



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A Responsabilidade Penal das Pessoas
Coletivas pelo Crime de Maus Tratos,
previsto no artigo 152º-A do Código Penal**

Clara Araújo Lima

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2019

**A Responsabilidade Penal das Pessoas
Coletivas pelo Crime de Maus Tratos,
previsto no artigo 152º-A do Código
Penal**

Dissertação de Mestrado em Direito Criminal sob a Orientação da
Professora Doutora Maria Paula Ribeiro de Faria.

Clara Araújo Lima

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2019

«Daí que, reflectir sobre a génese e o desenvolvimento das ideias jurídico-políticas e o seu reflexo na lei é reflectir sobre o homem, é compreendê-lo na sua vivência comunitária, no desejo de uma sempre maior qualidade de vida, o que, hoje (...), não corresponde a algo dependente da sua vontade, antes à sua natureza.»

Maria da Glória F. P. D. Garcia

Agradecimentos

À família, em especial, aos meus pais, por me ensinarem a voar, a ter voz e a ser dona das minhas escolhas.

Ao João, pelo apoio, dedicação e amor.

Aos amigos, pela convivência e lealdade.

Aos professores, em geral, enquanto sustentáculos de uma sociedade instruída e humanizada e, em particular, à minha orientadora, Professora Doutora Maria Paula Ribeiro de Faria, pelo tempo, experiência e visão partilhados.

Resumo

A presente dissertação incide sobre a responsabilidade penal das pessoas coletivas pelo crime de maus tratos (artigo 152º-A do Código Penal), tendo como vítimas as pessoas idosas institucionalizadas e como agentes as respetivas instituições. O intuito é analisar se a lei penal consagra todos os meios jurídicos necessários para combater os abusos e crimes cometidos por estas, quer intencionalmente, quer por força de violações de deveres de cuidado.

Sendo assim, após a análise do tipo legal de maus tratos e da responsabilidade penal das pessoas coletivas no geral, é conclusivo que o Código Penal não se encontra apto para fazer face a todas as situações, uma vez que o seu artigo 11º, nº2 não permite responsabilizar as instituições, quando algum “subordinado” tenha praticado negligentemente condutas globalmente semelhantes às descritas no artigo 152º-A, ou não seja sequer possível individualizar o agente responsável pelas mesmas, tendo havido (ou não) a violação de deveres de cuidado por aquelas. Pelo exposto, recorreremos ao estudo de outros ramos do direito, particularmente, o direito civil, e do direito comparado, com o intuito de averiguar a possibilidade de “transportar” para o ordenamento jurídico português, soluções *de jure condendo*.

Palavras-chave: maus tratos; responsabilidade penal; pessoas coletivas; pessoas idosas.

Abstract

This thesis focuses on the corporate criminal liability for the crime of ill-treatment (article 152-A of the penal code), with institutionalized elderly people as victims and their institutions as agents. The aim is to analyze whether criminal law has all legal means necessary to combat abuses and crimes committed by them, intentionally or through breaches of care duties.

Therefore, after analyzing the legal type of ill-treatment and corporate criminal liability in general, it is conclusive that the Penal Code is not able to deal with all situations, since article 11, n°2 does not make the organisation responsible, when a “subordinate” has negligently acted in conduct similar to the described in article 152-A, or it is not even possible to identify the agent of the offense, and there has been (or is not) a breach of duties of care of them. For all these reasons, we have studied other branches of law, particularly, civil law, and comparative law, in order to investigate the possibility of "transporting" solutions to the Portuguese legal system.

Keywords: ill-treatment; criminal liability; organisations; elderly people.

Índice

Lista de Siglas e Abreviaturas	9
Introdução	10
Capítulo I: O Crime de Maus tratos, previsto no art. 152º-A do CP	12
1. Contextualização histórica.....	12
2. Tipo objetivo de ilícito	13
2.1. Bem jurídico	13
2.2. Agente e a sua relação com a vítima	15
2.3. Conduta... ..	16
3. Tipo subjetivo de ilícito.....	18
4. Pena... ..	18
Capítulo II: A Responsabilidade Penal da Pessoa Coletiva	20
1. Contextualização histórica.....	20
2. Argumentos dogmáticos contra a consagração da responsabilidade penal da pessoa coletiva	22
2.1. Capacidade de ação	22
2.2. Capacidade de culpa	24
3. Modelos de imputação jurídico-penal	26
3.1. Modelo de responsabilidade por substituição ou representação.....	27
3.2. Modelo de responsabilidade direta.....	27
4. <i>De jure constituto</i> : o artigo 11º do CP	28
4.1. Critérios de imputação do crime às Pessoas Coletivas e entidades equiparadas.....	29
4.1.1. Critério formal: agente que ocupe uma posição de liderança	29
4.1.2. Critério material: crimes cometidos em seu nome o no seu interesse	31
Capítulo III: A Responsabilidade Penal da Pessoa Coletiva pelo Crime de Maus Tratos	34
1. Imputação do Crime de Maus Tratos à Pessoa Coletiva	34

2. Impossibilidade de Imputação do Crime de Maus Tratos à Pessoa Coletiva.....	37
2.1. Quando o facto não deriva da violação dos deveres de «vigilância ou controlo»...	37
2.2. Negligência do “subordinado” quanto ao facto ilícito	38
3. Propostas <i>de jure condendo</i>	40
Conclusão	47
Referências bibliográficas	49

Lista de Siglas e Abreviaturas

Ac. – Acórdão

Al. – Alínea

Art. – Artigo

CE – Conselho da Europa

cfr. – Conforme

CP - Código penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

CUE – Conselho da União Europeia

DL – Decreto-Lei

EMot – Exposição de motivos

i.e. – Isto é

ob. cit. – Obra citada

p. – página

p. e p. – Previsto e punido

pp – páginas

ss. – E seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

v.g. – *verbi gratia* (por exemplo)

Introdução

Portugal possui um índice de envelhecimento de 155,4 (Nº), tendo a esperança de vida atingido os 80,78 anos à nascença.¹ Perante isto, a tutela jurídica das pessoas de idade é uma questão (cada vez mais) relevante e o sistema jurídico português, obrigado a acompanhar a evolução social de modo a responder juridicamente às novas questões colocadas, não tem dado respostas que façam jus a essa relevância. Atualmente, somos bombardeados pelos meios de comunicação social que nos alertam para situações em que os idosos sofrem abusos e crimes, sobretudo, no âmbito institucional onde estes se encontram acolhidos. A jurisprudência nacional não acompanha devidamente esta realidade, visível na falta de decisões que atribuam responsabilidade penal às pessoas singulares que tenham cometido crimes contra as pessoas de idade e nas decisões quase inexistentes que responsabilizem penalmente pessoas coletivas pelo mesmo facto. Não obstante os tribunais já tenderem a responsabilizá-las civilmente por factos ilícitos cometidos no seu âmbito, cremos que esta forma de responsabilização não se revela suficiente por estarmos perante direitos intrínsecos à dignidade humana (art. 1º CRP) nem eficaz para efeitos de prevenção da sua prática, como a responsabilidade penal.

Deste modo, é preciso ter consciência de que estamos a lidar com pessoas especialmente vulneráveis em razão da idade, com alguma ou total dependência em relação aos (prováveis) agentes ativos que cometem abusos e crimes contra si. Pelo facto de já terem vivido ativamente com autonomia, sentem de forma mais profunda os maus tratos contra si praticados, deixando a maioria de os denunciar por receio de represálias dos seus cuidadores, de voltarem a ser um fardo para as suas famílias e, sobretudo, por vergonha e humilhação. Os maus tratos psicológicos que se tornam físicos quando provocam efeitos nefastos na saúde e bem-estar do idoso, reconduzindo à sua depressão e isolamento, são frequentes nas instituições que os acolhem – sem deixar de parte o contexto familiar – e ainda mais difíceis de detetar. Acrescem a estes argumentos, a própria labilidade física da pessoa de idade, normalmente, associada a um maior número de cormobilidades e fragilidade óssea natural de um corpo envelhecido, cujas ofensas corporais cometidas contra si mais facilmente poderão desencadear ofensas à integridade física qualificadas e até a morte.

¹ Após consulta dos resultados no Instituto Nacional de Estatística, no dia 4 de maio de 2019, disponível em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpgid=ine_tema&xpid=INE&tema_cod=1115.

Posto isto, apesar de consagrada a responsabilidade criminal das pessoas coletivas e entidades equiparadas, mormente, pelo crime de maus tratos, é visível a sua inaplicabilidade quanto ao crime em questão. Assim, em prol de uma tutela mais efetiva destas vítimas, é necessário aperfeiçoar a lei penal e criar todos os mecanismos jurídicos possíveis para combater este flagelo social, motivo pelo qual decidimos abordar este tema. Pelo exposto, a presente dissertação incidirá sobre a análise do tipo legal de maus tratos e a responsabilidade das pessoas coletivas na lei penal, para sermos capazes de a criticar, propondo soluções *de jure condendo*.

Capítulo I

O Crime de Maus tratos, previsto no art. 152º-A do CP

O legislador através das revisões penais operadas desde 1995, tem assumido o papel de reforço da tutela penal das vítimas particularmente indefesas. O presente capítulo ocupar-se-á de analisar a estrutura do tipo legal de maus tratos², mais propriamente, o bem jurídico tutelado, os tipos objetivo e subjetivo do ilícito e a pena aplicável. O nosso estudo centrar-se-á no crime de maus tratos cometido contra pessoas idosas institucionalizadas, enquanto vítimas particularmente indefesas em razão da idade que se encontram numa situação de fragilidade e dependência face ao agente.

1. Contextualização histórica

Em relação aos arts. 166º e 167º do CP de 1966, EDUARDO CORREIA entendia que estes se limitavam a abranger os casos «...mais chocantes de maus tratos a crianças e sobrecarga de menores e subordinados»³, sendo exigível o pressuposto “malvadez e egoísmo” na prática dos maus tratos (objeto de um dolo específico), pressuposto este que continuou a ser exigido no CP de 1982 que criminalizou os maus tratos pela primeira vez em Portugal, no anterior art. 153º. Este tipo legal de crime veio a sofrer sucessivas alterações resultantes das revisões do CP.

A Revisão Penal de 1995 (DL nº 48/95, de 15-03) eliminou a cláusula restritiva “malvadez ou egoísmo” do anterior art. 152º, tornou o crime semipúblico⁴ e incluiu os maus tratos psíquicos quando se tratam de humilhações, insultos, não prestação de cuidados higiénicos, provocações, entre outras condutas que, não raras vezes, são de maior gravidade quando comparadas com as ofensas corporais simples, p. e p. no art. 143º do CP atual. Além disso, alargou o âmbito de proteção da norma às pessoas de idade e doentes que com os agentes tenham uma «...relação de subordinação familiar, educativa

² Um tipo legal de crime tem como pressupostos a “dignidade penal” do bem jurídico e das condutas que o lesem ou ponham em perigo e a “necessidade penal” - a inexistência de alternativas ao recurso à sanção penal para tutelar adequadamente o bem jurídico e punir a respetiva conduta. CARVALHO, 2011, pp. 48 e 253.

³ Correia, 1979, p.78 *apud* Albuquerque, 2015, p. 587.

⁴ Tornando a ser um crime público com a Revisão penal de 2000.

e/ou laboral.⁵ Note-se a importância desta Revisão para a presente dissertação, pelo facto de incluir os idosos enquanto possíveis vítimas de maus tratos psíquicos⁶ (além dos físicos) que apesar de pouco perceptíveis, decorrem com frequência nos lares onde estes se encontram acolhidos, contribuindo para o reforço da sua tutela penal.

Por fim, às Revisões penais de 1998 e 2000 que não iremos aprofundar, seguiu-se a Revisão penal de 2007 (Lei nº 59/2007, de 4-09) que autonomizou os tipos legais de crime 152º, 152º-A e 152º-B do CP. Além disso, eliminou o carácter reiterado das ofensas (físicas e psíquicas) e, especificamente, no que diz respeito ao crime de violência doméstica, previu novos atos tipicamente relevantes, punindo alguns de forma mais severa e alargou o catálogo das penas acessórias.

2. Tipo objetivo de ilícito

2.1. Bem jurídico

O crime de maus tratos, p. e p. no art. 152º-A do CP⁷ encontra-se sistematicamente inserido no Título I (“Dos crimes contra as pessoas”), do capítulo III (“Dos crimes contra a integridade física”). É a esta luz que nos cumpre analisar o bem jurídico protegido por este tipo legal.

Não obstante a EMot. da Proposta de Lei nº 98/X justificar a autonomização sistemática da violência doméstica, dos maus tratos e da violação das normas de segurança «...na variação de bens jurídicos»⁸ tutelados por estas diversas condutas típicas⁹, TAIPA DE CARVALHO¹⁰ entende que as mesmas coincidem globalmente. Deste modo, afirma que o crime de maus tratos difere do de violência doméstica (p. e p. no atual

⁵ Carvalho, 2012, p. 535.

⁶ Manifestações de violência «...para a saúde física e psíquica e/ou para o desenvolvimento harmonioso da personalidade ou bem-estar», Ibid., p. 506.

⁷ Daqui em diante, qualquer referência a um comando legal sem indicação do respetivo diploma, entender-se-á como relativo ao Código Penal.

⁸ Ponto 8, pág. 9.

⁹ Em Beleza, 2008, p. 119, a autora refere estar em consonância com a autonomização, considerando que a fusão dos preceitos era de fundamentação duvidosa (quanto aos bens jurídicos tutelados) e tornava o conteúdo do art. «...acentuadamente confuso e obscuro».

¹⁰ Carvalho, 2012, pp. 534 e 535.

art. 152º) apenas no tipo de relações que existe entre o agente e a vítima e não nas condutas tipificadas, nem, naturalmente, no bem jurídico protegido, que considera o mesmo.

Assim, é do entendimento de que a tutela da dignidade humana e da pessoa individual é a *ratio* do tipo legal de maus tratos (não chegando a alcançar o patamar de bem jurídico), sendo a saúde nas suas vertentes física, psíquica e mental, o bem jurídico “complexo” protegido¹¹. PINTO DE ALBUQUERQUE, por sua vez, afirma que o tipo legal tutela diversos bens jurídicos, mais propriamente, «a integridade física e psíquica, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual e a honra»¹². Partilhamos da posição de TAIPA DE CARVALHO no que toca à semelhança das condutas de ambas as incriminações e, portanto, do bem jurídico, pelo que será de aplicar aos maus tratos o que valha para a violência doméstica, *mutatis mutandis*. Contudo, não concordamos com o entendimento de NUNO BRANDÃO quando refere que o bem jurídico protegido pelos crimes de violência doméstica (e maus tratos) coincide com o de ofensas à integridade física, i.e., que ambos visam a tutela da saúde nas suas vertentes física e psíquica («...estado de completo-estar físico e mental»¹³), uma vez que consideramos estar no âmbito de ofensas marcadas por uma relação de domínio do agente face à vítima que afetam a realização pessoal desta na sua forma mais elementar, ofensas estas portadoras de uma maior reprovabilidade social, que não se verifica, em geral, nas ofensas à integridade física, na ameaça, na coação ou no abuso sexual.

Por fim, em relação a parte da jurisprudência¹⁴ que considera a dignidade humana o bem jurídico específico tutelado pelo crime de violência doméstica – e pelo crime de maus tratos – resta-nos referir que partilhamos das reservas de NUNO BRANDÃO, quando afirma que a dignidade humana enquanto «valor fundante e transversal a todo o sistema jurídico...»¹⁵ não deve desempenhar essa função de específico bem jurídico do crime de violência doméstica, portanto, de um particular tipo de crime, mesmo encontrando-se na

¹¹ Ibid., p. 535.

¹² Albuquerque, 2015, p. 597.

¹³ Brandão, 2010, p. 16.

¹⁴ Como exemplos de Acs. que afirmam, desde logo, a dignidade humana como bem jurídico tutelado pelo crime de violência doméstica (o mesmo valendo para o crime de maus tratos) temos o do STJ de 2-07-08, processo nº 07P3861 e do TRC de 29-01-2014, processo nº 1290/12.1PB AVR.C1, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

¹⁵ Brandão, 2010, p.14.

sua «base da criminalização específica»¹⁶. Assim, defende este autor, com o qual concordamos, que se se conferisse o estatuto de bem jurídico-penal à dignidade humana, deveria ser reservado para os casos em que a vítima sofresse um tratamento infra-humano, pondo-a em causa em absoluto, o que não é exigível nas incriminações em apreço pelo facto as suas condutas típicas não assumirem tal gravidade. Além disso, afirma que no caso de considerarmos a violência doméstica (e, a nosso ver, também os maus tratos) um crime de dano¹⁷, seriam excluídas condutas socialmente inadequadas e com necessidade penal, que não chegariam, propriamente, a lesar a dignidade humana, pelo que levaria ao esvaziamento da tutela penal do tipo legal de crime. Já se considerarmos um crime de perigo¹⁸, estaríamos a abarcar uma multiplicidade de casos dada a «amplitude e intangibilidade do valor da dignidade humana»¹⁹.

2.2. Agente e a sua relação com a vítima

A maior parte da doutrina²⁰ entende tratar-se de um crime específico, pelo facto de ter que existir uma relação de cuidado, guarda, direção ou educação, ou uma relação de empregador do agente face à vítima. Esta, por sua vez, terá que ser menor (de 18 anos) ou particularmente indefesa por força da idade, deficiência, doença ou gravidez, não existindo uma relação de coabitação, pois, caso contrário, entraríamos no âmbito da violência doméstica. Há, pois, uma relação de subordinação “existencial” ou laboral entre o agente e a “pessoa particularmente indefesa” que se encontra numa situação de fragilidade e dependência face àquele, como já referimos. Note-se que o agente de um crime de maus tratos poderá ser uma pessoa singular que possua um dever nos termos do

¹⁶ Ibid., p. 14.

¹⁷ Neste «...a lesão efetiva do bem jurídico» é pressuposto para que se preencha o tipo legal de crime, segundo Dias, 2007, p. 309. Para Carvalho, 2012, p. 537, as ofensas corporais e sexuais traduzem-se num crime de dano.

¹⁸ Neste, o preenchimento do tipo legal de crime basta-se com a «...mera colocação em perigo do bem jurídico», fazendo-se distinção dos crimes de perigo concreto e dos de perigo abstrato. Nos primeiros o perigo é elemento do tipo, sendo necessária a efetiva colocação em perigo para que o tipo se preencha; nos segundos o perigo é apenas motivo da criminalização, pelo que o tipo legal de crime se preenche independentemente de ter colocado ou não em perigo o bem jurídico. Dias, 2007, p. 309. Para Carvalho, 2012, p. 537, o emprego em atividades perigosas traduz-se num crime de perigo.

¹⁹ Tal como Cardoso, 2018, p. 37, cremos que estas objeções também se dirigem à posição de parte da doutrina, designadamente, NEVES, 2010, p. 54, que defende a integridade pessoal, «erigida a bem jurídico autónomo, pluriofensivo, arrimado ao art. 25º da Constituição» tutelado pelo tipo legal de violência doméstica (e, portanto, de maus tratos).

²⁰ Carvalho, 2012, p. 535; Albuquerque, 2015, p. 597 e Garcia e Castela Rio, 2014, p. 624.

art. 152º-A para com a pessoa maltratada, ou uma pessoa coletiva, preenchido o art. 11º, aspeto este que analisaremos *infra*.

Assim, traduzem-se num crime específico próprio, as condutas que não são, por si só, um crime, mas a relação existente entre a vítima e o agente funda o ilícito. A título de exemplo, indicamos a “sobrecarga com trabalhos excessivos” ou o “emprego em atividades perigosas ou proibidas”²¹. Já são um crime específico impróprio, as ofensas que são, *in se*, criminosas, funcionando a relação existente como agravação do ilícito, tal como no caso das “ofensas sexuais” ou os “castigos corporais”²².

2.3. Conduta

No que diz respeito às condutas típicas descritas no art., o legislador estatuiu-as corretamente dada a amplitude do bem jurídico tutelado, uma enumeração exemplificativa das que se traduzem em maus tratos físicos e psíquicos, ao indicar os “castigos corporais”, as “privações da liberdade” e as “ofensas sexuais” como exemplos daqueles²³. Além disso, o tipo objetivo compreende «...o tratamento cruel, o emprego de atividades perigosas, desumanas ou proibidas e a sobrecarga com trabalhos excessivos de pessoa menor ou particularmente indefesa», condutas estas que, como já referimos, entendemos coincidir globalmente com as descritas no art. 152º, pois estão abrangidas pelo conceito “aberto” de maus tratos físicos e psíquicos neste previsto.

Parece-nos relevante salientar que o tipo objetivo abrange ainda condutas que apesar de *in se* não serem típicas, i.e. de não possuírem relevância jurídico-penal, quando praticadas com caráter reiterado no âmbito institucional, podem preencher o tipo legal de maus tratos. Apesar de isoladamente serem pouco graves, afetam o bem-estar global da vítima quando reiteradas.

²¹ Albuquerque, 2015, p. 597 e Carvalho, 2012, p. 535, que acrescenta ainda o caso das humilhações, as quais por força da sua reiteração e dessa relação de subordinação do agente face à vítima, podem configurar maus tratos psíquicos.

²² Carvalho, 2012, p. 535 afirma que é a maior parte dos casos. Por sua vez, Albuquerque, 2015, p. 597 acrescenta como exemplos os casos de “emprego em atividades desumanas” e de “privações da liberdade”.

²³ Respetivamente, situações de ofensas à integridade física (quando em si mesmo considerados); de sequestro (art. 158, nº1); e de coação sexual (art. 163º, nº2), de violação (art. 164º, nº2) e de importunação sexual (art. 170º) quando as penas destes crimes autónomos não sejam superiores à do crime em causa (relação de subsidiariedade expressa), segundo Carvalho, 2012, p. 515.

Assim, estamos no contexto de maus tratos praticados em estabelecimentos hospitalares, de ensino, instituições de acolhimento de crianças, bem como os cometidos em habitação, sem uma relação de coabitação, ou por aqueles que têm o dever de tomar conta de “pessoas particularmente indefesas”, mormente crianças, pessoas idosas, doentes ou com deficiência²⁴.

Por fim, a doutrina e jurisprudência nacionais²⁵ admitem a possibilidade de comissão de um crime de maus tratos por omissão. TAIPA DE CARVALHO faz a distinção entre a omissão enquanto ato constitutivo do crime de maus tratos (a título de exemplo, a omissão do fornecimento das refeições e da prestação de cuidados de higiene e medicação com caráter reiterado aos idosos institucionalizados num lar por um enfermeiro que os tinha a seu cuidado, como uma situação de maus tratos psíquicos, mais propriamente, de “tratamento cruel”²⁶) e a imputação do referido crime a outra pessoa que tinha o dever jurídico pessoal de garante em relação à pessoa maltratada, de evitar essa omissão do agente, cfr. o art. 10º, nº2 (como exemplo, o caso do filho de um idosos institucionalizados no lar referido se aperceba das omissões por parte do enfermeiro e nada faça para as impedir). De acordo com o art.10º, nº2, há equiparação da omissão à ação nos tipos de crime de resultado (nos quais o resultado é elemento do tipo)²⁷ e, portanto, responsabilidade penal do omitente pelo resultado produzido, quando este possua um dever jurídico pessoal de garante de evitar o resultado e omitiu a ação adequada a evitá-lo²⁸.

²⁴ Ibid., p. 536

²⁵ Ao nível da doutrina, Albuquerque, 2015, p. 592, Carvalho, 2012, p. 537 e Garcia e Castela Rio, 2014, p. 624. Ao nível da jurisprudência e a título de exemplo, os acs. do TRE de 10-09-2013, processo nº 448/05.4TALLE.E1, situação em que uma enfermeira tinha o dever de chamar o médico de serviço no caso de se verificarem alterações no estado de saúde dos doentes de uma clinica de saúde e não o fez em relação a uma doente de idade, acabando esta por falecer; e do TRP de 12-10-2016, processo nº 2255/15.7T9PRT.P1, no caso do filho que coabita com o pai e viola o seu dever jurídico de garante para com este por não lhe prestar os cuidados necessários ao seu bem estar físico e mental. Estamos no âmbito do crime de violência doméstica mas cremos que poderá igualmente verificar-se para o crime de maus tratos. Ambos encontram-se disponíveis em www.dgsi.pt.

²⁶ Segundo Garcia e Castela Rio, 2014, p. 624 e Albuquerque, 2015, p. 597, está conexas com as ofensas à integridade física qualificadas (previstas no art. 145º, nº1 do CP) e com a especial censurabilidade que consta do art. 132º, nº2, als. d) do CP, tendo como consequência o facto de a vítima sofrer mais.

²⁷ Para Albuquerque, 2015, pp. 597 e 598, são crimes de resultado o “tratamento cruel” e o “emprego em atividades desumanas”. Acrescentamos os “castigos corporais”, as “privações da liberdade” e as “ofensas sexuais” por considerarmos que se verifica a efetiva lesão do bem jurídico tutelado pelo art. 152º-A.

²⁸ Carvalho, 2012, p. 560.

3. Tipo subjetivo de ilícito

O crime de maus tratos é doloso, sendo o dolo, em qualquer das suas formas²⁹, elemento essencial do tipo. É necessário que o agente represente corretamente a idade e características do sujeito passivo, assim como o «...caráter perigoso e proibido da atividade ou ainda o caráter excessivo dos trabalhos...»³⁰ relativamente às suas forças. A nosso ver, a título de exemplo, será punível pelo crime de maus tratos, o agente que num lar de idosos agride voluntariamente um dos idosos, assim como aquele que voluntariamente corta nas despesas de alimentação do estabelecimento com o intuito de maltratar um dos idosos, sabendo que acabará também por praticar maus tratos físicos contra os restantes; e ainda, aquele que decide não realizar as obras necessárias à segurança e higiene das pessoas de idade que no lar se encontram acolhidas como forma de poupança e conforma-se com a possibilidade de estas virem a sofrer maus tratos físicos (v.g., doenças devido à falta de água quente nos banhos e falta de isolamento nas paredes).

4. Pena

A pena aplicável prevista para o tipo legal de maus tratos é de 1 a 5 anos de prisão³¹ (art. 152º-A, nº1). Nas als. a) e b) do nº2 do referido art., estão previstos dois crimes de maus tratos agravados pelo resultado (art. 18º), mais propriamente, dois crimes preterintencionais, cujos resultados agravantes das penas se configuram típicos – a ofensa à integridade física grave (art. 148º) e a morte (art. 131º), respetivamente. Assim, é da estrutura deste tipo de crimes, o dolo quanto ao crime fundamental (o de maus tratos), a

²⁹ Garcia e Castela Rio, 2014, p. 624; Carvalho, 2012, p. 538 e Albuquerque, 2015, p. 598. Referimo-nos ao dolo direto, necessário ou eventual (art. 14º).

³⁰ Albuquerque, 2015, p. 598.

³¹ Neste tipo legal de crime não há previsão de penas acessórias como no crime de violência doméstica. Carvalho, 2012, p. 541 afirma compreender esta opção pelo facto de não existir «...uma relação (presente ou passada) de conjugabilidade ou análoga, nem de co-parentalidade e nem de coabitação» entre o agente e vítima. Discordamos desta posição uma vez que há uma especial relação entre estes também no crime de maus tratos, fruto da relação de “subordinação existencial” ou laboral da vítima perante o agente. Além disso, estamos no âmbito de condutas praticadas contra crianças e idosos, vítimas especialmente vulneráveis, pelo que as penas acessórias de proibição de contacto com a vítima e de frequência de programas específicos de prevenção dos maus tratos de forma a diminuir a reincidência, deveriam estar aqui previstas. Não esqueçamos o exemplo do filho menor que não coabita com o pai mas é agredido fisicamente quando é por este visitado. Estamos no âmbito do crime de maus tratos pelo facto de não haver coabitação e não está prevista nenhuma pena acessória nesse tipo legal de crime, quando assim o deveria.

negligência grosseira quanto ao resultado agravante e adequação entre a conduta praticada pelo agente e a produção desse resultado agravante, geralmente, mais grave³².

Até agora referimo-nos às pessoas singulares enquanto agentes ativos do crime de maus tratos. Cumpre-nos, de agora em diante, focar nas pessoas coletivas, mais propriamente, na sua responsabilidade penal.

³² Ibid., pp.541 e 542.

Capítulo II

A Responsabilidade Penal da Pessoa Coletiva

No âmbito do presente capítulo analisaremos, de um modo geral, como se encontra estruturada a responsabilidade penal do ente coletivo³³ no sistema jurídico português. Para isso, iniciaremos com uma breve alusão histórica do tema para, seguidamente, aprofundarmos a questão dogmática relativa ao modo de imputação da infração criminal ao ente coletivo que, embora seja particularmente complexa e extensa, revela-se necessária para resolver as questões concretas relativas à sua atribuição no capítulo seguinte. Para este efeito, discutiremos a problemática da (in)capacidade de ação e de culpa enquanto argumentos dogmáticos desfavoráveis à consagração da responsabilidade penal do ente coletivo e os principais modelos de imputação defendidos.

1. Contextualização histórica

Os Códigos Penais portugueses de 1852, 1886 e 1982 consagravam a responsabilidade criminal com carácter pessoal, operando o princípio “*Societas delinquere non potest*”³⁴, que se traduz no facto de a pessoa coletiva não ser eticamente capaz de responsabilidade. Embora estivesse prevista somente uma extensão da punibilidade no art. 12º (“atuação em nome de outrem”)³⁵ na versão originária do CP de 1982, já a doutrina defendia a consagração legal da responsabilidade criminal do ente coletivo, no mínimo, em sede de Direito Penal Secundário³⁶.

Deste modo, este princípio foi enfraquecendo à medida que a dogmática penal Portuguesa – e, no geral, Europeia –, mormente, a do Direito Penal Económico, foi contactando com realidades sociais diferentes. Por força de questões ambientais, do

³³ «... [S]ó pode ser sujeito jurídico-penal o sujeito de direito, distinto da pessoa singular, que disponha de organização suficientemente estável e complexa para permitir a identificação de um centro autónomo de imputação de interesses (...), em que ocorreu a institucionalização dos respetivos fins e/ou dos meios necessários à sua consecução», Brito, 2010, p. 48.

³⁴ Gonçalves, 2007, p. 104.

³⁵ Instituto que «... tem em vista a punição de quem age voluntariamente como titular de um órgão de uma pessoa coletiva, sociedade ou mera associação de facto; ou em representação voluntária de outrem.», segundo Garcia e Castela Rio, 2014, p. 91.

³⁶ Albuquerque, 2015, p. 126.

avanço da informática em geral, do aumento da intervenção do Estado na economia, do aumento da complexidade da vida económica, muito devido à intervenção da “*empresa*”³⁷ – que, como se verificou, passou a ser agente ativo destas áreas de incriminação – e da «... evolução da comunidade política para um “Estado de direito democrático e social”...»³⁸, levou a que surgissem bens jurídicos supraindividuais³⁹ com necessidade de tutela e, conseqüentemente, novos crimes. Por sua vez, o Direito Penal Secundário passou a contemplar reações criminais, tendo como destinatária a pessoa coletiva por crimes cometidos na área económica. O próprio art. 11º do CP de 1982, na sua versão originária, permitia esta responsabilização a título excepcional, caso existissem disposições especiais a fazê-lo, o que, efetivamente, se sucedeu em leis extravagantes⁴⁰, passando o ente coletivo a ser agente ativo da generalidade dos crimes nelas indicados.

Perante isto, o Direito Penal ao considerar o ente coletivo um «...sujeito jurídico, titular de direitos e obrigações (...) [e] assumindo-se uno e coeso no tráfego jurídico, no fundo, uma *pessoa* – ainda que numa vertente moral – distinta dos membros que a constituíam»⁴¹ não pôde continuar indiferente. Assim, por força de razões político-criminais, surgiu a Lei nº 59/2007, de 4-09, a qual criou a responsabilidade criminal das pessoas coletivas e pessoas equiparadas, limitada ao catálogo de crimes previsto no nº2, do art. 11º atual, e paralela a uma eventual responsabilidade criminal dos seus órgãos e representantes⁴². Finalmente, ficou assente a ideia de que «a sociedade não é só o lugar onde ou por onde a criminalidade se pode desencadear, mas um verdadeiro centro de

³⁷ Com destaque para esta figura, enquanto ator «...permanente do tráfego mercantil, numa prossecução de propósitos lucrativos e certo facilitismo na realização do «fim social», potenciando um desvio de um rumo consonante com as linhas delimitativas do dever-ser jurídico-penal», *in* Magalhães, 2015, p. 147.

³⁸ Conforme consta do Ac. do STJ de 11-2014, Proc. nº 331/04.0TAFIG-B.C1-A.S1 - 3ª Secção, disponível em www.dgsi.pt.

³⁹ A título de exemplo, «...o meio ambiente, economia, direito dos trabalhadores, segurança e higiene no trabalho [e] concorrência». Silva, 2009, p. 112.

⁴⁰ Designadamente, nos DL nº 28/84, de 20-01 (“Infrações antieconómicas e contra a saúde pública”), e nas Leis nº 15/2001, de 5-06 (“Regime geral das infrações tributárias”), nº 52/2003, de 22-08 (“Lei de combate ao terrorismo”) e nº 99/93, de 27-08 (no âmbito dos crimes laborais),

⁴¹ Magalhães, 2015, p. 149.

⁴² Na ótica do espaço europeu, a mesma já se encontrava consagrada na maior parte dos Estados Membros, até por força de resoluções e recomendações do CE e decisões do CUE para o alargamento da responsabilidade penal da pessoa coletiva. Por sua vez, no direito anglo-saxónico já se admitia há muito, a responsabilidade penal das «*corporations*» pelos «*corporate crimes*» cometidos, Silva, 2009, pp. 11, 89, 92-94, 96.

imputação penal»⁴³ pelo que, não raras vezes, a responsabilidade dos seus agentes é insuficiente para levar a cabo as finalidades de prevenção do direito penal, podendo resultar numa absoluta impunidade.

Pelo exposto, não podemos deixar de notar que a previsão desta responsabilidade se revelou tardia no nosso ordenamento jurídico pelo facto de parte da doutrina, em geral, não considerar a sua consagração legal conveniente ou, sequer, admissível. Dos principais argumentos contra, salientamos o facto de a doutrina dominante⁴⁴ negar a capacidade de a pessoa coletiva ser sujeito passível de um juízo de censura. Não havendo nenhuma forma de valoração penal que prescindia da culpa, só recentemente se concebeu a responsabilidade penal do ente coletivo na legislação penal ordinária. Além disso, há quem defenda a sua incapacidade de ação (antes mesmo de se avaliar a sua capacidade de culpa) e a impossibilidade de lhe serem aplicadas determinadas penas. Analisaremos devidamente os dois primeiros argumentos.

2. Argumentos dogmáticos contra a consagração da responsabilidade penal da pessoa coletiva

2.1. Capacidade de ação

No âmbito deste subcapítulo está em causa aferir se a pessoa coletiva é capaz de praticar atos volitivos, enquanto capacidade de querer e agir. Para que uma ação seja punível, é exigível que seja típica, ilícita e culposa. Concretizando, a ação terá que ser jurídico-penalmente relevante, por se revelar socialmente desvaliosa e estar legalmente tipificada, constituindo um ilícito penal. Além disso, o agente terá que a ter praticado com a possibilidade de lhe «... ser censurada, ético-pessoalmente, (...) a título de culpa»⁴⁵.

Antes da entrada em vigor do CP de 1982, EDUARDO CORREIA não admitia a responsabilidade da pessoa coletiva, mesmo que enquanto proposta *de jure condendo*,

⁴³ Ibid., pp. 10, 15-17, refere-se aos crimes praticados no exercício da atividade profissional da sociedade com o objetivo de produzir, de comercializar bens ou serviços, que se insere no âmbito do direito penal da empresa. Não iremos aprofundar esta questão.

⁴⁴ Ibid., p.113 e Gonçalves, 2007, p.105.

⁴⁵ Carvalho, 2012, pp. 254 e 260.

pelo facto de não ser capaz de ação, já que o comportamento humano é o único a ter em conta no direito penal. Da sua incapacidade de ação, antes sequer da sua incapacidade de culpa, resulta a sua irresponsabilidade penal⁴⁶. Por sua vez, GERMANO MARQUES DA SILVA⁴⁷ salienta que só aparentemente não teria capacidade de ação, por não agir por si própria mas mediante pessoas físicas. Contudo, entende que se a dogmática penal reconhece a pessoa coletiva como seu sujeito, cabe àquela determinar quais os processos provenientes desta que constituem ações.

No nosso entendimento, a pessoa coletiva possui capacidade de ação. Esta é uma “realidade jurídica” e no plano da natureza só o ser humano é capaz de vontade⁴⁸, sendo esta juridicamente imputada à pessoa coletiva. É, pois, necessário que intervenha uma ou mais pessoas físicas cuja atuação no seu exercício funcional, será vista juridicamente como sendo da pessoa coletiva, por corresponder à vontade coletiva formada no seu seio, em virtude do instituto da representação, sendo aquelas os titulares dos seus órgãos ou representantes. Assim, para que esta seja imputável e, conseqüentemente, suscetível de responsabilização penal, tem que ser capaz de “culpa concreta”. Nesse sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA⁴⁹ salienta que a pessoa coletiva e os titulares dos seus órgãos possuem um “nexo de organicidade”, constituindo a relação entre estes numa autêntica identificação⁵⁰, o que leva a concluir que os atos dos seus órgãos são os atos da pessoa coletiva, é a própria que age. Por sua vez, os representantes são considerados, digamos, extensões dos órgãos, cuja atuação, desde que não contrarie as ordens daqueles, equivale à própria vontade da pessoa coletiva.

Posto isto, os atos praticados pelos seus órgãos ou representantes manifestam a vontade coletiva e, portanto, são entendidos como praticados por si. Partindo deste

⁴⁶ «...[O] ponto de partida para a elaboração do direito criminal é a conduta, o comportamento humano, a ação em sentido lato como juízo teleológico, como negação de valores ou interesses pelo homem». CORREIA, 1971, p. 234. A este propósito, Dias, 2007, p. 298, defende que se baseia «...numa ontologificação e autonomização inadmissíveis do conceito de ação, a esquecer que a este conceito podem ser feitas pelo tipo de ilícito, exigências normativas que o conformem como uma certa unidade de sentido social».

⁴⁷ Silva, 2009, p.160.

⁴⁸ Ibid., p. 133.

⁴⁹ Ibid., p. 160.

⁵⁰ Teoria que advém do direito civil e se refere aos atos lícitos praticados pelos órgãos dirigentes do ente coletivo, identificando-se este com aqueles. No que toca à prática de atos ilícitos no plano de ação, é considerada insuficiente por Torrão, 2010, p. 486, pelo facto de outros agentes, além dos órgãos, serem capazes de praticar atos no interesse coletivo. Assim, o autor considera-os igualmente atos próprios do ente coletivo.

princípio, cremos que o ente coletivo «...é capaz de delinquir»⁵¹, e, como tal, de praticar factos típicos e ilícitos, possuindo capacidade de querer e agir.

2.2. Capacidade de culpa

Relativamente a este argumento, existem autores que negam a admissibilidade da responsabilidade penal da pessoa coletiva pela sua incapacidade de culpa, questão que tem sido difícil de ultrapassar. Assim sendo, cabe-nos analisar, primeiramente, o conceito de culpa, enquanto terceira categoria jurídico-penal da teoria geral do crime, a par da tipicidade e ilicitude brevemente *supramencionadas*.

A teoria geral do crime operante no ordenamento jurídico português apoia-se num «...comportamento humano (evitável) e [n]uma culpa como reprovação pessoal por o agente não ter agido em conformidade com o imperativo legal»⁵². Assim, a culpa traduz-se na «... atitude ético pessoal de oposição, indiferença ou de descuido perante o bem jurídico-penal lesado ou posto em perigo pela sua conduta»⁵³. Por sua vez, vigora no art. 40º, nº2, o princípio *nulla poena sine culpa*, o qual resulta na inexistência de um crime sem estar previamente provada a culpa do agente que o praticou, funcionando esta como “fundamento e limite da pena”.

Por sua vez, GERMANO MARQUES DA SILVA⁵⁴ salienta a posição de parte da doutrina que entende que a responsabilidade penal da pessoa coletiva pelos factos praticados pelos titulares dos seus órgãos e representantes significa a dispensa de culpa da mesma. O autor menciona ainda alguma doutrina que reconhecendo a necessidade político-criminal de responsabilizar criminalmente a pessoa coletiva, não admite a sua capacidade de culpa, mas defende a aplicação de medidas de segurança ou sanções administrativas, estas últimas com natureza punitiva, tratando-se de uma “mudança de etiquetas”. Em sentido contrário, o ilustre autor parte do princípio de que a lei penal ao admitir a responsabilização penal da pessoa coletiva, crê de forma implícita que esta é passível de culpa, já que apenas permite a responsabilidade penal por atos próprios, que advenham

⁵¹ Ibid., p. 486.

⁵² Silva, 2009, p. 131.

⁵³ Carvalho, 2011, p. 260.

⁵⁴ Silva, 2009, pp. 171 e 172.

de uma «...inequívoca manifestação de vontade culpável própria»⁵⁵. Por sua vez, PINTO DE ALBUQUERQUE⁵⁶ entende que a pessoa coletiva é o resultado da junção das vontades das pessoas que as compõem e, por isso, passível de “censura ético-penal”. Assim sendo, o conceito de culpa utilizado para apurar a responsabilidade das pessoas individuais é analogicamente aplicado às pessoas coletivas⁵⁷.

Note-se que antes de surgir a Lei nº 59/2007, de 4-09, a doutrina já fundamentava dogmaticamente a responsabilidade penal do ente coletivo. Destarte, FIGUEIREDO DIAS⁵⁸ entendia que a capacidade de ação e culpa têm como base um «...“ser livre” como centro ético-social de imputação jurídico-penal» que corresponde ao homem individual e que as «...organizações humano-sociais» são “obras de liberdade” ou realizações suas. Assim, a pessoa coletiva enquanto criação das pessoas singulares «em que o ser livre se exprime», pode, em situações especiais, substituir-se ao homem individual enquanto «...centros ético-sociais de imputação jurídico-penal». Deste modo, o autor utiliza um “*pensamento analógico*” em relação aos princípios que operam no “direito penal clássico”, assumindo que as pessoas jurídicas e singulares possuem características idênticas e que é nestas em que se apoia a analogia⁵⁹. Também FARIA COSTA visava superar a noção tradicional de culpa, criando um “conceito social”⁶⁰ e fundamentando a responsabilidade penal do ente coletivo na “*teoria dos lugares inversos*”, que não aprofundaremos. Por fim, em sede de direito comparado, TIEDEMANN refez igualmente a noção de culpa, «...orientada por categorias sociais e jurídicas»⁶¹. Assim, adotou a doutrina da “*culpa por défice de organização*”⁶², substituindo o “conceito psicológico de ação” por um “conceito

⁵⁵ «...[N]enhuma pessoa pode ser responsável pela culpa de outra», Ibid., p. 258.

⁵⁶ Albuquerque, 2015, p. 134.

⁵⁷ Ibid., p. 135. Assim como e Silva, 2009, p. 169 e FIGUEIREDO DIAS, in Bravo, 2003, p. 227.

⁵⁸ Dias, 2007, p. 298 e Bravo, 2003, p. 227.

⁵⁹ Silva, 2009, p. 170, salienta e bem, que a vontade coletiva é uma categoria jurídica, não psicológica, que encontra a sua justificação neste pensamento analógico com a vontade das pessoas físicas, além de ser através da analogia que a atuação dos órgãos da pessoa jurídica é considerada sua. Assim, a pessoa coletiva uma «...uma realidade analógica ao ser humano», que necessita do mesmo para existir, contudo, é também «...dotada de individualidade, permanência, independência externa» como a pessoa individual.

⁶⁰ Bravo, 2003, p. 228.

⁶¹ Silva, 2009, p. 185.

⁶² Torrão, 2010, p. 490 divide a “culpa pela personalidade da pessoa coletiva” em duas subcategorias, de forma a abarcar as situações em que o dirigente pratica atos “individualmente atípicos” que induzem ao crime no âmbito organizacional coletivo. A primeira denominada “culpa por defeito organizacional” no seguimento da tese defendida por TIEDEMANN e a segunda designada “culpa pela política da empresa” que não iremos desenvolver.

funcional ou normativo de ação” em que o facto ilícito praticado pelo individuo é visto como sendo do ente coletivo. Este, por intermédio dos seus órgãos e representantes, viola a adoção das «medidas de prevenção necessárias» para assegurar uma atividade normal conforme à lei, e é nessa omissão do dever de cuidado (num momento anterior ao da prática do crime) que se fundamenta a censura social, sendo exigível ainda uma «norma de imputação»⁶³.

Pelo exposto, cremos que a pessoa coletiva é capaz de culpa⁶⁴. A sua vontade corresponde à vontade manifestada pela atuação dos titulares dos seus órgãos e representantes, pelo que o critério de manifestação de vontade livre na prática do facto⁶⁵ exigível para o conceito de culpa está assegurado. Deste modo, não é possível seguir estritamente o conceito tradicional de culpa vigente no “direito penal clássico”, pelo que teremos que aceitar a mutabilidade do mesmo adaptável à realidade jurídica.

3. Modelos de imputação jurídico-penal

Ultrapassadas as questões da (in)capacidade de ação e de culpa, o fim do presente subcapítulo consiste na análise dos dois principais modelos de responsabilidade penal da pessoa coletiva⁶⁶. Em ambos, admite-se a responsabilidade penal por facto próprio, a forma como este é imputado à pessoa coletiva é que difere.

⁶³ Silva, 2009, p. 185.

⁶⁴ Torrão, 2010, p. 489. O autor defende uma “culpa coletiva autónoma”. A culpa do ente coletivo, devendo fundamentar-se na culpa dos seus órgãos dirigentes, terá de se traduzir também numa “culpa (dos dirigentes) *individualmente* atípica” para abranger os atos culposos que favorecem/induzem a infração criminal, excluídos do âmbito da responsabilidade criminal individual – “ações culposas *coletivamente típicas*”. O autor, através do “raciocínio analógico” (proposto por Figueiredo Dias) com a culpa pessoal das pessoas singulares, estabelece a culpa do ente coletivo através de prática de uma conduta típica e ilícita censurável (imputada ao ente coletivo), expressando «uma *atitude criminal de grupo* – situada para além das “ações culposas individualmente típicas” – e pela qual [este] tem de responder perante as exigências do “dever-ser” comunitário». É devido a estas ações que se conclui pela necessidade de punir o ente coletivo, segundo o autor.

⁶⁵ Carvalho, 2011, p. 459.

⁶⁶ Note-se que os modelos têm outras nomenclaturas e os próprios autores, mormente, de direito comparado, podem fazer uma leitura diferente das disposições normativas no que toca aos modelos, ou, ainda, estes por vezes sobrepõem-se e sucederem-se no mesmo ordenamento jurídico, causando alguma confusão. Não obstante, tentaremos primar pelo rigor e seguir a orientação de Silva, 2009, pp. 177 e 184, adotando as terminações que aqui se encontram indicadas.

3.1. Modelo de responsabilidade por substituição ou representação

Quanto a este modelo, GERMANO MARQUES DA SILVA⁶⁷ refere que o mesmo parte do princípio de que a pessoa coletiva não tem capacidade de ação e culpa por si, pelo que só é responsabilizada quando se reconheça a ação e culpa da pessoa física para imputação posterior do facto ilícito culposo à pessoa coletiva – responsabilidades, portanto, indissociáveis. Deste modo, salienta a importância em determinar os agentes capazes de a comprometer, que atuam em sua representação, pois só determinando previamente a sua culpa, é que se poderá atribuir culpa à pessoa coletiva. Referimo-nos aos agentes com poderes de administração e de representação⁶⁸, atuando no seu exercício funcional, e seguimos a tendência atual de alargar o núcleo de agentes de forma a incluir os trabalhadores subalternos – os designados “dirigentes médios” –, quando estes atuem conforme as orientações ou atividade habitual da pessoa coletiva. Isto deve-se ao facto de os atos praticados por estes se traduzirem na concretização da vontade dos dirigentes que, por sua vez, se manifesta na orientação da atividade da pessoa coletiva⁶⁹.

3.2. Modelo de responsabilidade direta

De forma a fazer face aos obstáculos teóricos e práticos do modelo anterior⁷⁰, a doutrina tem adotado modelos de imputação direta dos factos à pessoa coletiva, que se baseiam em pressupostos distintos dos da pessoa física. Assim, não se transmite a ação e culpa das pessoas singulares para a pessoa coletiva, estas são-lhe atribuídas diretamente, sendo a eventual responsabilidade individual dos seus agentes distinta da responsabilidade daquela. Desta feita, é exigível a prática de um facto típico pelos órgãos e representantes enquanto emanações da pessoa coletiva, constituindo a «organização

⁶⁷ Ibid., p. 177.

⁶⁸ Ibid., p. 178.

⁶⁹ Ibid., p. 180.

⁷⁰ Ibid., p. 180, coloca reservas teóricas ao nível deste modelo. Assim, defender a imputação automática à pessoa coletiva dos crimes praticados pelos seus órgãos ou representantes resultaria numa “falsa culpabilidade” no caso em que um destes pratique um “ato isolado” que não condiz com a prática habitual daquela, nem se insere no seu contexto de atividade. Admitir a responsabilidade penal da pessoa coletiva neste caso seria «...um puro oportunismo utilitarista». Refere ainda a situação em que o representante atua fora dos poderes atribuídos no âmbito da pessoa coletiva que não um exercício funcional simplesmente excessivo e, portanto, as suas ações não lhe são imputáveis.

correta»⁷¹ da mesma o critério decisivo para a determinação da sua própria e eventual responsabilidade.

Adotando a doutrina de TIEDEMANN já supramencionada, para aferir da culpa da pessoa coletiva, analisa-se se estava organizada com mecanismos internos adequados a evitar que a infração criminal se verificasse. Se se concluir pela inexistência de organização interna, esta tem culpa e responde por não estar organizada para evitar a prática do facto típico.

4. De jure constituto: o art. 11º do CP

A responsabilidade penal das pessoas coletivas e entidades equiparadas encontra-se sistematicamente estatuída na Parte Geral do CP, especificamente, no Livro I e no Título I (“Da lei criminal”), no seu art. 11º⁷². Cumpre-nos analisar como é que esta se encontra estruturada de *jure constituto*.

Apesar de o nº1 prever a regra da responsabilidade penal exclusiva das pessoas físicas, nos casos especialmente previstos na lei e no atual nº2 é possível a imputação aos entes coletivos dos crimes neste elencados⁷³, desde que verificados cumulativamente os pressupostos formal e material que analisaremos em seguida⁷⁴. Assim, fazendo uma interpretação normativa, concluímos que «...as acções e omissões daquela [pessoa singular que ocupa uma posição de liderança] constituem nexos de imputação [do facto] à pessoa coletiva»⁷⁵, sendo igualmente exigível o preenchimento dos critérios de imputação que iremos seguidamente aprofundar. A par destes, é ainda necessário que o facto praticado lhe seja imputado «por sua vontade própria formada nos termos da lei»⁷⁶.

⁷¹ Ibid., p. 189.

⁷² Sendo-lhes aplicáveis as penas estatuídas nos arts. 90º- A e ss.

⁷³ Integrados num sistema de *numerus clausus*, segundo Garcia e Castela Rio, 2014, p. 98.

⁷⁴ Aliado a estes dois critérios positivos, o nº6 faz depender ainda de um critério negativo, o qual estatui que a responsabilidade do ente coletivo é excluída quando o indivíduo atue contra ordens ou instruções expressamente dadas por “quem de direito”, i. é., por quem expressa a vontade daquele, consoante a lei e os estatutos. Silva, 2009, p. 267, vai ao encontro da posição prevista na lei, pelo facto de o ato não corresponder à vontade própria da pessoa coletiva e, conseqüentemente, não lhe ser imputado. No caso de se tratar de alguém com autoridade para exercer o domínio da mesma, o desrespeito pelas suas ordens ou instruções expressas leva à mesma solução, exceto se se verificar uma violação dos seus deveres de vigilância ou controlo.

⁷⁵ Semedo, 2016, p. 312.

⁷⁶ Silva, 2009, pp. 259 e 277.

Assim, nos termos do art. 11º, nº2, vai-se buscar a culpa aos seus órgãos e representantes tratando-se, contudo, de (facto e) culpa própria desta⁷⁷ construída através da culpa daqueles que ocupam uma posição de liderança e atuam “em nome e no interesse coletivo”, atuação esta dirigida à prossecução do seu fim social, independentemente de ser por meios (i)legais, para que a vontade daquela(s) lhe seja juridicamente imputada.

Deste modo, serão agentes ativos do catálogo de crimes previsto na norma, as pessoas coletivas, as sociedades civis e as associações de facto, sendo estas duas últimas designadas de *entidades equiparadas*, cfr. os nºs 2 e 5⁷⁸. Por sua vez, encontram-se excluídas de responsabilidade penal⁷⁹ o Estado, as organizações de direito internacional público e as pessoas coletivas de direito público (nº3).

4.1. Critérios de imputação do crime às Pessoas Coletivas e entidades equiparadas

4.1.1. Critério formal: agente que ocupe uma posição de liderança

O critério em apreço considera como ato próprio da pessoa coletiva, o ato «...cuja manifestação da vontade tiver sido proferida por um seu órgão (...), seu representante»⁸⁰ ou por quem tiver autoridade para assumir o domínio da atividade do ente coletivo (“poder de mando”). Deste modo, de forma abrangente, referimo-nos à atuação das pessoas físicas que ocupem uma posição de liderança dentro da «estrutura organizativa

⁷⁷ É exigível que seja provada a culpa dos seus órgãos ou representantes mesmo que estes não cheguem a ser efetivamente condenados. A existirem causas de desculpação, estas poderão valer apenas para os titulares dos órgãos ou para a pessoa coletiva.

⁷⁸ Para efeitos de fluidez do discurso, de agora em diante iremos referir-nos apenas à «pessoa coletiva» ou «ente coletivo».

⁷⁹ Gonçalves, 2007, p. 104, critica esta solução, salientado o exemplo de um “lar de solidariedade social privado” ser responsabilizado no caso de morte negligente de um dos pacientes e não o ser se ao invés pertencesse ao Estado. No entanto, não cabe no âmbito da presente dissertação a análise desta questão.

⁸⁰ Silva, 2009, ob. cit., p. 194.

da sociedade» (nº4 *ex vi* nº2, al. a) do art. 11º). Nos termos da norma em apreço, verifica-se uma adesão legal ao modelo de responsabilidade por substituição supramencionado.

A lei não distingue quais os órgãos com capacidade de responsabilizar a pessoa coletiva e não nos cabe a nós a faze-lo⁸¹, no entanto, salientemos que a norma se refere aos órgãos enquanto «centros institucionalizados de poderes funcionais»⁸² exercidos por uma ou mais pessoas físicas que correspondem aos seus titulares e atuam com o fim de manifestar a «vontade juridicamente imputável» ao ente coletivo (sendo o próprio a atuar), além dos casos expressamente previstos em lei especial ou nos estatutos da própria pessoa coletiva que habilitem outros órgãos a atuar em seu nome e no seu interesse⁸³. Deste modo, o órgão, singular ou «de composição plural», nomeadamente, colegial ou coletivo, terá que ter praticado o crime e formado uma vontade tal que esta possa ser imputada à pessoa coletiva como manifestação da sua própria vontade, nos termos legais. Por sua vez, no que diz respeito ao representante⁸⁴, este é equiparado ao órgão nos termos da legislação penal para responder às necessidades de política-criminal, o que a nosso ver se compreende. Não nos afastando do instituto da representação previsto no direito civil, estamos no âmbito de um representante legal ou voluntário, que em virtude de um ato de atribuição dos poderes de representação, atua, sendo esta atuação considerada como sendo da pessoa coletiva, enquanto representado.

Posto isto, GERMANO MARQUES DA SILVA⁸⁵ afirma que é pressuposto da responsabilidade penal da pessoa coletiva existir uma conexão entre o exercício funcional levado a cabo pelos titulares dos órgãos e representantes e o facto ilícito praticado, tendo este de caber no âmbito, pelo menos, do quadro geral da competência do órgão e dos fins da pessoa coletiva⁸⁶. Assim, referimo-nos quer ao «...gerente, administrador, diretor»,

⁸¹ Não procederemos à análise das noções de “órgão de facto”, “administrador de facto” e “representante de facto da pessoa coletiva”. Para um maior aprofundamento, *Ibid.*, pp. 231 a 235, 243 a 252 e 270 a 274.

⁸² Caetano, 1991, p. 204 *apud* *Ibid.*, p. 228.

⁸³ *Ibid.*, p. 230.

⁸⁴ Deixaremos de parte as questões teóricas que surgem relativamente a este pelo facto de não se identificar com o ente coletivo. Para uma análise mais aprofundada: *Ibid.*, pp. 237-246.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 250.

⁸⁶ Albuquerque, 2015, p. 138, é contra esta posição de exclusão da responsabilidade penal do ente coletivo em virtude de um crime cometido pelos seus órgãos ou agentes fora do seu exercício funcional, sendo indiferente se o representante agiu no «... âmbito da sua competência e dos fins sociais da sociedade». Por sua vez, Brito, 2010, p. 46, fundamenta a responsabilidade penal da pessoa coletiva no «domínio da organização para a execução do crime e (...) para a não comissão do crime». Aprofundaremos esta posição no capítulo seguinte com recurso a casos práticos, contudo, anotaremos alguns entendimentos doutrinários da autora, em lugar anterior devido.

enquanto titulares dos órgãos da pessoa coletiva, atuando como seus representantes legais; quer ao representante, quer, ainda, às demais pessoas que não o sendo, possuem «autoridade para exercer o controlo da atividade [ou setor de atividade] da pessoa coletiva»⁸⁷ atribuída expressa ou tacitamente por quem de direito (mediante delegação por parte da administração) ou por lei. Por sua vez, MÁRIO MEIRELES entende que o ente coletivo age por intermédio dos seus «...representantes legais, dos seus mandatários, trabalhadores ou através de quem de algum modo o represente»^{88/89}, abrangendo todos os agentes que colaborem com o mesmo, apesar de não possuírem um vínculo formal com o ente coletivo.

Por fim, nos termos da al. b) do nº2, do art. 11º, o crime também pode ser imputado à pessoa coletiva quando cometido por um indivíduo, devido à omissão de um dever de garante, designadamente, de vigilância e controlo de impedir a prática do resultado criminoso por quem atua numa posição de liderança (“culpa *in vigilando*”)⁹⁰.

4.1.2. Critério material: crimes cometidos em seu nome o no seu interesse

O critério material trata do fim subjacente à atuação da pessoa coletiva que corresponde à sua vontade. Como já foi referido, na al. a) do nº2, do art. 11º, esta será diretamente responsável pelos atos praticados por quem a represente orgânica, legal e voluntariamente e ainda por quem tenha poder para o exercício da autoridade, i. é., por quem aja numa posição de liderança, desde que atuem em seu nome e no seu interesse coletivo. Cumpre-nos, portanto, esclarecer em que consiste a atuação “em nome e no interesse coletivo”, que não sendo elemento constitutivo do tipo legal de crime, configurar-se um requisito de imputação.

A atuação “em nome” da pessoa coletiva refere-se à praticada «...no exercício e em conexão com o exercício das funções, em que o agente foi investido pela pessoa jurídica

⁸⁷ Silva, 2009, p. 246, refere a título de exemplo, o sócio de uma sociedade.

⁸⁸ Meireles, 2008, p. 129.

⁸⁹ Brito, 2010, pp. 46 e 56, refere que os líderes da organização são os indivíduos capazes de originar a responsabilidade penal do ente coletivo, em virtude de uma atribuição de competências fáticas pelo «titular da organização (...) (expressa ou tacitamente) e por eles efetivamente exercidas». Assim, é exigível que estes pratiquem o crime «... a título de autoria imediata, de autoria mediata ou de co-autoria...» (art. 26º).

⁹⁰ Segundo Magalhães, 2015, p. 201.

e que o habilitaram para a comissão do ilícito»⁹¹. Não se exige que o nome da mesma ou que a atuação em seu nome sejam invocados expressamente, bastando que fique implícito que a conduta funcional é praticada por causa da pessoa coletiva e não por ocasião desta, não bastando o agente ser formalmente titular de um órgão.

Por sua vez, a atividade no “interesse coletivo” é a praticada com vista «...à organização, funcionamento ou à realização dos fins [sociais]...» da pessoa coletiva, independentemente de não se verificar a obtenção de alguma vantagem financeira ou de se produzir um dano para a mesma⁹². Partilhamos este entendimento pelo facto de considerarmos injusto que a pessoa coletiva deixe de responder só pelo facto de a prática do crime não visar concretamente um proveito financeiro, até porque tal como o autor afirma, o art. 11º inclui as associações de facto que não têm fins lucrativos, pelo que, a ser assim, os crimes praticados pelos seus agentes nunca seriam um meio para a prossecução do seu interesse.

Por fim, nos termos da al. b) do nº2, do art. 11º, a pessoa coletiva é indiretamente responsável pelos factos cometidos por quem esteja sob a autoridade dos agentes que se encontram numa posição de liderança, desde que cometidos “em nome e no interesse coletivo” e se verifique a violação dos deveres de vigilância e controlo que sobre estes recaem. Esta violação⁹³ traduz-se no não exercício ou no exercício deficiente dos poderes de controlo e supervisão estatutários que recaem sobre os “líderes” sobre a atuação dos seus “subordinados”, incapaz de impedir a produção do resultado criminoso, quando tinha, precisamente, o dever de garantir de o evitar. GERMANO MARQUES DA SILVA⁹⁴ é do entendimento de que a pessoa coletiva é responsável por omissão e que este modo de imputação do crime parece ter como base a ideia de “culpa por deficiência da

⁹¹ Brito, 2010, p. 57.

⁹² Silva, 2009, p. 257. No mesmo sentido quanto à desnecessidade de visar vantagem económica, Brito, 2010, pp. 57 e 62. Entende que o facto ilícito é cometido “no interesse coletivo” quando «...seja objetivamente modelado, nos seus elementos essenciais, pelas condições criminógenas de organização ou funcionamento da pessoa jurídica e/ou pela sua filosofia de atuação jurídica e económica». Por sua vez, Albuquerque, 2015, p.138 entende tratar-se da prática da conduta pelo agente que arrecada ou, pelo menos, vise arrecadar um benefício material para o ente coletivo.

⁹³ «...[P]ode resultar de ação ou omissão, dolosa ou negligente, do líder», cuja «...responsabilidade pela omissão (...) alarga-se aos crimes puramente formais praticados pelos subordinados, segundo Albuquerque, 2015, p.139.

⁹⁴ Silva, 2009, p. 254.

organização”^{95/96}. Contudo, o autor defende sempre a referência às pessoas singulares com autoridade para exercer o controlo, provando-se previamente a sua culpa pelo facto de terem omitido o «...correto exercício das suas funções, e que revelam uma má estrutura da empresa». Por sua vez, TIAGO MAGALHÃES⁹⁷ entende que, ao contrário da al. a), verifica-se a estatuição legal de um «autónomo júízo de culpabilidade do ente coletivo...», recaindo a “censura jurídica” na inobservância dos deveres de cuidado que sobre si recaem, sendo este punido de modo autónomo – não obstante, o modelo previsto no art. 11º, em geral, seja o da “responsabilidade cumulativa” da pessoa coletiva e da(s) pessoa(s) física(s)⁹⁸.

Posto isto, após a análise da responsabilidade penal das pessoas coletivas e entidades equiparadas conforme se encontra estruturada na legislação penal portuguesa, estão reunidas bases suficientes para proceder a uma análise prática, com recurso a casos concretos, de forma a avaliar a (in)suficiência do modelo de imputação do crime de maus tratos ao ente coletivo em vigor no nosso sistema jurídico, no que toca à responsabilização do mesmo.

⁹⁵ Podemos constatar que o legislador foi além do modelo de imputação *suprarreferido*, surgindo «...indícios da consagração de uma culpa coletiva autónoma da pessoa jurídica» segundo Torráo, 2010, pp. 467 e 468, características de um modelo de responsabilidade direta da pessoa coletiva. A nosso ver, verifica-se uma adoção legal à ideia *supramencionada* de TIEDEMANN, a propósito de uma reformulação do conceito tradicional de culpa, substituído pelo de “culpa por défice da organização”.

⁹⁶ Brito, 2010, p. 59, tendo a responsabilidade penal da pessoa coletiva como base o «domínio da organização para a execução do crime» pelo titular da “posição de liderança”, afirma que a vontade (concretamente, o dolo ou a negligência) do ente coletivo é construída normativamente, e não por imputação a este do «...dolo ou negligência do subalterno ou do dirigente». De forma a evitar uma responsabilidade penal objetiva (do ente coletivo) ao admitir a responsabilização do líder pelo instituto da “culpa *in vigilando*”, sem que este tenha sido autor (ou cúmplice) do crime praticado na e por intermédio da organização de que é titular, a autora interpreta esta norma no sentido de estarmos perante a prática de um crime da autoria do líder da organização (como na al. a)), através «... do domínio que exerce sobre o âmbito social em que o facto acontece», sendo do líder o facto de conexão e não do “agente subordinado”. Assim, o dever de garante de evitar a comissão de crimes pelos seus subordinados, através da adoção de medidas organizativas adequadas, previsto na al. b), funciona como elemento de imputação da responsabilidade penal ao ente coletivo. Note-se que também nesta situação o crime é praticado “em nome e no interesse coletivo”, resultando de uma deficiência estrutural de controlo da pessoa coletiva.

⁹⁷ Magalhães, 2015, p. 203.

⁹⁸ Prevista no art. 11º, nº7 e aceite, em geral, no direito comparado. Silva, 2009, pp. 196- 201, refere que esta norma é invocada por quem defende a tese da responsabilidade autónoma da pessoa coletiva com base num vício estrutural e funcional da própria, representando um perigo para a comunidade já que a deficiente organização e «uma estratégia deliberada» levarão a que se pratiquem, respetivamente, crimes negligentes e dolosos. Deste modo, somos do entendimento de que não se trata de uma coautoria ou de um “concurso de pessoas” neste caso em que respondem pelo mesmo facto. Efetivamente, há uma responsabilidade cumulativa mas a pessoa coletiva é responsável pelo seu crime, mesmo que essa responsabilização resulte da imputação do facto às pessoas com posição de liderança, praticado em seu nome e no seu interesse.

Capítulo III

A Responsabilidade Penal da Pessoa Coletiva pelo Crime de Maus Tratos

No âmbito do presente capítulo analisaremos a responsabilidade penal das pessoas coletivas, especificamente, das estruturas residenciais para pessoas idosas⁹⁹, casas de saúde, de repouso ou semelhante, pelo crime de maus tratos, p. e p. no art. 152º-A. Deste modo, propomo-nos apontar algumas críticas ao art. 11º, nº2 do CP pelas situações em que não é possível a imputação e consequente responsabilização penal do ente coletivo, recorrendo a exemplos práticos por nós elaborados¹⁰⁰.

1. Imputação do Crime de Maus Tratos à Pessoa Coletiva

Imaginemos o exemplo de um diretor técnico¹⁰¹ de uma estrutura residencial que ordena que os seus enfermeiros administrem doses excessivas de medicação diárias aos idosos para que estes não sejam um encargo (“*overmedication*”).

Nos termos do art. 152º-A, serão agentes ativos do crime de maus tratos as pessoas que possuam um dever de cuidado para com a vítima, e o cometam dolosamente, por ação ou omissão¹⁰². *In casu*, os enfermeiros praticam o crime de maus tratos diretamente, enquanto o diretor técnico o pratica por intermédio daqueles (art. 26º), possuindo ambos um dever de cuidado para com as vítimas (idosos residentes), estando estas «...sob a responsabilidade da sua direção» (art. 152º-A, nº1). A administração excessiva e reiterada de medicação configura um crime de maus tratos físicos cometido contra a vítima, mais propriamente, um crime específico impróprio (pelo facto de o ato ser *in se* criminoso e a relação existente agravar o ilícito), lesando a sua saúde física (art. 152º-A, nº1, al. a). Por sua vez, o diretor técnico agiu com dolo (art. 13º), representando, no momento em que o

⁹⁹ Conforme consta do art. 1º da Portaria nº67/2012, de 21 de março, que de agora em diante iremos fazer referência. São os designados lares para idosos.

¹⁰⁰ Teremos que recorrer à nossa criatividade devido à falta de jurisprudência nacional que verse sobre estas situações.

¹⁰¹ *Cfr.* o art. 11º da Portaria.

¹⁰² O caso em que o mesmo agente determina que não será administrada pelos enfermeiros a medicação diária aos idosos a seu cuidado, *v.g.* Esta omissão de medicação diária com caráter reiterado é um ato constitutivo do crime de maus tratos.

comete, os elementos que constituem o tipo objetivo do ilícito (elemento intelectual) e tendo intenção de praticar o crime (elemento volitivo)¹⁰³. Por sua vez, agiu com dolo direto (art. 14º, nº1) ou, no mínimo, com dolo eventual por se conformar com a possibilidade de vir a afetar a saúde dos idosos residentes (art. 14º, nº2). Deste modo, revelou ainda uma atitude de indiferença perante a saúde das pessoas de idade no lar que dirige, pelo que agiu com culpa. O mesmo se pode dizer em relação aos enfermeiros, uma vez que enquanto profissionais de saúde, sabem que essa conduta produzirá um resultado desvalioso: maus tratos físicos. Não há possibilidade, cremos, de invocar a negligência grosseira, pelo facto de terem conhecimento e experiência na área que nos faz concluir, no mínimo, que se terão conformado com a lesão da saúde dos idosos, demonstrando uma atitude indiferente perante essa lesão.

Pelo exposto, estão preenchidos os pressupostos do art. 152º-A, pelo que teremos que analisar se o crime de maus tratos será imputado à estrutura residencial para idosos. Assim, o diretor técnico não é um órgão ou representante, mas sim o dirigente da mesma ocupando uma posição de liderança (art. 11º, nº4) já que compromete o ente coletivo com a sua atuação. Deste modo, comete “indireta” e dolosamente o crime de maus tratos em nome e no seu interesse coletivo da estrutura residencial, já que o praticou no exercício das suas funções¹⁰⁴ por força da mesma (facto de conexão), visando a sua organização e funcionamento. Posto isto, o crime de maus tratos será imputado à estrutura residencial, nos termos do art. 11º, nº2, al. a).

Agora, suponhamos que o enfermeiro, A, de uma estrutura residencial, tem como hábito apertar o nariz das pessoas idosas a seu cargo, para que se torne mais fácil alimentá-las¹⁰⁵. Ao diretor técnico, B, nas reuniões técnicas que organizou com o pessoal (art. 11º, nº2, al. a) da Portaria), foi-lhe comunicado o sucedido.

Ora, o ato de apertar o nariz para que os idosos sejam obrigados a abrir a boca para respirar e lhes é forçosamente introduzida a alimentação, não é *in se* típico, contudo, por

¹⁰³ Carvalho, 2011, p. 321.

¹⁰⁴ Nos termos do art. 11º, nº2 da Portaria.

¹⁰⁵ Note-se que de forma alguma opera o princípio bagatelar neste contexto por razões de respeito e dignidade da pessoa humana. Não estamos a lidar com menores em que possa existir uma “necessidade educativa” que justifique pequenas intervenções, mas sim com pessoas de idade cuja autonomia e dignidade devem ser prezadas.

força do seu caráter reiterado e da relação existente entre A e as vítimas, estamos perante um crime específico próprio de maus tratos psíquicos (cuja atitude provoca ansiedade no idoso por não conseguir respirar devidamente e, conseqüentemente, vergonha e constrangimento por estar sujeito à mesma). Assim, este ato demonstra impaciência, desconsideração e indiferença de A perante a dignidade e autonomia das mesmas, pelo que teve intenção de atuar desta forma e estava ciente de que a sua conduta iria lesar a saúde psicológica dos idosos a seu cuidado, tendo, portanto, agido com dolo e culpa. Pelo facto de possuir um dever de cuidado em relação a estes, a sua atuação preenche o art. 152º-A, nº1, al. a).

Por sua vez, em relação a B, este tem um «dever jurídico pessoal-funcional de garante...» (art. 10, nº2) para com o idoso residente de impedir a prática de infrações criminais pelos subordinados sob a sua direção¹⁰⁶, concretamente, de evitar o crime de maus tratos praticado pelo A. Deste modo, se B tomou conhecimento e optou por continuar inerte, não tomando medidas que impedissem a perpetuação da conduta criminosa, que se tornou, até, habitual (agiu, portanto, dolosamente), comete o crime de maus tratos a título de omissão (do ato impeditivo dos maus tratos infligidos diretamente pelo A), por violação dolosa do seu dever jurídico de garante (arts. 152º-A, nº1, al. a) e 10º, nº2). Posto isto, cometidos os maus tratos em nome e no interesse da estrutura residencial pelo B que «ocupa uma posição de liderança», este crime é imputado àquela, nos termos do art. 11º, nº2, al. a), como na situação descrita anteriormente.

Situação diferente é a de B não tomar conhecimento da prática dos maus tratos por A, por não ter comparecido nas reuniões técnicas e, assim, não ter impedido ou evitado a sua continuação devido à omissão de vigilância e controlo da atividade de A. Não se verifica o dolo quanto à prática dos maus tratos (em momento algum representou como possíveis, ou teve intenção de que se praticassem, até lhe serem comunicadas). No entanto, parece que o crime *in casu*, por força do art. 11º, nº2, al. b), é imputado à estrutura residencial, uma vez que B enquanto superior hierárquico de A que se encontrava «sob a autoridade» daquele, não cumpriu os seus «deveres de vigilância ou controlo» da atividade daquele, tendo o crime ocorrido em virtude dessa violação¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Note-se que no caso em análise, somos do entendimento de que o enfermeiro não ocupa uma posição de liderança (art. 11º, nº4) na estrutura residencial, caso contrário, estaríamos no âmbito do art. 11º, nº2, al. a).

¹⁰⁷ Como já foi mencionado, para Silva, 2009, p. 254, esta forma de imputação do crime parece ter como base a teoria de “culpa por deficiência organização”, provada previamente a culpa pela omissão do «...correto exercício das suas funções», já que B não compareceu às reuniões quando devia, «...e que

2. Impossibilidade de Imputação do Crime de Maus Tratos à Pessoa Coletiva

2.1. Quando o facto não deriva da violação dos deveres de «vigilância ou controlo»

Suponhamos que uma estrutura residencial possui 45 idosos residentes, encontrando-se a maior parte «...em situação de grande dependência» (art. 12º, nº3 da Portaria). O ajudante de ação direta, A, tem a seu cargo 15 idosos e de forma a conseguir providenciar-lhes os cuidados de higiene diários sem criar o risco de que sofram quedas e se magoem, decidiu prender alguns às respetivas camas.

Ora, os atos de A preenchem objetivamente o art. 152º-A, nº1, al. a), já que se tratam de privações de liberdade feitas às vítimas (idosos residentes), com as quais possui uma relação de domínio “existencial” e um dever de cuidado. Assim, aquele atua dolosamente, pois representa as circunstâncias do facto e tem intenção em proceder à contenção dos idosos que estão a seu cargo, aquando do seu exercício funcional, condicionado pela falta de profissionais do mesmo setor (a seu cargo tem mais 10 idosos residentes do que o número limite estipulado na lei). Perante as circunstâncias, A através de uma ponderação de interesses, opta por preservar os valores fundamentais do idoso (integridade física e vida) que considera superiores, em detrimento da liberdade de movimento dos mesmos, não se encontrando ético-pessoalmente indiferente perante a possível lesão da sua saúde física e psicológica. Deste modo, apesar de agir ilicitamente, não age com culpa (a ação não é *in se* desvaliosa), não sendo o facto ilícito qualificado como crime. Como tal, não é penalmente responsabilizado.

Quanto à atuação do diretor técnico, B, supramencionado nos exemplos anteriores, este tem o dever de «vigiar ou controlar» a atuação de A enquanto seu superior hierárquico, nos termos do art. 11º, nº2 al. b). O nexo de imputação do crime de maus

revelam uma má estrutura da empresa». Assim, o enfermeiro A mesmo que esteja especializado para exercer a sua função, não parece revelar-se vocacionado para a mesma. A estrutura residencial, no papel dos seus dirigentes (diretor técnico), tem obrigação de selecionar devidamente o pessoal que nela exerce funções, com especialização e vocação necessárias, Caso contrário, atuação funcionalmente contrariados, resultando numa conduta pouco ética sobre as pessoas de quem cuidam.

tratos à estrutura residencial reside na prova de que o facto cometido se deveu à violação destes deveres que recaem sobre si. Este é, enquanto “líder”, o facto de conexão para imputar o crime de maus tratos àquela, concluindo-se no caso concreto pela falta de dolo eventual de B, que ocupa o grau intermédio de responsabilidade, quanto aos maus tratos. A privação de liberdade de movimento dos idosos até podia ter sido evitada com uma maior supervisão da atuação de A por B, contudo, esse facto não se deveu a essa omissão de vigilância¹⁰⁸, mas sim ao incumprimento da contratação de profissionais legalmente exigida pela estrutura residencial, *cf.* art. 12º, nº3 da Portaria (v.g. os sócios terem deliberado em Assembleia geral despedir 6 ajudantes de ação direta dos 9 necessários, por motivos financeiros e a administração ter executado). Posto isto, a estrutura residencial não tem responsabilidade penal por não estarem preenchidas nenhuma das als. do art. 11º, nº2, o que a nosso ver é extremamente injusto.

Esta solução seria semelhante quando em virtude dessa violação do disposto na Portaria pelo lar, os idosos residentes têm vindo a sofrer de úlceras, devido a quedas frequentes, v.g. *In casu*, não é possível sequer uma identificação concreta das pessoas físicas que diretamente praticaram o crime de maus tratos por omissão. Não se conseguindo concretamente determinar o agente que atuou com dolo, o art. 152º-A não se encontra preenchido, pelo que as úlceras provocadas pelas quedas, constituem ofensas corporais cometidas a título negligente. O próprio B não agiu com dolo eventual (pois nem se conformou com a possibilidade de os idosos virem a cair e sofrer úlceras) mas é visível que as quedas se devem a uma falha na organização e funcionamento do lar que conduz ao incumprimento dos deveres de vigilância e segurança dos seus profissionais sobre os idosos. Também nos termos do art. 11º, nº2, a estrutura residencial não será penalmente responsabilizada.

2.2. Negligência do “subordinado” quanto ao facto ilícito

Imaginemos a situação em que uma estrutura residencial possui 150 idosos residentes e devido a esta sobrelotação, a administração procedeu à contratação de mais profissionais, diminuindo os requisitos de admissão exigíveis. O enfermeiro A sem

¹⁰⁸ O mesmo se verificou no Ac. do TRG de 9-10-2017, processo nº 23/14.2GCVPA.G1, disponível em www.dgsi.pt, a propósito da comissão de um crime de incêndio florestal por um mero trabalhador que não se provou «... que a prática do crime só ocorreu em virtude de uma violação, por parte do líder, dos seus deveres de controlo e supervisão».

experiência profissional, sem nunca ter lidado com tantos idosos ao mesmo tempo, começou a falhar na administração regular de insulina a alguns idosos diabéticos a seu cuidado, pelo que, certo dia, o idoso residente B, diabético, acabou por falecer em virtude de um choque hipoglicémico.

Feita a leitura, começemos por relembrar que o ilícito negligente traduz-se na «violação de um dever objetivo de cuidado» ou na «...realização descuidada, irregular ou imperfeita da conduta devida» (“desvalor da ação”), que produz um resultado desvalioso (“desvalor do resultado”), pelo facto de o agente “consciente e cuidadoso” de um determinado setor de atividade ser objetivamente capaz de prever o risco da sua produção e de, mesmo assim, não ter tomado o “cuidado objetivamente exigível” (art. 15º «segundo as circunstâncias...») para evitar a sua produção. O resultado desvalioso tem, pois, de ser imputado à «violação do dever objetivo de cuidado». Por sua vez, a culpa negligente, num «critério subjetivo-individual» do agente, tem a ver com a possibilidade de este concretamente, tendo em conta as suas capacidades individuais, ser capaz de prever o risco de produção do resultado desvalioso e de cumprir o “cuidado objetivamente exigível”, mas ter adotado uma «atitude ético-pessoal de descuido ou leviandade face ao bem jurídico lesado ou posto em perigo pela ação praticada sem o cuidado exigível»¹⁰⁹.

No caso em apreço, verificamos que a estrutura residencial não cumpre o art. 6º, nº1, da Portaria. É notório que A omitiu a ação adequada a impedir o resultado desvalioso não dolosamente, mas, sim, devido às condições que lhe foram proporcionadas. A violou o seu «dever objetivo de cuidado» de administrar corretamente a medicação aos idosos a seu cargo, quanto era objetivamente previsível que sem essa ação, pudessem vir a sofrer ofensas corporais ou (até) a morte. A morte de B é, pois, imputada a essa violação. Por força da visível sobrelotação, A era concretamente capaz de prever perante as circunstâncias e a sua falta de competências, que o exercício do seu dever ou a omissão do mesmo, criaria um perigo, no mínimo, para a saúde física (*in casu*) dos mesmos, pelo que mesmo que não tivesse capacidade de cumprir com o cuidado exigível, tinha obrigação de saber que não estava preparado para lidar com estas situações. Posto isto, entendemos que o A agiu com negligência (art. 15º), não se verificando o elemento subjetivo dolo exigível pelo tipo legal de maus tratos, pelo que no caso em apreço, o art. 152º-A, nº2, al. b) não se preenche (não se trata de um crime preterintencional). Assim,

¹⁰⁹ Todas as citações feitas no parágrafo em apreço foram retiradas de Carvalho, 2011, pp. 320, 525-532.

A, que possui um dever jurídico de garante, cometeu um homicídio negligente por omissão contra B, de forma que a ser responsabilizado sê-lo-á nos termos do art. 137º e não do art. 152º-A, nº2, al. b). O superior hierárquico de A, o diretor técnico, até poderá responder pela contratação pouco rigorosa que efetuou, no entanto, a concreta administração da medicação não lhe competia diretamente. Disto deriva a exclusão da responsabilidade penal da estrutura residencial, apesar de A ter violado um dever objetivo de cuidado e mesmo que tivesse uma posição de liderança (o que não sucede), pelo facto de o homicídio negligente não ser imputável à mesma (art. 11º, nº2).

3. Propostas *de jure condendo*

Como serão punidas as situações referidas? Recorrendo a uma alteração legislativa, alargando o catálogo taxativo de crimes do art. 11º, nº2, contemplando os crimes negligentes e/ou incluindo na norma do art. 152º-A, as condutas globalmente semelhantes aos maus tratos praticadas a título de negligência? Ou, ainda, criando uma nova disposição legal de forma a responsabilizar diretamente a pessoa coletiva, adotando um critério semelhante ao da culpa funcional, consagrado na Lei nº 67/2007 de 31-12, que prevê a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Pessoas Coletivas de Direito Público?

Nas situações em que são praticadas condutas globalmente idênticas às tipificadas como maus tratos num contexto institucional e que não tenham um carácter meramente episódico, mas o agente não as praticou com dolo, não sendo qualificadas como tais, há uma impunidade injustificada relativamente à responsabilidade penal da pessoa coletiva. *In casu*, a estrutura residencial, eventualmente, terá responsabilidade contraordenacional¹¹⁰, mas cremos que não é suficiente para a tutela dos bens jurídicos saúde (ampla) e vida, enquanto direitos fundamentais concretamente lesados. O mesmo entendimento temos em relação à responsabilidade individual de A e do seu superior hierárquico, no sentido em que se manifesta insuficiente e até injusto responsabilizar apenas estes, já que a própria estrutura organizativa do lar contribuiu para a produção do resultado desvalioso. Foi a sobrelotação e, conseqüentemente, a falta de qualificações do

¹¹⁰ Nos termos do Decreto-Lei n.º 33/2014 de 4-03 que alterou novamente o DL n.º 64/2007 de 14-03.

peçoal contratado que levou a que se provocasse negligentemente essa morte, pelo que a estrutura residencial deveria ser responsável pelo homicídio negligente de B.

Posto isto, existe uma lacuna no art. 152º-A no caso em que o agente pratique com negligência as condutas semelhantes às estatuídas na norma, uma vez que leva a que estes factos qualificados como crimes negligentes sejam transportados para os tipos legais puros, designadamente, os arts. 137º e 148º. Quanto à possibilidade de o art. 152º-A abranger estas condutas, colocamo-la apenas porque nos faz uma certa confusão assumir que as ofensas corporais negligentes (art. 148º) são semelhantes às ofensas que lesem a saúde de um idoso em virtude da omissão do cuidado exigível pelo seu cuidador, não meramente ocasional e num contexto institucional em que aquele se sente desconsiderado e afetado na sua dignidade. Segundo o art. 13º, a negligência só é punida nos «...casos especialmente previstos na lei» pelo que ao adicionar uma norma no art. 152º-A, doloso, a permitir contemplar estes casos em que não é meramente uma ofensa corporal negligente cuja integridade física seja lesada, talvez não fosse totalmente irrelevante. De qualquer das formas, o problema iria continuar a colocar-se, já que o art. 11º nº2 não se aplica de modo a responsabilizar o ente coletivo.

Por sua vez, por força do princípio da legalidade, a pessoa coletiva não responde por crimes negligentes praticados pelas pessoas físicas que nela ocupem uma posição de liderança, uma vez que o catálogo de crimes previsto no art. 11º, nº2 é doloso e não os inclui. Assim, a proposta de proceder a um alargamento do mesmo, incluindo os crimes previstos nos arts. 137º e 148º, é, a nosso ver, pertinente, tal como entende MARIANA FIDALGO¹¹¹. De igual forma, também não estão abrangidos os crimes cujos bens jurídicos tutelados são a vida e a integridade física cometidos a título doloso. Não compreendemos esta solução¹¹², uma vez que é perfeitamente razoável que por motivos de «...desadequada formação profissional, por falta de condições de trabalho, por violação das *legis artis* ou devido à conjugação de todos estes factores e outros...» relativos à organização da pessoa coletiva, resulte a morte de um trabalhador ou cliente/utente e que à mesma lhe seja imputável «enquanto organização»¹¹³. O mesmo vale para as ofensas

¹¹¹ Fidalgo, 2016, p. 23.

¹¹² Até porque a Lei nº 30/2015 de 22-08, veio alterar o nº2 do art. 11º e poderia perfeitamente ter procedido a esta inclusão.

¹¹³ Na esteira de Meireles, 2008, p. 129, não é compreensível que o homicídio, cometido a qualquer título, não esteja incluído no catálogo de crimes, já que a vida é o bem jurídico mais valioso. Brito, 2010, p. 44

corporais negligentes (art. 148º) com carácter frequente, ainda mais se assumirmos que são menos graves que os maus tratos. A título de exemplo, em vez da morte, B ficou com sequelas cerebrais irreversíveis em virtude do choque hipoglicémico.

Esta solução, contudo, também não serviria para responsabilizar a estrutura residencial nos casos supramencionados, uma vez que a atuação se deve, essencialmente, à sobrelotação, e contratação insuficiente de pessoal quer ao nível do número mínimo exigido por lei, quer ao nível da experiência e formação profissional exigível para exercer as funções. Mesmo que o art. 11º, nº2 incluísse os crimes negligentes, o critério de imputação vigente continuaria inaplicável, uma vez que o agente que comete o crime – no caso em que seja possível identifica-lo – não ocupa uma posição de liderança nem o crime é derivado da omissão dolosa dos deveres de «vigilância ou controlo» do seu superior hierárquico¹¹⁴ (diretor técnico), que não atuou, sequer, com dolo eventual.

Para que estas situações não ficassem excluídas, teríamos que responsabilizar diretamente a estrutura residencial por facto e culpa própria, pelo incumprimento dos rácios mínimos impostos por lei resultando numa “deficiência estrutural organizativa”¹¹⁵ e pela violação do dever de seleção de pessoal competente a seu serviço¹¹⁶. Uma vez que foi a violação destes deveres de cuidado que tem para com os idosos residentes, que levou a que fossem lesadas a sua saúde e a vida. Assim, «o facto punível (...) explica-se objetivamente pela estrutura, funcionamento e/ou cultura da pessoa jurídica»¹¹⁷.

Por sua vez, a teoria do «domínio da organização para a execução do crime e (...) para a não comissão do crime» defendida por TERESA QUINTELA DE BRITO¹¹⁸ para fundar

partilha da mesma posição, referindo que os homicídios cometidos, principalmente, a título negligente são os mais frequentes no âmbito de uma organização.

¹¹⁴ Carvalho, 2012, pp. 541 e 542, tenta responsabilizar penalmente o “superior” que viole negligentemente o seu dever jurídico de garante de não ocorrência ou não perpetuação da prática do crime de maus tratos pelo seu “subordinado”. No entanto, salienta que a pena aplicável ao “superior” não será a prevista no artigo 152º-A, nº1, já que não agiu com dolo quanto aos maus tratos, mas as penas previstas nos artigos 90º-A e ss., adequando-se as mesmas ao carácter individual do agente. Mesmo assim, utiliza o princípio da legalidade como argumento de compreensão para a exclusão dessa responsabilidade.

¹¹⁵ Provocando «... falhas ao nível da vigilância, segurança comodidade, bem-estar, higiene e alimentação». Fidalgo, 2016, p. 6.

¹¹⁶ Um dos deveres elencados por Faria, 2013, p. 381, que recaem sobre os hospitais ou casas de saúde para com os doentes, que a nosso ver vale para o caso em apreço, *mutatis mutandis*.

¹¹⁷ Brito, 2010, pp. 45-62.

¹¹⁸ Para a afirmação do dolo [da estrutura residencial] (...), releva o conhecimento acumulado, *por vias formais ou informais de comunicação*, ao nível do sector em que o facto ocorreu e da direcção da pessoa jurídica, confrontado com o concreto contexto em que o ocorreu o facto penal e com a linguagem social da

a responsabilidade penal do ente coletivo, não é aplicável também nestas situações, uma vez que o ilícito coletivo tem como base o facto de conexão, o qual é cometido por um indivíduo ligado à pessoa jurídica, verificando-se uma relação entre a organização de que esta é titular e o facto cometido em concreto, «...nas exatas circunstâncias em que se deu». Assim, a estrutura residencial só terá responsabilidade penal se «...além de ter conformado a organização para a execução do facto por intermédio de quem neles exerce autoridade sobre a actividade coletiva ou um dos seus sectores, efetivamente dominarem a organização para a não comissão do crime». Assim, nos termos da al. b) do art. 11º, nº2, o líder da organização, v.g. o diretor técnico, terá que ter executado «...o facto por intermédio do domínio que exercer sobre o âmbito social em que o mesmo facto acontece», violando o seu dever jurídico de garante para a não comissão de crimes. O crime, portanto, terá que ser imputado a um agente concreto a título de autoria, seja órgão, representante ou exerça «...poderes autónomos de decisão, direcção, supervisão, controlo e, eventualmente, mesmo disciplinares» (não um mero dever vigilância) na organização e os tenha violado. Contudo, mesmo que a estrutura residencial não tenha adotado «...as medidas organizativas, de gestão e de controlo adequadas a obstar à prática do facto penal»¹¹⁹, indicativo de uma não exclusão da sua responsabilidade penal, a verdade é que não existe o agente – dirigente da organização, designadamente, o diretor técnico – do “facto individual de conexão”, pelo que aquela continua a não responder.

Pelo exposto, cremos que nestes casos seria de admitir a responsabilidade direta da estrutura residencial com base num critério de culpa funcional¹²⁰ mais ou menos similar ao previsto na Lei 67/2007, de 31-12, no seu art. 7º, nº4. Esta lei aplica-se quando não seja possível identificar um agente concreto ou o dano não resulte de um ato concreto do titular do órgão ou individuo determinado, pelo que o Estado possui responsabilidade civil exclusiva, quando se verifique um “funcionamento anormal do serviço”, ou seja, «...quando, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma atuação susceptível de evitar os danos produzidos». É, pois, nesta «...violação de regras de prudência geral na gestão ou na

intencionalidade e das suas formas», Ibid., p. 59. O dolo e a negligência são, pois, construídos de modo autónomo.

¹¹⁹ Expressão que Brito, 2010, p. 58, entende que deveria constar no art. 11º, nº 6 em substituição do que lá se encontra estatuído.

¹²⁰ Faria, 2013, p. 387 aplica este conceito aos hospitais.

administração»¹²¹ que se forma o juízo de censura. O art. 10º, nº3 da referida lei estabelece uma presunção de culpa leve para estas situações.

Deste modo, cingindo-nos aos casos em análise e transpondo a solução para o direito penal, era exigível à estrutura residencial que cumprisse o padrão médio de qualidade, estrutura e funcionamento adequado, conforme as circunstâncias, a evitar a lesão da saúde e vida do idoso. Era-lhe exigível cumprir o número mínimo de profissionais imposto pelo art. 12º, nº3, al. b) e o número máximo possível de idosos residentes previsto no art. 6º, nº1, ambos da Portaria referida, tendo a mesma violado os deveres de «seleção do pessoal a seu serviço», de vigilância e controlo¹²² para com o idoso. Estes deveres (e outros que de momento não é relevante mencionar) constituem o padrão médio de funcionamento, pelo que a violação dos mesmos determina o mau funcionamento, o qual define o ilícito e se presume a culpa. Note-se que argumentos de natureza económica ou geográfica não servem para afastar o padrão médio, *vg.*, alegar a falta de recursos ou o facto de se tratar de uma zona não metropolitana, para não contratar o número mínimo de profissionais necessário para que os serviços funcionem e não se violem direitos fundamentais.

Não defendemos uma responsabilidade puramente objetiva da estrutura residencial só por incumprir o padrão médio de organização e funcionamento¹²³. Seria necessário analisar concretamente se este “funcionamento anormal do serviço” conduziu à lesão da saúde ou vida do idoso em questão. Toda a dogmática penal está construída de modo a não admitir modelos de responsabilidade penal objetiva, assentando, pois, a culpa da pessoa coletiva na culpa das pessoas individuais que nela assumem uma posição de liderança. No entanto, entendemos que poder-se-iam adaptar os princípios gerais do direito penal, pelo menos nas situações em que a responsabilidade penal assenta na negligência, pois nos parece uma realidade (tendencialmente) objetiva. Neste âmbito, a «violação do dever de cuidado» pouco grave é capaz de produzir um resultado desvalioso desproporcional, pelo que, a nosso ver e por razões de política criminal, possa ser admissível que nestas situações a pessoa coletiva possua culpa própria baseada na violação dos seus deveres de cuidado para com os idosos, por se verificar uma divergência

¹²¹ *Ibid.*, p. 380

¹²² *Ibid.*, pp. 380 e 381.

¹²³ Fidalgo, 2016, p. 16, refere que esta solução seria inconstitucional por não se verificar um bem jurídico com dignidade penal e violaria o princípio que impõe que o direito penal é subsidiário.

entre o funcionamento do serviço nas circunstâncias do caso e o que deveria existir, sendo, deste modo, responsabilizada diretamente. É, pois, sempre necessário que o julgador, no caso concreto, defina as circunstâncias do facto ocorrido e estabeleça a relação de adequação entre essa violação dos deveres e a lesão da saúde ou vida dos idosos.

A este propósito, já o direito anglo-saxónico admitiu em 2007 um diploma legal designado *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act*¹²⁴, de forma a criar meios efetivos para combater as piores falhas da organização (“*corporate failures*”) ao nível da saúde e segurança, certificando-se de que está a cumprir os deveres legais. Assim, este diploma, em particular, o seu *chapter 19*, consagra a responsabilidade direta de uma “*organisation*” do setor público e privado (limitadas às elencadas no diploma), pela morte de alguém (“*corporate manslaughter*”; “*corporate culpable homicide*” na Escócia) se a forma como as suas atividades são geridas e organizadas equivale a uma violação grosseira de deveres de cuidado (“*relevant duty of care*”)¹²⁵ que recai sobre a mesma para com o falecido (“*deceased*”). Assim, parte substancial da falha tem que se dever à atuação das pessoas que na organização ou setor da mesma, tomem decisões significativas (“*senior level*”).

Em virtude de um descontentamento público, de uma sensibilidade geral de que o conceito de culpa não chegava, foi criado este diploma legal, já que o ente coletivo antes de 2007 só era responsabilizado por homicídio quando um empregado seu praticasse o crime e tivesse antiguidade e controlo suficientes para ser visto como “cabeça” da mesma (“*controlling mind*”)¹²⁶. Porque não adotar uma solução do género em Portugal para o homicídio negligente ocorrido no seio de uma instituição de acolhimento para idosos, na qual a violação dos seus deveres de cuidado contribuiu para esse resultado criminoso?

Se assim fosse, no caso em que é cometido um homicídio negligente contra B, poderíamos deduzir a culpa da estrutura residencial no confronto com o modo como se encontrava organizada e estruturada pelos seus órgãos nas circunstâncias em que ocorreu o crime, e como razoavelmente deveria estar. Daqui resultaria a violação grosseira dos

¹²⁴ Interpretação feita através de <https://www.gkstill.com/Support/Links/Documents/2007-justice-1.pdf>.

¹²⁵ Grosseira no sentido em que a atuação do ente coletivo encontra-se muito abaixo daquele que razoavelmente seria esperada. Por sua vez, os deveres de cuidado são os já estipulados na “*civil law of negligence*”.

¹²⁶ Faria, 2013, p. 388.

deveres de cuidado que tem para com o idoso B, falecido, originando falhas na sua organização (sobrelotação e falta de competência do pessoal) que contribuíram para a sua morte, devendo, pois, ser direta e penalmente responsabilizada.

Conclusão

Com a elaboração da presente dissertação, é possível elencar certas conclusões. Assim, o ano 2007 revelou-se um avanço jurídico-penal por autonomizar o crime de maus tratos e consagrar a responsabilidade penal das pessoas coletivas e entidades equiparadas. Estas têm capacidade de ação e os atos praticados pelas pessoas físicas que nelas ocupam uma posição de liderança, são considerados seus atos próprios. Nos termos da nossa lei penal, a sua culpa é construída através da culpa destas, recorrendo-se à analogia com os princípios de direito penal clássico, *vg.*, o de que ninguém responde pela culpa de outrem e o da presunção de inocência. Os pressupostos construídos para as pessoas individuais têm que se acomodar às pessoas coletivas, pelo que uma vez cometidos maus tratos nas instituições que acolhem idosos, além de apuradas as responsabilizadas individuais, é imperativo que não se deixe de averiguar a responsabilidade penal da própria instituição. É a esta que nos referimos.

Nos casos em que não seja possível responsabilizar penalmente a instituição nos termos do art. 11º, nº2, por não se imputar o crime de maus tratos a um agente em posição de liderança, há que suprir essa insuficiência legislativa e recorrer a outras formas de responsabilização, nomeadamente, por via direta, alterando-se o disposto na norma ou criando-se um novo diploma legal. A instituição não pode deixar de responder pelas falhas na seleção e formação técnica do pessoal, contratação insuficiente do número mínimo exigível, deficiente organização dos seus turnos, instalações e condições desadequadas, entre outros fatores que revelam uma estrutura deficitária fomentadora de crimes. O que está em causa é a tutela do bem jurídico saúde (ampla) do idoso em ambiente institucional que foi lesado, onde este deveria ser protegido e confortado nos seus últimos anos de vida, pelo que nestes casos a margem para a intervenção penal deve ser a mais curta possível. Só assim ficarão asseguradas as funções de prevenção especial e geral, já que a instituição em causa não irá repetir os ilícitos referidos e as restantes seguirão o exemplo, pensando duas vezes antes de não terem uma organização e gestão adequada a evitar condutas ilícitas.

É claro que estas alternativas não serão criadas somente com base em razões de política criminal. Os princípios de “direito penal clássico” vigentes e as garantias que correspondem à noção de Estado de Direito têm que ser assegurados, não dependendo estas necessariamente da noção de culpa mas do cuidado exigível para condicionar a intervenção penal nas situações em que falhe. É, pois, necessário, contorná-los e adaptá-

los às novas realidades jurídicas. Tendencialmente, a doutrina refuta modelos de responsabilidade direta não assente na das pessoas singulares, invocando uma presunção de culpa, pela desnecessidade de se identificar um concreto agente do facto. Contudo, verificando-se a prática de um facto ilícito, a investigação criminal responsável (de carácter oficioso) analisará as circunstâncias concretas em que este ocorreu e aferirá se resulta de um ato (ou omissão deste adequado a impedir o facto) de um agente concreto – isto se for possível identificá-lo – ou se se deveu à violação grosseira dos deveres de cuidado da pessoa coletiva para com o idoso, pela forma como se encontrava organizada e estruturada, totalmente diferente da que razoavelmente era esperada. cremos, desta forma, que o núcleo de princípios vigentes continuará a ser respeitado.

Posto isto, a possibilidade de serem aplicadas sanções criminais e o próprio estigma de uma pessoa (singular ou coletiva) ser constituída arguida, são modos eficazes de impedir ou pelo menos diminuir a ocorrência de maus tratos (ou atos globalmente semelhantes nas mesmas circunstâncias) nas instituições, reforçando a tutela jurídica penal do idoso institucionalizado. Assim, é exigível que sejam criados todos os mecanismos penais possíveis para o efeito, sempre com respeito pela dogmática penal e que se promova uma abertura de espírito por parte da nossa jurisprudência no que toca à aplicação de penas ao ente coletivo.

Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto - *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª ed., Universidade Católica Editora, 2015.

BELEZA, Teresa Pizarro – “Violência Doméstica, Coletânea de Textos da Parte Especial do Direito Penal”, AAFDL, Lisboa, 2008.

BRANDÃO, Nuno – “A tutela penal especial reforçada da violência doméstica”, *Revista Julgar* nº12 (especial), ASJP, Lisboa, 2010.

BRAVO, Jorge dos Reis – “Critérios de imputação jurídico-penal de entes colectivos (elementos para uma dogmática alternativa da responsabilidade penal de entes colectivos)”, *RPCC*, ano 13, n.º 2, abril-junho, 2003.

BRITO, Teresa Quintela de – “Responsabilidade criminal de entes colectivos. Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal”, *RPCC*, ano 20, nº 1, janeiro-março, 2010.

CARDOSO, Cristina Augusto Teixeira – *A violência doméstica na vertente conjugal ou análoga - Será o Direito Penal espanhol um modelo a seguir? Tese de Doutoramento* (versão policopiada), 2018.

CARVALHO, Américo Taipa de – “Anotação ao artigo 152º (Violência doméstica)”, *in Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I (Arts. 131º a 201º)*, Jorge Figueiredo Dias (org), Coimbra Editora, 2012.

CARVALHO, Américo Taipa de – “Anotação ao artigo 152º-A (Maus tratos)”, *in Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I (Arts. 131º a 201º)*, Jorge Figueiredo Dias (org), Coimbra Editora, 2012.

CARVALHO, Américo Taipa de – *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 2ª ed., Coimbra Editora, 2011.

CORREIA, Eduardo – *Direito Criminal, I*, Almedina, (reimp.), com a colaboração de Jorge de Figueiredo Dias, 1971.

DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I. Questões Fundamentais da Doutrina Geral do Crime*, 2ª ed., Coimbra Editora, 2007.

FARIA, Maria Paulo Ribeiro de – “A reconfiguração da responsabilidade inividual e o dever de protecção da saúde – A perspectiva do direito penal”, RPCC, ano 23, nº3, julho-setembro, 2013.

FIDALGO, Mariana – “A pertinência do alargamento da responsabilidade criminal das pessoas coletivas – Reflexões e contributos para uma tutela jurídico-penal efetiva dos idosos”, Revista Julgar Online, 2016.

GARCIA, M. Miguez, J.M. Castela Rio – *Código Penal Parte Geral e Especial com notas e comentários*, Almedina, 2014.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia – *Código Penal Português, Anotado e Comentado – Legislação Complementar*, 18º edição, 2007.

MAGALHÃES, Tiago Coelho – “Modelos de Imputação do Facto à Pessoa Coletiva em Direito Penal: uma abordagem do pensamento dogmático (e de direito comparado) como tentativa de compreensão do discurso legislativo”, RPCC, ano 25, nº1 a 4, janeiro-dezembro, 2015.

MEIRELES, Mário Pedro Seixas – *A responsabilidade penal das pessoas colectivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao código penal ditada pela lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro: Algumas notas*, Revista Julgar, nº 5, maio-agosto, 2008.

NEVES, José Francisco Moreira das – “Violências Doméstica - bem jurídico e boas práticas”, Revista do CEJ, n.º 13, 2010.

SEMEDO, Maria João – “Imputação subjetiva: como se constrói e prova o dolo da pessoa jurídica – orientação jurisprudencial”, RCR, ano VII, Nº 27-28, julho-dezembro, Almedina, 2016.

SILVA, Germano Marques da – *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, Editorial Verbo, 2009.

TORRÃO, Fernando – *Societas Delinquere Potest? – Da Responsabilidade Individual e Colectiva nos “Crimes de Empresa”*, (Teses de Doutoramento), Almedina, 2010.

<https://www.gkstill.com/Support/Links/Documents/2007-justice-1.pdf>

https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpgid=ine_tema&xpid=INE&tema_cod=1115

<http://www.dgsi.pt/>