por outro lado, que essa imputação pode ser feita nos termos gerais do artigo 8.º.

O artigo 8.º, como aliás toda a doutrina da teoria do crime, está pensada por referência ao padrão de comportamento individual, não se adaptando convenientemente à complexidade das estruturas empresariais atuais, nem à proliferação dos centros de decisão no seio da pessoa coletiva, seja ela uma empresa ou não. Na verdade, não vemos como pode ser possível surpreender os elementos integradores do tipo subjetivo de ilícito por referência às qualificações tradicionais, quando o processo de decisão e execução das pessoas coletivas se encontra disperso

por uma cadeia de pessoas que veiculam uma determinada informação desde o momento da sua iniciativa até ao momento da sua execução.

Na maioria das vezes, nem mesmo a unificação de todas as vontades individuais deixaria emergir uma vontade relevante para efeitos de preencher os elementos subjetivos do tipo de contraordenação, na medida em que os vários indivíduos que compõem essa mesma cadeia poderão não ter, em larga medida, consciência, nem da ilicitude da sua conduta, nem das implicações da sua atuação. Mais, muitos dos agentes dessas cadeias de decisão não praticariam determinados factos, se estivessem plenamente conscientes dos seus efeitos, uma vez que se limitam a desempenhar as suas funções em termos quase automáticos.

Ademais, não se vê como o instituto da desistência possa necessitar de uma norma que preveja um comportamento de ligação para que possa ser aplicável às pessoas coletivas. É a própria empresa, associação, fundação, etc., que se tem de organizar por forma a que não sejam cometidas contraordenações no seu âmbito – por isso proliferam recomendações e imposições, códigos de conduta e programas de *compliance*, especialmente no âmbito do direito financeiro, que exigem a criação de mecanismos internos de controlo aptos a sinalizar e impedir a prática de factos ilícitos.

FREDERICO COSTA PINTO salienta ainda que, a entender-se que a prática de uma contraordenação pela pessoa coletiva ser mediada por uma atuação das pessoas singulares, existiria uma lacuna de punibilidade no caso das omissões uma vez que a norma em causa impõe um comando à pessoa coletiva e não à pessoa singular.

Não colhe também este argumento, uma vez que, em nosso entender, o critério de imputação das condutas omissivas não pode ser o mesmo que o das condutas ativas. Na verdade, existem diferenças estruturais entre uma situação e outra que impõem um tratamento diverso no que diz respeito à questão dos critérios de imputação. Esta realidade é, aliás, reconhecida no direito penal clássico que, mesmo por referência à atuação de pessoas singulares, prevê modelos de imputação diverso consoante de trate da comissão por ação ou por omissão.

Ademais, sempre seria possível, pelo menos em termos teóricos, pensar-se que a pessoa singular titular de um órgão da pessoa coletiva está adstrita a um conjunto de

deveres funcionais que não pode ignorar – v.g. o dever de declarar os rendimentos obtidos em determinado ano fiscal para efeitos de tributação é um comando que impende sobre a pessoa coletiva mas que deve ser levado a cabo pelas pessoas singulares que tenham essa função. Assim sendo, para verificarmos se a falta de apresentação da declaração de rendimentos constitui ou não a prática de uma contraordenação por parte da pessoa coletiva, é perfeitamente possível identificar qual o órgão com essa função (em princípio o órgão de administração da pessoa coletiva) e determinar se houve realmente uma omissão por parte de quem a isso estava obrigado.

Não encontramos, por isso, qualquer impedimento à aplicação do critério da intermediação nas infrações omissivas, uma vez que, embora os comandos por referência aos quais estão tipificadas as contraordenações se dirijam, em primeira linha, à pessoa coletiva, a verdade é que o mesmo vincula a atuação funcional de pessoas singulares que têm internamente a competência para praticar esses atos. Nessa medida, sempre se poderia determinar quem devia ter atuado e não atuou, imputando-se, sendo caso disso, essa falta de atuação à pessoa coletiva.

Imputação indireta

Os modelos de imputação indireta têm a sua origem nas teorias do direito civil e constituem um “aprofundamento das teorias civilísticas sobre a responsabilidade civil extracontratual das sociedades e demais entes colectivos”⁸⁹. Os defensores deste modelo elegem como critério de imputação das contraordenações às pessoas coletivas a prática dos elementos objectivos do tipo contraordenacional por um conjunto delimitado de sujeitos que, com a sua atividade são aptos, pelas suas especiais características, a responsabilizar a pessoa coletiva.

Assim sendo, neste modelo coloca-se uma questão prévia que é a de saber que agentes podem responsabilizar a sociedade, ou seja, que categoria de pessoas pode praticar factos que, em última análise, se podem identificar como factos próprios da pessoa coletiva. Neste ponto, várias hipóteses se colocam, desde a vertente puramente orgânica até a um leque tão amplo como os que abrangem os respectivos trabalhadores e demais colaboradores. A tendência recente vai no sentido de alargar o

⁸⁹ MARQUES DA SILVA (2008, p. 177).

conjunto destas categorias de pessoas, sem que se tenha sempre presente todas as implicações de um tal alargamento. Note-se que, quanto mais diversificado se torna o conjunto de “pessoas capazes de comprometer a sociedade”, mais próximo se fica dos modelos de imputação direta e, em consequência, de uma imputação meramente objectiva.

Essencial é, pois, que os factos típicos sejam praticados por determinados agentes, sejam estes identificados por referência a um conjunto definido de características ou por referência a um catálogo pré-definido na lei. Assim, a responsabilidade das pessoas coletivas, para estes autores, dependerá da identificação de um comportamento de ligação que, quando – e apenas quando – praticado por determinadas pessoas, será passível de desencadear a responsabilidade da pessoa coletiva.

Posição adotada

Face ao exposto, entendemos que o artigo 7.º estabelece um modelo de responsabilidade direto que comunga da teoria da identificação e não prescinde de um facto de ligação que dê causa à imputação da contraordenação à pessoa coletiva. Vejamos, pois, neste momento, que argumentos adicionais podem sustentar esta nossa posição.

Como vimos já, o artigo 1º define contraordenação como “todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima”. No seguimento de tudo quando até agora se expôs, e por forma a sustentar que um modelo de imputação que não prescinda da identificação de um agente singular pode ser ainda, em si, um modelo de imputação direta, cumpre ainda determinar em que ente se deverão verificar os factos que integram o elemento objectivo, por um lado, e o elemento subjetivo por outro.

Elementos do tipo

Em face da chamada alteridade das pessoas coletivas, o preenchimento dos elementos do tipo contraordenacional será aferido, inevitavelmente, ao nível das pessoas singulares cujo comportamento pode desencadear a responsabilidade daquelas, ou seja, dos elementos de ligação. De facto, nas palavras de FARIA COSTA,

“só pelo “outro” (órgão ou representante) – que é também um elemento estrutural da sua natureza construída – a pessoa coletiva ascende à discursividade jurídico-penalmente relevante”⁹⁰. Neste sentido, só quando um determinado ilícito seja reconduzível a uma atuação do órgão (ou representante, quando aplicável) se poderá imputar o ilícito à pessoa coletiva.

É em torno desta ideia que defendemos, em situações onde não se consegue identificar a pessoa concreta que praticou a contraordenação (e em especial nas situações onde exista uma cadeia ou um conjunto de agentes que praticaram o facto ilícito, mas cujas atuações singulares não são, por si, suficientes para preencher a totalidade do tipo de ilícito), ser possível imputar à pessoa coletiva as contraordenações cujos factos típicos possam ser reconduzidos ao elemento de ligação – seja o órgão ou um representante. Esta recondução poderá ser feita quer através de omissões relevantes (mormente a violação de deveres de vigilância e controlo), quer através de factos especificamente praticados nesse sentido.

Todavia, não se deverá admitir toda e qualquer recondução, sob pena de nos aproximarmos perigosamente de um modelo de responsabilidade objectiva. Um determinado comportamento só será reconduzível ao órgão ou representante quando seja possível surpreender, entre um e outro, uma ligação capaz de influir na prática dos factos típicos de moldes idênticos à que se estabelece entre os participantes – artigo 16.º, ou seja, quando se conclua, com um grau de certeza que supere a dúvida razoável, que o elemento de ligação relevante deu causa adequada aos factos típicos relevantes.

A leitura que agora se expôs é não só consentida pela letra do artigo 7.º, como também não colide com os princípios que expusemos já acima, constituindo, ao invés, simultaneamente o fundamento e o limite da imputação nas situações em que não seja possível identificar o concreto agente que atua no seio da organização. Em termos simplificados, do que se trata é de identificar um desvio entre o dever-ser e o ser que é imputado à pessoa coletiva e revela, por si só, uma censura em face do direito constituído e às normas que regem a sua atividade.

⁹⁰ FARIA COSTA (1998, p. 516).

De facto, se os órgãos ou representantes são o meio pelo qual a pessoa coletiva exterioriza o seu agir, então será não só bastante como necessário, para imputar um determinado ilícito à pessoa coletiva, que as condutas que consubstanciam o tipo possam se reconduzidas àqueles órgãos ou representantes – os elementos de ligação. Com esta construção, a nosso ver, não são violadas, nem as exigências do princípio da legalidade vigente em matéria de contraordenações, nem as exigências de segurança e previsibilidade que o fundamentam. São, isso sim, reforçadas as responsabilidades dos titulares dos órgãos das pessoas coletivas que, dada a posição de controlo e supervisão em que estes se encontram, mais não são do que manifestação de um dever de cuidado e lealdade devidamente entendidos.

Tão-pouco se diga que esta construção se torna inviável em face da dimensão e dos processos corporativos de tomada de decisão que algumas pessoas coletivas de maior dimensão atualmente apresentam. Na verdade, os órgãos de gestão de uma sociedade, por exemplo, sempre têm ao seu alcance os meios necessários a uma tomada de decisão devidamente esclarecida e os mecanismos imprescindíveis a uma adequada supervisão da atividade dos seus subalternos. Sempre que, no entanto, a atividade de um destes não possa ser ligada àqueles, não se vê como poderá fazer-se funcionar o critério de imputação previsto no artigo 7.º, ou, *mutatis mutantis*, nos diplomas especiais.

A culpabilidade

Resolvida a questão sobre a imputação dos factos à pessoa coletiva, cumpre agora virar atenções para o tipo de culpa das infracções contraordenacionais. Em obediência ao princípio da culpa, expresso no artigo 1.º por referência à censura social característica do DMOS, consideramos que a responsabilização da pessoa coletiva dependerá sempre da identificação da culpa desta última no facto praticado⁹¹.

⁹¹ Sobre a problemática da capacidade de culpa das pessoas coletivas, escreveu GERMANO MARQUES DA SILVA que “[e]sta questão tem sido o buraco negro na teoria da criminalidade das sociedades”. Cfr. MARQUES DA SILVA (2008, pp. 164 e ss.).

No entanto, há que fazer uma breve⁹² precisão neste momento sobre a concepção de culpa que vigora no DMOS. É que, como fomos já aflorando, embora não se possa fundamentar a distinção entre crimes e contraordenações na diferente natureza ética das suas incriminações, não se discute que a censura típica do DMOS é uma censura social que aparece ancorada a um determinado papel social legalmente desenhado para a atuação dos sujeitos num determinado ambiente social⁹³. Assim sendo, a censura social expressa-se na desconformidade entre a atuação material do agente da contraordenação e o comportamento a que o mesmo estava obrigado enquanto ator num determinado meio socioeconómico.

Assim introduzidos, é tempo agora de analisar, em termos muito breves, em que moldes entendemos dever ser determinada a culpa das pessoas coletivas.

A culpa da pessoa coletiva pode e deve, num modelo como o nosso, ser ancorada no elemento de conexão – seja o órgão ou um representante. No entanto, não propomos que esta seja uma culpa que vem transferida do elemento de conexão⁹⁴ mas uma culpa própria. O que se defende é que a pessoa coletiva que, através dos seus órgãos ou representantes, praticou um determinado ilícito contraordenacional, seja depois responsabilizada pela culpa própria que teve no facto ilícito.

Com esta interpretação, mantemo-nos fieis aos princípios dos modelos de imputação direta e respeitamos o princípio da culpa segundo o qual ninguém pode ser responsabilizado senão por culpa própria.

Também não rejeitamos, nesta sede, uma concepção de culpa da pessoa coletiva próxima das teorias da culpa pela formação da personalidade ou pela condução da vida. De facto, as pessoas coletivas são um produto da liberdade dos indivíduos que compõem o seu substrato pessoal. Mais, a condução dos assuntos que dizem respeito à vida corporativa é também fruto de um encontro das vontades livres dos seus decisores – seja eles administradores, os sócios ou outro qualquer substrato pessoal. Assim sendo, a pessoa coletiva aparece como um produto de uma vontade livre, não

⁹² Breve porque não cabe num trabalho desta natureza um aprofundamento deste ponto relativamente ao qual, no entanto, não podemos deixar de dispensar alguma atenção.

⁹³ Seguimos de perto a concepção expressa por AUGUSTO SILVA DIAS (2008, pp. 743 e ss.).

⁹⁴ Como se de uma “responsabilidade por reflexo ou ricochete” se fala-se, como é característico dos modelos de responsabilidade por substituição. Sobre o tema v. MARQUES DA SILVA (2008, pp. 177 e ss.).

só no momento da sua criação como também nos momentos subsequente de condução da sua vida.

Pelo exposto, entendemos que não se colocam relativamente às pessoas coletivas os problemas que a responsabilidade pela formação da personalidade coloca em relação à pessoa humana, inadmissível à luz da sua eminente dignidade⁹⁵. De facto, os responsáveis pela pessoa coletiva, seja ela uma sociedade ou não, são livres, têm mesmo o ónus de conduzir a vida coletiva por forma a evitar que no seio da pessoa coletiva se pratiquem factos ilícitos. Só desta forma os factos ilícitos praticados no âmbito da pessoa coletiva poderão ser vistos como algo estranho à sua existência e às suas políticas, a ponto de se poder afirmar que esta não teve qualquer culpa na prática daquele facto.

Assim entendidos os elementos subjetivos, nada impede que possamos adoptar um modelo de imputação que, comungando da teoria da identificação, ainda assim se considere um modelo de responsabilidade direta da pessoa coletiva. Na proposta que acabamos de colocar, não se procura outra coisa que não uma responsabilidade por facto e culpa próprios, como exige a equiparação legal entre pessoas singulares e coletivas levada a cabo pelo artigo 7.º e o princípio da culpa.

⁹⁵ Cfr. FIGUEIREDO DIAS (2007, pp. 510 e ss. e, em especial, pp. 520-522).

Conclusões

Em face de tudo quanto ficou dito, cumpre concluir o seguinte:

- 1- O direito de mera ordenação social é qualificado pela própria CRP como um ramo do direito sancionatório público diferente e autónomo do direito penal. Consequentemente, obedece a um conjunto de princípios comuns, vigorando, em especial, um princípio de segurança e previsibilidade especialmente qualificado que se impõe em razão da sua natureza restritiva dos direitos dos cidadãos. Neste sentido, no direito das contraordenações exige-se uma concreta definição dos tipos de ilícito, impondo-se especiais exigências de previsibilidade na definição das condutas ilícitas com vista à salvaguarda das expectativas e segurança dos próprios destinatários destas normas.
- 2- A responsabilidade sancionatória das pessoas coletivas conheceu uma aceitação pacífica no âmbito do direito das contraordenações, ao contrário do que aconteceu no ordenamento jurídico-penal clássico que ainda hoje a reconhece com um carácter meramente excecional.
- 3- O RGCO prevê um modelo de responsabilidade direta que assenta num critério de imputação que pode ser reconduzido à teoria da identificação e segundo o qual apenas os factos que forem praticados por um conjunto bem delimitado de agentes qualificados, e em certas circunstâncias, pode ser imputado à pessoa coletiva para efeitos da sua responsabilidade contraordenacional.
- 4- No artigo 7.º do RGCO, o legislador previu um critério de imputação das contraordenações às pessoas coletivas que assenta em dois pressupostos: um formal e outro material. O critério formal visa determinar o conjunto de agentes qualificados que são aptos a responsabilizar a pessoa colectiva com os seus comportamentos. O critério material, por seu turno, determina as circunstâncias sob as quais os comportamentos devem ser praticados para que possam ser imputados à pessoa coletiva.
- 5- O critério formal de imputação determina que apenas um conjunto determinado de agentes pode praticar factos que são aptos a responsabilizar a pessoa coletiva, cumprindo assim uma função de delimitação positiva. No RGCO, apenas os titulares dos órgãos da pessoa coletiva qualificam para este

efeito. Nos regimes especiais assiste-se a um alargamento destas categorias, com especial destaque para a categoria dos representantes.

- 6- O critério material determina que apenas os comportamentos praticados sob determinadas circunstâncias podem ser imputados às pessoas colectivas, cumprindo assim uma função de delimitação essencialmente negativa. Ao abrigo do artigo 7.º, apenas os factos praticados no exercício das funções dos órgãos da pessoa colectiva lhe podem ser imputados. Já os regimes especiais exigem outros critérios materiais, com especial atenção para os factos praticados em nome e no interesse colectivo.
- 7- Nestes termos, a determinação, por um lado, do conjunto de pessoas que são aptas, pelas suas especiais características, a praticar factos que possam responsabilizar a pessoa colectiva e, por outro, as circunstâncias em que, para esse efeito, tais factos têm que ser praticados, é uma importante opção de política legislativa que determina, em última análise, a amplitude das normas tipificadoras das contraordenações.
- 8- Há, no entanto, em face da lei, uma necessidade de identificar a pessoa singular que pratique os factos do tipo de contraordenação, não se prescindindo de um elemento de ligação entre o facto e a pessoa colectiva, como impõe a alteridade própria destas entidades.
- 9- Este entendimento é aquele que melhor se coaduna com a letra da lei e a intencionalidade da norma, não dando azo a lacunas de punibilidade que não sejam fruto da fragmentariedade própria do direito sancionatório público e corolário do princípio da legalidade vigente no direito de mera ordenação social.
- 10- É também aquele que melhor adapta ao elemento histórico da interpretação e à forma como tradicionalmente têm sido entendidas e estruturadas as normas que cumprem a mesma função do artigo 7.º.
- 11- Nestes termos, o artigo 7.º, n.º 2, não deve ser entendido como complementar ao n.º 1 mas antes como instrumental: o artigo 7.º, n.º 2, não visa alargar o leque de comportamentos pelos quais a pessoa colectiva pode ser responsabilizada, mas antes a forma especial como pratica os factos que a podem responsabilizar.

- 12- Ainda assim, e para os casos em que, em face da complexidade das estruturas empresariais e das redes de comando da pessoa colectiva, se torne impossível determinar em concreto a pessoa ou pessoas singulares que em concreto praticaram os factos típicos, será possível imputar tais factos à pessoa colectiva quando, ainda assim, seja possível reconduzi-los ao elemento de ligação – como tal se entendendo o conjunto de pessoas que a lei elenca como aptas a responsabilizar a pessoa colectiva.
- 13- Neste caso, os factos típicos só serão reconduzíveis aos elementos de ligação quando se conclua, com um grau de certeza que supere a dúvida razoável, que o elemento de ligação, pelo menos, deu causa determinante, com um comportamento ou na ausência dele, ao facto praticado.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de

- 2010 *Comentário do código penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de

- 1997 *Teoria geral da relação jurídica*, vol. I, reimpressão, Coimbra, Livraria Almedina.

ASCENSÃO, José de Oliveira e **FRADA**, Manuel A. Carneiro da

- 1993 *Contrato celebrado por agente de pessoa coletiva. Representação, responsabilidade e enriquecimento sem causa*, in *Revista de Direito da Economia*, Anos XVI a XIX.

BANDEIRA, Gonçalo S. De Melo Bandeira

- 2011 *Abuso de informação, manipulação do mercado e responsabilidade penal das “pessoas colectivas”*, Lisboa, Jurua Editorial.

BELEZA, Teresa Pizarro e **COSTA PINTO**, Frederico de Lacerda da

- 1999 *O regime legal do erro e as normas penais em branco: ubi lex distinguit*, Coimbra, Almedina.

BELEZA, Teresa Pizarro

- 1992 *A estrutura da autoria nos crimes de violação de dever*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, fasc. 3º, Coimbra, Coimbra Editora.

BRAVO, Jorge dos Reis

- 2008 *Direito penal de entes colectivos*, Coimbra, Coimbra Editora.
- 2012 *Punibilidade vs. impunidade de “pessoas colectivas públicas”: a regra, a excepção e os equívocos – um episódio da tensão entre o “público” e o “privado”*, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 22, fasc. 3º, Coimbra, Coimbra Editora.

- 2013 *Crêterios de imputação jurídico-penal de entes colectivos*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 13, fasc. 2. , Coimbra, Coimbra Editora.

BRITO, Teresa Quintela de

- 2010 *Responsabilidade criminal de entes colectivos: algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.  do código penal*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 20, fasc. 1 , Coimbra, Coimbra editora.
- 2012a *Fundamento da responsabilidade criminal de entes colectivos*, AA.VV. Direito Penal Econ mico e Financeiro, Coimbra, Coimbra Editora.
- 2012b *Responsabilidade criminal de entes colectivos, in direito penal econ mico e financeiro – conferências do curso pós graduado de aperfei amento*, AA. VV., Coimbra, Coimbra Editora.
- 2013 *Questões de prova e modelos de responsabilidade contra-ordenacional e penal de entes colectivos*, in AA.VV., *Direito penal: Fundamentos dogmáticos e políticos-criminais: Homenagem ao Prof. Peter H nerfeld*, org. Manuel da Costa Andrade, *et al*, Coimbra, Coimbra Editora.

CALDAS, Luís Filipe

- 2012 *Responsabilidade criminal de entes colectivos contextos regulatórios – especificidades e limites*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 22, fasc. 3 , Coimbra, Coimbra Editora.

CERVINI, Raúl e **ABRISOLA**, Gabriel

- 2005 *El derecho penal de la empresa – desde una visión garantista*, Montevideú, Editorial B de F.

ROXIN, Claus

- 2000 *T terschaft und Tatherrschaft*, traduzida para o espanhol sob o título *Autor a y domínio del hecho en derecho penal*. Trad. da 7. ed. alemã por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons.

CORREIA, Eduardo

- 1998 *Direito penal e direito de mera ordenação social*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora.
- 2007 *Direito Criminal*, t. I, Coimbra, Editora Almedina.

COSTA PINTO, Frederico de Lacerda

- 1997 *O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 7, fasc. 1º, Coimbra, Coimbra Editora.
- 1999 *A tutela sancionatória dos mercados de valores mobiliários e o regime do ilícito de mera ordenação social*, in *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora.
- 2000a *Crimes e contra-ordenações no novo código dos valores mobiliários, Separata do nº 7 dos Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, Abril 2000, Lisboa, CMVM.*
- 2000b *Tendências da jurisprudência sobre contra-ordenações no âmbito dos mercados dos valores mobiliários*, Separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLI, nº1, Coimbra, Coimbra Editora.

DIAS, Augusto Silva

- 2008 *“Delicta in se” e “delicta mere prohibita: uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica*, Coimbra, Coimbra Editora.
- 2010 *O direito à não auto-incriminação no âmbito das Contraordenações e do Código dos Valores Mobiliários*, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano 1, nº 1.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara,

- 2005 *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, Marcial Pons, Madrid.

ESPINAR, José Miguel Zugaldía

- 2008 *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones: presuuestos sustantivos y procesales*, Valencia, Tirant lo Blanch.

FARIA COSTA, José de

- 1998a *A importância da recorrência no pensamento jurídico. Um exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social*, in *Direito Penal Económico e Europeu*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora.
- 1998 *A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos*, in *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora.
- 2003 *Direito penal económico*, Textos jurídicos, n.º 4, Coimbra, Quarteto Editora.

FERNANDES, Luís A. Carvalho

- 2007 *Teoria geral do direito civil*, Vol. I, 4ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de

- 2010 *Lições de direito penal – parte geral*, vol. I, reimp., Coimbra, Almedina Editora.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de

- 1998a *O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora.
- 1998b *Para uma dogmática do direito penal secundário*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora.
- 2007 *Direito penal – parte geral*, t. I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora.
- 2012 *O direito penal económico entre o passado, o presente e o futuro*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 22, n.º 3, Coimbra, Coimbra Editora.

GARCIA, M. Miguez e RIO, J. M. Castela

- 2014 *Código penal – parte geral e especial – notas e comentários*, Coimbra, Almedina.

MENDES, António Jorge Fernandes de Oliveira e **CABRAL**, José António Henriques dos Santos,

2003 *Notas ao regime geral das contra-ordenações e coimas*, Coimbra, Almedina.

MACHADO, Miguel Pedrosa

1984 *Elementos para o estudo da legislação portuguesa sobre contra-ordenações*, Lisboa, UCP.

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS

2010 *Constituição da República Portuguesa Anotada*, t. I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora.

MARQUES DA SILVA, Germano

2008a *Responsabilidade penal das pessoas colectivas: Alterações introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro*, in, Revista do CEJ, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários.

2008b *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, Lisboa, Editorial Verbo.

2012 *Direito penal português: teoria do crime*, vol. I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012.

MONTEIRO, Henrique Salinas

1999 *A participação em crimes especiais no código penal*, Lisboa, Universidade Católica Editora.

MOUTINHO, José Lobo

2008 *Direito das contra-ordenações – ensinar e investigar*, Lisboa, Universidade Católica Editora.

PEDRO, Manuel José Miranda

2012 *A lei austríaca sobre a responsabilidade criminal das pessoas colectivas*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 22, fasc. 3º, Coimbra, Coimbra Editora.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da

2012 *Teoria geral do direito civil*, 4ª ed., 2ª reimp., Coimbra, Coimbra Editora.

ROCHA, Manuel António Lopes

1998 *A responsabilidade penal das pessoas colectivas – Novas perspectivas*, in AA. VV., *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora.

SANTOS, Manuel Simas e **SOUSA**, Jorge Lopes de

2011 *Contra-ordenações anotação ao regime geral*, 6ª ed., Lisboa, Areas editora.

SERRA, Teresa

1999 *Contra-ordenações: Responsabilidade de entidades colectivas*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 9, fasc. 2º, Coimbra, Coimbra Editora.

SILVA, Isabel Marques da

2010 *Regime geral das infracções tributárias*, 3ª ed., Coimbra, Almedina.

2000 *Responsabilidade fiscal penal cumulativa: das sociedades e dos seus administradores e representantes*, Lisboa, Universidade Católica Editora.

SOUSA, João Castro e

1985 *As pessoas colectivas em face do direito criminal e do chamado “direito de mera ordenação social”*, Coimbra, Coimbra Editora.

VILELA, Alexandra

2013 *O direito de mera ordenação social*, Coimbra, Coimbra Editora.