

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA
PORTUGUESA ESCOLA DE LISBOA**



**O ANÁLISE DA CULPA NA RESPONSABILIDADE
PENAL DOS ENTES COLECTIVOS**

Dissertação elaborada no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos Mestrado Forense

Ana Filipa dos Santos Pascoal

Lisboa, Maio de 2013

Orientação: Professor Doutor Germano Marques da Silva

ÍNDICE

Siglas e Abreviaturas	3
-----------------------------	---

1º CAPÍTULO

1º Parte: Considerações introdutórias

1.1.Introdução	5
1.2. Delimitação do objecto.....	8

2º Parte: Conceito de “pessoa colectiva” relevante para o objecto de estudo

2.1. Pessoa colectiva – perspectiva civilista: sinónimo de personalidade colectiva.....	9
2.2. Conceito de “pessoa colectiva” subjacente ao nosso ordenamento jurídico-penal.	10
2.2.1. Pessoas colectivas de direito público.....	15

2º CAPÍTULO

1ª Parte: Princípio *Societas Delinquere non Potest*

1.1. O Princípio Societas Delinquere non Potest à luz do Direito Penal Português.....	19
1.2. Em especial, a incapacidade dos entes colectivos suportarem um juízo de censura ética – culpa	25

2º Parte: Da viabilidade da Responsabilidade Penal dos entes colectivos

2.1. Responsabilidade Penal dos entes colectivos com culpa	
2.1.1. Teorias pertencentes a um modelo de responsabilidade indirecto	
2.1.1.1.Tese de Figueiredo Dias: Modelo de culpa analógico	31
2.1.1.2.Tese Faria Costa: Teoria da Racionalidade material dos lugares inversos.....	34
2.1.2. Teorias pertencentes a um modelo de responsabilidade directo	
2.1.2.1.Tese de Klaus Tiedemann: Teoria da culpa por defeito de organização.....	35
2.1.2.2.Tese de Fernando Torrão: Culpa pela política organizacional	36

2.2. Responsabilidade penal dos entes colectivos sem culpa (Responsabilidade objectiva)	
2.2.1. Tese de Schünemann – Estado de necessidade de protecção de bens jurídicos.....	39
3º Parte: Solução adoptada	
3.1. Rejeição da Teoria Clássica – Necessidade de responsabilização criminal dos entes colectivos.....	40
3.2. Repúdio de uma Responsabilidade Penal Objectiva – Culpa: fundamento e limite da pena.....	43
3.3. Denegação da culpa por defeito de organização – Inversão do ónus	44
3.4. Defesa de um Modelo de Responsabilidade Indirecta Analógico	43
4. Conclusões	49
5. Bibliografia	51

Siglas e Abreviaturas

AAFDL	– Associação Académia da Faculdade de Direito de Lisboa
AA.VV.	– Autores Vários
Art.	– Artigo
BFDC	- Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BFDB	– Boletim da Faculdade de Direito de Bissau
CEJ	– Centro de Estudos Judiciários
CMVM	– Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
Cfr.	– Confronte-se (ou confrontar)
CP	- Código Penal
CSC	- Código das Sociedades Comerciais
CRP	– Constituição da República Portuguesa
Ed.	- Edição
DPEE	– Direito Penal Económico Europeu
Nº	- Número
Ob.cit.	– Obra Citada
pp.	- Página
RGIT	– Regime Jurídico das Infracções Tributárias
RMP	– Revista do Ministério Público
ROA	– Revista da Ordem dos Advogados
RPCC	– Revista Portuguesa de Ciência Criminal
ss.	– Seguintes
UCP	– Universidade Católica Portuguesa

Vol. - Volume

1º CAPÍTULO

1º Parte: Considerações introdutórias

1.1.Introdução

Vivemos numa sociedade em profunda e rápida mutação, com contextos que não devemos ignorar e com «neófitas áreas de criminalidade» em relação às quais a política criminal deverá tentar adaptar-se¹.

A exteriorização de novas formas de criminalidade e novas fontes de perigo², específicas da “sociedade de risco”³, dada a sua impressibilidade, frequente indivisibilidade e, por conseguinte, difícil detecção, trazem grandes problemas no que concerne ao Direito Penal⁴, onde se inclui o tema da admissibilidade de imputação criminal dos entes colectivos, e em especial, a problemática da culpa na responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

No âmbito da imputação criminal das colectividades, agravam-se problemas da ciência jurídico-penal que se prendem com exigências da imputação objectiva, e principalmente subjectiva, como a determinação das respectivas culpas, que tendem a diluir-se no emaranhado dos diferentes comportamentos individuais.

A discussão em torno da incriminação da pessoa jurídica, ao longo dos anos⁵, tem merecido muita atenção por parte da doutrina jurídica, o que é comprovável pela extensa bibliografia

¹ Fernando Torrão “Os novos campos de aplicação do direito penal e o paradigma da mínima intervenção (perspectiva multidisciplinar)” *in liber discipulorum* para Jorge Figueiredo Dias, Coimbra 2003 pp.332

² Os conflitos alargam-se a áreas tão diversificadas como: economia, ambiente, laboral, saúde, circulação rodoviária, ou criminalidade informática. *Crf* José de Faria Costa “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do direito penal)” *in* DPEE: textos doutrinários vol. I, Coimbra Editora 1998 pp.504 nota rodapé 13; *Crf*. Figueiredo Dias e Manuel Costa Andrade “Criminologia – o Homem delinquente e a sociedade criminógena”, 2º reimpressão, Coimbra editora, 1997 pp.440/441. *Vide* sobre o criminalidade ambiental as anotações de Anabela Rodrigues (arts278º-281º do Código Penal) Comentário Conimbricense do Código Penal - Tomo II, Coimbra Editora 1999; e ainda, sobre a criminalidade informática, *vide* Paulo Sousa Mendes “A responsabilidade penal das pessoas colectivas no âmbito da responsabilidade informática em Portugal” *in* AA.VV., Direito da Sociedade da Informação, vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 385-404

³ Para uma completa caracterização da Sociedade de risco (pós industrial), *vide* o texto de Faria Costa “O fenómeno da globalização e o direito penal económico” *in* DPEE: textos doutrinários vol. III, Coimbra Editora 2009

⁴ Fernando Torrão “Os novos campos de aplicação do direito penal e o paradigma da mínima intervenção (perspectiva multidisciplinar)” *in liber discipulorum* para Jorge Figueiredo Dias, Coimbra 2003 pp.335

⁵ Ao contrário do que se possa pensar, não é uma problemática nova. Com uma breve alusão histórica, “do Império Romano ao Iluminismo tendencialmente fundamentada na ideia de perigosidade social” veja-se o capítulo I da tese de doutoramento de Fernando Torrão “Societas Delinquere Potest? - Da Responsabilidade Individual e Colectiva nos “Crimes de Empresa” (Teses de Doutoramento) 2010

que se encontra sobre o assunto e constantes alterações legislativas, nacionais e internacionais⁶.

O fenómeno de substituição de contextos de acção individual, por outros de natureza colectiva⁷ – passível de se espelhar numa «teia complexa»⁸ relativamente ao processo de imputação», para os quais contribui uma multiplicidade de pessoas- tendia, no passado, a confluir numa pura «irresponsabilidade organizada», ou responsabilidade de «cifras negras»⁹, defendendo-se exclusivamente a responsabilidade penal das pessoas singulares¹⁰

Mas o incremento da participação dos entes colectivos, sobretudo nos campos da criminalidade económica e social, e a decorrente necessidade de a prevenir e reprimir, levou a que, um pouco por toda a parte, se fosse questionando o dogma da individualidade na responsabilidade penal.¹¹

⁶ A este propósito, numa óptica dos instrumentos internacionais e tratados, confira-se o de trabalho Paulo Pinto de Albuquerque “A responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou equiparadas” *in* ROA, ano 66 n.º 2 Setembro de 2006 Lisboa pp.626-651

Na opinião do Professor, o direito das organizações internacionais não é favorável à consagração do princípio da responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou equiparadas, dando como exemplo, a Convenção das Nações Unidas (15/10/2000), o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, as convenções celebradas no Conselho da Europa, que no seu entender, prevêm sempre, a possibilidade dos Estados Membros, escolherem o tipo de sanção, criminal, civil, ou administrativa, a aplicar ao sujeito penal em questão. – “Todos estes diplomas colocam expressamente em alternativa aqueles tipos de responsabilidade, tendo-se nos respectivos trabalhos preparatórios da Comissão Salientado sempre que competia aos Estados decidir de acordo como os sistemas constitucionais e penais nacionais qual dos dois tipos será o mais adequado” *ob.cit.* pp.630. Não partilham desta opinião, Germano Marques da Silva e Alberto Esteves Remédio, para estes autores, merece especial destaque a intervenção do Conselho de Europa, que recomendou aos Estados Membros o reexame dos princípios da responsabilidade criminal de modo a viabilizar-se, em certos casos, a responsabilização de pessoas colectivas, constituindo um marco decisivo na viragem da orientação na Europa Continental do princípio *societas delinquere non potest*, para o *societas delinquere potest*. *Crf* Alberto Esteves Remédio “Sobre a responsabilidade criminal das pessoas colectivas” *in* RMP; ano14 Janeiro/Março, 1993, n.º53 pp.65/66 e Germano Marques da Silva “Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus administradores e representantes” Editorial Verbo, 2009 pp.83

Também o preâmbulo do Decreto-lei n.º28/84, de 20 de Janeiro, faz no seu oitavo parágrafo, referencia às fontes internacionais “importante novidade neste diploma é a consagração aberta da responsabilidade penal das pessoas colectivas e sociedades, a que algumas recomendações de instâncias internacionais, como o Conselho de Europa, se referem com insistência”.

⁷ *Idibem.* pp.335

⁸ Expressão utilizada por Augusto Silva Dias no I Curso Pós-Graduado de Actualização sobre Direito Penal das Pessoas Colectivas 2013, Organizado pelo Instituto de Direito Penal da Faculdade de Direito de Lisboa - 1ª sessão (23/04/2013).

⁹ No dizer de Faria Costa; expressão utilizada na maioria das suas obras relacionadas com este tema.

¹⁰ *Crf.* Susana Aires de Sousa “A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e comparticipação no contexto empresarial” – Estudos em Homenagem ao Prof. Figueiredo Dias vol. II A autora considera problemática a imputação individual dos factos desvaliosos e criminalmente relevantes, comportando um sério “risco de converter a organização da responsabilidade em irresponsabilidade organizada”.

¹¹ Figueiredo Dias e Manuel Costa Andrade “Problemática geral das infracções contra a economia nacional” *in* DPEE: textos doutrinários vol. I, 1998 Coimbra Editora pp.5 e ss e Alberto Esteves Remédio *ob.cit.* pp.65

Como alude FARIA COSTA “a empresa foi «descoberta» pelo direito penal e pela criminologia como centro susceptível de gerar ou de favorecer a prática de factos penalmente ilícitos, porque de repercussão desvaliosa no tecido económico-social”¹².

Como sabemos, a realidade subjacente à entidade colectiva sofreu ao longo dos séculos grandes mutações. O ente colectivo que outrora desenhava-se no âmbito de uma economia familiar, localizada num espaço físico e raio de acção restrito e bem delimitado, dá hoje lugar à empresa¹³, “um dos nódulos essenciais do modo de ser comunitário das actuais sociedades”¹⁴.

Presentemente, os entes colectivos desempenhando um papel decisivo na configuração do retrato da sociedade moderna, sendo os principais e mais relevantes sujeitos activos na nova criminalidade característica da sociedade pós-industrial. Ponderamos se não terá sido efectivamente o nascimento do Direito Penal Económico o grande «motor de propulsão» das reformas legislativas relacionadas com a alteração do estatuto da responsabilidade dos entes colectivos¹⁵.

Um panorama delineado por uma complexidade organizacional, com a utilização de aparatos e tecnologias avançadas, com facilidades de movimentação e transacções financeiras, dificultando ou impossibilitando o seu rastreamento, põe em evidência a necessidade de aperfeiçoamento de novas formas de imputação na responsabilidade criminal¹⁶. Ficou patente a ineficácia e a impotência do nosso sistema penal tradicional, exigindo uma reformulação dos conceitos e a criação de novos modelos de combate ao crime, de forma a atingir eficazmente tanto os delitos humanos como os corporativos.

¹² Vide “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do direito penal)” in DPEE: textos doutrinários vol. I, Coimbra Editora 1998 pp505

¹³ Para uma melhor compreensão acerca do conceito empresa, importa consultar, Orlando de Carvalho “Critério e estrutura do Estabelecimento Comercial, O problema da empresa como objecto de negócios” Atlântida editora, 1967; Coutinho de Abreu “Da empresarialidade, as Empresas no Direito” Almedina, 1996 e Menezes Cordeiro “Manual de Direito Comercial”, Almedina, 2007. Este último autor esclarece que a empresa deverá ser considerada como “um conjunto concatenado de meios materiais e humanos, dotados de uma especial organização e de uma direcção, de modo a desenvolver uma actividade segundo as regras de racionalidade económica”.

¹⁴ Expressão utilizada por Faria Costa “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do direito penal)” in DPEE: textos doutrinários vol. I, Coimbra Editora 1998 pp503

¹⁵ Em Portugal, o decreto-lei 28/84, de 20 de Janeiro, atinente às Infracções Antieconómicas e Contra a Saúde Pública representa um marco legislativo, na problemática da Responsabilidade Penal dos Entes Colectivos. Cfr. José Manuel Costa Galo Tomé de Carvalho “Responsabilidade penal das pessoas colectivas” in Revista do MP, ano 30 Abril - Junho 2009 nº118 pp.55

¹⁶ Cfr. Jorge Reis Bravo “Critérios de imputação jurídico-penal de entes colectivos” (elementos para uma dogmática alternativa da responsabilidade penal de entes colectivos) in RPCC ano13, nº2 Abril/Junho 2003 pp.211

1.2. Delimitação do objecto

Aquando da escolha deste tema, dois caminhos se nos antolham possíveis, ou uma análise respeitadora de toda a teoria geral da responsabilidade penal da pessoa jurídica mas, necessariamente superficial e descritiva ou, pelo contrário, uma análise circunscrita a uma peculiar questão ou ponto de vista, de entre muitos que o tema suscita.

Importa pois individualizarmos uma questão e tentar analisá-la o mais completa e profundamente possível. Ao fazê-lo encontraremos o objecto da nossa tese: A análise da culpa na responsabilidade penal dos entes colectivos.

Aqui se cuidará, predominantemente, de tentar fazer um esboço do estado actual de tal problemática, bem como de ensaiar um contributo resultante de algumas reflexões pessoais.

Não pretendemos com este trabalho proceder à inventariação dos diversos argumentos usualmente invocados contra a responsabilização do ente colectivo. Interessa-nos antes procurar alcançar a resposta para uma concreta questão: terão as pessoas colectivas e equiparadas capacidade de culpa?

Tentando sempre acompanhar o que diz a esse respeito o nosso código penal e legislação extravagante que consideramos necessária. Vamos proceder em primeiro lugar à análise do sujeito activo em questão, passando para estudo do princípio *Societas delinquere non potest*, com um exame pormenorizado sob os argumentos apresentados a favor da incapacidade de culpa (e acção) dos entes colectivos. Posteriormente, examinaremos as diversas teorias que aprovam a responsabilização da pessoa jurídica, com e sem culpa, para concluirmos com a nossa tomada de posição, sugerindo paralelamente algumas linhas de reflexão complementares.

Do nosso campo de análise exclui-se a problemática adjacente à responsabilidade por actuação em nome de outrem, plasmada no art.12º do Código Penal, uma vez que, se traduz na possibilidade de pessoas humanas serem responsabilizadas autonomamente, quer dizer, de modo independente da pessoa colectiva que integram¹⁷.

¹⁷ Para um estudo da responsabilidade criminal de pessoas singulares que compõem a pessoa colectiva (v.g., a responsabilidade dos superiores hierárquicos pelos actos dos seus subordinados ou, noutra medida, a responsabilidade dos representantes da pessoa colectiva), veja-se, as obras: Germano Marques da Silva, em especial, “Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus administradores e representantes”, pp284 e ss, Gonçalo N. C. Sopas de Melo Bandeira “Responsabilidade Penal Económica e Fiscal dos Entes Colectivos”, Almedina 2004 pp326 e ss; Susana Aires de Sousa “A responsabilidade criminal do dirigente: algumas

2º Parte: Conceito de “pessoa colectiva” relevante para o objecto de estudo¹⁸

2.1. Pessoa colectiva – perspectiva civilista: sinónimo de personalidade colectiva

Torna-se imperativo fazer uma análise interdisciplinar, recorrendo principalmente ao Direito Civil, do que sejam as entidades colectivas para o Direito Penal¹⁹, como forma de determinar e caracterizar o sujeito activo passível de cometer infracções.

Segue-se então uma abordagem, ainda que sucinta, à problemática referente ao conceito de pessoa pessoa, de modo a tentarmos perceber com mais detalhe o que seja a “pessoa colectiva” implícita no nosso ordenamento jurídico-penal.

Foi a dogmática do Direito Civil que começou por desenvolver os quadros conceptuais relativos às entidades colectivas, tendo sido Guilherme Moreira o primeiro autor Português a utilizar a denominação “pessoa colectiva”.

As pessoas colectivas são “organizações constituídas por um agrupamento de pessoas ou por exemplo patrimonial (massa de bens), tendo em vista a prossecução dum interesse comum

considerações acerca da autoria e comparticipação no contexto empresarial” – Estudos em Homenagem ao Prof. Figueiredo Dias vol. II pp1005-1037; João Paulo Vitorino “A responsabilidade penal fiscal dos administradores, directores, gerentes e representantes das sociedades” *in* Revista de Direito Penal, Universidade Autónoma de Lisboa, vol. I, nº1- ano 2002

¹⁸ *Vide* sobre esta questão os importantes estudos de Mário Pedro Meireles “Pessoas colectivas e sanções criminais: juízos de adequação” 2006 Almedina e “A responsabilidade penal das pessoas colectivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao código penal ditada pela lei 59/2007, de 4 de Setembro: Algumas notas “ *in* Julgar Maio-Agosto 2008 (nº5); Germano Marques da Silva “Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus administradores e representantes” Editorial Verbo, 2009; Gonçalo N. C. Sopas de Melo Bandeira “Responsabilidade Penal Económica e Fiscal dos Entes Colectivos”, Almedina 2004; Silvina Bacigalupo “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” Barcelona: Bosch, 1998; João Castro e Sousa “As pessoas colectivas em face do direito criminal e o chamado «direito de mera ordenação social»” Coimbra editora, 1985; José de Faria Costa “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do direito penal)” *in* DPEE: textos doutrinários vol. I, Coimbra Editora 1998; Manuel António Lopes Rocha “A responsabilidade penal das pessoas colectivas – Novas perspectivas” *in* DPEE: textos doutrinários vol. I 1998 Coimbra Editora (também publicado em Centro de Estudos judiciais, direito penal económico – ciclo de estudos, Coimbra 1985); José Manuel Merêa Pizarro Beleza “Notas sobre o direito penal especial das sociedades comerciais” *in* DPEE: textos doutrinários, vol. II 1999 Coimbra Editora e ainda Jorge dos Reis Bravo “Critérios de imputação jurídico-penal de entes colectivos” (elementos para uma dogmática alternativa da responsabilidade penal de entes colectivos) *in* RPCC ano13, nº2 Abril-junho 2003

¹⁹ Realizando também uma análise detalhada do conceito de entidades colectivas, importa consultar Mário Pedro Seixas Meirelles “Pessoas Colectivas e sanções criminais: Juízos de adequação” páginas 24 a 63. O autor escrutina o conceito de pessoa colectiva, em primeiro lugar à luz de uma perspectiva civilista, depois concentrando as suas atenções nas pessoas colectivas numa óptica publicista. Pondera em especial o conceito de “pessoas colectivas” retratado no Decreto-lei nº28/84, de 20 de Janeiro, no Código de Trabalho (aprovado pela Lei nº99/2003, de 27 de Agosto), e por último no ante-projecto do XV Governo Constitucional relativo ao regime da responsabilidade penal das entidades colectivas e equiparadas.

Também o Professor Germano Marques da Silva no seu manual “Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus administradores e representantes” nas páginas 212 e ss.; pondera quais as sociedades susceptíveis de imputação penal, dissecando separadamente, as sociedades comerciais e empresas públicas, as sociedades civis, as sociedades irregularmente constituídas, as sociedades unipessoais, as cooperativas, as associações de facto e entidades equiparadas, finalizando com as entidades fiscalmente equiparadas às sociedades.

determinado, e às quais a ordem jurídica atribui a qualidade de sujeitos de direito, isto é reconhece como centros de imputação autónoma de relações Jurídicas”²⁰.

Podemos concluir que subjaz à noção de pessoa colectiva a existência de personalidade colectiva, e como tal, para que uma entidade colectiva possa ser designada de “pessoa colectiva” tem, necessariamente, que ter capacidade jurídica de, por si própria, através dos seus órgãos, agir no mundo civil e comercial.

Esta figura jurídica, que agora analisamos, foi criada essencialmente por razões pragmáticas, porque se regulássemos estas situações face ao modo como são disciplinados no nosso direito as relações jurídicas das pessoas singulares, seria uma fonte de complicações, e um mecanismo bastante falível para a salvaguarda e efectivação dos interesses associativos²¹.

No mesmo sentido, leia-se FARIA COSTA²², “a possibilidade de se poderem imputar factos, juridicamente relevantes, à pessoa colectiva reduz a complexidade e aumenta, por conseguinte, o grau de eficiência e fluidez sistemática de todo o ordenamento jurídico.

Relembrando os ensinamentos da maioria da doutrina, uma correcta utilização da expressão “pessoa colectiva”, só permite identificar entidades colectivas dotadas de personalidade jurídica, isto é, necessariamente titulares de um estatuto jurídico autónomo e distinto e como tal qualificadas como um verdadeiro sujeito de direito.

2.2. Conceito de “pessoa colectiva” subjacente ao nosso ordenamento jurídico-penal

²⁰ Noção dada por Manuel Domingues de Andrade “Teoria Geral da Relação Jurídica” vol. I, 1974 pp45.

Outra definição muito acolhida pela nossa doutrina e jurisprudência é a dada pelo Professor de Coimbra, Mota Pinto *in* “Teoria Geral do Direito Civil” Coimbra, 2012 pp267: “As pessoas colectivas são organizações constituídas por uma colectividade de pessoas ou por uma massa de bens, dirigidos à realização de interesses comuns ou colectivos, às quais a ordem jurídica atribui personalidade jurídica. Trata-se de organizações integradas essencialmente por pessoas ou essencialmente por bens, que constituem centros de imputação autónomos de relações jurídicas – autónomos mesmo em relação aos seus membros ou às pessoas que actuam como seus órgãos”.

Para mais desenvolvimentos quanto ao conceito de pessoa colectiva veja-se as obras de Menezes Cordeiro “Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais” Lisboa 1996; “O levantamento da personalidade colectiva: no direito civil e comercial” Almedina, 2000 e mais recentemente “Tratado de Teoria Geral do Direito Civil” tomo I, 2007.

²¹ Neste sentido Manuel Domingues de Andrade “Teoria Geral da Relação Jurídica” vol. I, 1974 pp47. Veja-se também na *Ibid.*, pp46. “Tratando-se, porém, de interesses colectivos, já o mecanismo da personalidade singular pode não ser suficiente para conseguir dum modo simples- isto é, sem grandes complicações de regulação- uma tutela adequada aos interesses colectivos”.

²² “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do direito penal)” *in* DEPP: textos doutrinários vol. I, Coimbra Editora 1998 pp507

Cabe agora perceber se o Direito Penal cinge a sua punição às pessoas colectivas, exigindo como pressuposto da responsabilidade penal a existência de personalidade (jurídica) colectiva.

Parece-nos seguro afirmar que toda a doutrina Portuguesa entende que a nossa lei não exige personalidade jurídica dos entes colectivos, para que estes possam ser jurídico-penalmente responsabilizados. Como muito bem refere GERMANO MARQUES DA SILVA “a personalidade jurídica não apreende plenamente a «personalidade criminal» dos entes colectivos”, ressaltando no entanto que “não se trata aqui de reintroduzir a «responsabilidade» penal de coisas, nem sequer de responsabilizar colectivamente todas as pessoas que se juntam para a realização de um interesse colectivo”²³.

Ao concluirmos que o sujeito alvo de punição penal não carece de personalidade jurídica, torna-se inequívoco que o conceito de pessoa colectiva dado pelo Direito Civil não esgota a plenitude do sujeito activo previsto para o Direito Penal, no sentido em que este é mais lato²⁴. Razão pela qual, por rigor terminológico, ao longo do nosso trabalho utilizaremos, para definir o agente activo em causa, as expressões: ente colectivo, pessoa jurídica, pessoa moral?, pessoa colectiva e equiparadas e realidade colectiva.

Questão que importa colocar é a de saber se todos os entes colectivos devem ter a mesma relevância para o Direito Penal.

TERESA SERRA e PEDRO FERNÁNDEZ SANCHEZ²⁵ consideram que o Direito Penal, não se restringindo às pessoas colectivas, isto é, estendendo-se a outros agrupamentos de pessoas que não gozem de personalidade jurídica, pretende essencialmente atingir os agrupamentos de pessoas, dotados de uma organização e dinâmicas próprias, muito em especial a empresa.

Fazendo uma abordagem crítica do papel das diferentes formas jurídicas de que a empresa se foi revestindo e da importância das mesmas para o direito penal, importa referir algumas passagens do estudo de JOSÉ MANUEL MERÊA PIZARRO BELEZA²⁶.

²³ “Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus administradores e representantes” pp.212

²⁴ Infere Jorge dos Reis Bravo, *ob.cit.* pp.218; “a tutela dos interesses dos entes colectivos, enquanto sujeitos passivos de infracções penais(...), encontrou sempre lugar nos mecanismos dogmáticos do direito penal”

²⁵ “A exclusão de responsabilidade criminal das entidades públicas - da inconstitucionalidade dos n.ºs 2 e 3 do artigo 11.º do Código Penal” Almedina, Coimbra 2010 pp.2

²⁶ “Notas sobre o direito penal especial das sociedades comerciais” in DPEE: textos doutrinários, vol. II 1999 Coimbra Editora pp.101-124

Resulta do ensaio realizado pelo referido autor a ideia de que nem todas as sociedades comerciais revestem a mesma importância no quadro da vida económica. Daí que, naturalmente, a intervenção dos meios jurídico-criminais também só atinja um relevo especial em alguns tipos de sociedade mercantil previstos na lei: é o que acontece com as sociedades de capitais (sobretudo com as sociedades por acções)²⁷. Ou seja, quanto maior for a sociedade, quanto maior for a sua influência no sistema económico, correlativamente mais elevado será o risco de lesão, quer para os accionistas, quer para a comunidade em geral e como tal torna-se mais peremptória a intervenção do Direito²⁸.

JOSÉ MANUEL MERÊA PIZARRO BELEZA defende que, são evidentes os riscos que uma tal organização económica representava (mencionando em especial as sociedades de capitais), não só para os proprietários singulares (de um capital que investiam mas não administravam²⁹), como para os investidores, trabalhadores, fornecedores, credores³⁰ e a própria economia nacional³¹.

“A grande empresa seria cada vez mais, não tão só (ou só) um instrumento económico de produção, mas «um centro de direcção e centro de autoridade», guiado por dirigentes a quem se comete «uma função de carácter público, uma responsabilidade social, para com o mundo da produção, para com a economia do país»³².

Ao destringir as sociedades anónimas, das sociedades por quotas³³, resulta das palavras do autor a conclusão que nestas últimas não é tão grande o risco de perturbação económica, e

²⁷ *Ibid.*, pp. 102 nota de rodapé (3).

²⁸ Pizarro Beleza defende, principalmente, a intervenção do direito civil, admitindo a interferência do direito penal, exclusivamente no domínio do chamado ilícito de «mera ordenação social».

²⁹ Faz parte do enquadramento sistemático das sociedades do século XXI a dissociação entre o risco do capital e a direcção efectiva da sociedade. Para um estudo mais desenvolvido atenda-se aos ensinamentos de Paulo Olavo Cunha “Direito das sociedades comerciais” 5ª ed. Almedina, 2012 pp120, 121 e 497-502. Verdadeiramente, a expressão máxima deste princípio verifica-se nas sociedades anónimas que, constituindo a forma jurídica das grandes organizações empresariais modernas, requerem maior especialização e competência na direcção da respectiva actividade. Já nas sociedades de menor dimensão a eventual falta de especialistas não constitui factor prejudicial com igual intensidade, e por essa razão em tais sociedades confunde-se frequentemente as pessoas dos sócios/accionistas dos gestores.

³⁰ Geralmente denominados de «stakeholders».

³¹ Pizarro Beleza, *op.cit.*.pp.105

³² *Ibid.*, pp. 107

³³ *Ibid.*, pp. 108/109 “As sociedades anónimas dirigir-se-iam à poupança pública, procurando captar os pequenos aforros; e, enquanto forma particularmente adequada de centralização de grandes capitais, caber-lhes-iam um papel de influência directa económico-social. Diferentemente, as sociedades por quotas representariam a forma técnica de responder à necessidade de outras organizações de capital, dotadas de personalidade jurídica e também de um regime de responsabilidade limitada dos seus membros, mas constituídas com recurso a montante de capitais menos elevados. A diferença entre o carácter essencialmente «político» das sociedades por acções e o carácter prevalecente «neutro» da sociedade por quotas deveria também corresponder a uma diferença de atitude por parte do legislador”.

como tal, também a intervenção de meios de tutela da disciplina societária deverão ser mais limitados.

É inegável o «peso económico» das decisões tomadas na actividade regular das sociedades de capitais, o que não poderá deixar de se relevar na respectiva disciplina jurídica.

SUSANA AIRES DE SOUSA³⁴, vinte e cinco anos depois de JOSÉ MANUEL MERÊA PIZARRO BELEZA, volta a analisar o direito penal das Sociedades Comerciais, em especial o bem jurídico tutelado nos tipos penais, considerando que “o bem jurídico tutelado permite compreender a aplicação destas disposições penais³⁵ a todos os tipos de sociedades previstas no Código das Sociedades Comerciais, apesar do seu âmbito de eleição se situar nas sociedades anónimas”³⁶.

MÁRIO SEIXAS MEIRELLES³⁷ entende que todos os entes colectivos não podem ter o mesmo significado para o Direito Penal. Atenda-se à diferença de punir uma sociedade comercial ou uma outra qualquer entidade sem personalidade jurídica, desde logo porque, em si mesmas, as “realidades colectivas” em causa são distintas (as primeiras agem como sujeitos de direito autónomo, como uma dimensão – jurídica que transcende a das pessoas humanas e, até, das pessoas colectivas que a compõem; as segundas, não agem por si próprias, mas na total dependência jurídica de quem as integra, sem capacidade jurídica), como também as consequências, principalmente para terceiros, de qualquer pena aplicada são forçosamente diferentes.

Já LOPES ROCHA³⁸ defende que ao nível da responsabilidade penal dos entes colectivos, o problema se complica quando se trata de associações sem personalidade jurídica, mas, corrobora da ideia, que nada proíbe, nestes casos, que as noções de «órgão» e de «exercício de funções» sirvam para qualificar pessoas e actividades que, na ordem dos factos, actuam como o fariam aqueles que, legais ou estatutariamente, assim fossem qualificáveis.

³⁴ Direito Penal das Sociedades Comerciais. Qual o bem jurídico? in DPEE: textos doutrinários vol. III, Coimbra Editora 2009 pp.435-455 (o texto data de 2002, aquando foi pela primeira vez publicado na RPCC, ano12, nº1 pp49-77)

³⁵ Normas penais do Código do Código das Sociedades Comerciais: irregularidade de convocação (515º), a perturbação (art516º), e a participação fraudulenta (art517º), nas assembleias sociais, assim como a recusa ilícita de informações (art518º), a prestação de informações falsas (art519º), a convocatória enganosa (art520º) e a recusa ilícita de lavrar acta (art521º).

³⁶ *Ob.cit.* pp.450

³⁷ “Pessoas colectivas e sanções criminais: juízos de adequação” 2006 almedina pp38

³⁸ “A responsabilidade penal das pessoas colectivas – Novas perspectivas” in DPEE: textos doutrinários vol. I 1998 Coimbra Editora pp.469

Concordamos com este autor quando perfilha da opinião que, em termos penais, “o que se pretende é atingir realidades que, embora não reúnam as condições legais necessárias à aquisição da personalidade jurídica, actuam como se tivessem; e nada impede que o direito penal se aproprie de conceitos e noções de outros ramos do direito, conferindo-lhe um sentido diferente e mais lato”. Acrescenta ainda, “Existindo fundo ou património comum, susceptível de execução pelo pagamento de uma sanção pecuniária e estando em causa comportamentos que visam o aproveitamento igualmente comum, isto é, repercutível na esfera jurídico-patrimonial dos diferentes associados de facto, não se vê motivo para não assimilar essa realidade à das pessoas colectivas dotadas de personalidade jurídica, em termos de uma sã política criminal”³⁹.

Este foi o pensamento adoptado pelo nosso legislador quer no Decreto-lei 28/84, de 20 de Janeiro, relativo às infracções contra a economia e contra a saúde pública, quer na nova redacção dada ao art11º do Código Penal⁴⁰.

A responsabilidade criminal de entidades colectivas não detentoras de personalidade jurídica colectiva está prevista no art11º nº2 e nº5 do Código Penal, ficando abrangidas pela designação “entidades equiparadas a pessoas colectivas”. O art11º/5 refere expressamente que são entidades equiparadas: “*as pessoas colectivas, as sociedades civis e as associações de facto*”.

³⁹ *Ob.cit.* pp.470. O autor conclui “a existência de relações fácticas de representação ou de mandato deve bastar, em termos de política criminal, para implicar tanto a responsabilidade por actuação de outrem como a responsabilidade de uma associação que, embora em termos jurídico-civis não possa considerar-se «pessoa», nem por isso deixa de actuar como tal; daí que possa ser justamente atingida por sanções penais exequíveis sobre os seus bens, senão mesmo em sanções privativas de certos direitos eventualmente seja admitida a exercer”.

⁴⁰ Outros diplomas pertinentes de consulta, para a determinação do conceito de ente colectivo relevante para o Direito Penal: art7º do RGIT (aprovado pela Lei nº15/2001, de 5 de Janeiro e pela Lei nº109-B/2001) com a seguinte redacção: “*As pessoas colectivas, sociedades ainda que irregularmente constituídas, e outras entidades fiscalmente equiparadas...*”; Os artigos 607º e 610º do Código do trabalho aprovado em 2003 (Lei nº99/2003), refere-se exclusivamente a pessoas colectivas. Parece assim haver uma opção deliberada do legislador em restringir a punibilidade penal, no âmbito do direito do trabalho, às entidades colectivas com personalidade jurídica. No sentido da exclusão das entidades colectivas sem personalidade jurídica no âmbito das leis laborais veja-se Mário Pedro Meireles “Pessoas colectivas e sanções criminais: juízos de adequação” 2006 almedina pp56. Este autor também analisa as pessoas colectivas abarcadas pelo Ante-projecto do XV Governo Constitucional (relativo ao regime da responsabilidade penal das pessoas colectivas e equiparadas); o art3º do referido anteprojecto enuncia no seu nº2 as seguintes: “*entidades colectivas são, para além pessoas colectivas, as sociedades civis, as meras associações de facto e quaisquer entidades equiparadas*”. Mário Seixas Meirelles, crítica a redacção do artigo, por entender que o mesmo não acrescenta nada de relevante ao Decreto-lei 28/84, de 20 de Janeiro. Esperava o Juiz que o legislador fosse mais além e tomasse partido na querela relativa às pessoas colectivas de direito público. *Ibid.*, pp61

vide também art3º/1 da Lei nº109/91, de 17 de Agosto, que contém a lei da criminalidade informática, entretanto revogada pela Lei nº109/2009, de 15 de Setembro. Para mais desenvolvimentos sobre a responsabilidade penal das pessoas colectivas no âmbito da criminalidade informática, importa atender ao estudo de Paulo Sousa Mendes “A responsabilidade penal das pessoas colectivas no âmbito da responsabilidade informática em Portugal” in AA.VV., *Direito da Sociedade da Informação*, vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 385-404.

Também art3º/1 do referido Decreto-lei 28/84, de 20 de Janeiro estatui: “*As pessoas colectivas, sociedades e meras associações de facto são responsáveis pelas infracções previstas no presente diploma quando cometidas pelos seus órgãos ou representantes em seu nome e no interesse colectivo*”⁴¹.

O legislador Português utiliza quatro fórmulas para designar ente colectivo alvo de responsabilidade penal: pessoa colectiva, sociedade, meras associações de facto e entidades equiparadas. Pensamos que a lei penal quis alargar o âmbito de punição criminal a entidades colectivas independentemente de as mesmas serem ou não sujeitos de direito, terem ou personalidade ou capacidade jurídica.

2.2.1. Pessoas colectivas de direito público⁴²

A última questão, e porventura a mais delicada, a tratar neste ponto do trabalho, é a de saber se estão abrangidas no âmbito punição penal as pessoas colectivas públicas⁴³ (todas ou algumas).

Até à Revisão do Código Penal em 2007, protagonizada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, o direito penal não fazia qualquer alusão, ao enunciar a responsabilidade criminal das pessoas colectivas, à natureza destas, pelo que, para todos os efeitos, à partida, a definição contida na Lei, tanto podia abranger as pessoas colectivas de natureza privada, como as de natureza pública.

No entanto, sempre houve quem defendesse uma interpretação restritiva, JOÃO CASTRO E SOUSA considera que o Direito Penal, aquando da aplicação das medidas que, porventura, sejam aplicáveis às pessoas colectivas, tem só em vista as pessoas colectivas de direito

⁴¹ Trata-se de uma formulação parecida com a adoptada no art12º do Código Penal (responsabilidade por actuação em nome de outrem) “*são sujeitos activos as pessoas colectivas, sociedades e meras associações de facto*”.

⁴² Gostaria de advertir, para o facto desta problemática apenas ser estudada de uma forma muito sumária neste trabalho, pois a análise rigorosa e exaustiva deste tema, daria para a realização de uma outra tese.

⁴³ São pessoas colectivas “por natureza”, ou “pessoas colectivas originárias”, as pessoas colectivas públicas territoriais, isto é: o Estado, as regiões autónomas e as autarquias locais. Definição retirada de Mário Pedro Meireles “Pessoas colectivas e sanções criminais: juízos de adequação” 2006 almedina pp44.

Conceito mais abrangente é o de entidades públicas, são de considerar: “(a) o Estado e as demais entidades colectivas territoriais (pessoas colectivas públicas originárias que acabamos de referir), (b) as entidades como tal qualificadas por lei (entidades públicas por força da lei), (c) as entidades criadas pelo Estado (ou outras pessoas colectivas públicas), desde que não qualificadas por lei como entidades privadas, e deste que compartilhem dos predicados da personalidade pública, a saber, as prerrogativas de direito público, nomeadamente os poderes de autoridade”. Assim Vital Moreira “Administração Autónoma e Associações Públicas”, Coimbra, 1997, pp269

privado. Defende que, “tais medidas não são de aplicar às pessoas colectivas de direito público, já em virtude das particulares funções que desempenham, já por serem tais entes os que determinam as normas que os seus dependentes violariam, já pela incongruência que constituiria punir, por exemplo o Estado, único titular do poder punitivo, pelas acções dos seus órgãos”⁴⁴.

Apresentava também como argumento da não punição das pessoas colectivas públicas, a grave violação do princípio da separação de poderes, caso a mesma fosse admitida⁴⁵.

Parece que foi este o pensamento que orientou o legislador, aquando da alteração do art11º do Código Penal.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, na anotação do art11º ao Código Penal, defende que a exclusão da responsabilidade criminal do Estado, de outras pessoas colectivas actuando no exercício dos “seus poderes de soberania” e das organizações internacionais públicas é um princípio fundamental constante de variadas Convenções Internacionais e Decisões-Quadro⁴⁶.

Acrescenta o referido professor, “destarte, as regiões autónomas, as autarquias públicas, as empresas públicas e quaisquer outras pessoas colectivas de direito público, bem como as

⁴⁴ João Castro e Sousa “As pessoas colectivas em face do direito criminal e o chamado «direito de mera ordenação social»” Coimbra editora, 1985 pp.15, nota de rodapé (1)

⁴⁵ No mesmo sentido *cf.* Mário Pedro Meireles “A responsabilidade penal das pessoas colectivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao código penal ditada pela lei 59/2007, de 4 de Setembro: algumas notas “ *in* Julgar Maio-Agosto 2008 (nº5), pp.124 “Que o Estado não pode sofrer a aplicação de uma pena por ser detentor do poder punitivo por excelência, pode ser argumento de peso, pois levaria à “confusão” entre a entidade que comete o crime e simultaneamente que pune a sua prática”.

Invocando outros argumentos a favor da não responsabilização das pessoas colectivas de direito publico *cf.* Germano Marques da Silva “Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus administradores e representantes” Editorial Verbo, 2009 pp.213

Independentemente das objecções mencionadas, Teresa Serra e Pedro Fernández Sánchez, *ob.cit.* pp.6-10, questionando-se “se é o Estado que detém o poder de punir, como pode colocar-se o problema de punibilidade do Estado?” defendem a aptidão do Direito Penal para punir as pessoas colectivas, em particular o Estado com base nos seguintes argumentos: 1). É inquestionável a subordinação do Estado ao controlo jurisdicional, o Estado não é “dono” do direito mas um mero sujeito de direito; 2) Os tribunais são independentes, (mesmo do poder do Estado); 3) O entendimento tradicional do princípio da separação de poderes está hoje totalmente superado, tendo sido afirmada a ideia de que “julgar a administração ainda é julgar”, confirmado pelo art.212º da CRP; 4) A responsabilidade penal da administração perante os Tribunais não se vê como incompatível com princípio da separação de poderes.

⁴⁶ Fazendo uma análise mais exhaustiva, *cf.* Teresa Serra e Pedro Fernández Sánchez, *ob.cit.* pp.3 referem que decorre da análise do recente projecto de um *corpus juris*, disposições penais, relativas à protecção dos interesses financeiros da União Europeia, que evidenciam a relevância da responsabilização criminal das entidades colectivas públicas, não excluindo a sua responsabilidade. Não obstante, os autores também referem que, se atentarmos nas Decisões-Quadro, adoptadas após o debate que precedeu o projecto de um *corpus juris* e invocadas na Exposição de Motivos que acompanhou a proposta de Lei nº98/X, verificou-se uma tendência diversa, no sentido da exclusão do Estado ou de outras entidades de direito público no exercício das suas prerrogativas ed autoridade pública, bem como de “organizações de direito internacional público”.

entidades concessionárias de serviços públicos respondem criminalmente pelas infracções que cometem, sempre que tenham agido sem prerrogativas de poder público”⁴⁷.

Por sua vez, MÁRIO PEDRO MEIRELES⁴⁸ alude que decorre da natureza do Estado e das organizações internacionais o facto de não serem, em princípio, alvos de responsabilidade criminal. Não obstante, o autor configura a hipótese, essencialmente pela prática de crimes negligentes – por exemplo desastres ambientais- de no futuro, no âmbito da comunidade internacional, haver responsabilidade dos Estados.

Nesta discussão, sobre a limitação da responsabilidade penal das pessoas colectivas de direito privado, GERMANO MARQUES DA SILVA acolhe a orientação dominante no Direito Francês, no sentido das pessoas colectivas de direito público, sobretudo as de natureza empresarial, poderem ser penalmente responsáveis⁴⁹. Desenvolve o autor a ideia de que “não há razões para distinguir e excluir a responsabilidade criminal de alguns tipos de sociedades, pelo menos daquelas que são dotadas de um estatuto jurídico análogo ao das sociedades de direito privado”.

Também LOPES ROCHA perfilha desta orientação, “não há razões para excluir a responsabilidade criminal (das pessoas colectivas públicas) pelo menos daquelas que são dotadas de um estatuto jurídico semelhante ao das sociedades de direito privado”⁵⁰.

Como já referimos, o âmbito das entidades colectivas susceptíveis de responsabilidade criminal sofreu significativas alterações com a nova redacção do art11º/2 e 3 do Código Penal.

Em concreto, decorre do nº2 do artigo 11º a exclusão de responsabilidade criminal do Estado, outras pessoas colectivas públicas e as organizações internacionais de direito público. Esclarecendo o nº3 do referido artigo as três categorias de entidades que se integram no conceito de “pessoas colectivas públicas”. Podem, então, beneficiar de uma cláusula de

⁴⁷ Citação retirada de “Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 2ª ed. UCP Editora, 2011 pp.93/94

⁴⁸ “A responsabilidade penal das pessoas colectivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao código penal ditada pela lei 59/2007, de 4 de Setembro: Algumas notas “ *in* *Julgar* Maio-Agosto, 2008 (nº5) pp.118-138;

No mesmo sentido *crf.* Teresa Serra e Pedro Fernández Sánchez, *ob.cit.* pp.6-10, consideram ser possível aplicar sanções ao Estado, assim como a outras pessoas colectivas, porque, frequentemente, elas são responsáveis por lesões à vida e à integridade física de trabalhadores e populações, bem como danos ambientais de grande envergadura.

⁴⁹ *In* “Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus administradores e representantes” Editorial Verbo, 2009 pp212

⁵⁰ *Ob.cit.* pp.471, nota de rodapé (81).

exclusão de responsabilidade a) *Pessoas colectivas de direito público, nas quais se incluem as entidades públicas empresariais*; b) *Entidades concessionárias de serviços públicos*; c) *Demais pessoas colectivas que exerçam prerrogativas de poder público*.

Foram vários os autores⁵¹ que não concordaram com a formulação legislativa acima descrita adoptada pelo legislador, apontando diversas críticas à norma, de entre as quais, a inconstitucionalidade.

MÁRIO PEDRO MEIRELES⁵² expressa sérias dúvidas quanto à exclusão das pessoas colectiva de natureza pública, definidas com a abrangência que decorre no nº3 do art11º. O autor entende que houve por parte do legislador um claríssimo retrocesso em relação ao anteprojecto do XV Governo Constitucional⁵³. O autor questiona se o privilégio dado às pessoas colectivas de direito público- e de direito privado, a que tenham concedido serviços públicos- não será incompatível com o princípio constitucional da igualdade consagrado no art13º da CRP, sobretudo na sua vertente de proibição do arbítrio⁵⁴.

O autor declara que esta alteração legislativa é “um manifesto exagero, sem qualquer justificação aparente, e redundante numa hiperbolização da arbitrariedade legislativa” (...). Concluindo no sentido de ser imprescindível uma urgente alteração legislativa, sob pena de ocorrer uma clara distorção, desde logo, ao nível da própria concorrência entre pessoas colectivas públicas e privadas concessionárias de serviços públicos e as demais pessoas colectivas de direito privado.

Também GERMANO MARQUES DA SILVA⁵⁵ não alcança a razão da limitação da responsabilidade, no que respeita às entidades concessionárias de serviços públicos e outras entidades que exerçam prerrogativas de poder público, que podem ser, e muitas das vezes são, entidades privadas, assim como, as entidades públicas empresariais.

⁵¹ *Crf.* Germano Marques da Silva *op.cit.* pp.214/215; Teresa Serra e Pedro Fernández Sánchez, *op.cit.* pp.21-52; Mário Pedro Meireles *op.cit.* pp.124-127; Jorge dos Reis Bravo “Direito Penal de Entes Colectivo- Ensaio sobre a punibilidade de pessoas colectivas e entidades equiparadas”, Coimbra Editora, 2008 pp172-185

⁵² Mário Pedro Meireles *op.cit.*, pp125

⁵³ Como já tínhamos referido *supra*, o art3º do referido anteprojecto enuncia no seu nº2 “entidades colectivas são, para além pessoas colectivas, as sociedades civis, as meras associações de facto e quaisquer entidades equiparadas”, não faz alusão à natureza privada ou colectiva da pessoa colectiva, segundo uma interpretação não restritiva, defendida pela maioria da doutrina, o anteprojecto tanto abrangia as pessoas colectivas de natureza privada, como as de natureza pública.

⁵⁴ Neste sentido, de uma forma mais desenvolvida *crf.* Teresa Serra e Pedro Fernández Sánchez, *op.cit.*

⁵⁵ *Ob.cit.* pp.214/215

Por último, importa descortinar, o âmbito da norma penal, ou seja, se a exclusão das pessoas colectivas públicas, prevista no art11º estende-se à restante legislação especial que consagra a responsabilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas.

Como se lê no art11º/1 do Código Penal, “esses “termos gerais”, não prejudicam outros “casos especialmente previstos na lei” para os quais se haja determinado a imputação de responsabilidade das pessoas colectivas”⁵⁶, como é o caso do Decreto-lei nº28/84, de 20 de Janeiro.

Concluindo, a expressa exclusão das pessoas colectivas como está prevista no art11º/2 e 3º não há-de repercutir na interpretação das normas da legislação especial⁵⁷.

2º CAPÍTULO

1ª Parte: Princípio *Societas Delinquere non Potest*

1.1. O Princípio *Societas Delinquere non Potest* à luz do Direito Penal Português

No Direito Penal Português é inteligível todo um discurso doutrinário e jurisprudencial adverso à responsabilidade penal dos entes colectivos, e a opção político-criminal anterior a 2007, outorgava os inúmeros obstáculos que impossibilitavam as pessoas colectivas e equiparadas de serem afirmadas como centros de imputação penal⁵⁸, confirmando o carácter pessoal da responsabilidade.

Com efeito, eram invocados quatro grandes argumentos tendentes à afirmação do clássico adágio «*societas delinquere non potest*», a violação do princípio da personalidade das penas,

⁵⁶ Teresa Serra e Pedro Sánchez, *op.cit.* pp.50

⁵⁷ Perfilhando esta ideia *cf.* Germano Marques da Silva *ob.cit.* pp.214/215; Defende o autor que as razões de política criminal que estão por base do afastamento da responsabilidade das pessoas colectivas de natureza pública no código penal, não valem para a legislação especial, não se devendo considerar que o art11º restringe em geral a imputação criminal das pessoas colectivas públicas. Acrescenta ainda “que quando a lei não faz expressa restrição, pensamos dever entender-se que todas as pessoas colectivas, públicas ou privadas, podem ser sujeitos activos dos crimes previstos nas leis que prevejam a responsabilidade das pessoas colectivas”.

Mário Pedro Meireles, contudo, questiona se o art8º do Código Penal “*As disposições deste diploma são aplicáveis aos factos puníveis pelo direito penal militar e da marinha mercante e pela restante legislação de carácter especial, salvo disposição em contrário*”, pode fazer indiciar que toda a legislação especial que preveja a responsabilidade colectiva esta exclusão é igualmente aplicável. *Ob.cit.* pp.126

⁵⁸ Sufragando esta opinião, atenda-se a Maria João Antunes: “um discurso doutrinário que foi levantando obstáculos à responsabilidade penal das pessoas colectivas, quer por consideração do conceito de crime quer por referência à sanção correspondente – à pena”(…) ainda se invocando a “incapacidade para as pessoas colectivas suportarem um juízo de censura ética, um juízo de culpa (Beleza dos Santos e Cavaleiro Ferreira) ou, até, a incapacidade de agir (Eduardo Correia).” Em “A responsabilidade criminal das pessoas colectivas entre o direito penal tradicional e o novo direito penal” *in* DPEE: textos doutrinários vol. III, Coimbra Editora 2009 pp.457

a inaplicabilidade de certas penas à pessoa jurídica (como as penas privativas de liberdade), a incompatibilidade com os fins tradicionais das penas e, por último, a violação do Princípio da culpabilidade, por se tratar de uma responsabilidade sem culpa⁵⁹.

De todos os argumentos apresentados, elegemos para questão central do nosso trabalho, a problemática da culpa na responsabilidade penal das pessoas colectivas e equiparadas - Serão ou não as pessoas colectivas e equiparadas dotas de capacidade para compreender o juízo de reprovação ética que surge obrigatoriamente indexado à aplicação de qualquer pena?

Muitos se questionaram da utilidade do tema; qual a necessidade abordar novamente uma questão que já fez correr tanta tinta em quase todos os quadrantes da doutrina nacional e internacional? A responsabilização dos entes colectivos está expressamente prevista no nosso Código Penal com a publicação da Lei nº59/2007, porquê continuar a discutir os seus fundamentos?

A responsabilização da pessoa jurídica é há mais de duas décadas admitida no plano do direito positivo português, ainda de que forma excepcional.

REIS BRAVO é da opinião que o brocardo "*societas delinquere non potest*", desde a alteração protagonizada no Código Penal de 1982, não tem outro significado que não de mera curiosidade histórica⁶⁰. Também PINTO DE ALBUQUERQUE considera que antes da entrada em vigor da Lei 59/2007, o direito português já reconhecia "o princípio da responsabilidade criminal das pessoas colectivas em certas áreas delimitadas de criminalidade"⁶¹.

⁵⁹ Como salienta António Lopes Rocha "A responsabilidade penal das pessoas colectivas – Novas perspectivas" in DPEE: textos doutrinários vol. I 1998 Coimbra Editora pp.438/439

Já o Professor Germano Marques da Silva reconhece sete obstáculos à responsabilização penal das sociedades e outros entes colectivos, que passo a citar: "a) a natureza fictícia das sociedades; b) a licitude do seu objecto social; c) a ofensa ao princípio da personalidade das penas; d) a inaplicabilidade de certas penas como a privativa da liberdade; e) a inutilidade da aplicação da pena como meio de reprovação e de prevenção; f) a incapacidade de acção da sociedade; g) a impossibilidade da existência de responsabilidade sem culpa" in Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus administradores e representantes" Editorial Verbo, 2009 pp130

⁶⁰ Vide Jorge dos Reis Bravo "Critérios de imputação jurídico-penal de entes colectivos" in RPCC ano13, nº2 Abril-Junho 2003 pp225 e "Direito Penal de Entes Colectivo- Ensaio sobre a punibilidade de pessoas colectivas e entidades equiparadas", Coimbra Editora, 2008 pp53/54.

⁶¹ Crf. "Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem", 2ª ed. 2011, UCP Editora, nota prévia ao artigo 11º; "Até à entrada em vigor da Lei nº59/2007, o direito português não conhecia o princípio geral da responsabilidade criminal das pessoas colectivas, mas conhecia o princípio geral da responsabilidade contra-ordenacional das pessoas colectivas e o princípio da responsabilidade criminal das pessoas colectivas em certas áreas delimitadas de criminalidade".

O referido professor, no seu código anotado, tece duras críticas a uma anterior proposta de Lei que procurou introduzir pela primeira vez no Código Penal Português o princípio geral da responsabilidade criminal das pessoas colectivas.

Para o autor, o critério de imputação adoptado para responsabilizar criminalmente os entes colectivos - "*Entenda-se que o ocorrem por ocasião da actividade da pessoa colectiva ou equiparada, nomeadamente, os crimes - a) cometidos por titulares dos seus órgãos no exercício das suas funções; b) cometidos pelos seus representantes, em seu nome e no interesse colectivo; c) resultantes da violação de deveres de cuidado a observar pela pessoa*

De facto, o legislador de 1982, aquando a exposição de motivos da versão originária do Código Penal, aprovado pelo Decreto-lei nº400/82, de 23 de Setembro, estava alicerçado na convicção de que criminalidade que se alberga e se serve das pessoas colectivas ficaria sob a alçada do direito penal através dos artigos 11º e 12º, “os quais permitiriam em termos de política criminal uma infiltração consequente do direito penal em áreas extremamente sensíveis e cuja criminalidade cai normalmente na zona das “cifras negras”⁶².

Não obstante, a referida exposição de motivos, continuava a salientar a manutenção da regra da responsabilidade criminal das pessoas singulares, no seu artigo 11º, defendendo que a mesma se alicerça no corolário da concepção do princípio da culpa, havendo apenas a possibilidade de a lei abrir *excepções*, em *casos justificados*⁶³.

Por tudo o que supra indicámos, concordamos com REIS BRAVO, quando defende ter sido o redactor do Código Penal de 1982, o primeiro⁶⁴, a enunciar a *possibilidade* de consagração de

colectiva e equiparada, destinados a evitar ou diminuir riscos típicos da actividade” - desrespeitava a Constituição da República Portuguesa, por cinco razões, de entre os quais, a violação da presunção da inocência e do princípio da culpa, por prever uma imputação criminal objectiva. “Com a amplitude proposta a responsabilidade criminal da pessoa colectiva serve uma imputação criminal objectiva às pessoas singulares que dirigem a pessoa colectiva, baseada na constatação de um suposto “defeito de organização” ou de um suposto “risco inerente à actividade” da pessoa colectiva que seriam imputados aos seus dirigentes. Este defeito ou risco é logo dado como verificado pela ocorrência do resultado danoso, admitindo-se apenas à pessoa singular fazer a prova do contrário, isto é, de que não há defeito, de que não risco inerente à actividade ou de que não teve conhecimento de qualquer defeito ou risco e assim violando o princípio da presunção da inocência”. *Crf.* Paulo Pinto de Albuquerque “A responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou equiparadas” in ROA, ano 66 nº2 Setembro de 2006 Lisboa pp.638/639

Não obstante a mencionada proposta de lei padecer de vícios fundamentais, a Lei 59/2007, que alterou o Penal (com a redacção constante da Proposta de Lei 98/X) acudiu a essas deficiências, sendo, perfeitamente legal e conforme ao texto constitucional.

Se comparamos o texto da referida Proposta de Lei com a actual redacção do artigo 11º do Código Penal, saltam imediatamente à vista as seguintes dissemelhanças: Inexiste a alusão às “pessoas que ocupem uma posição de liderança” para operar o nexo de imputação, as acções/omissões não necessitam prosseguir o interesse da pessoa colectiva, bastando que as mesmas ocorram “por ocasião da actividade” – no exercício das suas funções (quanto praticadas por titulares dos seus órgãos), e por último, a referência genérica a “deveres de cuidado”, que viria a ser substituída por, “deveres de controlo e supervisão” – deveres de vigilância ou controlo.

⁶² *Vide* Maria João Antunes *op.cit.* pp458

⁶³ Ideias retiradas da exposição de motivos do Decreto-lei nº400/82 de 23 de Setembro; pp.3006- (8) ponto15 “*Saliente-se, neste contexto, a regra da responsabilidade criminal das pessoas singulares, (artigo 11º) – corolário da concepção do princípio da culpa enunciado – e a possibilidade de a lei abrir excepções, em casos justificados, no tocante à responsabilidade criminal das pessoas colectivas*”.

A culpa foi uma das traves mestras da filosofia jurídico-penal que inspirou o Código Penal de 1982, basta atender à pp.3006 – (3) ponto2 “Um dos princípios basilares do diploma reside na compreensão de que toda a pena tem de ter como suporte axiológico-normativo uma culpa concreta” (...)

⁶⁴ O Código Penal anterior, datado de 1886, previa no Capítulo IV - “Da responsabilidade” no artigo 26º “*Sómente podem ser criminosos os indivíduos que teem a necessária inteligência e liberdade*”; e ainda no artigo 28º “*A responsabilidade criminal recai única e individualmente nos agentes de crimes ou de contravenções*”

Mas se atendermos a legislação penal extravagante, o legislador de 1982, possivelmente não foi o primeiro a prever excepções ao princípio da responsabilidade individual. De facto, já existiam algumas excepções a nível de direito penal positivo, exemplo disso mesmo é o Decreto nº29 034 e o Decreto31 280 que já previam ilícitos de natureza criminal, por conseguinte, verdadeiras penas criminais – multas - para as pessoas colectivas. João Castro e Sousa defende estes diplomas constituíam um flagrante desvio dos bons princípios e uma imperceptível violação da velha máxima de direito criminal *societas delinquere non poteste*. *Crf.* João Castro e Sousa “As

uma responsabilidade penal das pessoas colectivas e equiparadas, mas não acompanhamos o seu restante pensamento⁶⁵, por considerarmos demasiado redutor da relevância do princípio «*societas delinquere non potest*».

Não nos podemos esquecer que a epígrafe do art11º, na versão dada pelo Decreto-lei nº400/82, denominava-se “Carácter pessoal da responsabilidade”, e estatuiu “Salvo disposição em contrário, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal”, a nosso ver, o «*princípio societas delinquere non potest*» estava ainda longe de ser superado⁶⁶. O que o artigo 11º do Código Penal de 1982 vislumbrou foi a sagração da tangibilidade do princípio da individualidade da responsabilidade penal, por passar a comportar excepções⁶⁷.

Também TERESA QUINTELA DE BRITO não compartilha da opinião do Procurador-geral da República⁶⁸, considera que mesmo havendo à luz do actual Código Penal uma expressa e verdadeira⁶⁹ consagração da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, a mesma continua a ser excepcional, ou pelo menos, especial⁷⁰. A autora chega a esta conclusão, por comparação do regime previsto no artigo 11º do Código Penal, com o artigo 7º/1 do Regime Geral de Contra-ordenações⁷¹, que no seu entender, só este último, “coloca as pessoas colectivas e as

peças colectivas em face do direito criminal e o chamado «direito de mera ordenação social» ” Coimbra editora, 1985 pp.178-180

⁶⁵ Quando defende que em 1982, o princípio da irresponsabilidade penal das pessoas colectivas e equiparadas, não tem qualquer significado, que não a mera curiosidade histórica.

⁶⁶ Segundo João Castro e Sousa “o novo Código (1982) afirmou assim como regra a individualidade da responsabilidade criminal, embora, por considerar não se tratar de um princípio intangível, tenha expressamente admitido a possibilidade de, em casos justificados, se abrirem excepções ao mesmo”. *Op.cit.* pp225/226

Parece partilhar da mesma opinião Germano Marques da Silva “Direito Penal Português – Teoria do crime”, UCP Editora, 2012 pp.56 e pp.265 “Até às alterações introduzidas no Código Penal pela Lei nº59/2007, de 4 de Setembro, o código não previa a responsabilidade penal das pessoas colectivas, mas a sua responsabilidade era admitida por legislação especial, desde logo pelo Decreto-Lei nº28/84, de 20 de Janeiro”(…)“na vigência do Código Penal de 1886 não fosse admitida a responsabilidade penal das pessoas colectivas e ainda no Código Penal de 1982 o artº11º dispusesse que «salvo disposição em contrário, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal». Era o princípio traduzido pelo brocardo *societas delinquere non potest*.”

⁶⁷ Com um capítulo dedicado aos instrumentos legislativos do pretérito veja-se José Manuel Costa Galo Tomé de Carvalho “Responsabilidade penal das pessoas colectivas” in RMP, ano 30 abril-junho 2009 nº118; pp.51-53

⁶⁸ in “Responsabilidade criminal de entes colectivos” in RPCC ano 20 nº1 Janeiro – Março 2010; nota (3) pp.43

⁶⁹ A autora justifica que se trata de uma verdadeira responsabilidade criminal por duas razões fundamentais – “primeira: funda-se na imputação de um facto qualificado como crime, segunda razão, as sanções aplicáveis às entidades colectivas são essencialmente cunhadas pela ideia de censura ético-social de um facto passado, em ordem a assegurar a tutela efectiva do bem jurídico-penal violado” *op. cit.* pp42/43

⁷⁰ Porque, por força do artigo 11º/1 do Código Penal Primário ou de justiça, “só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade penal”, respondendo as pessoas jurídicas e equiparadas apenas “nos casos especialmente previstos na lei”.

⁷¹ Nos termos do n.º 1 do artigo 7.º, do Regime Geral de Contra Ordenações, regulado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, prevê-se: “As coimas podem aplicar-se tanto às pessoas singulares como às pessoas colectivas, bem como às associações sem personalidade jurídica”. Consagra-se assim, como princípio fundamental do direito das contra-ordenações, a responsabilidade de entidades colectivas, a par da responsabilidade individual.

peças singulares em posição de igualdade: ambas são indiferenciadamente destinatárias das normas que tipificam contra-ordenações e das coimas nelas cominadas”⁷².

Partindo do pressuposto que o nosso ordenamento jurídico-criminal prevê, ainda que a título especial, a responsabilidade das pessoas colectivas e equiparadas, vamos abordar alguns tópicos que se julga estarem incipientemente abordados, quer na doutrina quer na jurisprudência nacionais, sempre relacionados com a problemática da culpa.

Como bem refere GERMANO MARQUES DA SILVA, “a pedra angular dos argumentos contrários à responsabilidade penal das sociedades é a questão da culpabilidade, associada à prática de um acto volitivo da qual seria incapaz a sociedade, e é esta questão que exige maiores esforços para a sustentação teórica”⁷³.

Também LOPES ROCHA defende que o “argumento sem dúvida mais impressionante é o de que não há responsabilidade sem culpa e esta pressupõe inteligência e vontade próprias, que só se concebem no homem”⁷⁴.

Vamos então dar início à análise da problemática da culpa nos entes colectivos, questão nada líqüida que tem gerado acesas discussões.

Encontrámos a partir de uma análise bastante simplificada três⁷⁵ soluções possíveis para dar resposta à questão debatida na nossa tese - Serão ou não as pessoas colectivas e equiparadas capazes de compreender um juízo de reprovação ética, de possuir/comportar um juízo de culpabilidade?

A primeira solução, nega por completo a existência de culpabilidade na pessoa jurídica, e como tal, conclui pela sua não responsabilização criminal. Trata-se da solução que vamos analisar com maior detalhe neste capítulo. Podemos no entanto adiantar que a proibição da aplicação de verdadeiras sanções penais aos comportamentos ilícitos praticados pelas colectividades era defendida pela quase totalidade da doutrina Portuguesa até anos 80, sendo ainda na actualidade a solução plasmada em legislações de ordenamentos jurídicos como o Alemão⁷⁶, ou o Espanhol. Como já tivemos oportunidade de ver supra, não é a solução acolhida pelo legislador nacional desde 2007.

⁷² *Op.cit.* pp.43

⁷³ *in* Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus administradores e representantes” Editorial Verbo, 2009 pp.130

⁷⁴ “A responsabilidade penal das pessoas colectivas – Novas perspectivas” *in* DPEE: textos doutrinários vol. I 1998 Coimbra Editora pp.440

⁷⁵ Atende-se a Paulo Pinto de Albuquerque *in* “A responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou equiparadas” *in* ROA, ano 66 nº2 Setembro de 2006 Lisboa pp.635/637 onde o Professor descreve cinco soluções para o problema da responsabilidade criminal das pessoas colectivas.

⁷⁶ Altos representantes no Direito Penal alemão, como Jescheck e Klaus Roxin, não admitem a penalização da pessoa jurídica, por considerarem que o crime só pode ser cometido por seres humanos.

As restantes duas soluções capazes de dar resposta à interrogação principal da nossa tese, e que mais à frente vamos estudar com maior pormenor, têm como denominador comum a defesa da responsabilidade criminal dos entes colectivos, apesar de se basearem em fundamentos distintos.

A segunda solução supera o argumento da incapacidade das pessoas colectivas e equiparadas suportarem um juízo de censura, afirmando que a sua responsabilidade comporta culpa. Mas dentro desta solução, existe uma pequena querela: - Deverá o fundamento da responsabilidade penal dos entes colectivos permanecer dentro dos padrões da imputação da dogmática clássica, admitindo a plasticidade analógica do princípio da culpa, reformulando ou transformando o conceito de culpa clássico - pensado para as pessoas singulares e de índole pessoal - aplicando-o nos casos em que estiver em causa a responsabilização das pessoas colectivas? Ou seja, procurando-se o fundamento e legitimação da responsabilidade dos entes colectivos dentro de esquemas tradicionais, com recurso a utensilagens doutrinárias de «identificação», «transposição», ou «analogia»?⁷⁷ Ou dever-se-á defender a responsabilização criminal da pessoa jurídica, ainda com culpa, através da formulação de tipos penais exclusivamente reportados à conduta ilícita do ente colectivo, necessitando para isso, de se construir de novos conceitos *topoi*, que atendessem às especificidades de tais entidades e das suas manifestações criminalmente relevantes. Cingindo-nos exclusivamente à problemática da culpa, esta teoria conflui para a construção de um conceito de culpa colectiva, «culpa empresarial»⁷⁸, uma culpa verdadeiramente autónoma, que permitiria em última análise, a punição do ente colectivo independentemente da identificação de uma pessoa singular concreta que tenha cometido o delito.

Fazemos nossa as palavras de REIS BRAVO⁷⁹ quando refere que a doutrina actual se encontra numa «*encruzilhada dogmática-conceptual*» ante a inviabilidade de apreensão das categorias dogmáticas jurídico-penais clássicas como a culpa (e acção), quando transpostas para a realidade dos comportamentos ilícitos dos sujeitos colectivos.

A terceira e última solução infere a possibilidade do direito reagir de forma sancionatória contra as colectividades sem que o faça sob a vigência do princípio da culpa, o que no fundo resulta da adopção de uma responsabilidade objectiva.

⁷⁷ Como tem feito a melhor doutrina Portuguesa, veja-se autores como Figueiredo Dias, Faria Costa e Germano Marques da Silva.

⁷⁸ Expressão utilizada por Fernando Torrão ao longo da sua dissertação de doutoramento *vide* “Societas Delinquere Potest? - Da Responsabilidade Individual e Colectiva nos “Crimes de Empresa” (Teses de Doutoramento) 2010

⁷⁹ *Cf.* Jorge dos Reis Bravo “ Critérios de imputação jurídico-penal de entes colectivos” in RPCC ano13, nº2 Abril-Junho 2003 pp219

Os defensores esta teoria concluem que as categorias dogmáticas tradicionais do direito penal não se adequam à punição das pessoas jurídicas, mas ao constatarem a necessidade politico-criminal de se prever uma verdadeira responsabilidade penal das mesmas, reconhecem a sua imputação com base noutra princípio informador, a necessidade de protecção de bens jurídicos.

1.2. Em especial a incapacidade dos entes colectivos suportarem um juízo de censura ética – culpa

Até finais dos anos 70, princípios dos anos 80, vigorava na doutrina e jurisprudência⁸⁰ Portuguesa, nitidamente com contornos dogmáticos liberais e individualista consolidada no princípio *nulla poena sine culpa*, a ideia generalizada da insusceptibilidade das pessoas colectivas e equiparadas poderem ser eticamente responsáveis.

Esta teoria tinha por base uma concepção de culpa estritamente personalista, que repousava na convicção filosófica de que só homem era detentor de um natural livre arbítrio e, enquanto tal, apenas ele escolheria livremente a sua conduta, emanando uma ideia de culpa⁸¹.

Estreitamente relacionada com a incapacidade de culpa das pessoas jurídicas, para CAVALEIRO FERREIRA, a culpabilidade e a responsabilidade pelo facto ilícito exigiam consciência e vontade, o que pressupõe a razão e a liberdade, atributos da pessoa humana⁸².

O professor criou uma “espécie de fórmula” para explicar o seu raciocínio: se o direito penal é um direito da culpa - vontade consciente e livre de que só o homem é capaz – por ser um dos elementos constitutivos do crime, podemos então concluir que a responsabilização criminal é necessariamente pessoal.

Dominado por este pensamento, CAVALEIRO FERREIRA teceu duras críticas ao artigo 11º (com a redacção de 1982), por não compreender o porquê do legislador consentir excepções «*salvo disposição em contrário*»⁸³.

Não obstante à data o Código Penal e legislação extravagante preverem alguns desvios ao rigoroso cumprimento do princípio da pessoalidade da responsabilidade penal, o autor não o vislumbrava “ferido de morte”, apesar de conjecturar que o legislador penal deveria

⁸⁰ Até ao último quartel do século XX, a jurisprudência nacional julgava as pessoas colectivas, incapazes de serem sujeitos activos de infracções criminais, e por tanto, insusceptíveis de responsabilidade criminal. O argumento primordialmente utilizado reportava-se à impossibilidade de as pessoas colectivas serem alvo de um juízo de culpa jurídico-penal. São bastante ilustrativos os Acórdãos do STJ de 24 de Outubro de 1939 e de 2 de Novembro de 1949 e o Acórdão da Relação do Porto de 9 de Janeiro de 1952.

⁸¹ Ensino retirados da obra de Fernando Torrão *ob.cit* 2010 pp.47/48

⁸² *Crf.* “Lições de direito penal, I Lisboa 1987 pp.188

⁸³ *Crf. Op.cit.* pp.191

remembrar e adoptar a fórmula incisiva do Código Civil de 1867, quando declarava com grande sentido da realidade que «só o homem é susceptível de direitos e obrigações; nisto consiste a sua personalidade jurídica».

Conclui o saudoso professor “A responsabilidade penal de pessoas colectivas é responsabilidade sem culpa – sem imputabilidade, sem dolo ou negligência – sem consciência da ilicitude. E as conveniências da prevenção geral não podem alterar a realidade ontológica e não devem postergar a realidade do princípio da culpabilidade”⁸⁴.

Já EDUARDO CORREIA defende como fundamento da irresponsabilidade criminal dos entes colectivos a sua incapacidade de acção, a “irresponsabilidade jurídico-penal das pessoas colectivas deriva assim logo pela incapacidade de acção, e não apenas, como querem alguns, da sua incapacidade de culpa”⁸⁵.

Atendendo aos ensinamentos⁸⁶ do autor, apercebemo-nos que os conceitos de acção⁸⁷ e culpa que adopta são também indissociáveis da personalidade do agente, estando sempre subjacente à imputação penal a “pessoa humana”, o “ser individual”, o “delinquente”, o “agente”.

⁸⁴ *Op.cit.* pp.192; *Crf.* Direito Penal vol. I, 1956-1957 (lições coligadas por Eduarda Silva Casca) pp.156 e ss. Pronunciaram-se no mesmo sentido Basílio Alberto de Sousa Pinto, Marcello Caetano, Manuel Gomes da Silva, Beza dos Santos e Caeiro da Matta, para estes autores, a falta de consciência ética-jurídica não permite aplicação do regime da responsabilidade penal às pessoas colectivas e equiparadas.

Também Damásio de Jesus, acolhendo a teoria da ficção, afasta a responsabilidade penal das pessoas colectivas. “Fora do Homem, não se concebe crime. Só ele possui a faculdade de querer. E como as pessoas jurídicas só podem praticar actos através dos seus representantes, para sustentar sua capacidade mental, dever-se-ia reconhecer consciência e vontade com referência ao ente representado? E isso é absurdo”. Conclui no sentido de que “quanto mais se desenvolve o Direito Penal da culpa, mais se mostra insustentável a tese da capacidade penal das pessoas jurídicas, que não podem praticar acções, nem sofrer atribuições de culpa ou imposição de penas” *Citações retiradas de* Maia Gonçalves “Código Penal Português, anotado e comentado – legislação complementar” 17^a ed. Almedina Coimbra 2005 pp.197/198

De forma similar, Frederico Isasca subscreve a ideia de que a pena e culpa reportam-se ao homem individual, “razão pela qual vigora, em direito penal, o princípio da pessoalidade da pena e somente pode existir culpa como culpa individual”. O autor refere que “a criminalidade das pessoas colectivas em sentido jurídico ou em sentido estrito é impensável (...) pela sua própria natureza e estrutura existe uma pluralidade de crimes insusceptíveis de serem cometidos por pessoas colectivas”, basta pensar-se nos crimes contra a vida ou nos crimes sexuais. Curiosamente, o legislador no artigo 11º nº2 do Código Penal previu crimes contra a liberdade sexual, no elenco de crimes imputáveis aos entes colectivos. *Crf.* Frederico Isasca “Responsabilidade civil e criminal das pessoas colectivas (conteúdo da ilicitude)” AAFDL 1988 pp.55

Federico Isasca atenta ainda ao problema dos fins das penas, considerando que “do ponto de vista da moderna criminologia, a finalidade das penas afere-se por balizas como sejam os fins preventivos, a personalidade do delinquente, a sua recuperação social, o próprio carácter ressocializador da pena e a sua função da prevenção, que «*ab initio*» são inaplicáveis às pessoas colectivas, porque pensados em função do homem.” *Op.cit.* pp.60

⁸⁵ *In* “Direito Criminal” vol. I pp.234

Roxin sufraga este pensamento, concluindo que as pessoas colectivas não têm capacidade de agir, por lhes faltar substância psíquica-espiritual, não podendo, elas próprias, manifestarem-se no âmbito jurídico-penal, antes o fazendo apenas os seus “órgãos” humanos. E se as mesmas não têm capacidade de agir não podem ser castigadas por si mesmas. *Crf.* “Derecho Penal – Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, vol. I, pp.258/259

⁸⁶ Eduardo Correia “Direito Criminal”, vol. I, sobre o conceito de acção pp.231-352, sobre o conceito de culpa pp.315-330; “Introdução ao direito penal económico” *in* DPEE: textos doutrinários vol. I 1998 Coimbra Editora pp.307 e “Código Penal: Projecto da parte geral”, Coimbra 1963

Na opinião do professor a “acção exige um comportamento humano e, em princípio – ao contrário do que acontece em todos os outros ramos de direito, nomeadamente o civil – só o dos indivíduos e não o das colectividades: «societas delinquere non potest»”^{88/89}.

No Título III do seu manual, dedicado à culpa, EDUARDO CORREIA nunca refere especificamente a problemática da capacidade das pessoas colectivas e equiparadas poderem ou não praticar actos volitivos⁹⁰, mas basta atender ao conceito de culpa⁹¹ que professa, para percebermos que, mesmo que as pessoas jurídicas passassem no teste da capacidade de acção acabariam por sucumbir no teste da culpa⁹².

⁸⁷ Nas palavras do autor, “É ponto de partida de toda a elaboração do direito penal, a conduta, o comportamento humano, a acção em sentido lato como juízo teleológico, como negação de valores ou interesses pelo homem” *Op.cit.* pp.231. “A acção é uma negação de valores pelo homem que só se torna em acção tipicamente ilícita quando se acrescenta que foram negados os específicos valores jurídico-criminais” *Op.cit.* pp.233/234. Em sentido análogo atenda-se a Roxin *ob.cit* pp.258 que também adopta um “conceito pessoal de acção”, traduzido no entendimento de que a acção é tudo o que se pode atribuir a um ser humano enquanto centro de imputação anímico-espiritual.

⁸⁸ *Op.cit.* pp.234

Eduardo Correia aponta ainda como razão para a irresponsabilidade penal das pessoas morais, os fins das penas e o seu fundamento ético-jurídico. Defende o autor que este tipo de responsabilização é incompatível com o fim de retribuição, pelo facto de censurar-se um acto que não é resultado e de uma afirmação de vontade individual, e só os indivíduos são corrigíveis.

⁸⁹ No texto “Introdução ao direito penal económico” in DPEE: textos doutrinários vol. I 1998 Coimbra Editora pp.307, o professor tem a oportunidade de se debruçar sobre a responsabilidade das pessoas colectivas, no âmbito da criminalidade económica, considerando ser questão muito complicada: “poderão ser passíveis de responsabilização penal económica?”. Refere que nos sistemas continentais tem sido, desde longa data, consagrado o princípio de que *societas delinquere non potest*, devendo ser apenas responsabilizado criminalmente “quem age como titular dos órgãos da sociedade” ainda que lhe faltem pessoalmente certos requisitos previstos na lei.

⁹⁰ O que é bastante compreensível, visto que acção é o primeiro de todos os pressupostos a ser verificado, antes da tipicidade, ilicitude e culpa, e faltando a acção não há a necessidade de se verificar os restantes elementos constitutivos do crime, o que resulta numa função negativa da acção- sendo demonstrado que certas actividades não se consubstanciam numa acção, não há a possibilidade de tal conduta encerrar juízos de ilicitude e de culpa. *Vide* neste sentido João Castro e Sousa *Op.cit.* pp.111 e ss.

O autor, adoptando um conceito de acção idêntico ao descrito por Eduardo Correia, conclui ser inconcebível aos entes colectivos a prática de crimes.

“A análise do primeiro dos elementos da infracção criminal – a acção – exclui, desde logo a possibilidade das pessoas colectivas serem sujeitos activos de infracções criminais. Torna-se então desnecessário indagar se elas poderão ou não ser objecto de um juízo de culpa jurídico-penal, pois este só pode ter lugar em face daquelas actividades que constituem uma acção”.

⁹¹ Eduardo Correia “Direito criminal”, vol. I, define culpa como um juízo de reprovação do agente, um “juízo de valor que se refere ao comportamento humano a bens ou valores jurídicos”, que se analisa a partir da *censura dum certo facto típico à pessoa do seu agente*”. Entendida assim a culpa como “censura ético-jurídica dirigida a um suspeito por não ter agido de modo diverso”, estando tal pensamento ligado à aceitação da liberdade do agente, à aceitação do seu «poder de agir doutra maneira»” *Op.cit.* pp.315/316

⁹² Com um entendimento muito similar é de notar o estudo de João Castro e Sousa *Op.cit.* pp114 nota (7) “também pelo lado da culpa a responsabilidade criminal das pessoas colectivas seria excluída. Não pode, efectivamente, descortinar-se no ente aquela conjunta potencialidade volitiva e inibitória e aquela consciência unitária que a imputabilidade e a responsabilidade penal constantemente pressupõem”(…)“um psíquico, susceptível de perturbações e de sofrer os efeitos, pelo que se não pode falar em relação a elas daquela capacidade em que assiste a imputabilidade”.

No nosso entender, o raciocínio do autor, relativamente à culpa, postula-se por um “indeterminismo relativo”, patenteado por um pensamento nem demasiado positivista, nem demasiado centrado no livre arbítrio do agente.

Ainda sua obra, o professor faz alusão às posições de MEZGER e de BOCKELMANN relativamente à dogmática da culpa. Defende o primeiro autor uma «culpa na condução da vida», “através dos seus actos o homem produz sobre si próprio certos efeitos, enquanto cria ou robustece certas tendências, enquanto adquire certos hábitos perigosos – pelo que, reagir contra tais disposições de personalidade de um delinquente, o direito não precisa de invocar certas necessidades de defesa: pune o criminoso porque ele é culpado de ter adquirido hábitos perigosos através da condução da sua vida”⁹³.

Esta teoria é especialmente interessante quando transposta para a problemática da responsabilidade das pessoas jurídicas, cria-se uma espécie de ficção da culpa do agente/pessoa jurídica, pela adopção de certos comportamentos, criadores de perigosidade para bens jurídicos. Existe alguma similitude entre a teoria de MEZGER (pensada em exclusivo para as pessoas singulares) e a teoria de TIEDEMANN «culpa pela organização»⁹⁴. Este concebeu uma culpa específica da pessoa colectiva, assente na sua atitude criminológica. A pessoa colectiva ao adoptar políticas defeituosas, tende a desenvolver um clima empresarial propício ao cometimento de crimes, um clima de permeabilidade de ilicitude. Apesar de MEZGER ter sido um dos grandes impulsionadores da «concepção normativa da culpabilidade»⁹⁵ defendia a impossibilidade do ente colectivo ser sujeito activo criminal⁹⁶.

Na doutrina Portuguesa mais recente, importa atender às lições de PAULO SOUSA MENDES⁹⁷ que também depõe contra a responsabilidade criminal dos entes colectivos, recorrendo a um paralelismo entre menores e pessoas colectivas e equiparadas. Defende o autor que se não é imputado ao menor qualquer infracção penal praticada pelo seu representante legal, mesmo que tenha agido em seu nome e proveito, por maioria de razão, também não deve ser imputada a pessoa jurídica, os actos típicos, ilícitos e culposos, levados a cabo pelos seus representantes (membros dos seus órgãos).

⁹³ Eduardo Correia “Direito Criminal” vol. I pp.324

⁹⁴ Vamos retomar a Teoria de Tiedemann no 2º Capítulo, 2ª parte, nº2.1.2.1.

⁹⁵ *Crf.* Cláudio Brandão “Culpabilidade: sua análise na dogmática do direito e no direito penal brasileiro” RPCC Coimbra editora. Ano.15. nº2. Abril-junho, 2005, cita a posição de Mezger: “A culpabilidade jurídico-penal, deve-se constatar, não é uma situação de facto psicológica, ao invés é uma situação de facto valorizada normativamente, definindo-se como uma concepção normativa da culpabilidade”.

⁹⁶ *Ob.cit.* pp.234 nota (1)

Mezger negava a possibilidade de se responsabilizar as pessoas colectivas e equiparadas com a argumentação que não eram incapazes de culpa.

⁹⁷ “Responsabilidade criminal das sociedades comerciais”, *in* BFDB, nº 2 (Setembro de 1993),pp.145-172

Na opinião de SOUSA MENDES não existe capacidade de acção (nem capacidade de culpa) nos entes colectivos, pelo facto de não agirem por si próprios e tão-somente através de pessoas físicas.

Salvo o devido respeito, não concordamos com este pensamento do Professor – se o menor não é responsabilizado pelos actos do seu representante, a pessoa colectiva, como também opera por via de representação, deve ser inibida de responsabilidade criminal. Desde logo não achamos comparável a situação do menor, com a situação do ente colectivo. O menor, independentemente de qualquer actuação do seu representante, pode agir e preencher tipos de ilícito mas, até aos 16 anos o Direito Penal mantém-no sob o véu da inimputabilidade⁹⁸, excluindo a culpa das suas acções. Se o menor não é punido pelas suas próprias actuações, que podem ter relevância penal, muito menos, será responsabilizado, por actuações de terceiros, seus representantes⁹⁹. O legislador tende a proteger os menores, em todas as áreas do Direito¹⁰⁰ por razões de ordem natural, relacionadas com a maturidade psíquica, espiritual e até por um princípio de humanidade.

Os motivos que levam a não responsabilizar criminalmente os menores não se aplicam às pessoas colectivas e equiparadas, pelo contrário, existem óbvias razões para a sua punição em termos penais¹⁰¹. Propendemos a concordar com a tese defendida por José de Faria Costa «lugares inversos» que mais à frente vamos analisar.

Voltemo-nos agora para a problemática das sanções a aplicar aos entes colectivos. Esta corrente ao negar a existência de culpabilidade na pessoa jurídica deixa automaticamente de poder reprimir a sua actuação ilícita por meio da aplicação de penas criminais¹⁰². Então quais as sanções possíveis aplicar aos entes colectivos? Existem diferentes posições doutrinárias relativamente a esta matéria, por um lado há autores que não admitem qualquer

⁹⁸ Art.19º do Código Penal - “Os menores de 16 anos são inimputáveis”.

⁹⁹ A nosso ver, se o menor fosse responsabilizado pelas acções do seu representante legal, seria violado o princípio da pessoalidade da pena, previsto na Constituição da República Portuguesa artigo 30º/3 “A responsabilidade penal é insusceptível de transmissão”.

¹⁰⁰ Por exemplo, no Direito Civil, todos os negócios jurídicos celebrados pelo menor que não sejam próprios da sua vida corrente, são anuláveis. Também o Direito laboral tem regras específicas, relativas aos menores, com o objectivo de evitar o trabalho infante-juvenil.

¹⁰¹ Também Fernando Torrão crítica a tese de Paulo Sousa Mendes por entender que a mesma padece de um desajustamento da dogmática penal à realidade das pessoas colectivas, que é necessária à mercê de carências de política criminal, que todos acabam por reconhecer. *In* “Societas Delinquere Potest? - Da Responsabilidade Individual e Colectiva nos “Crimes de Empresa” (Teses de Doutoramento) 2010 pp.

¹⁰² Os actos com relevância penal serão somente imputados aos indivíduos, pessoas físicas, membros dos órgãos da colectividade.

responsabilização penal, como CAVALEIRO FERREIRA¹⁰³, apenas responsabilizando as pessoas colectivas e equiparadas por via de medidas de carácter meramente civil, por outro lado, há autores, como JOÃO CASTRO E SOUSA e EDUARDO CORREIA¹⁰⁴ que propõem a aplicação de instrumentos de “direito penal-administrativo”, como por exemplo, contra-ordenações e medidas de segurança(objectivas)¹⁰⁵.

¹⁰³ Cavaleiro Ferreira parece ser de todos os autores os mais inflexível, para o professor as pessoas colectivas e equiparadas não podem ser sujeitos activos de quaisquer infracções criminais. Não admitindo qualquer excepção ao princípio de que só as pessoas singulares (as pessoas em sentido ontológico) são susceptíveis de responsabilidade penal.

¹⁰⁴ Confira-se “Código Penal: Projecto da parte geral”, Coimbra 1963; artigo 8º pp.76 “Só as pessoas individuais podem ser criminalmente responsáveis e passíveis de penas, salvo o que vai disposto no artigo 104º ou em legislação especial” e “Actas das sessões da comissão revisora do Código Penal” parte geral vol. I pp.110/112, Reafirmando o autor do projecto, que a punição tem uma base ética e, como tal, é uma ideia individual. “Simplesmente – em homenagem a razões particulares e, em todo o caso excepcionais - pode admitir-se que haja lugar à aplicação de certas reacções a sociedades ou outras pessoas colectivas, reacções que podem ter a natureza de penas ou de medidas de segurança”.

Por último, no seu manual, o Professor admite que certos efeitos indirectos da condenação penal de uma pessoa singular possam atingir os entes colectivos. Para mais desenvolvimentos veja-se a nota de rodapé (2) de “Direito Criminal” vol. I, pp.235.

¹⁰⁵ João Castro e Sousa perscruta a temática das sanções aplicáveis às pessoas colectivas em “As pessoas colectivas em face do direito criminal e o chamado «direito de mera ordenação social»” Coimbra editora, 1985 pp.122 e ss.

A ideia que retiro do seu texto é de que é a favor da aplicação de sanções às pessoas colectivas e equiparadas, referindo por diversas vezes que “somente a punição do culpado individual não é suficiente nem se mostra adequada”. *Op.cit.* pp.93

Nas palavras do autor, a aplicação de medidas de segurança deve ser admitida, porque visa reagir contra a perigosidade do agente, independente de culpa. E como visam tão-só evitar a prática de futuras infracções também não exigem uma acção como pressuposto da sua aplicação, podendo ser aplicadas sempre que exista perigosidade, quer seja post ou pré-delitual. Como vimos anteriormente, João Castro e Sousa carecia de um conceito de medida de segurança que não necessitasse de “acção”, visto o autor defender a incapacidade dos entes colectivos para a prática de crimes.

O autor faz ainda distinção entre «medida de segurança subjectiva» e «medida de segurança objectiva», só podendo estas últimas ser aplicadas às colectividades, “será possível aplicar-lhe uma medida de segurança objectiva, com base numa acção, não da pessoa colectiva mas sim dos seus órgãos e representantes. Não toda e qualquer acção, mas tão-só aquelas que, em virtude da estreita relação em que se encontram com a colectividade, podem ser configuradas como «infracções das pessoas colectivas» (em sentido sociológico) *Op.cit.* pp.129. Definido «criminalidade/infracção das pessoas colectivas» (em sentido sociológico) como “soma de todas as infracções individuais praticadas no interesse e no domínio da actividade de tais entes, desde que tais acções sejam cometidas com o auxilio do poderio das pessoas colectivas por pessoas que a elas estejam ligadas por uma relação de carácter permanente”. *Op.cit.* pp.90/91

Pensamos que todo o esforço mental utilizado pelo autor, para justificar a aplicação de medidas de segurança às pessoas colectivas e equiparadas, deveria valer também para a aplicação de penas. Como iremos ver mais à frente no nosso trabalho, o fundamento para a responsabilização dos entes colectivos utilizado, principalmente, por Faria Costa, assenta muito na relação de proximidade e alternatividade que existe entre a colectividade e os seus órgãos/representantes, e é essa relação, que respeitando certos requisitos, permite a extensão da responsabilidade da pessoa singular, que actua em nome e no interesse, à pessoa colectiva.

Também Frederico Isasca concluiu que as sanções adequadas às infracções cometidas pelas pessoas colectivas são as medidas de segurança e as coimas. As primeiras porque desde logo prescindem de um juízo de culpa na medida em que se referem à perigosidade do agente e têm por fim prevenir uma futura ilicitude. As segundas porque permitem dar satisfação à finalidade político-criminal de lhes retirar as vantagens obtidas injustamente e de conter a obtenção de tais injustas vantagens. *Crf.* Frederico Isasca “Responsabilidade civil e criminal das pessoas colectivas (conteúdo da ilicitude)” AAFDL 1988 pp.68

A responsabilidade das pessoas colectivas começou por ser aceite ao nível do Direito de Mera Ordenação Social, em 1973, quando Eduardo Correia, no artigo de Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social, publicado no Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, admite a possibilidade de, em sede de Direito de Mera Ordenação Social, as pessoas colectivas serem responsabilizadas pela prática de contra-ordenações e susceptíveis de serem condenadas nas correspondentes sanções.

Questão que importa colocar é a de saber se a mera responsabilização civil, ou mesmo penal-administrativa, das pessoas colectivas e equiparadas, terá um efeito suficiente dissuasor? Será bastante para controlar as suas acções, para fazer com que se abstenham de praticar actos ilícitos, muitas vezes atentatórios de bens jurídicos essenciais?

2º Parte: Da viabilidade da Responsabilidade Penal dos entes colectivos

2.1. Responsabilidade Penal dos entes colectivos com culpa

2.1.1. Teorias pertencentes a um modelo de responsabilidade indirecto

2.1.1.1. Tese de Figueiredo Dias: Modelo de culpa analógico¹⁰⁶

A possibilidade de se conceber uma verdadeira culpabilidade das pessoas jurídicas está longe de ser aceite pela Doutrina Penal Europeia. Por exemplo, no ordenamento jurídico Alemão, que tanto influenciou e influencia o Direito Português, o pensamento maioritário é dominado pelo cânone da falta de vontade, em sentido psicológico, das pessoas colectivas e equiparadas¹⁰⁷, o que conduz inevitavelmente à inimputabilidade penal dos entes colectivos.

¹⁰⁶ Versando sobre o tema da culpa e da responsabilidade criminal das pessoas colectivas e equiparadas, *vide* a seguinte bibliografia do autor: “Direito Penal – Parte geral” Tomo I - questões fundamentais e doutrina geral do crime 2ªed.; Coimbra editora, 2007 pp.295-303; “Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e aplicação das penas em direito penal económico” in DPEE: textos doutrinários vol. I; Coimbra Editora, 1998 pp.375-385; “Para uma dogmática de direito penal secundário” in DPEE: textos doutrinários vol. I; Coimbra Editora, 1998 pp.35-74; “Pressupostos da Punição e Causas que excluem a Ilícitude e a Culpa” in Pressupostos da Punição, Jornadas de Direito Criminal, publicação do CEJ, 1983; “Liberdade Culpa Direito Penal” 3ª ed., Coimbra editora, 2011

¹⁰⁷ Recentemente, Günther Jakobs, escreveu uma dura crítica à possibilidade dos entes colectivos serem dotados de culpabilidade, com o fundamento de “no caso de imputar-se à pessoa jurídica a culpabilidade do seu órgão, a necessária consequência passa por “desimputar-sê-la” a este, o qual seria, segundo o autor, politico-criminalmente inaceitável, por outro lado, construir-se uma culpabilidade própria da pessoa jurídica – ou seja, que não imputada do seu órgão – na realidade, não se trata de uma verdadeira culpabilidade, já que a pessoa jurídica carece de “autoconsciência” e, conseqüentemente, “não se sabe a si mesma livre”. Excerto retirado e traduzido da obra de Carlos Gómez-Jara “Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica

Não obstante em Portugal, ao contrário do que se poderia esperar, grande parte da doutrina mais recente, parece assentir à capacidade de culpabilidade jurídico-penal da pessoa jurídica, reputando-a como verdadeiro sujeito activo penal, passível de imputação criminal.

FIGUEIREDO DIAS foi um dos primeiros¹⁰⁸ autores portugueses a rejeitar os argumentos da incapacidade de acção e de culpa apontados aos entes colectivos, admitindo a possibilidade da sua responsabilização penal.

O professor, num primeiro momento, e atendendo exclusivamente à responsabilidade das pessoas colectivas no âmbito do direito das contra-ordenações, sustentou ser dogmaticamente possível admitir a sua responsabilização, ao lado de uma eventual responsabilização individual das pessoas que agem como seus órgãos ou representantes¹⁰⁹.

Para tanto, o autor edifica a tese da admissibilidade da responsabilidade penal dos entes colectivos, colocando o acento tónico na imperiosa necessidade político-criminal de responsabilização dos mesmos, num processo de pensamento filosófico *analógico*¹¹⁰, reconhecendo ser “viável e adequado considerar as pessoas colectivas capazes de acção e culpa jurídico-penais”¹¹¹.

Para o ilustre professor de Coimbra, “os princípios do direito penal tradicional devem aplicar-se, por analogia às pessoas colectivas, na medida em que as pessoas colectivas e as pessoas singulares possuem características comuns. A pessoa colectiva é uma entidade análoga ao homem individual, porque depende dos seres humanos para existir e actua por intermédio dos seus órgãos”¹¹². Acrescenta ainda o autor, as “organizações humano-sociais são, tanto como o

al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weelzel” in *Política Criminal*, Vol.5, nº10 (Diciembre 2010), Doc. 1, pp. 455-475

¹⁰⁸ Importa reter que em 1937, António Crespo Simões de Carvalho já argumentava a favor da responsabilização penal das pessoas jurídicas em “A responsabilidade penal das pessoas colectivas” in *Revista de Direito*, ano4 nº43 Julho 1937 - ano7 nº74 Fevereiro 1940.

Idem. Lopes Rocha sempre defendeu abertamente a responsabilidade criminal das pessoas colectivas por razões de política criminal. “Pressupostos da Punição e Causas que excluem a Ilicitude e a Culpa” in *Pressupostos da Punição, Jornadas de Direito Criminal*, publicação do CEJ, 1983

¹⁰⁹ *Cfr.* “Para uma dogmática de direito penal secundário” in *DPEE: textos doutrinários vol. I*; Coimbra Editora, 1998 pp.67/70.

¹¹⁰ Relativamente aos princípios do Direito Penal clássico aplicáveis às pessoas singulares, com as alterações que se revelam político-criminalmente necessárias.

Germano Marques da Silva “Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus administradores e representantes” *Editorial Verbo*, 2009 pp.169, faz menção ao facto de se tratar de analogia “pré-normativa”, no sentido em que funciona como dado prévio ao construído normativo, apoiando-se nas características comuns às pessoas físicas e ao ser social.

¹¹¹ *Cfr.* “Pressupostos da Punição e Causas que excluem a Ilicitude e a Culpa” in *Pressupostos da Punição, Jornadas de Direito Criminal*, publicação do CEJ, 1983; pp.51

¹¹² *Cfr.* “Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e aplicação das penas em direito penal económico” in *DPEE: textos doutrinários vol. I* 1998 Coimbra Editora, pp.381

próprio homem individual, “obras individuais” ou “realizações do ser livre”; pelo que parece aceitável que em certos domínios especiais e bem delimitados ao homem individual possam substituir-se, como centros ético-sociais de imputação jurídico-penal, objectiva e subjectiva, as suas obras ou realizações colectivas e, assim, as pessoas colectivas, associações, agrupamentos ou corporações em que o ser livre se exprime”¹¹³.

Fundamentando-se a capacidade de culpa penal do ente colectivo num modelo de culpa analógico, este deve ser ratificado como um terceiro modelo sancionatório criminal, ao lado das penas individuais e das medidas de segurança, sendo pertinente e necessário sustentar-se a sua aplicação no direito penal clássico¹¹⁴, devendo abandonar-se por completo a regra *societas non potest*.

FIGUEIREDO DIAS salienta, há muito, a ideia de que o princípio da individualidade da responsabilidade criminal não tem em si subjacente nenhum pressuposto ontico¹¹⁵ que impeça considerar as pessoas colectivas e equiparadas como “agentes” possíveis dos tipos de ilícito respectivo, defendendo que se tratou de uma mera opção normativa do legislador¹¹⁶.

Em sentido dissonante, MARIA JOÃO ANTUNES crê que apenas existem duas alternativas no que respeita à responsabilização das pessoas colectivas: resistir à sua responsabilização penal, retomando ao passado, ou autonomizar o direito penal das pessoas colectivas face ao

Ao contrário da pessoa humana que existe *per si*, a realidade jurídica é uma realidade accidental, pois depende, para existir, dos seres humanos. *Idem* Germano Marques da Silva *ob.cit.* pp.170

¹¹³ *Crf.* “Direito Penal – Parte geral” Tomo I - questões fundamentais e doutrina geral do crime 2ª ed.; Coimbra editora, 2007

¹¹⁴ Mas nem sempre foi esta a posição do autor, em 1985 referia: “Não me parece impossível, por outro lado, que através dum pensamento analógico se possam e devam considerar as pessoas colectivas (no direito penal económico e diferentemente do que deve suceder no direito penal geral) como capazes de culpa”. *Crf.* “Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e aplicação das penas em direito penal económico” in DPEE: textos doutrinários vol. I 1998 Coimbra Editora, pp.381

¹¹⁵ *Crf.* “Para uma dogmática de direito penal secundário” in DPEE: textos doutrinários vol. I; Coimbra Editora, 1998 pp.68 e mais recentemente, “Direito Penal – Parte geral” Tomo I - questões fundamentais e doutrina geral do crime 2ª ed.; Coimbra editora, 2007

Citando as palavras do professor: “A tese contrária só pode louvar-se numa ontologificação e autonomização inadmissíveis do conceito de acção, 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”, e relativamente à culpa “tão-pouco parece impensável ver nas pessoas colectivas destinatários possíveis do juízo de censura em que a culpa se traduz”.

¹¹⁶ Analisando o art.11º, com a redacção vigente em 1983, o professor conclui que “Se o princípio da individualização da responsabilidade se encontrasse inscrito na natureza das coisas, não teria sentido a ressalva de disposição em contrário. Esta só se compreende quando se vê naquele princípio uma pura opção do legislador, que não é pressuposto ontico a ele previamente imposto”. “Pressupostos da Punição e Causas que excluem a Ilicitude e a Culpa” in Pressupostos da Punição, Jornadas de Direito Criminal, publicação do CEJ, 1983; pp.50

direito penal das pessoas individuais, “trilhando um caminho desviado de um pensamento analógico”¹¹⁷.

2.1.1.2 Tese Faria Costa: Teoria da Racionalidade material dos lugares inversos¹¹⁸

FARIA COSTA, tendo presente a necessidade de punição das pessoas colectivas, e considerando legítima a reformação dos conceitos jurídico-penais de acção e culpa – tendo como princípio agregador o *pensamento analógico* adoptando de forma insofismável a posição de Figueiredo Dias¹¹⁹ - fundamenta, em última instância, a capacidade jurídico-penal das pessoas colectivas na “*racionalidade material dos lugares inversos*”¹²⁰.

O autor explana o seu entendimento sobre a “*racionalidade material dos lugares inversos*”, através de um raciocínio contrário àquele que justifica o instituto da inimputabilidade em razão da idade. Segundo o professor, “enquanto na imputabilidade formal (idade) o direito penal esquece, esmaga ou ficciona a inexistência de uma liberdade onto-antropológica – e por isso diz que o menor não ascende à discursividade penal (...), inversamente, o direito penal liberta, cria, expande, aquilo que os órgãos das pessoas colectivas assumem como vontade própria e, por isso, tem legitimidade para as responsabilizar penalmente”¹²¹.

¹¹⁷ Vide “A responsabilidade criminal das pessoas colectivas entre o direito penal tradicional e o novo direito penal” in DPEE: textos doutrinários vol. III, Coimbra Editora 2009 pp.459

¹¹⁸ Crf. as seguintes obras do autor: “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do direito penal)” in DPEE: textos doutrinários vol. I, Coimbra Editora 1998 pp.501-517; “Noções Fundamentais de Direito Penal (*Fragmenta iuris poenalis*) Introdução. A Doutrina Geral da Infracção”, 3ª ed., Coimbra Editora, 2012 pp.239-245 e José de Faria Costa/ Manuel da Costa Andrade “Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico” in DPEE: textos doutrinários vol.I 1998 Coimbra Editora, pp.346-363

¹¹⁹ Vide “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do direito penal)” in DPEE: textos doutrinários vol. I, Coimbra Editora 1998 pp.511 e “Noções Fundamentais de Direito Penal (*Fragmenta iuris poenalis*) Introdução. A Doutrina Geral da Infracção”, 3ª ed., Coimbra Editora, 2012 pp.242

Faria Costa, num estudo anterior ao Código Penal de 1982, afastava a responsabilidade objectiva das pessoas colectivas no direito penal português mas, no seguimento das investigações de Figueiredo Dias, passou a defender a responsabilidade criminal das pessoas colectivas. Crf. “Aspectos fundamentais da problemática da responsabilidade objectiva no direito penal português” in estudos em homenagem ao Professor J.J. Teixeira, vol. III, pp.391 e ss.

¹²⁰ *Ibidem*. pp.510/511

Segundo o entendimento do professor de Coimbra, a responsabilidade penal das pessoas colectivas fundamenta-se em dois eixos fundamentais: a) na analogia entre a culpa individual e a responsabilidade por culpa relativamente às pessoas colectivas; e b) no raciocínio inverso àquele que fundamenta a categoria a categoria da imputabilidade formal (idade). Crf. ; “Noções Fundamentais de Direito Penal (*Fragmenta iuris poenalis*) Introdução. A Doutrina Geral da Infracção”, 3ª ed., Coimbra Editora, 2012 pp.244/245

¹²¹ Em “Direito Penal económico”, Quarteto Edições, Coimbra, 2003 pp.51; e mais recentemente em “Noções Fundamentais de Direito Penal (*Fragmenta iuris poenalis*) Introdução. A Doutrina Geral da Infracção”, 3ª ed., Coimbra Editora, 2012 pp.245

Em suma, FARIA COSTA arroga ao direito penal a possibilidade de alargar o universo da punibilidade criminal às pessoas colectivas e equiparadas, expandindo um agir comunicacional¹²², penalmente relevante e admitindo a sua capacidade de culpa através da reconstrução da noção de culpa, adequada à natureza das sociedades, fazendo da pessoa jurídica um verdadeiro centro de imputação.¹²³

2.1.2. Teorias pertencentes a um modelo de responsabilidade directo

2.1.2.1. Tese de Klaus Tiedemann: Teoria da culpa por defeito de organização

Quebrando com princípios dogmáticos do Direito Penal individual, TIEDEMANN foi pioneiro na reelaboração de um conceito de culpabilidade próprio e exclusivo da pessoa colectiva e equiparadas¹²⁴.

O professor Alemão construiu uma teoria da responsabilidade penal da pessoa colectiva, independente da responsabilidade das pessoas físicas que actuam em seu nome, com base no conceito de “*culpabilidade por organização*”. Esta verifica-se quando existe um funcionamento defeituoso da administração societária pela não adopção dos meios preventivos necessários a evitar a comissão de infracções penais¹²⁵, nomeadamente por violação de deveres de vigilância. Na opinião do autor, o ente colectivo tem um particular dever de prevenção de actos ilícitos, e como tal, deverá garantir o cumprimento da lei, através da implementação de uma adequada estrutura organizacional e de uma eficiente supervisão.

A violação desse “especial dever”¹²⁶ - de tomar as medidas necessárias a evitar a prática de crimes - constituirá fundamento material de um juízo de censura social e de reprovação da conduta por parte do Direito Penal, que recairá sobre o ente colectivo.

A pessoa jurídica é responsável pelos actos realizados pelos indivíduos que a compõem, porque os seus órgãos não tiveram a capacidade de se auto-organizar.

¹²² O autor reafirmou a legitimidade da responsabilização criminal das pessoas colectivas quando, na sua dissertação de doutoramento, “O Perigo em Direito Penal” refere que “temos a vigorar *no direito penal comum o princípio orientador de que a responsabilidade penal deve, tanto quanto possível, restringir-se ao domínio da comunicabilidade do ser-pessoa (física)*, enquanto vigora, no direito penal económico, o princípio-regra de que as pessoas colectivas são também penalmente responsáveis” pp.450/451

¹²³ Vide “Noções Fundamentais de Direito Penal (*Fragmenta iuris poenalis*) Introdução. A Doutrina Geral da Infracção”, 3ª ed., Coimbra Editora, 2012 pp.244

¹²⁴ Desenvolvendo bastante a doutrina Alemã, *crf.* Silvína Bacigalupo “La Responsabilidad penal de las personas jurídicas” Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1998, pp.169-173

¹²⁵ Neste sentido, Isabel Marques da Silva “Responsabilidade Fiscal Penal Cumulativa – Das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes” UCP editora, Lisboa, 2000 pp.147/148

¹²⁶ Questão que se impõe colocar é: qual a fonte legal desse/s dever/es?

2.1.2.2. Tese de Fernando Torrão: “*Culpa pela política organizacional*”

Rompendo com a concepção defendida pela maioria da doutrina portuguesa, veio recentemente FERNANDO TORRÃO¹²⁷ abrir portas à imputação jurídico-penal dos entes colectivos, através da criação de um *conceito de culpa autónomo da empresa* que, no seu entender, logra definir o interesse político-criminal na punição das pessoas jurídicas e transparece a “*atitude criminal colectiva*”¹²⁸, promotora da execução de crimes¹²⁹.

O Professor do Porto divide e fundamenta o seu conceito de “*culpa pela política organizacional*” em duas sub-categorias essenciais: uma primeira sub-categoria de “fisionomia preventiva que parte do modo como pelo qual se organiza a pessoa colectiva e através do qual se espera a adopção de comportamentos destinados a *evitar* a prática de crimes” – *omissão* do cumprimento de deveres capazes de evitar a *deficiência organizacional*; uma segunda sub-categoria respeitante à “adopção de políticas susceptíveis de *induzir* à prática de crimes” – *culpa pela política da empresa*¹³⁰.

Na esteira de TIEDEMANN, FERNANDO TORRÃO, centra a sua primeira sub-categoria, na indispensabilidade de uma *deficiência organizacional*, como *supra* indicado, descrita pela violação de deveres¹³¹ a que se encontram adstritos os órgãos de gestão¹³². Esta *omissão de*

¹²⁷ Fernando Torrão “Societas Delinquere Potest? - Da Responsabilidade Individual e Colectiva nos “Crimes de Empresa” (Teses de Doutoramento) 2010

¹²⁸ *Ibid.* pp.372/375

Baseando-se no conceito elaborado por Schünemann, a *atitude criminal colectiva* é um alicerce da necessidade de reacção jurídico-punitiva sobre as próprias pessoas colectivas. A *atitude de grupo*, formada pela sinergia colectiva provinda de atitudes criminais individuais desconformes ao direito, mas individualmente atípicas, empresta à colectividade uma postura ética, “uma personalidade”, desconforme ao «dever-ser» jurídico-penal materializada na prática de crimes que, ao não encontrar resposta na responsabilidade penal individual, deve encontrar resposta na responsabilidade penal colectiva.

¹²⁹ *Ibid.* pp.302

¹³⁰ *Ibid.* pp.383/384

Crf. Paulo Pinto Albuquerque “Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 2ª ed. UCP editora, 2011 nota prévia ao art.11º (ponto 27)

¹³¹ A pessoa colectiva é assim colocada numa “posição geral de garante de organização e supervisão da actividade empresarial, vertida em deveres de prevenção e de controlo dos riscos próprios dessa actividade empresarial”. *Ibid.* pp.385 Por ser difícil estabelecer de modo geral e abstracto, um conjunto de deveres de conteúdo fechado e de enumeração exhaustiva, Fernando Torrão emprega o art.64º do Código das Sociedades Comerciais, relativo aos deveres fiduciários dos administradores das sociedades comerciais. O artigo reza o seguinte: 1- “Os gerentes ou administradores da sociedade devem: a) *Deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito diligência de um gestor criterioso e ordenado; e b) Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.* 2- Os titulares de órgãos sociais com função de fiscalização devem observar deveres de cuidado,

gestão criteriosa, de molde a justificar a punição da pessoa jurídica, tem imperiosamente que ultrapassar a responsabilidade individual das pessoas físicas.

Quanto à segunda sub-categoria que o professor denomina de “*culpa pela política organizacional/administrativa da empresa*”, está mais vocacionada para condutas praticadas por acção, oriundas dos órgãos dirigentes – que são quem define a *estrutura organizacional da empresa*- em que não se preenche qualquer tipo de ilícito, nem se enquadra dentro dos limites da comparticipação criminosa. Reporta-se a uma “*filosofia empresarial criminógena da pessoa jurídica que oferece aos seus membros ou colaboradores a tentação de levar a cabo acções criminosas*”¹³³, manifestando-se em termos práticos em insinuações, induções, ordens implícitas e dissimuladas¹³⁴.

O autor refuta a teoria dos órgãos¹³⁵, por apreender que a mesma peca por excesso nas “situações em que não se está perante uma (parcial¹³⁶) irresponsabilidade organizada

empregando para o efeito elevados padrões de diligência profissional e deveres de lealdade, no interesse da sociedade”. (sublinhado nosso)

Vide Paulo Câmara “O Governo das Sociedades e os Deveres fiduciários dos administradores” Maria de Fátima Ribeiro (org.), in *Jornadas - Sociedades Abertas, Valores Mobiliários e Intermediação Financeira*, Almedina, 2007 pp.163-179 para uma interpretação mais detalhada do art.64º do CSC.

¹³² O autor postula uma separação de critério a utilizar na imputação do tipo de ilícito face ao critério a utilizar na imputação no tipo da culpa – é “no âmbito do *cérebro da empresa* que a esta deverá ser, realmente, assacada a culpa, bastando no plano da acção (típica e ilícita) que os comportamentos derivem dos seus *braços e pernas*.” (...) “No âmbito da imputação da culpa se impõe a consideração de mais apertados pressupostos que impliquem, pois, uma restrição aos comportamentos daqueles que controlam a actividade empresarial” *Ob.cit.* pp.327

¹³³ *Idid.* pp.390

¹³⁴ *Idid.* pp.392

O professor sente necessidade de recorrer novamente ao art.64º do CSC, utilizando-o como uma bússola orientadora dos comportamentos fies ao direito. Como não existe regulação específica, os deveres plasmados no art.64º, serviram de “*cláusula geral*”, isto é, no caso do seu incumprimento, os administradores da empresa, não estão a diminuir, ademais, muitas das vezes estão a incrementar, riscos proibidos, eventualmente de natureza de penal. *Idid.* pp.393/394

De facto, o art.64º do CSC tem servido de base, para alguns estudiosos do tema, como fonte de *dever de garante*, para averiguar uma eventual responsabilidade penal das pessoas colectivas e equiparadas por omissão (art.10º do CP). Mas importa ter presente, que o âmbito subjectivo do art.11º do CP extravasa largamente as sociedades comerciais, e o art.64º do CSC caracteriza-se por ser uma norma “aberta”, com meros princípios orientadores, dificilmente mutável para o Direito Penal, sujeito a máximas próprias, como o princípio da legalidade.

Como menciona Paulo Câmara *ob.cit.* trata-se de um preceito *lacunoso* com necessidade de se recorrer aos códigos recomendatórios de bom governo para densificação de algumas concretizações dos deveres fiduciários mais voláteis, e, é também *ambíguo* por tratar em aparente pé de igualdade os interesses dos sócios e o interesse dos trabalhadores.

¹³⁵ Teoria dos órgãos, também conhecida como teoria da identificação, baseia-se no princípio de direito civil «*alter ego*», a pessoa colectiva é considerada pessoal e directamente responsável pelos crimes cometidos no seu seio, na medida em que os actos ilícitos dos seus órgãos são considerados como actos da própria colectividade.

¹³⁶ Socorrendo-se do Princípio da Agregação, o professor, considera ser suficiente para responsabilizar uma pessoa colectiva e equiparada, a soma do exercício de funções parciais de pessoas físicas, quando do somatório dessas práticas individuais, resulta uma conduta subsumível a um tipo legal de crime. Ou seja, a ente colectivo é responsabilizado nos casos em a prática do crime resultou de diferentes erros, de vários funcionários em diferentes níveis de competência, mesmo não se conseguindo atribuir um erro global a qualquer pessoa individual. *Ibid.* pp.341-343

individual”¹³⁷ / ¹³⁸. O autor não descortina a motivação para a dupla punição quando se esteja perante uma total responsabilização individual, argumentando no sentido dessa responsabilidade cumulativa ser desconforme face à ordem jurídico-constitucional, por violação do princípio da mínima intervenção ou da proibição do excesso, que resulta da conjugação dos artigos 18º/2 e 27º/1 ambos da CRP.

Seguindo o pensamento de FERNANDO TORRÃO, a “aplicação de uma pena ao ente colectivo só se justificará para além, da «culpa típica» do órgão, quando puder fundamentar-se em «quotas de culpa atípica» ” que, no contexto organizacional, concorram também para a realização do facto típico ao nível dos órgãos dirigentes, mas que, exactamente por não serem típicas (...) se quedam fora da responsabilidade penal individual¹³⁹.

Concluindo, FERNANDO TORRÃO concebe uma culpa própria da pessoa colectiva, em que não é necessária a identificação de uma pessoa singular concreta que tenha cometido o delito - não se conformando com um puro reflexo (ou ricochete) das culpas típicas dos titulares dos órgãos dirigentes- cuidando de uma culpa dos dirigentes individualmente atípica, baseada numa censura pela pratica de uma acto típico e ilícito colectivo que expressa uma atitude criminal de grupo¹⁴⁰.

2.2. Responsabilidade penal dos entes colectivos sem culpa (Responsabilidade objectiva)

2.2.1. Tese de Schünemann – Estado de necessidade de protecção de bens jurídicos

Este princípio visa combater as dificuldades de imputação penal impostas pela sobredita divisão de trabalho, característica expressiva nas modernas estruturas empresariais.

¹³⁷ *Ibid.* pp.357

¹³⁸ Este tópico, da desnecessidade, ilegalidade, quiçá inconstitucionalidade, da responsabilidade cumulativa do ente colectivo e dos dirigentes que o compõem, foi também abordado por Augusto Silva Dias em “Crimes e contra-ordenações fiscais” in DPEE: textos doutrinários vol. II, 1999, pp.449/550

O autor agoirou que a mesma violava o princípio «*ne bis in idem*» por se tratar de uma dupla punição indevida pelo mesmo facto. Servindo se base à sua crítica o art.7º do Decreto-lei 20-A/90, Silva Dias entende que este regime ao prever uma “*modalidade de participação necessária*” defrauda a ideia de que a responsabilidade criminal das pessoas colectivas tem como objectivo, fazer face às “situações escandalosas de impunidade”.

Conclui o Professor “A responsabilidade da pessoa colectiva, quando prevista, deve ser configurada, quanto a nós, como uma responsabilidade derivada (resultante da prática de uma facto típico e ilícito por parte de uma pessoa singular) e subsidiária (se o autor singular por qualquer razão não for punido) ”.

¹³⁹ *Ibid.* pp.360

¹⁴⁰ *Ibid.* pp.371/372

Seguindo o pensamento do professor:” A culpa política-criminalmente da pessoa jurídica deve, de outro modo, buscar-se num *conceito de culpa colectivamente típica* e, por isso, *autónoma* dessa pessoa jurídica, ou seja, nas culpas que, provindo das pessoas individuais, não são individualmente típicas, só o sendo (típicas) face à acção que à pessoa colectiva se imputa”.

De entre as teorias que rejeitam a capacidade das pessoas colectivas actuarem com culpa¹⁴¹, subsistem duas soluções: uma primeira que poderíamos admitir mais defensável, e que radica na completa rejeição da responsabilidade penal das pessoas colectiva – Teoria clássica, e uma segunda solução, a nosso ver mais controversa, que admite mesmo sem culpa, a responsabilização das pessoas colectivas – Responsabilidade objectiva¹⁴².

Face à insuficiência ou total inaplicabilidade do conceito de culpa, edificou-se uma concepção de responsabilidade penal objectiva, com específicos critérios e formas de imputação. Esta última, partindo do pressuposto de que a pena não tem necessariamente como sentido e fim a retribuição da culpa, e como tal, pode ser aplicada independentemente da sua verificação, admite a possibilidade do Direito reagir, a título sancionatório, contra as colectividades, sem que o faça sob a vigência do princípio da culpa, fundamentando a aplicação de sanções num estado de necessidade ou num elevado grau de perigosidade.

SCHÜNEMANN foi o grande impulsionador desta teoria, admitindo a responsabilização penal dos entes colectivas sem culpa, baseando-se, para o efeito, num critério do *estado de necessidade de protecção de bens jurídicos (Rechtsgüternotstand)*. Para este autor, é possível responsabilizar a pessoa jurídica quando há uma verdadeira necessidade de prevenção da violação de um bem jurídico que não possa ser protegido de outra forma. Ademais, a lesão dos bens jurídicos em perigo tem que resultar mais gravosa do que a aplicação de uma sanção à empresa, não podendo da tutela desses bens jurídicos resultar a violação de outros princípios do Estado de Direito¹⁴³.

Em Portugal, também PAULO SOUSA MENDES, ao defender que as pessoas colectivas são uma mera ficção, incapazes de acção e culpa, considera que estas possam responder

¹⁴¹ Resulta de ambas as construções doutrinárias, a inviabilidade de apreensão das categorias dogmáticas penais clássicas, como a culpa, ou a acção, quando transpostas para afilar os comportamentos ilícitos dos sujeitos colectivos.

¹⁴² Partindo igualmente da incapacidade de culpa das pessoas colectivas, existe uma outra corrente doutrinária (essencialmente na Alemanha e Itália) que defende a aplicação de medidas de seguranças, reconhecendo a necessidade político-criminal de responsabilizar os entes colectivos. *Vide* Germano Marques da Silva “Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus administradores e representantes” pp172/173
Stratenwerth é um dos autores que admite a possibilidade de aplicação de medidas de segurança à pessoa jurídica, baseadas em critérios de prevenção geral. *Crf.* Silvina Bacigalupo “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” Barcelona: Bosch, 1998 pp.160 e ss.

¹⁴³ *Ibid.* Silvina Bacigalupo pp.161-165

Com base nesta teoria, os pressupostos da aplicação de uma sanção penal à pessoa jurídica são três, tem que existir uma verdadeira situação de necessidade – ameaça grave a um bem jurídico; e a medida a aplicar tem que ser idónea - necessária e proporcional.

criminalmente – apesar de tal implicar uma “subversão” da «concepção tradicional da infracção» - nos casos em que corporizem lesões insuportáveis a bens jurídicos essenciais, os quais seriam «imparáveis» doutro modo¹⁴⁴.

Na opinião do professor, nada obsta à punibilidade dos entes colectivos com fins exclusivos de prevenção (geral e especial), desde que fundada numa necessidade de tutela de bens jurídicos.

Por último, importa referir que esta discussão não afecta, de forma exclusiva, a problemática da responsabilidade penal dos entes colectivos, podendo estender-se a toda a criminalidade decorrente da “sociedade de risco”¹⁴⁵.

3º Parte: Solução adoptada

3.1.Rejeição da Teoria Clássica – Necessidade de responsabilização criminal dos entes colectivos

É imprescindível, nos nossos dias, recorrer à força sancionatória do direito penal para corresponder ao potencial de lesão decorrente da acção desencadeada pelos entes colectivos¹⁴⁶.

É inegável a sua superior danosidade social, «maior potencialidade delituosa»¹⁴⁷ e difícil punição das pessoas singulares (autores materiais), devido à pluralidade de intervenientes, facilmente substituíveis. Existindo mesmo por parte do ente colectivo uma certa indiferença perante a punição dos mesmos¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Vide “Responsabilidade criminal das sociedades comerciais”, in BFDB, nº 2 (Setembro de 1993), pp.165

O professor é defensor da culpa apenas como limite da pena, e não como fundamento da responsabilidade “a razão da punibilidade não radia na culpa, embora tenha nela um limite”. O fundamento da pena, num direito penal do facto, é a lesão de bens jurídicos, mas não pode prescindir-se da culpa, no momento de aplicação da pena à pessoa singular, porque esta não pode ser manipulada como mero instrumento de desígnios da defesa social, caso em que se violaria a sua dignidade humana.

¹⁴⁵ Aparenta compartilhar desta posição Augusto Silva Dias, quando refere que “esta nova realidade penal, com uma amplitude e incontrolabilidade dos efeitos da decisão económica, técnica e científica, torna inadequadas e obsoletas as categorias jurídicas tradicionais, como a culpa e a causalidade para atribuição de responsabilidade” in “Protecção jurídico-criminal de interesses dos consumidores”, Lições policopiadas da FDUC – cursos de Pós-graduação em Direito do Consumo e em Direito Penal Económico e Europeu, 3ª ed., Coimbra, 2001 pp.6

O Professor reflectindo em especial sobre a responsabilidade das pessoas colectivas, entende que para escrutinar a sua autoria, o estabelecimento do nexa causal, a prova do dolo e da negligência, as teorias actuais, como a teoria da culpa, da autoria e da causalidade, de pouco ou nada servem. *Ob.cit.* pp.6/7

¹⁴⁶ Mário Pedro Seixas Meirelles “Pessoas Colectivas e sanções criminais: Juízos de adequação” pp.23/24

¹⁴⁷ Neste sentido Jorge Reis Bravo “Critérios de imputação jurídico-penal de entes colectivos” (elementos para uma dogmática alternativa da responsabilidade penal de entes colectivos) in RPCC ano13, nº2 Abril-junho 2003 pp.216

¹⁴⁸ Muitas vezes nas empresas instrumentaliza-se um administrador, ou contrata-se um “testa-de-ferro” para, uma vez nomeado administrador, fazer o “trabalho sujo”- praticar os crimes no interesse da sociedade.

Emerge de forma bem evidente a inadequação e ineficácia do direito penal clássico, atendendo sobretudo à extrema dificuldade (lógica e prática) de referenciar seguramente um agente a quem se possa imputar a acção que há-de servir de suporte à responsabilidade criminal, muito devido aos processos dinâmicos e complexos de actuação adoptados pelas organizações¹⁴⁹.

Para obviar à impunidade¹⁵⁰, resultante desta difusa impessoalidade, foi-se impondo a ideia da *responsabilidade por actuação em nome de outrem*, para fazer responder os gerentes e os administradores pelas ilegalidades «cometidas pela empresa»¹⁵¹ e mais recentemente previu-se no nosso Código Penal uma responsabilidade criminal *em nome próprio* das pessoas jurídicas.

Por razões de justiça «considerações autónomas de justiça»¹⁵², que sempre seria mais ou menos ferida na punição individual de pessoas por condutas que, por via de regra, redundam num benefício directo da própria empresa, pensamos que a irresponsabilidade directa das pessoas colectivas sobejaria sempre num inexplicável tratamento privilegiado¹⁵³.

A nosso ver, existe uma real necessidade da responsabilizar as pessoas colectivas e equiparadas, através de verdadeiras sanções penais, daí concordarmos com JEAN CONSTANT, quando refere há décadas que a aplicação de medidas administrativas, sem qualquer coloração moral, são «verdadeiras penas disfarçadas»¹⁵⁴.

E como muito bem refere FIGUEIREDO DIAS¹⁵⁵ sancionar os entes colectivos através do “direito administrativo penal”, era admitir um «princípio da subsidiariedade de pernas para o ar», na medida em que deixaria de fora do campo da intervenção jurídico-penal

¹⁴⁹ Vide Faria Costa e Costa Andrade “Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico” in DPEE: textos doutrinários vol. I 1998 Coimbra Editora pp.357

¹⁵⁰ A manutenção da responsabilidade exclusivamente individual significaria em muitos casos a impunidade, por se tornar muitas das vezes impossível a comprovação do nexos causal entre a actuação de uma ou mais pessoas individuais e a agressão do bem jurídico, produzida ao nível da pessoa colectiva.

¹⁵¹ Crf. Figueiredo Dias in “Pressupostos da Punição e Causas que excluem a Ilicitude e a Culpa” in Pressupostos da Punição, Jornadas de Direito Criminal, publicação do CEJ, 1983; pp.51

¹⁵² Crf. Faria Costa e Costa Andrade *ob.cit.* pp.358

¹⁵³ Neste sentido, veja-se, Figueiredo Dias “Para uma dogmática de direito penal secundário” in DPEE: textos doutrinários vol. I; Coimbra Editora, 1998 pp.69

¹⁵⁴ Germano Marques da Silva, no seu manual, emprega muitas vezes a expressão «burla de etiquetas».

¹⁵⁵ “O Direito Penal na sociedade do risco” in Temas básicos da doutrina penal, Coimbra Editora, 2001 pp.167

comportamentos aptos a pôr em causa a existência da humanidade – como os crimes ambientais – mas não deixaria de fora, o pequeno furto, ou as meras injúrias¹⁵⁶.

Pensamos não bastar a aplicação de sanções civis, administrativo-penais ou contra-ordenações, mas não nos cabe nós, nesta sede, aprofundar a matéria das sanções criminais aplicáveis aos entes colectivos, mas levantamos o véu, apenas quanto a uma questão processual penal que nos parece relevante e que tem sido descurada pela maioria da doutrina que trata este tema.

A conversão de crimes em contra-ordenações, *prima facie* sugerindo a desagravação do ilícito, pode conduzir a efeitos perversos. Como argui PAULO SOUSA MENDES “O infractor vê reduzir-se-lhe as oportunidades de defesa, ainda que caiba recurso para os tribunais dessa decisão”, pertencendo ao infractor a iniciativa processual, caso não se conforme com a sanção que lhe for aplicada sendo-lhe desfavorável a passividade¹⁵⁷.

Existem de facto na actualidade diplomas que prevêm coimas de tal modo elevadas e sanções acessórias tão gravosas que, relativamente a alguns agentes infractores, existe uma predisposição para preferir a punição penal à contra-ordenacional.

O alargamento das áreas de intervenção do direito de mera ordenação social a sectores para os quais este sistema sancionatório não foi pensado, em particular a circuitos económicos e

¹⁵⁶ Nunca esquecendo o princípio da mínima intervenção penal e o princípio da subsidiariedade, no sentido da intervenção punitiva apenas dever ocorrer quando esteja em causa a protecção de bens jurídicos e valores considerados essenciais. Alguma doutrina denega que subjaz às condutas praticadas pelos entes colectivos um verdadeiro bem jurídico-penal, visto a sua área de actuação tutelar incriminações que visam interesses funcionais, surgindo as suas sanções aos olhos da sociedade, como a montra eticizante dos bens jurídicos a tutelar - «delicta in mere prohibita». No nosso entender, estimamos que o direito penal deve admitir a protecção de bens jurídicos trans-individuais, colectivos ou sociais e refutar o caminho de um direito penal monista-pessoal de contornos exasperadamente antropocêntricos próprios da génese da Escola de Frankfurt. A percepção dualista de bens jurídicos, que defendemos, também foi acolhida pelo legislador português, por exemplo: Decreto-lei nº28/84, Código dos Valores Mobiliários e no Código Penal.

Sobre este tema: Eduardo Correia “Introdução ao direito penal económico” in DPEE: textos doutrinários vol. I 1998 Coimbra Editora pp.297,310/311; João Castro e Sousa *ob.cit*pp.137e ss.; Augusto Silva Dias “«Delicta in Se» e «Delicta Mere Prohibita» - Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de Uma Distinção Clássica” Coimbra editora 2008, Susana Aires de Sousa “Direito Penal das Sociedades Comerciais. Qual o bem jurídico? in DPEE: textos doutrinários vol. III, Coimbra Editora 2009 pp435-455; Jorge Figueiredo Dias “Temas básicos da doutrina penal – sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime” Coimbra editora, 2001 pp.173-178 e “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social” in DPEE: textos doutrinários vol. I 1998 Coimbra Editora pp.19-33; Jorge dos Reis Bravo *ob.cit* pp.213/214; Mário Pedro Seixas Meirelles “Pessoas Colectivas e sanções criminais: Juízos de adequação” pp.12-16; João Matos Viana “ O dolo nos crimes contra a economia (Decreto-lei nº28/84, de 20 de Janeiro) à luz do conceito de «bem jurídico» in DPEE: textos doutrinários vol. I 1998 Coimbra Editora pp.398-411; Fernando Torrão “Os novos campos de aplicação do direito penal e o paradigma da mínima intervenção (perspectiva pluridisciplinar) in liber discipulorum para Jorge Figueiredo Dias, Coimbra 2003 pp. 345-352

¹⁵⁷ “Responsabilidade criminal das sociedades comerciais”, in BFDB, nº 2 (Setembro de 1993),pp.145-172

tecnológico, não foi acompanhada por qualquer inovação no regime substantivo e processual que se mostrasse adequada às novas realidades¹⁵⁸.

3.2. Repúdio de uma Responsabilidade Penal Objectiva – Culpa: fundamento e limite da pena

Começamos este título com a formulação de uma questão: Será que deveriam existir dois direitos penais distintos? Um direito penal para pessoas singulares, onde valeriam por inteiro os princípios tradicionais desse sector do ordenamento jurídico, designadamente os da determinação do facto punível e da culpa pessoal do facto. E o direito penal das associações, caracterizado por critérios distintos de imputação. Compartilhamos da opinião de TERESA QUINTELA DE BRITO, no sentido, de haver apenas, um único direito penal, com uma matriz de validade constituída por um núcleo irreduzível de princípios – onde se incluía o princípio da culpa pelo facto¹⁵⁹.

Com base nesta motivação, somos tentados a afastar a teoria de SCHÜNEMANN, que defende uma imputação penal, construída à revelia dos dogmas do direito penal, como o princípio da culpa. Na nossa opinião, não podemos escusar os pressupostos da responsabilidade criminal – acção, típica, ilícita, culposa e punível - tendo o dever de os compatibilizar com a natureza própria e específica dos entes colectivos¹⁶⁰.

No dizer de LOPES ROCHA, com o qual concordamos na sua máxima plenitude, “parece não valer a pena, construir complicadas teorias e modelos que assentam na incapacidade de culpas das pessoas colectivas e equiparadas e que dão lugar a injustiças, apenas com o objectivo de salvaguardar a essência do princípio tradicional da culpa individual”.

¹⁵⁸ Neste sentido Tomé de Carvalho *ob.cit.* pp.66-69 e Frederico de Lacerda da Costa Pinto “O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal” in DPEE: textos doutrinários vol. I 1998 Coimbra Editora pp.16

¹⁵⁹ Teresa Quintela de Brito “A responsabilidade criminal de entes colectivos – Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11º do Código Penal” in RPCC nº20, 2010 pp.70/71

¹⁶⁰ *Idem.* Figueiredo Dias “Direito Penal – Parte geral” Tomo I - questões fundamentais e doutrina geral do crime 2ª ed.; Coimbra editora, 2007 “O princípio político criminal da necessidade de punição criminal dos entes colectivos terá sempre que respeitar os princípios estruturais do Direito Penal”.

Procede do axioma «*Nulla poena sine culpa*» - não há responsabilidade sem culpa – o princípio de que nenhuma pessoa, singular, ou colectiva, pode ser responsabilizada de forma objectiva¹⁶¹.

Afastar o princípio da culpa, na punição dos entes colectivos, desembocava numa intervenção penal arbitrária, irracional e inconstitucional¹⁶².

Na nossa opinião, estas teorias para não desvirtuar o princípio da culpa, acabam por cair no ridículo de defender uma responsabilidade completamente desprovida de conteúdo subjectivo; não será preferível reformular, ou até mesmo, criar um novo conceito de culpa, a admitir uma responsabilidade criminal de uma pessoa, mesmo que jurídica, sem culpa de todo?¹⁶³

3.3. Denegação da culpa por defeito de organização – Inversão do ónus

Seguindo a teoria de TIEDEMANN, a pessoa colectiva para não ser punida, tem o ónus de provar que não descurou os seus deveres de organização, ou seja, “tem que fazer prova (negativa) de não estar mal organizada”, o que espelha de forma clara uma inversão da presunção da inocência. Somos obrigados a repudiar a doutrina da «culpa por defeito de organização» porque a mesma viola o princípio da inocência, assentando numa presunção de culpa da pessoa colectiva e equiparada¹⁶⁴.

¹⁶¹ Consagração do princípio da culpa no código penal português resulta da conjugação dos arts.13º e 40º/2.

¹⁶² Vide Filipa Vasconcelos Assunção “A responsabilidade penal das pessoas colectivas – em especial a problemática da culpa”, 2010

¹⁶³ *Idem.* Fernando Torrão “Societas Delinquere Potest? - Da Responsabilidade Individual e Colectiva nos “Crimes de Empresa” 2010 pp.495 “Na responsabilidade penal das pessoas colectivas devem continuar a prevalecer os fins de prevenção (geral e especial) positiva e, outrossim, continua a vigorar o princípio da necessidade da pena e o *princípio da culpa* enquanto limite da penal, tal como se impõe no domínio da responsabilidade penal das pessoas singulares”.

¹⁶⁴ Neste sentido Paulo Pinto Albuquerque “Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 2ª ed. UCP editora, 2011 nota prévia ao art.11º (pontos 28/29).

O professor tece duras críticas à tese de Fernando Torrão, que vislumbramos transpor para maioria das teorias que deslindam a existência de culpa baseando-se na “*deficiência organizacional*”. O primeiro vício reporta-se ao facto de prescindir da identificação ou omissão de uma pessoa física concreta, para a imputação do facto à pessoa colectiva. O segundo vício atribui-se à existência de uma presunção de culpa da pessoa colectiva, que tem que provar “a inexistência de um defeituoso management de riscos proibidos”. Continua Paulo Pinto de Albuquerque “A culpa da pessoa colectiva vai logo presumida em face da ocorrência do resultado, só podendo ela fazer «contraprova desse materialização do risco, o mesmo é dizer, na prova da sua não materialização» “ (...) “Esta tese viola o princípio da presunção da inocência”.

Também Fernando Torrão, *in* “Societas Delinquere Potest? - Da Responsabilidade Individual e Colectiva nos “Crimes de Empresa” pp.385, admite que a tese de Tiedemann não é isenta de críticas. O autor, não obstante defender um modelo de “*culpabilidade por defeito organizacional*”, como tivemos oportunidade de fazer referencia, considera que para o autor germânico, a *culpa organizacional* é estabelecida como um “princípio legitimador geral” de atribuição de responsabilidade criminal às pessoas jurídicas, não operando como seu

Uma outra crítica apontada a esta teoria, reporta-se ao facto desde tipo de culpa estar afecta a condutas mais próximas da negligência, não se compatibilizando com práticas levadas a cabo a título doloso. Ademais, rejeita por completo a responsabilização da pessoa colectiva por crimes que não resultem de falhas de organização empresarial.

Em forma de conclusão, reproduzimos um excerto da tese de ISABEL MARQUES DA SILVA, com o qual pactuamos, “a teoria de TIEDEMANN é inaceitável, porque configura uma “culpa referida exclusivamente à própria organização da pessoa colectiva, do tipo da culpa na formação da personalidade, e não uma culpa relativa ao facto”. Concluindo a autora, “na teoria de TIEDEMANN o facto não é mais do que o pretexto, a ocasião, porventura a condição de punibilidade, para punir a sociedade pela deficiência da sua organização, mas dispensa qualquer referência à culpa no próprio facto, pelo que, verdadeiramente o que consagra é uma responsabilidade objectiva”¹⁶⁵.

3.4. Defesa de um Modelo de Responsabilidade Indirecta Analógico

A ordem jurídica, reconhece à pessoa jurídica certos direitos, de entre os quais¹⁶⁶, o direito de participar na democracia, no processo de criação e definição de normas sociais. Como tal, e correlativamente, defendemos que os entes colectivos têm o dever de actuar dentro dos âmbitos do risco permitido, seguindo uma conduta fiel ao direito, por forma a comportarem-se de maneira a não causar danos.

A nossa Constituição da República Portuguesa dispõe, no art.12º sob a epígrafe princípio da universalidade: “Todos os cidadãos gozam de direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição”, e o nº2 refere expressamente que “as pessoas colectivas gozam de direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza¹⁶⁷”. Em anotação ao art.12º GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹⁶⁸ afirmam, no que aqui nos interessa,

pressuposto e limite, o que implica, por exemplo, que não se possa invocar a organização sem falhas enquanto causa de exclusão da culpa. Em suma, trata-se de uma teoria que apenas se preocupa de modo genérico em fundamentar a culpa para a pessoa colectiva, não fazendo dela depender a aplicação da pena em cada caso concreto”, o que resulta no estabelecimento de uma “presunção inilidível” da existência de culpa organizacional, padecendo, porventura, também esta tese, de um “pecado por excesso”. É curioso que crítica que o professor começa por apontar à teoria dos órgãos, de ser desnecessária e excessiva, acaba por se estender á teoria de Tiedemann.

¹⁶⁵ Isabel Marques da Silva *ob.cit.* pp.148

¹⁶⁶ A título de exemplo: direito ao bom nome, liberdade de expressão, etc.

¹⁶⁷ *Crf.* Alberto Esteves Remédio *ob.cit.* pp.68

¹⁶⁸ *In* “Constituição da República Portuguesa anotada”, 2ª ed., 1º vol. pp.145/146

que os direitos e deveres compatíveis com a natureza das pessoas colectivas apenas se afilam casuisticamente, “depende da natureza de cada um dos direitos e deveres fundamentais, sendo incompatíveis aqueles direitos e deveres que não são concebíveis a não ser em conexão com as pessoas físicas, com os indivíduos”, não existindo qualquer consagração constitucional do princípio da individualidade da responsabilidade criminal.

Defendemos a adopção de um modelo de responsabilidade indirecto, exigindo-se uma análise comportamental individual das pessoas humanas, em termos de exprimir ou vincular a vontade da pessoa colectiva e equiparada, não podendo prescindir-se desse facto de conexão, que imputa a actuação e a reprovação da actividade dessas pessoas singulares à própria sociedade, quando as infracções são cometidas em nome e no interesse da sociedade¹⁶⁹.

Questão pertinente, é a de saber se a punição da pessoa jurídica deve estar dependente da responsabilização da pessoa singular que praticou materialmente o delito?

Apesar de haver a necessidade de existir um “facto individual de conexão”, como expõe TERESA QUINTELA DE BRITO¹⁷⁰ composto pela actuação das pessoas singulares; «necessidade de um contributo de autor» de um ou mais líderes, os factos nunca se limitam a actos individuais. A culpa da pessoa colectiva não se esgota na actuação das pessoas físicas que a representam, é de evidenciar a necessidade de superação da construção de uma responsabilidade penal dos entes colectivos derivada, ou dependente da forma culposa do comportamento dos agentes individuais, a considerar-se uma responsabilidade própria, autónoma. O mesmo não é dizer que se deve estabelecer a imputação subjectiva dos entes colectivos, completamente desvinculado de um substrato de culpa dos agentes individualmente considerados¹⁷¹.

Carecem ser atendidos outros elementos, que fazem com que o ente colectivo tenha uma culpa própria, e que determine que o mesmo possa ser responsabilizado, o “clima de permeabilidade” para a prática de actos ilícitos que existe no seio da colectividade, impresso através das suas políticas internas, procedimentos operativos estandardizados pela pessoa jurídica e as suas decisões organizativas internas.

¹⁶⁹Citando o Preâmbulo do Decreto-lei 28/84 “o princípio da responsabilidade penal das pessoas colectivas é consagrado com prudência: exige-se sempre uma conexão entre o comportamento do agente – pessoa singular e o ente colectivo, já que aquele deve actuar em representação ou em nome deste e no interesse colectivo”.

¹⁷⁰ *In* I Curso Pós-Graduado de Actualização sobre Direito Penal das Pessoas Colectivas 2013, Organizado pelo Instituto de Direito Penal da Faculdade de Direito de Lisboa - 1ª sessão (23/04/2013).

¹⁷¹ *Crf.* Jorge Reis Bravo “Critérios de imputação jurídico-penal de entes colectivos” (elementos para uma dogmática alternativa da responsabilidade penal de entes colectivos) *in* RPCC ano13, nº2 Abril-junho 2003 pp.220

A nosso ver, a responsabilidade criminal da pessoa colectiva e equiparada, não exige necessariamente a responsabilização (condenação efectiva) do agente individual¹⁷². Assim sucederá, por exemplo, quando esse agente entretanto faleceu ou quando o procedimento criminal quanto a ele se extinguiu por qualquer outra razão. Basta que seja factualmente possível estabelecer e demonstrar o nexo de imputação do facto da pessoa física, independentemente de posterior condenação desta. Assim sucederá também, nos casos em que não é possível determinar qual, de entre os vários, é o agente responsável pelos factos integrantes do crime, ou por outras palavras, quando se sabe que a responsabilidade cabe a um dos administradores da sociedade, mas não é possível estabelecer e demonstrar o nexo de imputação do facto à pessoa física.

Como refere GERMANO MARQUES DA SILVA “importa considerar os casos em que o tribunal pode comprovar que o acto foi praticado por um órgão, representante ou pessoa com autoridade para exercer o controlo, sem o que não poderia ter ocorrido nos termos concretos em que foram realizados, mas não seja possível individualizar de entre aqueles quem foi o agente do acto”¹⁷³. Cremos que esta dificuldade não impede a responsabilização da pessoa colectiva, desde que seja possível decidir que o acto só podia ter sido praticado em razão da actuação, mediata ou imediata, por acção ou omissão culposa de um órgão, representante ou pessoa com autoridade para exercer o controlo.

Importa ainda enunciar, que seguimos a teoria de FIGUEIREDO DIAS, baseada num *modelo analógico*, pensada a partir dos pressupostos existentes da culpa para as pessoas singulares, transpondo-os para a pessoa jurídica, resultando numa «vontade funcionalmente equivalente». Muito similar ao pensamento oriundo do Direito Civil, «*teoria da realidade jurídica*», reconhece-se aos entes colectivos a capacidade e se constituem como organismos dotados de vontade própria, contudo, não deixando de se apresentar como criação do direito para servir

¹⁷² Já em 1980, Lobo Moutinho e Henrique Salinas in “La criminalisation du comportement collectif – Portugal” não excluía a hipótese da pessoa colectiva ser punida, mesmo quando fosse impossível determinar a pessoa que cometeu o facto.

Sufragamos o juízo de que responsabilidade das pessoas colectivas não pode ser completamente dependente da condenação das pessoas singulares - até porque isso resultaria numa presunção de culpa, e a presunção de factos penais é expressamente proibida pela nossa legislação pelos art.29º do CP. e art.1 da CRP.

¹⁷³ *Crf.* Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus administradores e representantes” Editorial Verbo, 2009

de suporte a determinado tipo de realidade e interesses, mas acabando, neste plano normativo, por obter uma existência idêntica à das pessoas singulares¹⁷⁴.

Como sabemos, o conceito de culpa, alterou-se ao longo do tempo, condicionado por oportunidades e conveniência históricas, e considerado esse dinamismo inerente ao sistema jurídico-penal, que procura alcançar uma justiça material, entendemos não existir obstáculo a um ajustamento conceptual da noção de culpa de modo a que se possa ser compatibilizada com a responsabilidade penal das pessoas colectivas¹⁷⁵.

Assentimos inteiramente com a posição de PAULO GOMES DA SILVA, quando afirma que “a verdadeira essência de uma culpabilidade colectiva logra assim em obter um conceito de culpabilidade não exclusivamente alicerçado em condutas individuais, mas que considere o organismo social como um todo e atente à sua particular natureza”, que não resulte na mera conversão da culpa dos órgãos em culpa da própria sociedade¹⁷⁶. Por isso mesmo, não podemos concordar com ISABEL MARQUES, quando defende que a culpa da pessoa colectiva comunga simplesmente da culpa de quem age como seu órgão ou representante¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Fernando Torrão “Os novos campos de aplicação do direito penal e o paradigma da mínima intervenção (perspectiva multidisciplinar)” *in* *liber discipulorum* para Jorge Figueiredo Dias, Coimbra 2003 pp.354. O autor cita as posições de Castro Mendes e Carvalho Fernandes

¹⁷⁵ *Idem* Paulo Gomes da Silva “Algumas notas sobre a responsabilidade penal das pessoas colectivas: a culpa colectiva”, Relatório apresentado no âmbito do Seminário de Direito Penal (orientado por Germano Marques da Silva), UCP, 1999

¹⁷⁶ *Ob.cit.*

Paulo Gomes da Silva defende uma inversão da forma pela qual se considera a culpabilidade da empresa, ao invés de se partir da culpa pessoal dos órgãos, “a culpa é originalmente da empresa porque, através dos órgãos, não se soube organizar devidamente” pp. 51/52. O autor entende que o conceito de culpa pela organização é o que se enquadra conveniente com a atitude criminal colectiva. Devendo recorrer-se ao um esquema típico dos crimes de omissão imprópria (os órgãos sociais da empresa mantêm uma posição de garante ou de domínio sobre os actos dos subordinados); (obviar os problemas resultantes de esquemas de divisão de trabalho e delegação de funções que levam a que muitas vezes não se logre a identificação do autor material da infracção garantindo-se assim a punição do órgão superior e por uma razão de justiça material a própria pessoa colectiva). E a fonte desse dever legal será o art.407º/5 do Código das Sociedades Comerciais - dever específico de vigilância por parte dos administradores (262º/2 aplicação analógica para as Sociedades por quotas).

¹⁷⁷ “Responsabilidade Fiscal Penal Cumulativa – Das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes” UCP editora, Lisboa, 2000 pp.76

Apesar da autora, na sua tese de mestrado, começar por expor que “a pessoa colectiva não é um somatório de pessoas individuais, mas um ente autónomo que se distingue dos seus membros e, por isso, a culpabilidade da pessoa colectiva não se identifica com a culpabilidade dos seus membros nem arrasta com ela a culpabilidade destes, fazendo a distinção clara entre «culpabilidade da pessoa colectiva» e «culpabilidade dos membros individuais»” (*ob. cit.* pp.49) com o qual concordamos plenamente. Mas Isabel Marques da Silva finaliza o seu trabalho, concluindo que o sistema português é de “*responsabilidade cumulativa integral diferenciada*” o que significa que a pessoa colectiva só é penalmente responsável quando um titular de um órgão ou um seu representante também o seja, sendo apenas independente, e por isso diferenciada, no que respeita às sanções. Para a professora “A culpa da pessoa colectiva pelo facto criminoso há-se aferir-se pela culpa do seu órgão ou representante, já que a pessoa colectiva é obra de uma pessoa física que age pela pessoa colectiva ou em representação da pessoa colectiva”(ob. cit. pp.52) “A culpa da sociedade é a culpa do agente que comete a infracção enquanto órgão ou representante daquela. Não existe na nossa Lei qualquer norma que permita

Em suma, defendemos que Direito Penal dos entes colectivos seja o quão igual possível ao Direito Penal individual, baseado num modelo de responsabilidade própria e não a mera atribuição de uma culpabilidade alheia.

4. Conclusões

Em jeito de conclusões, poderemos dizer o seguinte:

- a) A responsabilização dos entes colectivos está expressamente prevista no nosso Código Penal no artigo 11º (Lei nº59/2007)
- b) O legislador Português utiliza quatro fórmulas para designar ente colectivo alvo de responsabilidade penal: pessoa colectiva, sociedade, meras associações de facto e entidades equiparadas. Pensamos que a lei penal quis alargar o âmbito de punição criminal a entidades colectivas independentemente de as mesmas serem ou não sujeitos de direito, terem ou personalidade ou capacidade jurídica.
- c) Decorre do nº2 do artigo 11º a obrigatória exclusão das pessoas colectivas de direito público (“Estado, outras pessoas colectivas públicas e as organizações internacionais de direito público”) do âmbito da responsabilidade penal.
- d) O princípio «*Societas Delinquere non Potest*» deve ser afastado, por existir uma real necessidade de responsabilizar as pessoas colectivas e equiparadas, através de verdadeiras sanções penais.
- e) A doutrina mais recente assente à capacidade de culpabilidade jurídico-penal da pessoa jurídica, reputando-a como verdadeiro sujeito activo penal, passível de imputação criminal.
- f) Procede do axioma «*Nulla poena sine culpa*» - não há responsabilidade sem culpa – o princípio de que nenhuma pessoa, singular, ou colectiva, pode ser responsabilizada de forma objectiva.
- g) Não existe obstáculo a um ajustamento conceptual da noção de culpa de modo a que se possa ser compatibilizada com a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

construir um conceito próprio de culpabilidade das pessoas colectivas e se a responsabilidade punitiva pressupõe quer a ilicitude quer a culpabilidade dos agentes, a responsabilidade daquelas pressupõe a culpabilidade destes”. (*ob. cit.* pp.157) “A culpa da sociedade não é uma culpa própria, mas a culpa de quem actuou em seu nome e no seu interesse (...) será aferida pela culpa de quem tenha cometido a infracção fiscal dentro dos condicionalismos de que a lei faz depender a responsabilidade da sociedade” (*ob. cit.* pp.160). Mencionado, separadamente, a realidade dos órgãos plurais/colegiais, Isabel Marques da Silva também observa que a culpa da sociedade corresponde à culpa dos titulares dos órgãos que formaram a deliberação. (*ob. cit.* pp.161/162)

- h) A culpa da pessoa colectiva e equiparada não se esgota na actuação das pessoas físicas que a representam, é de evidenciar a necessidade de superação da construção de uma responsabilidade penal dos entes colectivos derivada, ou dependente da forma culposa do comportamento dos agentes individuais, a considerar-se uma responsabilidade própria, autónoma.
- i) A culpabilidade da pessoa jurídica deve ser baseada num *modelo analógico*, pensada a partir dos pressupostos existentes da culpa para as pessoas singulares, transpondo-os para a pessoa colectiva e equiparada, resultando numa «vontade funcionalmente equivalente».
- j) A responsabilidade criminal da pessoa colectiva e equiparada, não exige necessariamente a responsabilização (condenação efectiva) do agente individual. Basta que seja factualmente possível estabelecer e demonstrar o nexo de imputação do facto da pessoa física, independentemente de posterior condenação desta.

5. Bibliografia

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de “Da empresarialidade, as Empresas no Direito” Almedina, 1996

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de

“A responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou equiparadas” in ROA, ano 66 n°2 Setembro de 2006 Lisboa

“Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 2ª ed. UCP Editora, 2011

- ANDRADE, Manuel de Costa “A nova lei dos crimes contra a economia (Decreto-lei nº28/84, de 20 de Janeiro) à luz do conceito de «bem jurídico» in DPEE: textos doutrinários vol. I 1998 Coimbra Editora pp.398-411
- ANDRADE, Manuel Domingues de “Teoria Geral da Relação Jurídica” vol. I, 1974
- ANTUNES, Maria João “A responsabilidade criminal das pessoas colectivas entre o direito penal tradicional e o novo direito penal” in DPEE: textos doutrinários vol. III, Coimbra Editora 2009
- ASSENÇÃO, Filipa Vasconcelos “A responsabilidade penal das pessoas colectivas – em especial a problemática da culpa”, 2010
- BACIGALUPO, Silvina “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” Barcelona: Bosch, 1998;
- BANDEIRA, Gonçalo N. C. Sopas de Melo “Responsabilidade Penal Económica e Fiscal dos Entes Colectivos”, Almedina 2004
- BELEZA, José Manuel Merêa Pizarro “Notas sobre o direito penal especial das sociedades comerciais” in DPEE: textos doutrinários, vol. II 1999 Coimbra Editora
- BRANDÃO, Cláudio “Culpabilidade: sua análise na dogmática do direito e no direito penal brasileiro” in RPCC Coimbra editora. Ano15 nº.2. Abril-Junho, 2005
- BRAVO, Jorge dos Reis
 “Critérios de imputação jurídico-penal de entes colectivos” (elementos para uma dogmática alternativa da responsabilidade penal de entes colectivos) in RPCC ano13, nº2 Abril/Junho 2003
 “Direito Penal de Entes Colectivo - Ensaio sobre a punibilidade de pessoas colectivas e entidades equiparadas”, Coimbra Editora, 2008
- BRITO, Teresa Quintela de “A responsabilidade criminal de entes colectivos – Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11º do Código Penal” in RPCC nº20 Janeiro – Março, 2010
- CÂMARA, Paulo “O Governo das Sociedades e os Deveres fiduciários dos administradores” Maria de Fátima Ribeiro (org.), in Jornadas - Sociedades Abertas, Valores Mobiliários e Intermediação Financeira, Almedina, 2007
- CANOTILHO, Gomes / VITAL, Moreira “Constituição da República Portuguesa anotada”, 2ª ed., vol. 1, 2007
- CARVALHO, António Crespo Simões de “A responsabilidade penal das pessoas colectivas” in Revista de Direito, ano4 nº43 Julho 1937 - ano7 nº74 Fevereiro 1940

- CARVALHO, José Manuel Costa Galo Tomé de “Responsabilidade penal das pessoas colectivas” *in* Revista do MP, ano 30 Abril - Junho 2009 nº118
- CARVALHO, Orlando de “Critério e estrutura do Estabelecimento Comercial, O problema da empresa como objecto de negócios” Atlântida editora, 1967
- CORDEIRO, António Menezes
 - “Manual de Direito Comercial”, Almedina, 2007
 - “Tratado de Teoria Geral do Direito Civil” tomo I, Almedina 2007
 - “Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais” Almedina 1996;
 - “O levantamento da personalidade colectiva: no direito civil e comercial” Almedina, 2000
- CORREIA, Eduardo
 - “Direito Criminal” vol. I, Coimbra 1968
 - “Introdução ao direito penal económico” *in* DPEE: textos doutrinários vol. I 1998 Coimbra Editora pp.307
 - “Código Penal: Projecto da parte geral”, Coimbra 1963
- COSTA, José Francisco de Faria
 - “Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis) Introdução. A Doutrina Geral da Infracção”, 3ª ed., Coimbra Editora, 2012
 - “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do direito penal) ” *in* DPEE: textos doutrinários vol. I, Coimbra Editora 1998
 - “O fenómeno da globalização e o direito penal económico” *in* DPEE: textos doutrinários vol. III, Coimbra Editora 2009
 - “Aspectos fundamentais da problemática da responsabilidade objectiva no direito penal português” *in* estudos em homenagem ao Professor J.J. Teixeira, vol. III
 - “Direito Penal económico”, Quarteto Edições, Coimbra, 2003
 - “O Perigo em Direito Penal” Coimbra,1992
- COSTA, José Francisco de Faria / ANDRADE, Manuel da Costa Andrade “Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico” *in* DPEE: textos doutrinários vol. I 1998 Coimbra Editora
- CUNHA, Paulo Olavo “Direito das Sociedades Comerciais” 5ª ed. Almedina, 2012
- DIAS, Augusto Silva

“Crimes e contra-ordenações fiscais” in DPEE: textos doutrinários vol. II, 1999

“Protecção jurídico-criminal de interesses dos consumidores”, Lições policopiadas da FDUC – cursos de Pós-graduação em Direito do Consumo e em Direito Penal Económico e Europeu, 3ª ed., Coimbra, 2001

“«Delicta in Se» e «Delicta Mere Prohibita» - Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de Uma Distinção Clássica” Coimbra editora 2008

- DIAS, Jorge de Figueiredo

“Direito Penal – Parte geral” Tomo I - questões fundamentais e doutrina geral do crime 2ªed.; Coimbra editora, 2007

“Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e aplicação das penas em direito penal económico” in DPEE: textos doutrinários vol. I; Coimbra Editora, 1998

“Para uma dogmática de direito penal secundário” in DPEE: textos doutrinários vol. I; Coimbra Editora, 1998

“Pressupostos da Punição e Causas que excluem a Ilícitude e a Culpa” in Pressupostos da Punição, Jornadas de Direito Criminal, publicação do CEJ, 1983

“Liberdade Culpa Direito Penal” 3ª ed., Coimbra editora, 2011

“Temas básicos da doutrina penal”, Coimbra Editora, 2001

“Comentário Conimbricense do Código Penal” - Tomo II, Coimbra Editora 1999

- DIAS, Jorge de Figueiredo / ANDRADE, Manuel Costa

“Criminologia – o Homem delinquente e a sociedade criminógena”, 2º reimpressão, Coimbra editora, 1997

“Problemática geral das infracções contra a economia nacional” in DPEE: textos doutrinários vol. I, 1998 Coimbra Editora

- FERREIRA, Manuel Cavaleiro

“Lições de direito penal I” Lisboa 1987

Direito Penal vol. I, 1956-1957 (lições coligadas por Eduarda Silva Casca)

- GÓMEZ-JARA, Carlos “Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weelzel” in Política Criminal, Vol.5, nº10 (Diciembre 2010),

- GONÇALVES, Maia “Código Penal Português, anotado e comentado – legislação complementar” 17ª ed. Almedina Coimbra 2005

- ISASCA, Frederico Isasca “Responsabilidade civil e criminal das pessoas colectivas (conteúdo da ilicitude)” AAFDL 1988

- MEIRELES, Mário Pedro

“Pessoas colectivas e sanções criminais: juízos de adequação” 2006 Almedina

“A responsabilidade penal das pessoas colectivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao código penal ditada pela lei 59/2007, de 4 de Setembro: Algumas notas “ *in* *Julgar* Maio-Agosto 2008 (nº5)

- MENDES, Paulo de Sousa

“A responsabilidade penal das pessoas colectivas no âmbito da responsabilidade informática em Portugal” in AA.VV., *Direito da Sociedade da Informação*, vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2003

“Responsabilidade criminal das sociedades comerciais”, in BFDB, nº 2 (Setembro de 1993)

- MOREIRA, Vital “Administração Autónoma e Associações Públicas”, Coimbra, 1997

- MOUTINHO, Lobo Moutinho / SALINAS, Henrique *in* “La criminalisation du comportement collectif – Portugal”

- PINTO, Carlos Alberto da Mota “Teoria Geral do Direito Civil”, Coimbra, 2012

- REMÉDIO, Alberto Esteves “Sobre a responsabilidade criminal das pessoas colectivas” in RMP; ano14 Janeiro/Março, 1993, nº53

-ROCHA, Manuel António Lopes “A responsabilidade penal das pessoas colectivas – Novas perspectivas” in DPEE: textos doutrinários vol. I 1998 Coimbra Editora (também publicado em Centro de Estudos judiciais, direito penal económico – ciclo de estudos, Coimbra 1985)

-ROXIN, Claus “Derecho Penal – Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito”, vol. I, Madrid, 1997

- SERRA, Teresa Serra / SÁNCHEZ, Pedro Fernández “A exclusão de responsabilidade criminal das entidades públicas - da inconstitucionalidade dos nºs 2 e 3 do artigo 11º do Código Penal” Almedina, Coimbra 2010

- SILVA, Isabel Marques da “Responsabilidade Fiscal Penal Cumulativa – Das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes” UCP editora, Lisboa, 2000

- SILVA, Germano Marques da

“ Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes” Editorial Verbo, 2009

“Direito Penal Português – Teoria do crime”, UCP Editora, 2012

-SILVA, Paulo Gomes da “Algumas notas sobre a responsabilidade penal das pessoas colectivas: a culpa colectiva”, Relatório apresentado no âmbito do Seminário de Direito Penal (orientado por Germano Marques da Silva), UCP, 1999

- SOUSA, João Castro e “As pessoas colectivas em face do direito criminal e o chamado «direito de mera ordenação social»” Coimbra editora, 1985

- SOUSA, Susana Aires de

“A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e comparticipação no contexto empresarial” – Estudos em Homenagem ao Prof. Figueiredo Dias vol. II, Coimbra Editora 2001

“Direito Penal das Sociedades Comerciais. Qual o bem jurídico?” *in* DPEE: textos doutrinários vol. III, Coimbra Editora 2009

- TORRÃO, Fernando

“Os novos campos de aplicação do direito penal e o paradigma da mínima intervenção (perspectiva multidisciplinar)” *in* liber discipulorum para Jorge Figueiredo Dias, Coimbra 2003

“Societas Delinquere Potest? - Da Responsabilidade Individual e Colectiva nos "Crimes de Empresa" (Teses de Doutoramento) 2010

- VIANA, João Matos “O dolo nos crimes que tutelam interesses funcionais” 2005

- VITORINO, João Paulo “A responsabilidade penal fiscal dos administradores, directores, gerentes e representantes das sociedades” *in* Revista de Direito Penal, Universidade Autónoma de Lisboa, vol. I, nº1- ano 2002